



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja
Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Carrera de Derecho

**LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA
AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE
EQUIDAD Y GENERALIDAD**

**Trabajo de Integración Curricular previo a la
obtención de título de Abogado.**

AUTOR:
Grover Stalin Celi Aponte

DIRECTOR:
Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, PhD

Loja - Ecuador
2022

Certificación

Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro PhD

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA SOCIAL
Y ADMINISTRATIVA DE LA UANIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

CERTIFICO

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por el señor Grover Stalin Celi Aponte, titulado: "LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD", ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja y de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto del trabajo de integración curricular legalmente aprobado, su ejecución se encuentra en un 100%, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 17 de febrero de 2022



Firmado electrónicamente por:

**SHANDRY
VINICIO
ARMIJOS FIERRO**

Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro PhD

Director De Trabajo De Integración Curricular

Autoría

Yo, Grover Stalin Celi Aponte, declaro ser autor del presente trabajo de integración curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi trabajo de integración curricular en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Grover Stalin Celi Aponte

Firma: -----

Cédula: 0704400597

Fecha: Loja, 21 de junio de 2022

Numero de celular: 0988871271

Carta de Autorización

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE TEXTO COMPLETO.

Yo, Grover Stalin Celi Aponte, declaro ser el autor de la tesis titulada: “**LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD**”, como requisito para optar al Grado de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines Académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del trabajo de integración curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 21 días del mes de junio del dos mil veinte y dos, firma del autor

Firma:.....

Autor: Grover Stalin Celi Aponte

Cédula N°:0704400597

Dirección: Loja

Correo Electrónico: grover.celi@unl.edu.ec

Teléfono Celular: 0988871271

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro PhD

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Mauricio Fabián Aguirre Aguirre

Vocal: Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva

Vocal: Dr. Ángel Medardo Hoyos Escaleras. Mg. Sc

Dedicatoria

A mi amada madre y amado padre, por su apoyo, consejos y amor incondicional y el sacrificio que ha hecho día a día, por darme la mejor educación y buen estilo de vida. Agradezco infinitamente a cada uno de ellos, por ser el pilar fundamental en mi vida y un ejemplo para seguir adelante hasta lograr culminar con una meta más en mi vida, como es obtener el grado de Licenciado en Jurisprudencia y título de Abogado. En la vida conocemos muchas personas y entre tantas siempre coincidimos con personas especiales con las cuales hemos compartido grandes momentos y siempre están ahí, en las buenas y en las malas, gracias por ser mi amigo Luis Fernando Morocho.

El Autor

Agradecimiento

A la Universidad Nacional de Loja, especialmente a la Carrera de Derecho.

Al Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, PhD, Director de Tesis; y al Dr. Freddy Yamunaque Vite, Docente de Integración Curricular, quienes me han brindado su experiencia y conocimientos para la realización de este trabajo de Tesis.

A todos mis docentes, quienes me supieron brindar sus conocimientos y apoyo.

El Autor

Índice

I. Portada	i
II. Certificación	ii
III. Autoría	iii
IV. Carta de Autorización	iv
V. Dedicatoria	v
VI. Agradecimiento	vi
VII. Índice.....	vii

Cuerpo de la tesis

1. Título.....	1
2. Resumen	2
2.1 Abstract.....	4
3. Introducción.....	6
4. Marco Teórico.....	8
4.1. Marco Conceptual.....	8
4.1.1. La Corrupción.....	8
4.1.1.1 Oferta y demanda de la Corrupción	10
4.1.1.2. El problema de la no regularización.....	12
4.1.1.3. Los factores de la Corrupción en Minería	13
4.1.1.3.1. La Colusión en Minería.....	18
4.1.1.4. Los procesos electorales, corrupción y regalías.....	20
4.1.1.5. Conceptos de la Discrecionalidad.....	24
4.2. Marco Doctrinario	28
4.2.1. La Discrecionalidad.....	28
4.2.1.1. La Discrecionalidad Administrativa	28
4.2.1.2. Discreción y Jurisdicción	28
4.2.1.3. La revisión de la Discrecionalidad.....	31
4.2.1.4. La Teoría de la Burocracia Representativa	34
4.2.1.5. El cuidado e Intereses Públicos	35
4.2.1.6. La Motivación.....	38
4.2.1.7. La Discrecionalidad Tributaria.....	41
4.2.1.8. Perjuicios fiscales	44
4.3. Marco Jurídico	47
4.3.1. El Dominio Estatal en las minas.....	47
4.3.1.1. Las Regalías Mineras en el Ecuador	52
4.3.1.2. Límites constitucionales	54
4.3.1.3. Las reasignaciones.....	60
4.3.1.4. El Contrato Minero en el Ecuador	63
4.3.1.5. Reformas para lograr fomentar la minería	68
4.4. Derecho Comparado.....	71
4.4.1. Chile	72
4.4.2. Indonesia.....	73
4.4.3. Perú.....	75
4.4.4. Ghana.....	77
4.4.5. Australia	79
4.4.6. Sudáfrica.....	81
4.4.7. Bolivia.....	82
.5. Metodología.....	83

5.1. Materiales Utilizados	83
5.2. Métodos.....	83
5.3. Técnicas.....	85
6. Resultados	87
6.1. Resultados de las Encuestas.....	87
6.2. Resultados de Entrevista	99
7. Discusión	101
7.1. Verificación de los Objetivos	101
7.1.1. Objetivo General.....	101
7.1.2. Objetivos Específicos	102
7.2. Contrastación de la Hipótesis	105
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal	105
8. Conclusiones.....	109
9. Recomendaciones	111
9.1. Proyecto de Reforma Legal.....	112
10. Bibliografía	115
11. Anexos	123
11.1. Formatos de Encuestas y Entrevistas.....	123
11.2. Proyecto de Tesis Aprobado	130

1. Título

**“LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD,
VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EQUIDAD Y GENERALIDAD”**

2. Resumen

La presente investigación analiza la problemática que existe con respecto a la discrecionalidad al establecerse diferentes montos de pago de regalías mineras, aplicado por la autoridad administrativa, en el caso de Ecuador por el Poder Ejecutivo, y específicamente por el Ministro Sectorial de la Minería; lo que vulnera principios constitucionales tributarios de equidad y generalidad; y genera inseguridad jurídica para los ecuatorianos, así como para las empresas que desean invertir en minería a gran escala; ya que no solo se violenta garantías fundamentales establecida en la Constitución, sino que al no existir un monto porcentual fijo, se atenta contra el desarrollo de los sectores más necesitados, y genera una ola de corrupción. Además, perjudica a la imagen de riesgo país y su transparencia, la corrupción a que puede resultar, al ser de libre decisión, arbitrio o voluntad del gobierno central, el negociar el monto del pago de regalías mineras, que son de varios cientos millones de dólares anuales, y que fluctúan entre el 3% y el 8% del total de las ventas de minerales principales y secundarios, conforme lo establece el Artículo 93 de la Ley de Minería. La mayoría de las empresas pugnarán y no escatimarán esfuerzo alguno en pagar lo menos posible; y a su vez, quienes no sean del agrado del Ejecutivo, se les impondrá el monto mayor de pago de regalías, como castigo a no ceder a los chantajes, concusión, cohechos, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y peculado.

El objetivo principal de esta investigación fue realizar un estudio jurídico constitucional de la discrecionalidad, equidad y generalidad tributarias, con respecto a los montos variables establecidos en la Ley de Minería, sobre el pago de regalías; problema de la discrecionalidad de la Función Ejecutiva en la determinación y establecimiento de entre diferentes rangos del monto de pago por concepto de regalías mineras; lo que posiblemente genera corrupción.

Pretendiendo a través de un Proyecto de reforma de la Ley de Minería, en forma clara, práctica

y posible establecer un monto fijo para el pago de regalías; esto se logró satisfactoriamente comprobar gracias a la verificación de la problemática por medio del desarrollo de los acápite de revisión de literatura, aplicación de las técnicas de encuestas y entrevistas, verificación de objetivos y contrastación de la hipótesis, verificando la existencia de la problemática planteada, aplicando métodos y técnicas de carácter científico que sirvieron para obtener resultados y fundamentar la propuesta de reforma de Ley.

Palabras claves: Ley de Minería, regalías mineras, discrecionalidad, principio de equidad tributaria, principio de generalidad tributaria, corrupción en minería.

2.1. Abstract

The present investigation analyzes the problem that exists with respect to discretion when establishing different amounts of payment of mining royalties, applied by the administrative authority, in the case of Ecuador by the Executive Power, and specifically by the Sectorial Minister of Mining; which violates constitutional tax principles of equity and generality; and generates legal insecurity for Ecuadorians, as well as for companies that wish to invest in large-scale mining; since not only fundamental guarantees established in the Constitution are violated, but since there is no fixed percentage amount, it threatens the development of the most needy sectors, and generates a wave of corruption. In addition, it harms the country's risk image and its transparency, the corruption that can result, being free decision, arbitration or will of the central government, in negotiating the amount of payment of mining royalties, which are several hundred million dollars. annually, and that fluctuate between 3% and 8% of the total sales of main and secondary minerals, as established in Article 93 of the Mining Law. Most companies will fight and spare no effort to pay as little as possible; and in turn, those who are not to the liking of the Executive, will be imposed the highest amount of royalty payments, as punishment for not giving in to blackmail, extortion, bribery, illicit enrichment, influence peddling and embezzlement.

The main objective of this research was to carry out a constitutional legal study of tax discretion, equity and generality, with respect to the variable amounts established in the Mining Law, on the payment of royalties; problem of the discretion of the Executive Function in the determination and establishment of between different ranges of the amount of payment for mining royalties; possibly leading to corruption.

Pretending through a Project to reform the Mining Law, in a clear, practical and possible way, to establish a fixed amount for the payment of royalties; This was successfully verified thanks to the

verification of the problem through the development of the literature review sections, application of survey and interview techniques, verification of objectives and contrast of the hypothesis, verifying the existence of the problem raised, applying methods and techniques of a scientific nature that served to obtain results and support the proposed reform of the Law.

Keywords: Mining Law, mining royalties, discretion, principle of tax equity, principle of tax generality, corruption in mining.

3. Introducción

En la presente tesis titulada: “LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE EQUIDAD Y GENERALIDAD”; se ha desarrollado con la finalidad de corroborar la existencia de la problemática planteada en torno a la discrecionalidad que atribuye la Ley de Minería en el Artículo 93, al establecer un rango de monto variable de pago de regalías mineras entre el 3% y hasta el 8%; que posee el Ministro sectorial de minería, que negocia el margen, a su libre arbitrio y voluntad, sin establecerse un límite o monto fijo; vulnerando los principios constitucionales de equidad y generalidad tributarios, que estipulan que los tributos , en éste caso las regalías mineras, deberían ser iguales y generales para todos, sin establecerse montos variados. Ya que ello da paso a la corrupción, tanto de empresas que buscan pagar el monto menor de regalías, así como de los funcionarios públicos, que buscan cohechar o enriquecerse ilegalmente, tráfico de influencias, asociación ilícita, etc.; todo ello trae, como consecuencia que no exista seguridad jurídica en el país, para las empresas mineras, compañías mineras buscando hacer los pagos de montos por regalías más bajos, aumento del riesgo de inversión en el país, menos recaudación fiscal, aumento de la pobreza, y problemas en la planificación del desarrollo del país; siendo necesario que el Poder Legislativo, a través de una reforma legal a la Ley de Minería, aplicando el principio de equidad y generalidad tributaria, estableciendo los límites mínimos de discrecionalidad de funcionarios públicos, viabilicen en forma más acertada, una revisión de este problema, y establezcan un monto fijo de pago de regalías mineras al Estado, por las ventas totales de minerales principales y secundarios que realicen las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que realicen actividades mineras..

El presente trabajo de investigación está estructurado y desarrollado por el acápite o capítulo de un Marco Teórico, que es de revisión de literatura conceptual, jurídica y doctrinaria, además consta de un capítulo de Derecho Comparado.

En el Marco Teórico, consta el análisis categorial de la Discrecionalidad, como asunto administrativo, tributario, su jurisdicción, la burocracia representativa, el cuidado de los intereses públicos y los perjuicios fiscales. La Corrupción en minería, la colusión y factores. El dominio o propiedad estatal de las minas, las regalías mineras, el contrato minero en Ecuador. Derecho Comparado en torno al nuestro obteniendo semejanzas y diferencias encaminadas a establecer una solución viable a la problemática planteada, sobre las regalías mineras, con Chile, Perú, Bolivia, Indonesia, Ghana, Sudáfrica y Australia.

Luego aplicando unas encuestas y entrevistas a profesionales del Derecho relacionado a la Minería, y a Mineros, se logró a través de un estudio de campo, cumplir con los objetivos e hipótesis planteada, permitiendo inducir a la comprobación de la problemática que es objeto de investigación, lo que viabiliza la propuesta de reforma; cuyos criterios se dirección a determinar la necesidad de reforma de no tener montos variables de pago de regalías mineras y establecer un monto fijo.

Con todos los argumentos expuestos queda el presente trabajo investigativo a la disposición de las autoridades, comunidad universitaria, y al Honorable Tribunal de Grado, aspirando que el mismo sirva como medio de consulta para las personas que tengan interés en la temática investigada.

Con todos los argumentos expuestos queda el presente trabajo investigativo a la disposición de las autoridades, comunidad universitaria, y al Honorable Tribunal de Grado, aspirando que el mismo sirva como medio de consulta para las personas que tengan interés en la temática investigada.

4. Marco Teórico

4.1. Marco conceptual

4.1.1. La Corrupción

Es determinante disminuir la discreción de la Función Ejecutiva, en el establecimiento de montos de pago de las regalías mineras en el Ecuador; es necesario establecer un solo monto, y nada por debajo de este umbral, y terminar con un procedimiento de "*alta discrecionalidad*" en donde están en juego miles de millones de dólares. Grandes discontinuidades son los resultados de las tributaciones por este concepto, pero también se encuentra que las empresas mineras desean se les establezca el menor monto de los valores a pagar, para supuestamente evitar pérdidas, pero que en definitiva son ganancias enormes. Es necesario para acabar con la corrupción evitar la variación de montos de recaudación, y establecer la reforma de la política para estimar los efectos de una mayor discrecionalidad; es fácil identificar el impacto de la discrecionalidad en las rentas de la corrupción y su efecto; cinco puntos de variación entre el 3 y el 8 por ciento, es mucho dinero tentador, para la corrupción; y es dejar la marca abierta, para que el justo peque. La corrupción es ampliamente considerada como el principal impedimento para un gasto público eficiente; hay que superar estos desafíos, la mayoría de los países desarrollados han introducido procedimientos formales, generales e iguales a todos en la tributación; consiguiendo seguridad jurídica, para el inversor minero y para el país. "*Hay que dejar de creer que es un fuerte incentivo, mermar y cobrar los mínimos porcentajes por regalías mineras; por que al hacer la evaluación económica financiera del yacimiento, en la etapa final de la exploración, se hacen los cálculos con los máximos y no con los mínimos porcentajes; que revelan sus verdaderos costos, ello es hacer transparente y terminar con actos de corrupción o favoritismo político*"¹; el papel de la transparencia no se agota en limitar la variación de cobro de

¹ Alejandro M Manelli y Daniel R Vincent. Mecanismos de adquisición óptimos. *Econometría*, 1995. Pág. 591.

rentas, también se puede disminuir en la mala asignación de recursos asociados con la corrupción; sin embargo, este cobro no ocupa tanto tiempo, ni tienen un costo administrativo más alto, como las negociaciones directas e indirectas; además, debido a la información se puede mejorar los resultados.

El efecto de la discrecionalidad en este asunto de la variación de montos de pago de las regalías mineras, no brinda evidencia firme, ni suministra pruebas fiables, del procedimiento de su determinación. La relación simple en los procedimientos da resultados más honestos, lo que confundiría el efecto de la discreción con el efecto de la corrupción.

Solamente haciendo el análisis de un solo proyecto de gran minería en el Ecuador, dejando a los doce restantes en avance de exploración, y comparado con los casi trescientos proyectos que se pueden establecer en el país; dijo voy a hacer el análisis en uno solo, *“...el proyecto Mirador, que está ubicado en el cantón El Pangui, de la provincia de Zamora Chinchipe, cuyo concesionario es la empresa Ecuacorrientes S.A.; según cifras estatales del año 2015, (a la fecha debido a la exploración avanzada son mayores) en este yacimiento existen 6,7 mil millones de libras de cobre; 3,2 millones de onzas de oro y 25 millones de onzas de plata.”*²

La libra de cobre, actualmente a enero de 2022 se encuentra en 4,60 dólares, que multiplicados por 6,7 millones, nos da un monto en cobre de 30.820 millones de dólares. La onza de oro está en 1.824 dólares, que multiplicados por 3,2 millones de onzas, nos da un monto de 5.836,8 millones de dólares. La onza de plata está en 23 dólares, que multiplicados por 25 millones de onzas de plata, nos da 575 millones de dólares. Sumando todos los montos tenemos un monto de 37.231,8 millones de dólares.

Las regalías mineras según el Artículo 93 de la Ley de Minería, fluctúan entre el 3 y el 8%. Si

² Minergía: minería y energía. Quito, Ecuador. Número 3, septiembre octubre 2015, Pág. 56.

cobramos el 3%, tenemos un monto de 1.116,954 millones de dolares; y si cobramos el 8%, 2.978,544 millones. El cobrar para el Estado ecuatoriano entre una y otra cifra, significa una diferencia de 1.861,590 millones de dolares. Esta cifra de miles de millones de dolares pierde el Estado ecuatoriano por la discrecionalidad otorgada por los legisladores al Ministerio Sectorial de Minería en el Ecuador, al establecer variación de pago porcentual. Eso solo en un proyecto minero y que sus reservas se revalorizan y aumentan conforme se avanza en el proyecto. Es demasiado dinero, para ser tratado discrecionalmente por una sola persona, a su arbitrio y consideración; y que da cabida a la sospecha de la institucionalización de la corrupción. Por ello urge establecer un solo monto.

4.1.1. Oferta y demanda de la Corrupción

Con la rápida expansión de la inversión mundial en minería, petróleo y gas, no es sorprendente que la reputación de Ecuador como un país con mucha corrupción haya flaqueado aún más en el índice de percepción de la corrupción de Transparency International (TI) con un puntaje de 39/100, y ocupando el puesto 92 de 180; con un cambio de puntuación de subida en siete puntos en el 2022. O sea, una puntuación muy baja, y 92 puestos debajo del mejor, no es muy alentador, a no ser por el alza en el 2022 de 7 puntos; eso sin tomar en cuenta los índices de de sobornos que se permiten en Ecuador y de empresas internacionales que utilizan este mecanismo para su inversión. *“Los resultados tanto del lado de la demanda, es decir, la solicitud de sobornos o coimas, principalmente por parte de funcionarios, como el lado de la oferta, es decir, el pago de sobornos, principalmente por parte de corporaciones, es el día a día de la corrupción. Por ello hay que examinar las causas de la corrupción y qué medidas puede tomar los países anfitriones y especialmente los parlamentos, una institución anticorrupción hasta ahora muy descuidada”*³. El índice de Percepción de la Corrupción, la caída de Ecuador representa una

³ Stapenhurst, F., Riccardo P. y Kerry J. 2014. Siguiendo el dinero: Comparando los comités parlamentarios

percepción global creciente de la corrupción en Ecuador, mientras que en el índice de Fuentes de Soborno, representa la percepción global de un aumento de los sobornos por parte de empresas extranjeras.

“Implementar políticas públicas para reducir la corrupción del lado de la demanda, por ejemplo, aumentando la rendición de cuentas del gobierno a través de una mejor supervisión parlamentaria”⁴ así como implementar políticas para reducir la corrupción del lado de la oferta, por ejemplo, mediante la adopción de legislación anti sobornos. Sin embargo, falta el marco conceptual y teórico para justificar la confianza en el éxito potencial de estas políticas, corrupción, evaluación de riesgos políticos, gestión, y control parlamentario, proceden en paralelo y se cruzan, para tener éxito. “El Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional han implementado una serie de programas de desarrollo que, entre otras cosas, implican reformas político económicas mineras diseñadas para acelerar el crecimiento de la industria”⁵; y Ecuador es uno de los principales actores de la minería mundial, con empresas que cotizan en bolsa. “El desempeño del Ecuador se traduce en que la mayoría de las empresas mineras informan que la corrupción es un elemento disuasorio para la inversión”⁶ El riesgo político que, según muchos académicos y profesionales, generalmente incluye el riesgo de corrupción, surge cuando las operaciones de una empresa sufren como resultado de cambios políticos, inestabilidad o interferencia del gobierno anfitrión con las operaciones comerciales. “Hay varios métodos que se

de cuentas públicas. Editorial Plutón Press. Londres Inglaterra.

⁴ Ibidem.

⁵ Campbell, B. (2008). Regulación y legitimidad en la industria minera: ¿Dónde se encuentra Canadá? Revista de Economía Política Africana, 117. Pág. 367.

⁶ Goldstone, J. A., R. H. Bates, D. L. Epstein, T. R. Gurr, M. B. Lustik, M. G. Marshall, J. Ulfelder y M. Woodward (2010). Un modelo global para pronosticar la inestabilidad política. Revista estadounidense de ciencia política 54, no. 1. Pág. 190.

pueden utilizar para determinar el riesgo”⁷, pero muchas empresas mineras no realizan evaluaciones de riesgo político o de corrupción, es una falla significativa, ya que lleva a estas empresas a ser reactivas a las demandas de las partes interesadas locales en lugar de proactivas. Y en definitiva son las personas, los grupos y las comunidades las que también no pueden estar integrados en las relaciones sociales y políticas y que lo que es económicamente valioso puede no serlo necesariamente socialmente viable; lo que sugiere que en la medida en que una empresa puede considerarse beneficiosa, lo es también para la comunidad local; frente a un tercero, que es el gobierno y su estructura.

4.1.1.2. El problema de la no regularización

*“La participación de la economía no oficial en el Producto Interno Bruto está determinada por el alcance de los derechos de control que tienen los políticos y burócratas en las economías poscomunistas. Al explorar con más detalle el papel de los sobornos y utilizar un conjunto de datos más amplio de la Organización Común de Desarrollo Europea, América Latina y las economías en transición, encontramos que la economía no oficial representa una mayor proporción del PIB cuando hay más corrupción y cuando el estado de derecho es más débil. Si bien estos hallazgos son consistentes con los resultados anteriores para las economías en transición, en la muestra de países más grande encontramos que no es necesariamente el caso que más regulación o impuestos más altos aumenten directamente el tamaño de la economía no oficial.”*⁸

El problema parece no ser la regulación o los impuestos, sino si el sistema administrativo estatal que no puede operar sin corrupción. Un alto nivel de discreción regulatoria ayuda a crear el potencial de corrupción y empuja a las empresas a la economía no oficial.

⁷ Ibidem.

⁸ Johnson, Simon; Kaufmann, Daniel y Zoido-Lobaton, Pablo "Corrupción y economía no oficial". Manuscrito publicado, Banco Mundial, Washington, DC, 1998.

La politización de la actividad económica significa el ejercicio de derechos de control sobre las empresas por parte de políticos y burócratas. Estos derechos de control pueden haber servido a una agenda ideológica en el pasado, pero a menudo se utilizan para promover la agenda privada de políticos y burócratas. “*Un gobierno depredador simplemente conduce a una menor actividad económica total*”⁹ las empresas han respondido a la politización pasando a la clandestinidad; en lugar de registrar sus actividades, los gerentes prefieren no pagar altos impuestos y beneficiarse de servicios discrecionales claves para la ejecución legal de contratos, que terminan en un “*mal*” equilibrio con ingresos fiscales bajos, una economía no oficial alta de corrupción frente al porcentaje del PIB y una baja o nula calidad de los servicios públicos.

Las reglas formales o leyes pueden ser importantes en algunos casos, lo que realmente importa es cómo se implementan realmente las regulaciones y las reglas fiscales. Si las reglas están bien en el papel pero los funcionarios tienen mucha discreción en la interpretación e implementación, esto conduce a una mayor carga efectiva sobre las empresas, más corrupción y un mayor incentivo para pasar a la economía no oficial.

4.1.1.3. Los factores de la Corrupción en Minería

La naturaleza de la minería y el valor moral, basada en principios de la “*corrupción*”, incluyen tanto a la corrupción pública como la privada, son asuntos discrecionales, que parecen ser no necesariamente ilegales; por lo que se debe distinguir entre corrupción del “*lado de la oferta*” y del “*lado de la demanda*”. La oferta, tiene características que lo hacen susceptible a la corrupción, entre ellas: la necesidad de grandes gastos de capital; el alto nivel de regulación gubernamental; falta de elección de ubicación; su repentina imagen de riqueza y dinero fácil; las experiencias previas de la población local con empresas del sector; y el sentido particular de Derecho que

⁹ Ibidem.

tiene la población local con respecto a la riqueza mineral generada en su comunidad o cerca de ella. Es importante analizar a la corrupción del lado de la oferta de: los motivos respectivos de los diferentes actores en el sector; controles corporativos, incluidos los códigos de conducta; la aldea global; socios y agentes locales; el marco legislativo en expansión; y los efectos del creciente énfasis en el desarrollo sostenible.

El sector minero opera con frecuencia en países que son ampliamente percibidos por tener altos niveles de corrupción del lado de la demanda. Si bien la existencia de un gran proyecto de recursos naturales puede afectar el nivel de corrupción del lado de la demanda en un país, dicha corrupción también se ve afectada por factores legales, burocráticos y políticos, como la discreción ministerial y burocrática, la transparencia y la libertad de prensa. La minería para vencer la reputación negativa puede abordar la adopción de medidas colectivas: desarrollo de estándares sectoriales anticorrupción o procedimientos de certificación; y la creación de alianzas de trabajo sobre una base específica de país, con interesados en fomentar la transparencia y la rendición de cuentas en los gobiernos.

Poco se ha escrito sobre la corrupción en relación con el sector de la minería, con la exploración, el desarrollo y las operaciones mineras.; hay muchas definiciones descriptivas de corrupción, pero se la puede definir como el eludir las reglas implícitas o formalmente acordadas para la toma de decisiones, en el sector público o privado, por uso de incentivos personales para lograr objetivos personales. El tema de la corrupción involucra a los empleados de las empresas que brindan servicios esenciales como teléfonos, electricidad y agua. Si una empresa minera va a tener una política integral para sus empleados sobre la corrupción, debe incluir claramente el abuso de un cargo privado para beneficio privado; esto también sería cubrir a los empleados de empresas mineras que se enriquezcan mediante el uso de sus cargos corporativos mediante sobornos, por ejemplo; lo que a menudo se menciona como pagos de engrase, dinero rápido, pagos de facilitación o pagos de aceleración; a fin de garantizar la entrega oportuna de bienes y

servicios a los que el público tiene derecho legítimo.

En Estados Unidos de Norteamérica, Código de los Estados Unidos, Sección 78dd-2(b); se establece una prohibición general de sobornar a funcionarios extranjeros para cualquier pago de facilitación o agilización cuyo propósito sea agilizar o garantizar la realización de una acción gubernamental de rutina, para tales funcionarios. El Artículo 1, sección 9, en el párrafo 1 de la Convención de la Organización Comunitaria de Desarrollo Europeo, define el delito de cohecho de funcionarios públicos extranjeros de tal manera que requiere que se ofrezca el incentivo "*para obtener o retener negocios u otras ventajas indebidas en la realización de negocios internacionales*"; desde los pequeños pagos de facilitación, hasta pagos realizados para obtener o mantener un negocio u otra ventaja indebida, constituyen un delito.

La Ley de Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros, Estatutos de Canadá 1998, c.34, fue promulgada para cumplir con las obligaciones de Canadá de conformidad con la Convención de la OCDE, es más explícita sobre los pagos de engrasamiento: pago no es un préstamo, una recompensa, una ventaja o un beneficio para obtener o conservar una ventaja en el curso de los negocios, si se realiza para acelerar o garantizar la ejecución por parte de un funcionario público extranjero de cualquier acto de naturaleza rutinaria que sea parte de los deberes o funciones del funcionario público extranjero, incluyendo la emisión de un permiso, licencia u otro documento para calificar a una persona para hacer negocios; tramitación de documentos oficiales, tales como visas y permisos de trabajo; prestación de los servicios que normalmente se ofrecen al público, como la recogida y entrega de correo, los servicios de telecomunicaciones y el suministro de energía y agua; y prestación de servicios normalmente prestados según se requiera, tales como protección policial, carga y descarga de carga, protección de productos perecederos o mercancías del deterioro o la programación de inspecciones relacionadas con la ejecución del contrato o el tránsito de mercancías.

Desde un punto de vista moral, la corrupción de cualquier tipo tiene un efecto corrosivo

en la confianza del público en el proceso legal y fomenta la falta de rendición de cuentas que con el tiempo puede conducir a la ruptura del Estado de Derecho.

Los recursos minerales están enterrados bajo la superficie de la tierra y es difícil encontrar un depósito mineral económico. Ubicar, desarrollar y construir una mina moderna generalmente requiere cientos de millones de dólares en inversión de capital. La exploración a menudo dura de cinco a diez años, con una evaluación preliminar, la preparación del estudio de factibilidad y consultas continuas con las partes interesadas que conducen a las aprobaciones gubernamentales necesarias, lo que lleva dos o tres años adicionales. La construcción puede llevar de uno a tres años, según el tamaño y la naturaleza de la mina. La Ley en Ecuador permite hasta diez años para la etapa de exploración. También puede haber grandes costos iniciales de desarrollo incurridos antes de que comience la extracción de cualquiera de los minerales, es decir, para eliminar la sobrecarga, en el caso de una mina a cielo abierto; o para proporcionar acceso con fines de prueba, en el caso de una mina subterránea. Todo esto ocurre antes de que la Minera vea algún retorno de la financiación externa y el retorno de su inversión.

Cuando finalmente comienzan las operaciones, son de naturaleza finita, a menudo duran entre diez y veinte años, aunque en ocasiones mucho más. Al final de todo esto, la empresa Minera tiene otras responsabilidades financieras y operativas que debe cumplir. El cierre de la mina puede durar de uno a dos años y, posteriormente, la rehabilitación del sitio de la mina puede durar de uno a cuatro años, y los períodos más largos son más aplicables a las minas a cielo abierto que a las minas subterráneas. A veces, las responsabilidades continuarán por mucho más tiempo cuando los problemas continuos, como la neutralización del drenaje ácido de rocas, requieran un tratamiento a largo plazo.

La Minería es una inversión riesgosa. Los minerales se pueden encontrar en todas partes del mundo, pero rara vez con los dos requisitos para la minería: un grado económico de mineral; y un volumen total lo suficientemente grande como para pagar la inversión y permitir una

ganancia. A diferencia de un negocio de fabricación, una mina moderna no tiene la opción de empezar poco a poco y, si las cosas van bien, ampliar. Para lograr las economías de escala requeridas, una mina moderna debe comenzar en grande con el gran costo de capital asociado.

“... es imposible de establecer de antemano, el desarrollador de la mina se esfuerza por acercarse a este estándar mediante la preparación de un informe de factibilidad, un plan teórico que proyecta todos los aspectos de la operación potencial de la mina en papel. Por ejemplo, una mina debe diseñarse y construirse para operar en el extremo inferior de la escala de costos global. Esto tiende a asegurar que, a lo largo de su vida útil, la estructura de costos de la mina podrá absorber los precios cíclicos, ya que la demanda y los precios subirán y bajarán sin tener en cuenta a ningún proveedor en particular. Todo lo que pueda influir en los costos de la mina propuesta se mide, se pesa y se estima. En el informe de viabilidad también se exploran consideraciones tan diversas como las fuentes de financiación y los procesos metalúrgicos más eficientes.”¹⁰

Sobre la industria minera a parte de las regulaciones pesa: un nacionalismo de la riqueza mineral, especialmente el oro y los minerales preciosos, que se considera parte del Patrimonio Nacional. La población considera que estos minerales forman parte de un cofre del tesoro nacional que pertenece al pueblo y debe ser explotado en beneficio del pueblo. En estas circunstancias, la gente espera que el Gobierno proteja su tesoro y garantice que se desarrolle adecuadamente y que los beneficios fluyan hacia ellos. Dado que en la mayoría de las jurisdicciones los minerales son propiedad del Estado, los gobiernos regulan la adquisición de los derechos para explorar y explotar minerales. Ciertos metales también pueden estar sujetos a

¹⁰ PLACER DOME INC. 1998. Código de conducta comercial de Placer Dome. Vancouver: Placer Dome Inc.

un control gubernamental particular, por ejemplo, el oro, donde el Banco Central, puede tener derecho a comprar toda o parte de la producción o metales estratégicos, como el uranio. Además a razonamientos de impacto financiero, impacto ambiental, impacto social, seguridad y sindicatos, impacto en las comunidades indígenas, requisitos de transporte, requisitos de energía; falta de elección de ubicación, imagen de riqueza repentina y dinero fácil, experiencia previa, sentido de Derecho. El sector Minero tiene ciertas características que lo hacen especialmente vulnerable a la corrupción, incluyendo: el requerimiento de grandes gastos de capital iniciales; falta de elección en la ubicación; su repentina imagen de riqueza y dinero fácil; la experiencia previa de los nacionales locales con empresas mineras; el sentido particular de derecho que tiene la población local con respecto a la riqueza generada; el alto nivel de regulación gubernamental, y especialmente la discrecionalidad.

4.1.1.3.1. La Colusión en Minería

La carrera mundial por los recursos dio un giro en Ghana, con el aumento del precio del oro, una gran afluencia de mineros de China, ingresó a la minería artesanal y de pequeña escala, reservado para los ciudadanos ghaneses por ley. Lo que produjo una batalla campal entre los mineros ghaneses y los chinos; bajo la colusión y colaboración, con una cultura de impunidad. Los mineros chinos en decenas de miles, con mecanización y nueva tecnología, dio cambios en este sector económico tradicional en corto tiempo; lo que causó un daño ambiental a la tierra como a los cuerpos de agua. *“El gobierno lento en responder, eliminó mineros ilegales, con la deportación de casi cinco mil mineros chinos. Los funcionarios públicos se hacen de la vista gorda a la minería de oro ilícita a cambio de millones de dólares; así el cargo público se convierte en un medio de acumulación privada en lugar de un servicio público.”*¹¹

¹¹ Andrews, N. (2015), ‘¿Excavar para la supervivencia y/o la justicia?: Los impulsores de las actividades mineras ilegales en el oeste de Ghana, en Africa Today, vol.62, no.2, pp.2-24.

*“Lo que más llama la atención es el desarrollo de la cultura de impunidad, por la ausencia del Estado, en una combinación de búsqueda de ingresos por parte de quienes ocupan puestos de autoridad y la informalidad persistente.”*¹² El estado por ejemplo, de Ghana no es débil, sino que cada vez más hay corrupción cotidiana, donde los jefes y subjefes, utilizan sus posiciones de autoridad en las localidades mineras para beneficiarse personalmente de las actividades mineras; así los mineros extranjeros, especialmente de China, pueden operar con impunidad durante tanto tiempo porque en realidad estaban protegidos por quienes tenían autoridad, es decir, funcionarios públicos, políticos y jefes, a cambio de pagos privados. *“Varias instituciones estatales han fallado claramente en sus responsabilidades de mantener la ley; esto no se debe a debilidad o problemas de capacidad; sino a los funcionarios públicos que a cambio de una participación en las grandes sumas de dinero que se obtienen de la extracción de oro. De igual forma los indígenas han visto una oportunidad de ganancia personal, especialmente vendiendo tierras para la minería; así como el personal del ejército y la policía aprovechándose de su poder para buscar ganancias privadas a expensas de los mineros chinos.”*¹³

La función real del Estado está muy alejada de su funcionamiento oficial, facilitando las prácticas corruptas y la acumulación privada por parte de los funcionarios públicos, en una perpetua informalidad; donde los mineros extranjeros han podido aprovechar esta informalidad en un sector no regulado y, de hecho, han brindado parte del apoyo financiero y técnico al Estado; pero las consecuencias negativas de la participación extranjera en dicha minería a través de la gran mecanización; donde los políticos, los funcionarios estatales y las autoridades tradicionales

¹² Van Bockstael, S. (2014) ‘La persistencia de la informalidad: Perspectivas sobre el futuro de la minería artesanal en Liberia’ *Futures*, vol 62, pp10–20

¹³ Hilson, G., Hilson, A. y Adu-Darko, E. (2014) ‘Participación china en la economía minera de oro informal de Ghana: impulsores, implicaciones y aclaraciones’, *Journal of Rural Studies*, vol 34, pp292–303

pueden ser sobornados fácilmente, ha permitido el saqueo y la apropiación de los recursos de oro de Ghana por parte de mineros extranjeros de una manera neocolonialista informal, una que está en marcado contraste con cualquier noción de justicia de recursos, y no puede reducir la pobreza, así como los desafíos y las deficiencias asociadas con el logro de tal objetivo.

4.1.1.4. Los procesos electorales, corrupción y regalías

A la corrupción se la define en términos generales como el *“abuso de una autoridad encomendada para obtener ganancias ilícitas”*¹⁴; abarcando diferentes tipos de comportamientos y actitudes, de actores y escenarios; puede ser privada o pública; involucra a miembros del Estado usando sus posiciones para obtener un beneficio para ellos, o para un grupo en particular. Puede ser el resultado de un acuerdo entre privados y públicos, para favorecer a ambas partes.

Pueden ser pequeños actos cotidianos de corrupción, como sobornar a un oficial de policía para escapar de una multa por límite de velocidad. Pero la corrupción política, es la que abarca grandes transacciones de recursos y poder, la que tiene importantes implicaciones potenciales para la comunidad de influencia. *“Un ejemplo de corrupción política/gran corrupción es la manipulación de una elección presidencial a favor de un candidato en particular. Independientemente del tamaño y la arena, la corrupción se constituye por la combinación de tres elementos principales como sigue: el poder discrecional, la presencia de instituciones débiles/perversas y rentas económicas/políticas”*¹⁵.

“La capacidad o autoridad para llevar a cabo el acto corrupto, en un marco institucional que apoya la corrupción, con una institucionalidad débil, hasta arreglos complejos, clientelismo sistémico, las rentas económicas/políticas, juegan como una motivación para involucrarse en la

¹⁴ Transparency International (Last updated 2017b) 'how do You Define Corruption?'. Accessed 11/06 2017

¹⁵ Aidt, T.S. (2009) 'Corruption, Institutions, and Economic Development', *Oxford Review of Economic Policy* 25(2): 271-291.

corrupción. Los diferentes análisis teóricos de la corrupción pueden diferir en el peso que cada autor asigna a cada uno de los tres elementos constitutivos antes mencionados. Partiendo de un modelo simple de principal-agente más focalizado en el individuo, capacidad y motivaciones, a modelos de corrupción auto reforzada y corrupción, que enfatiza el papel del marco institucional, histórico patrones y creencias culturales. La literatura actual coincide en la importancia de los tres elementos, pero enfatiza el rol de las instituciones preexistentes”¹⁶ En consecuencia al analizar la corrupción en el ámbito de la democracia y las elecciones, en relación con las rentas que producen las regalías y un marco institucional que define el monto de pago de regalías, es la motivación y la oportunidad para el análisis de esta investigación. “Todos ellos están íntimamente ligados al sistema electoral que puede permitir la presencia de uno, dos o más partidos y competidores bajo un esquema de representación basado en mayorías pluralistas o representaciones proporcionales”¹⁷

La motivación de un candidato para postularse a un cargo público, es la respuesta más común de altruismo y solidaridad, con intereses en las rentas económicas y el poder. Entonces, las posibilidades van desde el puro altruismo hasta el puro comportamiento oportunista, la competencia política puede tener efectos positivos o negativos sobre diferentes productos como la oferta de bienes públicos, la calidad del gobierno, y corrupción, dependiendo del marco institucional. Desde una visión optimista, en elecciones mayoritarias, la política competencia puede aumentar la oferta de bienes públicos debido a una tendencia de la candidato/partido para satisfacer las preferencias del votante medio para atraer al mayoría de los votantes y de esa

¹⁶Lederman, D., N.V. Loayza and R.R. Soares (2005) 'Accountability and Corruption: Political Institutions Matter', *Economics and Politics* 17(1): 1-35.

¹⁷ Norris, P. (1997) 'Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems', *International political science review* 18(3): 297-312.

manera retener/acceder al poder y la economía de rentas.

“En muchos países, la abundancia y la dependencia de las rentas de la explotación de los recursos naturales se ha asociado con la presencia de resultados negativos en la actividad económica, el desarrollo social y la inestabilidad política; un patrón es que los países ricos en recursos naturales, como los minerales, son los más pobres en términos de ingreso per cápita.”¹⁸

La abundancia, la dependencia o la presencia de rentas de la extracción es uno de los principales impulsores de la corrupción política; no sólo del grupo de municipios directamente involucrados en las actividades de extracción; sino también los que pasan a ser corruptores, porque se alquilan con un incentivo perverso; como son los políticos. Así las regalías mineras, en otros países, son potencial variable clave de la corrupción y competencia política en las elecciones locales y nacionales; representada por: el valor que pone como comto de cobro de regalías, el valor total de las regalías distribuidas a cada municipio, las regalías per cápita, y la participación de los ingresos del gobierno local provenientes de regalías; frente a otros municipios y provincias que no recibieron, ni recibirán regalías. Así como la razón de una cantidad tan grande de regalías en algunos municipios por la gran intensidad de producción de ciertos minerales, que pueden representar hasta más del 90% del presupuesto total del municipio, y donde la extracción de minerales juega como la primera actividad económica y la primera fuente de recursos para el gobierno local.

Las organizaciones civiles creadas, que conectan a diferentes grupos de trabajo, bajo una única plataforma de observar la democracia, que incluye organizaciones de estudiantes, grupos religiosos, minorías étnicas, asociaciones de mujeres, entre otros, para vigilar el proceso

¹⁸ *Badeeb, R.A., H.H. Lean and J. Clark (2017) 'The Evolution of the Natural Resource Curse Thesis: A Critical Literature Survey', Resources Policy 51: 123-134.*

electoral; sin embargo todo el proceso es financiado por empresas privadas nacionales e internacionales. Según los informes de corrupción no son tomados como acusaciones legales, de hecho, la mayoría de los informes son anónimos, o simplemente un recuento de los riesgos. Las organizaciones generalmente recopilan información directamente de los observadores antes, durante, y después de las elecciones, y a través de distintas plataformas tecnológicas como llamadas telefónicas, internet o informes directos de autoridades oficiales. Con esta información, generan informes y documentos en asociación con académicos, generalmente con advertencias y recomendaciones. Sin embargo, la corrupción reportada, son opacadas por las irregularidades en la elección, irregularidades con el registro de votantes, inscripción de cédulas, etc., pero la libre elección o existe, ya que aparecen delitos: la restricción de votantes (intimidación), la compra de votos, fraude.

Históricamente, América Latina y Ecuador especialmente, ha presentado altos niveles de corrupción, en los últimos años, el país ha sido testigo de una expansión e incremento de casos de corrupción en las elecciones locales democráticas en todo el territorio. Geográficamente, la corrupción parece expandirse desde la región andina y costeña, Pichincha y Guayas, pero a principios de la década de 2000 se desplaza hacia otras regiones periféricas del país. Las regiones más pobladas, así como el centro de pesquera, antes de la década de los 90 concentraba las principales actividades económicas y la producción de las principales exportaciones. Sin embargo, desde la década de los 90 el país ha cambiado su estructura económica hacia la explotación de recursos naturales no renovables, y próximamente las principales exportaciones de Ecuador ya no serán el petróleo, sino los minerales, que se ubican en las regiones periféricas y menos pobladas. En un período relativamente corto, los gobiernos locales en pequeños municipios de regiones periféricas comenzaran a recibir montos de regalías enormes por ser los productores de las principales exportaciones del país. Entonces los políticos argumentaran que el sistema de distribución de regalías es ineficiente y estimular el despilfarro,

por ello es importante monitorear el comportamiento de las élites locales y de la corrupción en las regiones productoras.

4.1.1.5. Conceptos de la Discrecionalidad

Al conceptualizar en el ámbito jurídico a la “*discrecionalidad*”, surgen cuestiones difíciles, las centrales me parecen son conocer qué es la discrecionalidad y su ejercicio; las condiciones de aceptar o tolerar la discrecionalidad en un sistema legal; los derechos constitucionales que amenaza el uso de la discreción; y, como minimizar cualquier daño que cause. Pensaba que era un término vago, porque no es muy utilizado en el ámbito jurídico; pero esta noción está involucrada en las leyes, y se puede encontrar muchos casos de discrecionalidad: por ejemplo, la fijación de tarifas, la fijación de sueldos y salarios, la concesión o denegación de una ejecución de una obra, el ejercicio de la suspensión o el indulto por parte del poder ejecutivo. Distinguiendo las características de los casos del ejercicio de la discrecionalidad, se puede ver muchos otros, unos más claros que otros. Al verla a la “*discrecionalidad*” que se extiende ampliamente, así podemos reconocer el límite de la “*discrecionalidad*”, y se puede usar el término para una mejor comunicación.

La mayor atención está presente en casos en los que existen preocupaciones sobre la “*discrecionalidad*” que surgen en casos claros, y también en el hecho de casos con límites que son dudosos o que parecieran irrelevantes.

En casos similares la definición es provechosa, porque podemos estar de acuerdo sobre un área central de fenómenos o casos claros, y existe un acuerdo sobre el uso del término, con dominio de la vida cotidiana, con claridad de uso convenido jurídicamente.

Un ejemplo es la discusión sobre qué es el Estado; y el poco desacuerdo en que el Estado es una organización de personas que viven en un territorio bajo cierto tipo de sistema legal: la verdadera disputa se centra sobre “*qué*” forma debe tomar el Estado de qué queremos que sea el Estado; “*qué*” puede hacer por sus ciudadanos, y “*cómo*”.

Existe una serie de ejemplos de “*discreción*”; hechos de diversas situaciones, con una engañosa concentración excesiva de poder, en órganos de la Función Ejecutiva: fijación de tarifas de transporte terrestre, aéreo, naviero, ferroviario; establecer valores de licencias para ejercer un oficio específico; control de actividades potencialmente dañinas: pesca y caza; designación de cargos en el servicio público; asignaciones de recursos concebidos para estar a disposición del gobierno, en definitiva todo el presupuesto; asignaciones de tierras y terrenos públicos; gestión de servicios públicos o negocios realizados por el gobierno: contratos para la construcción de obras públicas; construcción de reglamentos, instructivos, estatutos, reglas, etc.; incluso pueden dar indultos; autorizar uso de la tierra o suelo; adjudicar el agua; regular.

Que comúnmente se entiende es su aplicación por causas razonables o cuidados adecuados, y no es un proceso malicioso, negligente u oculto; donde la única regla parece ser la experiencia de la autoridad en los casos en los que hay inicialmente una ley sin de regular aún reglas específicas, y que la Función Ejecutiva debe dar una aplicación real o específica, a reglas escritas, o leyes, cuestión que es un precedente de “desciende de” y que cae dentro del ámbito del Ejecutivo, gobierno central, organismos administradores del Estado. Lógicamente la resolución exige el ejercicio de la discrecionalidad, pero nuevamente los factores que requieren atención en tales ejercicios de discrecionalidad en la aplicación de las reglas o dar resoluciones, puede resultar diferentes al uso de las típicas palabras “*razonable*”, “*conveniente*”, “*justo*”, “*adecuado*”.

La discreción es “*sensatez, para formar juicio y tacto para hablar u obrar. Don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad. Que se hace libre y prudencialmente. Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas.*”¹⁹; después de todo es una virtud intelectual, sinónimo de sabiduría práctica, sagacidad o prudencia;

¹⁹ Diccionario Enciclopédico Universal, editorial Cultural S.A., Madrid España, 2002.
Pág. 338.

es el poder de discernir lo apropiado hacer.

Por lo tanto, años de discrecionalidad, significan la edad en la que un ser humano es capaz de elegir, aunque se puede elegir mucho antes; sino la edad en que el juicio o discernimiento ejercido en la elección está maduro. Una persona discreta no es alguien que simplemente permanece en silencio, sino que elige estar en silencio cuando se requiere silencio.

Discreción no es simple elección, es algo que se consideraría sabio, sano, sólido, mejor, prudente, justificado o sensato, con efecto a un principio que merezca aprobación racional y no sea criticado, ni condenado. Así la discrecionalidad no un capricho personal, o un deseo inmediato o una simpatía. Cuando se considera el uso de la discrecionalidad en la Ley, es su uso por parte de funcionarios que ocupan un cargo público responsable, con métodos claros para alcanzar objetivos claros o para ajustarse a reglas cuya aplicación al caso particular es obvia. Por lo tanto, se entiende que si lo que los funcionarios deben hacer no está estrictamente determinado por reglas específicas, sino que se les deja elegir, elegirán de manera responsable teniendo en cuenta su cargo y no se dejarán llevar por la fantasía, la ignorancia, el encubrimiento de intereses o la corrupción.

*“El concepto mismo de discrecionalidad administrativa implica el derecho a elegir entre más de un curso de acción posible sobre el cual hay lugar para que muchas personas razonables tengan opiniones diferentes sobre cuál es preferible.”*²⁰ Definiendo, Hohfeld, ya en el año 1913, como el poder de decidir al que no se puede decir si es correcta o incorrecta de ninguna manera objetiva o legal. Citando ejemplos, como cuando una Universidad tiene el poder de admitir a algunos estudiantes solicitantes de ingresar y rechazar a otros; un ejecutivo puede elegir un secretario de otros candidatos; el Presidente puede perdonar a unos condenados y a otros no.

²⁰ Hohfeld, I. Algunas concepciones jurídicas fundamentales en el razonamiento judicial. Editorial Yale. New Haven, Connecticut, EEUU. 1913. Pág. 16.

“Si bien uno podría estar en desacuerdo con cualquiera de estas decisiones, no existe ningún organismo o persona con derecho, como regla general, a corregirlas y declararlas incorrectas.”²¹

La discrecionalidad involucra la creación de derechos y privilegios, en oposición a los demás; relación jurídica básica de derecho-deber, y potestad-responsabilidad. Donde el titular de la discrecionalidad tiene que cumplir un deber; o sea, el sujeto pasivo tiene un derecho; acompañado de un deber de una autoridad competente estipulado en una ley, como un simple deber de actuar honestamente y de buena fe, del cual puede abstenerse; y presuntamente no puede dar paso a la mala fe o deshonestidad.

“Llamo a estos dos sentidos débiles para distinguirlos de un sentido más fuerte. A veces usamos 'discreción' no solo para decir que un funcionario debe usar el juicio al aplicar los estándares establecidos por la autoridad, o que nadie revisará ese ejercicio de juicio, sino para decir que en algún tema simplemente no está obligado por los estándares fijados por la ley de que se trate...”²²

Demostrando Fuller, que no hay "discreción fuerte" en el derecho y, por lo tanto, el positivismo jurídico fracasa. Sino que es “débil” y menos cerca o distante del nebuloso “deber”; “o esto o lo otro”. No equivale a licencia y no excluye la crítica. Casi cualquier situación de discreción en la que actúa una persona, bajo autoridad especial, hace que sean relevantes ciertos estándares de racionalidad, justicia y elección.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1 La Discrecionalidad

4.2.1.1. La Discrecionalidad Administrativa

El Derecho Administrativo es el estudio del uso del poder del administrador sobre los

²¹ *Ibíd.* Pág. 23.

²² Fuller, N. *La Moralidad en la Ley*. Yale University Press. New Haven, EEUU. 1964. Pág.134.

administrados, es muy importante centrarse en la discrecionalidad, ya que los límites son a la vez los límites del poder en una democracia. La expansión del Poder del Estado, con el crecimiento de comités, comisiones y otros organismos muy poderosos, contra los cuales no se puede aproximar un ferviente interés por las libertades civiles y los derechos humanos, hace que sea necesario reexaminar, esencial e inevitable, la discrecionalidad y los poderes discrecionales. Aclarar el concepto de discrecionalidad, es demostrar hasta qué punto los demás están dispuestos a tolerarlo y trazar nuevos caminos para una amplia revisión legal por la Asamblea.

4.2.1.2. Discrecionalidad y Jurisdicción

Discreción y jurisdicción son palabras de inmensa importancia en el Derecho Administrativo, y no es difícil confundirlas. La discreción se ha definido anteriormente. La Jurisdicción es un concepto más general del poder para hacer una cosa en particular, ya sea que implique discrecionalidad o no. Dussault dice: *"...puede, de hecho, definirse como la capacidad de actuar en un área específica de autoridad..."*²³; inclusive es más específico al señalar: *"Jurisdicción significa autoridad para decidir. Sin embargo, "decidir" puede ser una palabra demasiado específica, ya que uno puede tener autoridad para actuar sin necesariamente tomar decisiones."*²⁴

Para tener discrecionalidad uno debe tener jurisdicción, pero no lo contrario; si uno excede los límites de su discreción, automáticamente excede su jurisdicción, pero los límites de la jurisdicción pueden ser violados incluso por aquellos que no tienen discreción. Por ejemplo, un funcionario que tiene, sólo un deber y ningún poder. Algunos han visto la discrecionalidad como un elemento que tiende a extender la jurisdicción. *"Y esta autoridad comprende por tanto un grado de discrecionalidad que le permite actuar con menor libertad, sin correr el riesgo de una*

²³ Dussault. Administración acción. Editorial Stevens & Sons Ltda. Londres, Inglaterra. 1973. Pág. 96.

²⁴ *Ibíd.*

*intrusión molesta por parte de los tribunales.*²⁵ Sin embargo, las opiniones son que la discrecionalidad es simplemente un tipo de jurisdicción y que los tribunales no siempre podrán revisar los excesos; por lo tanto, generalmente se revisará un acto que exceda los límites de la jurisdicción, pero no de la discreción. *“Un hecho que a veces no se entiende claramente es que, dado que los poderes y deberes a menudo están entrelazados, un funcionario que posee discrecionalidad puede actuar por razones que no tienen nada que ver con la discrecionalidad como tal. Por lo tanto, la presencia de discrecionalidad no debería, en sí misma, ser suficiente para probar la irreversibilidad por otros motivos jurisdiccionales.”*²⁶

Existen diferentes reglas que tratan sobre el procedimiento a seguir en cuanto a la discreción se refiere, la regla de que no es posible ninguna revisión sobre el fondo y que los tribunales no sustituirán, la decisión administrativa, por sus opiniones, de las autoridades competentes está bien establecida, tanto cuando la función discrecional no es judicial, como cuando es administrativa. Los principios de la discrecionalidad son simples y aceptados: si se demuestra que se ha negado a ejercer su jurisdicción o no ha ejercido la discreción otorgada en virtud de principios legales bien establecidos.

Los criterios por los cuales debe juzgarse el ejercicio de una discrecionalidad legal no han sido definidos, ni autorizados, y está bien establecido que la discrecionalidad se la ejerce de buena fe, sin la influencia de consideraciones irrelevantes y no de manera arbitraria o ilegal, por lo tanto, ningún tribunal tiene derecho a interferir incluso si el Poder Ejecutivo, si hubiera podido haberlo ejercido de otra manera. *“Las disposiciones legales otorgan discrecionalidad al Poder Ejecutivo en cuanto a la expedición y revocación de licencias, por ejemplo; pero es una discrecionalidad que debe ejercerse de conformidad con la ley, teniendo en cuenta todas las consideraciones pertinentes y sin dejarse influir por otros motivos... Estos pueden resumirse*

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibídem.

como un deber de actuar:

(a) de buena fe,

(b) no influenciado por consideraciones o motivos irrelevantes,

(c) razonablemente, y

(d) dentro de los límites legales de la discreción.

El último deber es tan obvio que apenas es necesario especificarlo.²⁷

Mientras se respeten estos deberes, cualquier tribunal no interferirá, porque eso significaría usurpar la discreción, ni corregir la situación. Se trata de convertir en un principio que la mala fe vicia el uso de la discreción, pero muy poco añaden al verdadero sentido, y casi nunca se usan para significar algo más que se encuentra que alguna acción tiene un propósito lícito; por lo tanto es extremadamente raro que las autoridades públicas sean declaradas culpables de deshonestidad intencional; a lo mucho se dice que han cometido un error, en todo caso, por ignorancia o malentendido, o simplemente que han actuado de manera irrazonable o por motivos indebidos; palabras, que no imputan ninguna torcedura moral, peor legal.

Los Parlamentos, los Congresos, la Asamblea Nacional o Función Legislativa, confieren la discreción con la intención de que se use para promover la política y los objetivos de la Ley; la política y los objetos de la Ley deben determinarse conforme a la Ley como un todo y es siempre una cuestión de Derecho, ya que para un asunto de este tipo es posible trazar una línea dura y rápida, debido a que por Ley y no por cualquier otra razón, se usa la discreción para no frustrar o ir en contra de la política estatal y los objetos de la Ley, sin embargo en la Ley de Minería del Ecuador, vamos a ver, que esta ley sería muy defectuosa, ya que la gran mayoría del pueblo o personas agraviadas no tienen derecho a la protección de reclamar.

Este es claramente uno de los principales campos de batalla en el derecho administrativo

²⁷ Wade. Derecho Administrativo, cuarta edición. Editorial Clarendon Press. Oxford, Inglaterra. 1977. Pág. 372.

y área de cierta incertidumbre, ya que no tiene alcance para la revisión; y el mismo Poder Ejecutivo es el árbitro final del significado y el propósito de una ley, así como de la relevancia e irrelevancia de varias consideraciones, para argumentar que la inconsistencia con una ley o sus propósitos nunca debe invocarse cuando un funcionario ha actuado de manera remotamente no razonable.

4.2.1.3. La Revisión de la Discrecionalidad

Los principios de revisión de discrecionalidad aplicables a la mayoría de las cuestiones son intrigantes, por ejemplo, preguntar si es posible que no existan ciertos poderes que no estén sujetos a ninguna forma de revisión. En este marco teórico analítico, significa un poder sin deberes u obligaciones y, por lo tanto, sin derechos derivados de su ejercicio o no ejercicio. Al darse, por ejemplo, en la Ley de Minería del Ecuador, en el Artículo 92, que el Estado podrá participar de las regalías entre el 3% y el 8%; y quien decidiría, quien paga 3% u 8%, es el Ministro Sectorial de la Minería. En esta regulación pública, existe la “discreción” absoluta y sin trabas, es decir, que se puede actuar sobre cualquier base o por cualquier razón que se le sugiera a la mente del administrador estatal; ningún acto legislativo puede, considerar un poder arbitrario ilimitado ejercitable para cualquier que opte por el 3% o por el 8% de cobro de regalías; ya sea caprichoso, independientemente de la naturaleza o el propósito de la ley. El fraude y la corrupción en el Ministerio Sectorial, no son mencionados en la Ley de Minería, ya que la “discreción” implica necesariamente buena fe en el desempeño del deber público; siempre hay una perspectiva dentro de la cual se pretende que opere; y cualquier desviación clara de sus líneas u objetivos no es objetable como el fraude o la corrupción

Sin embargo, también abundan los dictados sobre la imposibilidad de revisión, hay ministros y funcionarios que tienen poderes puramente administrativos que no están sujetos a ni ninguna revisión. Dichas personas también deben ejercer sus poderes de manera justa porque actúan en nombre del público; pero solo a lo sumo son responsables políticos, ante sus

superiores, o sea, el Presidente de la República, quien solo los puede destituir y cambiar por otro, pero no podrá modificar lo resuelto.

Los numerosos casos sin restricciones confiere, discreción sin restricciones; pero en un sistema basado en el Estado de Derecho, la “*discreción gubernamental sin restricciones*” es una contradicción; existen varios tipos de organismos que tienen estas facultades: Juntas Administrativas sujetas únicamente al control político, los Gobernadores, etc., que toman decisiones sobre la base de la “*responsabilidad*” política y no sobre una base de “*responsabilidad*” judicial; por ejemplo lo relacionado con las telecomunicaciones, donde las decisiones que involucran cuestiones económicas amplias se encomiendan a la Presidencia, que tiene el deber estricto de celebrar máximo una audiencia o rueda de prensa y brindar a las partes la oportunidad plena de ser escuchadas; pero en ningún momento revisar, rescindir, cambiar, modificar o variar cualquiera de sus órdenes o decisiones. Un Gobernador es una facultad política cuyo ejercicio debe corresponder al Consejo de Ministros, guiarse por sus puntos de vista en cuanto a la política que, dadas las circunstancias, debe seguirse en interés público; su ejercicio nada tiene que ver con un proceso judicial; la parte que procede a adoptar los medios para cuestionar una orden o una decisión es el Presidente de la República, que está optando por recurrir a un proceso político, no judicial, ante una mala decisión de poner los preciso a un producto, por ejemplo. Los Gobernadores también deben ejercer sus poderes de manera justa y justa porque actúan en nombre del público; pero no son responsables, no ante los tribunales, sino ante sus superiores o ante la instancia política correspondiente. No están obligados a actuar sobre una base judicial. Las decisiones de política gubernamental son más difíciles de revisar que la mayoría de todos los otros tipos. Tal posición eliminaría el deber de ser justo y sería muy desafortunado en el Estado burocrático moderno, donde la reparación política no es mucho más difícil de obtener que la judicial.

El poder discrecional ejercido por el gobierno ejecutivo para el bien público, en ciertas

esferas de la actividad gubernamental que la ley lo ha previsto, es como los tiempos de guerra, y poder requisar bienes para la defensa; o de celebrar tratados con potencias extranjeras. La ley no interfiere con el debido ejercicio de la discrecionalidad por parte del ejecutivo en esas situaciones, pero puede fijar límites definiendo los límites de la actividad, y puede intervenir si la discrecionalidad se ejerce de manera indebida o equivocada. Ese es un principio fundamental de nuestra constitución al menos en lo que se refiere a los principios tributarios de equidad y generalidad, que los abordaré en capítulos posteriores. Actualmente los países tienden a ser más controladores del ejercicio de los poderes en los últimos años, en relación con los poderes establecidos por la ley y su reforma. No es fácil ver por qué, en principio, esto debe ser así, siempre que estemos preparados para reconocer, como lo hacen en relación con los poderes establecidos por la ley, que hay aspectos del ejercicio real de tales poderes que pueden, si es que los hay, correctamente sólo puede ser objeto de revisión y control en la misma Ley y no solo a través de la opinión pública.

4.2.1.4. La Teoría de la Burocracia Representativa

Los estudios de la Teoría de la Burocracia Representativa se han ajustado a la representación activa, donde los administradores de las organizaciones públicas trabajan promoviendo intereses de grupos particulares, logrando políticas que abordan las necesidades de esos grupos. Aquí la discreción administrativa, es fundamental ya que un administrador estatal debe producir resultados que reflejen los valores y creencias de los que votaron por su partido; inclusive promulgan políticas que son más representativas de intereses de minorías; ya que se perciben a sí mismos como poseedores de una discreción muy significativa y asumen el papel de representantes de las minorías.

“En la evolución de la teoría y la práctica de la administración pública, se ha llegado a un consenso general de que la investidura del poder discrecional en las agencias administrativas es un hecho de la vida. Si bien los teóricos de la administración pública

alguna vez creyeron que las acciones de un administrador público podían ser dictadas claramente por mandato legislativo, numerosos estudios han demostrado que a menudo es imposible para los legisladores anticipar todas las circunstancias que pueden influir en las acciones de los administradores en la ejecución del derecho público...”²⁸.

Desde burócratas de nivel de calle que deben tomar decisiones sobre la provisión directa de servicios, hasta responsabilidad administrativa, *“no es el poder de las burocracias públicas per se, sino su poder no representativo, lo que constituye la mayor amenaza para el gobierno democrático”²⁹*

El reconocimiento del poder político inherente al ejercicio de la discrecionalidad administrativa ha centrado la atención en cómo asegurar que esta discrecionalidad se traduzca en resultados representativos, centrándose en la teoría del impacto de la discrecionalidad administrativa en la representación activa proponiendo una medida a la discrecionalidad administrativa individual que destaca las diferencias entre la libertad de acción de la organización y las percepciones sobre la discreción que tienen para actuar, por representación de todos los grupos y no a los intereses de las minorías, o de sus colegas.

En general, los estudios destacan los mecanismos que pueden usarse para controlar la discreción administrativa y dirigirla hacia resultados que sirvan a los propósitos de la gobernabilidad democrática. *“Entre los diferentes mecanismos de control se encuentran el control legislativo, el control ejecutivo y la ética administrativa; a la luz de la teoría de la burocracia representativa; donde el control es inevitable, ya que esta discreción fortalece la transformación*

²⁸ Scott, Patrick G. 1997. Evaluación de los determinantes de la discreción burocrática: un experimento en la toma de decisiones a nivel de calle. *Revista de investigación y teoría de la administración pública* 7 (1): 35–58.

²⁹ Krislov, Samuel y David H. Rosenbloom. 1981. *La Burocracia Representativa y el Sistema Político Americano*. Editorial Praeger. Nueva York, EEUU. Pág. 21.

de la representación pasiva en representación activa.”³⁰

4.2.1.5. El Cuidado e Intereses Públicos

Cada vez se expanden los poderes ejecutivos y su administración, se respaldan judicialmente, con la ley y su estructuración de ejercicio, restando importancia al papel que debería tener la ley en la estructuración del ejercicio de la discreción administrativa, al pasar por alto los intereses públicos que deberían perseguirse por la fuerza de las normas legales. “Así, por ejemplo las facultades de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, ESMA, infringe los límites de delegación definidos en anteriormente, aunque no estén “precisamente delineadas” ni sean “susceptibles de revisión judicial”, son indicativos del alcance de los poderes de los órganos ejecutivos, debido a la deferencia legislativa cuando se construyó la ley y a una visión expansiva de un Tratado de razonamiento especulativo y de fusiones que contrasta con las facultades otorgadas a las agencias financieras, como consecuencia de la crisis del Euro, en situaciones excepcionales; abstenido de ingresar a evaluar el interés público, que forma el núcleo de las decisiones administrativas discrecionales; por ser una evaluación técnica compleja y de valoración del interés público.”³¹ Es el Estado de Derecho que por intermedio de la ley atribuye poderes discrecionales y delimita a los actores administrativos para su cumplimiento. El derecho está compuesto por los textos legales generados por los procesos políticos que definen y delimitan los mandatos de los actores administrativos, llamados actos legislativos. Sin embargo, la ley tiene un sentido normativo más profundo que trasciende al acto legislativo; es un orden que vincula la autoridad pública a valores político-jurídicos fundamentales a través de disposiciones constitucionales y principios generales del Derecho, que limitan a los procesos o

³⁰ Meier, Kenneth J., Robert D. Wrinkle y J. L. Polinard. 1999. Burocracia representativa y equidad distributiva: abordar la cuestión difícil. Revista de política 61 (4): pág. 1025.

³¹ Azoulai y Clément-Wilz. El Principio de la Legalidad. Editorial Aubry y Duheil de la Rochère. Londres, Inglaterra. 2014. Pág. 544.

participaciones políticas y que la acción administrativa debe concretar y respetar. Pero que en cierta forma garantizan la inobservancia, hoy.

La ley delimita el espacio dentro del cual los actores administrativos deben elegir el curso de acción que mejor se adapte al interés público, también en vista de los medios y recursos que pueden movilizar. Podría decirse que la ley debería tener un papel dentro de este espacio, en la medida en que define los criterios que deben guiar la decisión. Sin embargo, cuál es la mejor o mejor opción puede tener poco que ver con determinaciones legales sustantivas. *“Está influido por opciones de política que pueden no estar directamente respaldadas por el acto legislativo pertinente, y más bien están determinadas por direcciones políticas definidas por los principales responsables de la toma de decisiones; se rige por juicios de expertos, a partir de los cuales se realizan complejas valoraciones políticas, económicas y técnicas; está influenciado fundamentalmente por motivaciones burocráticas, por las preferencias morales e ideológicas de quienes participan en la toma de decisiones, por los contextos específicos en los que se toman las decisiones.”*³² Elementos que entran en juego al decidir cuestiones como si el impago de deuda por parte de un Estado, y que suponga una amenaza para la estabilidad financiera; capaz de justificar una prohibición de venta de un descubrimiento, o si una amenaza para la salud pública es lo suficientemente grave como para justificar la suspensión de las importaciones. *“Las decisiones de este tipo son discrecionales en la medida en que implican una elección, tanto para definir los estándares que deben guiar la decisión final, en vista de los criterios jurídicos definidos, como para determinar cuál será esa decisión.”*³³

Debido a la dimensión protectora del “*interés público*”, los procedimientos deben conducir

³² Baldwin. Reglas y Gobierno. Editorial Clarendon, Londres Inglaterra. 1995. Pág. 25

³³ Galligan. Poderes discrecionales: un estudio legal de la discreción oficial. Editorial Clarendon Press. Londres Inglaterra, 1986. Pág. 21

a actos de alcance general, *“el deber de diligencia es esencialmente una garantía procesal objetiva derivada de una obligación absoluta e incondicional de la institución [de la UE] relativa a la redacción el [acto] y no el ejercicio de ningún derecho individual”*.³⁴ En esta calidad, el deber de cuidado se impone en el interés público; la protección jurídica de las posiciones individuales que pueda derivarse de un deber de examen cuidadoso e imparcial no debe operar en los mismos términos en relación con los actos de alcance general, criterios objetivos y tengan efectos jurídicos generales, esto indica que las consideraciones de interés público debe prevalecer cuando la protección individual podría obstaculizar la adecuada consecución de los intereses públicos en juego. La búsqueda de los intereses públicos que los administradores están obligados a cumplir bajo su mandato legal, no son de su elección; están identificados en normas legales aplicables, con un alto nivel de generalidad, equidad, tutela judicial, protección de la salud pública, la competitividad internacional de una determinada industria, la estabilidad financiera, etc. Esta observación no implica que la búsqueda de los intereses públicos pueda reducirse a una cuestión de lo que se define en las normas jurídicas y de cómo los actores jurídicos interpretan y implementar los mandatos legislativos. La indicación de los intereses públicos también es el resultado de un compromiso político de los actores administrativos, este es de diligencia ya que comparte estas características con el deber de motivación. Ampliar el significado de cuidado, en el sentido señalado anteriormente, y asumir que este deber sería justiciable, podría potencialmente anular el espacio discrecional. Las evaluaciones de interés público pueden revelar un espacio incómodo, el Defensor del Pueblo que las enfrentaría; con una posición institucional y los medios de acción, puede garantizar la legalidad de las decisiones discrecionales; dispone de herramientas y medios de actuación que le permiten investigaciones

³⁴ Unión Europea. Caso T-369/03, Arizona Chemica, Pág. 86, sobre la adaptación de la Directiva 67/548 al progreso técnico

no dirigidas específicamente a controlar si la institución ha cumplido con la ley y con los principios legales generales, o a determinar cuáles son los derechos del denunciante y si se han respetado.³⁵

4.2.1.6. La Motivación

*“Son las decisiones razonables, dentro del derecho administrativo, son una serie de conceptos fundamentales, la discrecionalidad o la razonabilidad. El ejercicio del poder político y el modo en que este se traduce en decisiones administrativas, invita a pensar formas de tornarlos más transparentes y democráticos.”*³⁶; sobre una clara tendencia argentina del Estado a los particulares: “anomia” y, en particular, a lo que llamaba la “anomia boba” y la ineficiencia, con fuertes repercusiones sobre el desarrollo; lo que obliga a la Administración a desechar la arbitrariedad y favorecer, paralelamente, la dignidad humana y la eficiencia, la “buena administración”, que brinde la posibilidad de responder globalmente a los problemas generales, esenciales y que repercuten en el devenir.

Nos dice, Nino que es necesario detenerse en el concepto de “democracia” y el de “administración pública”, fundamental para arribar a decisiones que propendan a la participación y la discusión pública, el respeto de los derechos humanos y el fortalecimiento de la Ley.

Es preponderante el rol del Poder Ejecutivo y su incidencia sobre los derechos, factor regulador de la vida social, que debe evitar lesionarlos arbitrariamente, y actuar con miras a un fin, el bienestar general y la promoción de los derechos, en base a razones. A tal efecto, un modo de encontrar razones para arribar a decisiones correctas es la deliberación pública. Ya que los beneficios del debate y el intercambio de opiniones pueden introducir sobre el quehacer administrativo la anomia, elimina errores en el razonamiento o toma en cuenta las diversas

³⁵ Harlow y Rawlings, Proceso y Procedimiento en la Administración de la UE (Hart Publishing, 2014), Pág. 80.

³⁶ Carlos Nino. Un país al margen de la ley. Revista Jurídica Austral. Vol. 2, N° 1 (junio de 2021) Pág. 287.

posiciones y necesidades sociales conduce a una mayor eficiencia y acatamiento de las decisiones, como también a un aumento en la legitimidad democrática. *“Es misión del derecho, como sostiene el autor, saldar la deuda de razonabilidad que el poder y la política han contraído con la sociedad. Es misión de los juristas, agregamos, buscar soluciones inteligentes para ello. Esta labor, particularmente en la Argentina, repercute con profundidad y nos conmina a avanzar, dejando atrás aquel país al margen de la “razonabilidad”.*³⁷

*“Son las decisiones razonables, dentro del derecho administrativo, son una serie de conceptos fundamentales, la discrecionalidad o la razonabilidad. El ejercicio del poder político y el modo en que este se traduce en decisiones administrativas, invita a pensar formas de tornarlos más transparentes y democráticos.”*³⁸; sobre una clara tendencia argentina del Estado a los particulares: “anomia” y, en particular, a lo que llamaba la “anomia boba” y la ineficiencia, con fuertes repercusiones sobre el desarrollo; lo que obliga a la Administración a desechar la arbitrariedad y favorecer, paralelamente, la dignidad humana y la eficiencia, la “buena administración”, que brinde la posibilidad de responder globalmente a los problemas generales, esenciales y que repercuten en el devenir.

Nos dice, Nino que es necesario detenerse en el concepto de “democracia” y el de “administración pública”, fundamental para arribar a decisiones que propendan a la participación y la discusión pública, el respeto de los derechos humanos y el fortalecimiento de la Ley.

Es preponderante el rol del Poder Ejecutivo y su incidencia sobre los derechos, factor regulador de la vida social, que debe evitar lesionarlos arbitrariamente, y actuar con miras a un fin, el bienestar general y la promoción de los derechos, en base a razones. A tal efecto, un modo de encontrar razones para arribar a decisiones correctas es la deliberación pública. Ya que los

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Carlos Nino. Un país al margen de la ley. Revista Jurídica Austral. Vol. 2, N° 1 (junio de 2021) Pág. 287.

beneficios del debate y el intercambio de opiniones pueden introducir sobre el quehacer administrativo la anomia, elimina errores en el razonamiento o toma en cuenta las diversas posiciones y necesidades sociales conduce a una mayor eficiencia y acatamiento de las decisiones, como también a un aumento en la legitimidad democrática. *“Es misión del derecho, como sostiene el autor, saldar la deuda de razonabilidad que el poder y la política han contraído con la sociedad. Es misión de los juristas, agregamos, buscar soluciones inteligentes para ello. Esta labor, particularmente en la Argentina, repercute con profundidad y nos conmina a avanzar, dejando atrás aquel país al margen de la “razonabilidad”.*³⁹

4.2.1.7. La Discrecionalidad Tributaria

Esta investigación se desarrolló con la finalidad de estudiar las facultades discrecionales de la Administración Tributaria, a fin de garantizar los principios de generalidad y equidad de los contribuyentes; con seguridad jurídica como garantía de los derechos de los ecuatorianos. Ya que he advertido que se han ejercido de manera inadecuada y que no ofrecen un ordenamiento jurídico claro y certero a todos los ecuatorianos y por ende a los contribuyentes mineros.

“El hombre, al vivir en sociedad, estableció normas que debían acatar todos sus miembros, con el propósito de permitir una convivencia armónica que ayude a superar los retos y necesidades que requieren de la acción conjunta de los habitantes; de esta manera, nace la obligación colectiva de contribuir para el Estado, quien se encargó de crear reglas y establecer prestaciones económicas, gravando en un inicio la producción agrícola, el comercio, la herencia, entre otros, para luego estimar que era importante establecer un tratamiento serio, disciplinado y científico de sus relaciones con los ciudadanos. Así, el pensamiento tributario fue evolucionando con el pasar de los años, considerando el régimen económico dominante y las necesidades de desarrollo de la

³⁹ *Ibíd.*

población".⁴⁰

La relación entre la Administración Tributaria siempre ha sido complicada, no solo por las potestades que esta tiene, que convierte al contribuyente en la parte más débil de la relación jurídica tributaria, sino porque existen diversas normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico que regulan dicha relación, las cuales resultan de compleja interpretación y aplicación, que puede incidir en la seguridad jurídica del sistema tributario. La aplicación discrecional de las normas tributarias por parte del Ministerio Sectorial de Minería, en el establecimiento de rangos o diferentes montos de pago de regalías mineras, también puede originar inseguridad jurídica, situación que atentaría contra la esfera de los derechos de los ecuatorianos.

Se sostiene que, "*la discrecionalidad consiste en la atribución que tiene la Administración para adoptar una decisión de entre varias opciones que le confiere la ley sin que esta implique una desviación maliciosa ni abusiva de poder, sino que la decisión adoptada tenga como única finalidad alcanzar el objetivo que la Administración Pública se ha trazado dentro del marco de sus funciones*"⁴¹, o sea, que la discrecionalidad tiene espacio debido que la Ley no contiene todas las soluciones o interpretaciones a simple vista de los problemas que se presentan, a partir de alguna forma de generalidad, ya que faculta a la Administración para aplicar la norma de formas diferentes, debido a que, el ordenamiento jurídico no regula con precisión su manera de actuar, otorgando un amplio margen de decisión, pero considerando lo más conveniente para el interés público. Los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado

⁴⁰ Pazmiño, M. (2003). *Relación Jurídica Tributaria*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
Recuperado de: [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2514/1/T0231-MDE-Pazmi%
c3%b1o-Relaci%
c3%b3n.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2514/1/T0231-MDE-Pazmi%c3%b1o-Relaci%c3%b3n.pdf)

⁴¹ Villegas, C. (2013). *Facultades discrecionales de la Administración Tributaria vs derechos fundamentales de la persona*. Recuperado de:
<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/859/810>

que la ley, en sentido lato, no determinan lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. La Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurran en cada caso; el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta. Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad.

Configurándose lo que se denomina “...el Principio de interdicción a la arbitrariedad, en el ejercicio de las facultades discrecionales existe un mayor riesgo de actuar arbitrariamente, por ello, se considera que en los actos de la administración se debe enfatizar la motivación suficiente, a efecto de garantizar la no arbitrariedad. Y el Principio de interdicción al exceso, la administración no puede exigir algo excesivo o irracional, sino que su actuación debe adecuarse a lo realmente necesario y proporcional para cada caso en concreto.”⁴²

“La seguridad jurídica constituye un principio general del derecho que trasciende en el derecho tributario, y gira en torno a la idea de certeza respecto a las consecuencias jurídicas que tiene determinado hecho realizado por una persona, es decir, que ante determinada situación se conocen previamente los efectos jurídicos.”⁴³; seguridad jurídica que brinda certeza al ciudadano respecto de las consecuencias jurídicas que tendrán los actos del Estado y los suyos,

⁴² Baca, V. (2012). *La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*.

Revista de Derecho Administrativo N° 12, 2012. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553/14178>

⁴³ Bravo, J. (2010). *Fundamentos de Derecho Tributario* (Cuarta Ed.). Perú, Jurista Editores E.I.R.L.

conociendo anticipadamente las normas aplicables y sus efectos; con leyes iguales para todos que especifiquen con claridad qué se puede hacer, con leyes que tengan cierta estabilidad, sean generales e iguales para todos.

De igual forma “...es importante la certidumbre y previsibilidad a fin de garantizar un sistema tributario efectivo, el cual se puede lograr a través de la aplicación adecuada de las normas por parte de la Administración Tributaria. La facultad de aplicación de normas, la ejerce mediante de la interpretación normativa, verificación de adecuado cumplimiento de las normas y mediante la resolución de conflictos; siendo esencial que, estas potestades sean ejecutadas con coherencia, uniformidad y sin dar lugar a arbitrariedades, estas últimas pueden manifestarse, por ejemplo, con un diverso entendimiento de los hechos al momento de interpretar y aplicar las normas tributarias.”⁴⁴; considerando que las relaciones jurídicas empresariales son cada vez más sofisticadas, donde intervienen peritos o expertos, que comprendan las operaciones económicas del negocio, a fin determinar los efectos jurídicos tributarios; resulta importante que los criterios de la Administración sean públicos, transparentes, uniformes e iguales para todos, eliminando las sospechas de corrupción. “... la seguridad jurídica cuenta con dos (2) elementos esenciales, el primero referido a la determinación de normas claras, estables y aplicables en el tiempo, que brinden a los ciudadanos certidumbre respecto a sus derechos y deberes; y, el segundo concerniente a la certeza en la observancia y aplicación de las normas, permitiendo que las consecuencias jurídicas de las mismas se materialicen.”⁴⁵

⁴⁴ Gómez-Olano, D., Estévez, F., Flórez, C., García, M., Gutiérrez, D., Migoya, J.,...Pérez, C. (2018). *Inseguridad jurídica en España: situación actual y propuestas para el futuro*. Madrid, España: Asociación Española de Asesores Fiscales - AEDAF, Paper N° 13. Recuperado de: <https://www.aedaf.es/es/documentos/download/41973/inseguridad-juridica-en-espana-situacion-actual-y-propuestas-para-el-futuro>

⁴⁵ González, M. & Matías, M. (2014). *La discrecionalidad en la visita domiciliaria de inspección tributaria*. Universidad Autónoma de Chiapas, México. Recuperado de:

4.2.1.8. Perjuicios Fiscales

Los grandes males de nuestra sociedad, y que cada día nos hundan drásticamente, lesionando su desarrollo, aumentando la pobreza y decreciendo la economía, entre los más importantes tenemos a la corrupción, la informalidad, la evasión tributaria y la baja recaudación fiscal. Lo que ocasiona mayor perjuicio, es la corrupción, en las altas esferas del sector gubernamental, mucho peor si ello ocurre cuando la Ley da la posibilidad de cobrar el 3% o el 8% de regalías mineras, discrecionalmente al Ministerio Sectorial minero; no se limita únicamente al importe de lo robado, sino que debe sumarse el nefasto impacto que genera en la inversión y como elemento distorsionante de las decisiones de los agentes económicos.

La recaudación fiscal mediante los tributos, en éste caso de las regalías mineras, cumple funciones esenciales en la vida del Estado, provee de recursos financieros que luego serán obras y servicios, que satisfacen las necesidades públicas. Los agentes económicos de la minería, decidirán el no cumplir el pago del mayor porcentaje de sus obligaciones legalmente establecidas, como son las regalías, deteriorando la recaudación de ingresos fiscales, y perjudicando el principio de generalidad y equidad que debe reunir toda carga impositiva. Queda claro la imperiosa necesidad de combatir las lacras de la corrupción y la evasión tributaria, entre otros varios factores críticos, para retomar la senda del crecimiento económico en nuestro país, son de trascendental importancia; es obligación nuestra, como ciudadanos, demandar que ello se cumpla, el país lo exige. En un sistema democrático donde los índices de corrupción son altos, esta situación se ve reflejada en la perpetuidad de las desigualdades sociales existentes y en la vulneración de diversos derechos a causa de conductas que pueden calificar como delitos contra la administración pública, además de los efectos negativos que genera en las economías nacionales. Para afirmar entonces que estamos ante una democracia genuina, los derechos

[http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1413/1218.](http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1413/1218)

humanos deben estar garantizados. No obstante, la presencia de corrupción endémica es un obstáculo para el ejercicio pleno de los derechos, sobre todo por parte de los más pobres. Al respecto, se considera que *“con todo lo valiosa que es la democracia como principal fuente de oportunidades sociales, también es necesario analizar las formas y los medios para que funcione bien, para realizar su potencial. El logro de la justicia social depende no solo de las formas institucionales sino también de que éstas se pongan verdaderamente en práctica”*.⁴⁶ Por otro lado, *“la gobernabilidad genuinamente democrática requiere una participación amplia y sustantiva, así como la rendición de cuentas por parte de quienes ostentan poder”*⁴⁷. La rendición de cuentas es una obligación de las autoridades y, de igual forma, es un derecho de la ciudadanía. Todos y todas gozamos del derecho de acceder a información pública como herramienta para controlar la legalidad y licitud de las acciones y decisiones de nuestras autoridades, en tanto el Estado se encuentra a nuestro servicio. A pesar de esto, los sectores que viven en marcos de pobreza no solo padecen por la escasez de recursos económicos, sino también por el desconocimiento de sus derechos gracias a la baja calidad de la educación provista por el Estado; sin poder reclamar cuando desde se cometa un acto de corrupción que termine afectando la calidad de los servicios públicos que brinda a la ciudadanía. Peor aún, cuando este último se vuelve un objeto transable, por medio de sobornos o extorsiones. *“La corrupción no es solo un problema legal que repercute económicamente. También afecta a la salud de todos, a la salud emocional principalmente”*⁴⁸, y además afecta a la inestabilidad económica, y la desconfianza en líderes.

Debo señalar que el ahorro fiscal es lícito; sin embargo, existen diversas maneras cómo los contribuyentes llegan a dicho ahorro y será pues la labor principal de la Administración

⁴⁶ SEN, Amartya. Desarrollo y libertad. Madrid: Editorial Planeta, 2000, p. 198.

⁴⁷ GONTERO, Sonia. Op. Cit., p. 108.

⁴⁸ Herrera. Estudio epidemiológico. INMS. Lima, Perú.2012.

Tributaria discernir cuándo es que los contribuyentes han incurrido en comportamientos lícitos e ilícitos para llegar a dicho ahorro. Es allí cuando surge el tema de la evasión tributaria y la elusión tributaria como comportamientos utilizados por los contribuyentes para evitar el pago (o para reducir el monto a pagar) de los tributos que les correspondan: en el primer caso, el comportamiento es ilícito y está sancionado por la legislación, mientras que en el segundo caso, existen discusiones en nuestra doctrina sobre su licitud o ilicitud.

La regalía minera es una contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la extracción de los recursos minerales metálicos y no metálicos. El término “*sujetos de la actividad minera*” incluye a los titulares de concesiones mineras que realicen actividades de explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos. A diferencia del canon minero, el total del recurso recaudado se transfiere a la región. Por otro lado, de acuerdo a la norma, la base de cálculo o base de referencia para el pago de la regalía minera es estimada sobre las ventas totales de minerales realizadas por los sujetos de la actividad minera.

4.3. Marco jurídico

4.3.1. El Dominio Estatal en las minas

Las leyes han introducido criterios para la propiedad minera, dando el dominio estatal sobre el subsuelo; y la obtención de beneficios para un concesionario. Estos principios de Derecho Minero resultan funcionales a los inversionistas extranjeros interesados en la minería y la expansión del extractivismo minero. “*Es notoria la ausencia de una reflexión geográfica en estudios legales comparados que analizan la evolución del ordenamiento jurídico en América Latina.*”⁴⁹ Por lo tanto es importante analizar los principios del Derecho Minero en el Ecuador a partir del Código de Minería de 1886 y reformas de 1892; en un contexto histórico y la economía

⁴⁹ Roberto Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América (1776-1860)* (Madrid: Siglo XXI, 2005).

política de propagación de la industria minera y la formación del Estado nación; que adopta instrumentos jurídicos para fomentar la minería; como estructuración legal de los yacimientos en territorio sujetos a apropiación.

Las regulaciones que incluye leyes, normas, procedimientos y por ende prácticas; son los marcos institucionales para resolver crisis y desarrollar una producción en un territorio y en una escala determinada. Las normativas mineras son las herramientas con las que los aspectos organizativos y tecnológicos se fijan e imponen en el espacio y tiempo, dando lugar a conexiones que sostienen el aprovechamiento de los recursos naturales; por lo tanto, son un campo de disputa en la transformación que permite avanzar entre la ley y el territorio, suelo y subsuelo.

A fines del siglo XIX, etapa de transición entre el colonialismo y la república, permite evidenciar la transformación normativa asociada a un cambio en el modo de producción. “*El agotamiento de los yacimientos fáciles, la inundación de minas, los socavones y las dificultades para explotar a profundidad, escasa de mano de obra y el poco apoyo institucional incidieron en el abandono de las minas en el Ecuador, así como el en el resto de la región.*”⁵⁰ Mas los conflictos con España, las revueltas de las colonias y la guerra de independencia; desarticularon a la minería y lo administrativo.

“*A nivel internacional, la industrialización de Europa y América del Norte estimuló y diversificó la demanda de metales industriales y preciosos*”⁵¹, la demanda de cobre, estaño y plomo así como la obtención de oro y plata; los inversionistas provenían de Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, con minas en México, Perú, Bolivia y Chile; sobre un patrón colonial, con mayor maquinaria, con una inversión mayor de capital, pocos trabajadores y pocos efectos en

⁵⁰ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, constituciones y economía”, *Boletín Taller de Historia Económica* VIII (junio 2007): 22.

⁵¹ Alejandro Vergara Blanco, *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile / Universidad de Atacama, 1992).

las economías nacionales. “*Simón Bolívar buscó recuperar la minería como una fuente de riqueza pública y prosperidad de la Gran Colombia con un decreto que pretendía garantizar la propiedad de las minas, otorgar seguridad jurídica a los inversionistas frente a cualquier ataque, alteración o pérdida de la pertenencia minera y promover el conocimiento científico de la minería y de la mecánica. El decreto introdujo reformas relativas a la denuncia, adjudicación y deserción de minas, limitó el número de pertenencias mineras por cada propietario y propició reformas relativas a los juicios de minas.*”⁵² En 1830, la conformación de la república del Ecuador favoreció la consagración de los derechos de propiedad y a la inversión extranjera. “*La Ley de Fomento de la Minería de 1830 buscaba reactivar la actividad minera en la zona sur del Ecuador, minas de roca dura y aluviales, con trabajo humano de bajo rendimiento, combinado con el mercado de la quina y caucho, con exenciones tributarias, beneficios para la compra de pólvora y sal, así como disposiciones para que los municipios construyeran, con fondos propios, los caminos de acceso a los sitios mineros.*”⁵³ Todo ello dio paso al resurgimiento de la minería a través de emprendedores locales, huaqueros y lavaderos de oro. “*Cabe recordar que la Ordenanza de 1753 establecía que la Corona española mantenía exclusividad de la explotación de las minas y, por tanto, se había restringido el laboreo de minas y el acceso de capitales provenientes de otras potencias coloniales.*”⁵⁴, sobre esta base de legislación se buscó el control territorial de la

⁵² Eduardo Chaparro, *Actualización de la compilación de leyes mineras de catorce países de América Latina y el Caribe*, vol. 43 (Santiago: CEPAL, 2002).

⁵³ Martha Romero, “Origen de la provincia de El Oro: vicisitudes e intereses 1882-1884”. Ponencia presentada al Segundo Congreso de Historia Social de Zaruma (Zaruma: Corporación Sociedad Amigos de la Genealogía / Casa de la Cultura Ecuatoriana, 2011).

⁵⁴ Juan Manguashca, “El proceso de integración nacional en el Ecuador: el rol del poder central, 1830-1895”. En *Historia y región en el Ecuador 1830-1930*, ed. por Juan Manguashca, 355-415 (Quito: FLACSO / CERLAC / Corporación Editora Nacional), 367.

producción minera, para la cual instauró un sistema administrativo de concesiones sujeto al pago de regalías, que correspondían a un quinto de la producción. Así, la propiedad de las minas por parte del Estado y el usufructo de los concesionarios se vincularon directamente en las minas, movilizándolo trabajo indígena y el establecimiento de asentamientos mineros; *“las minas de cualquier clase, le corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan”*;⁵⁵ con el Código de Minería del Ecuador, de 1886, se buscaba ampliar la participación de los inversionistas nacionales y extranjeros en el descubrimiento, prospección y explotación de minas, y proporcionar seguridad jurídica para los concesionarios mineros, estableciendo la propiedad perpetua de derechos mineros para el Estado, los procedimientos para el registro de los descubrimientos minerales, la demarcación de la pertenencia minera, las servidumbres de superficie para facilitar las actividades mineras y la creación de un aparato administrativo para supervisar el sector minero; y en 1892 se reintroducen las regalías como condición previa para conservar la concesión minera.

El Código Civil y el Código de Minería, desarrollado en Chile que irradió su influencia hacia el Ecuador, influenciado por la obra de Andrés Bello en su redacción del Código Civil de Chile de 1855. *“Bello había desarrollado una propuesta que establecía un balance entre la tradición y el cambio, con un fuerte arraigo en el Derecho romano.”*⁵⁶ Estableciendo la regulación entre lo civil y lo comercial de los ciudadanos, ratificaba la soberanía nacional y Estado de Derecho a través de cuatro principios: la primacía de la ley, la igualdad ante la ley, la propiedad privada y la libertad de contratación.

En la Constitución de 1869, se amplió el concepto de propiedad a los *“descubrimientos”*;

⁵⁵ Gonzalo Rodríguez, “Proclamación de la provincia de El Oro; primeras autoridades y situación de Zaruma en 1882”, *Sociedad de Amigos de la Genealogía*, n.º 21 (2002): 253.

⁵⁶ Bernardino Bravo Lira, “La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7 (2010): 71-106.

en la Constitución de 1878 se introdujo un capítulo en el que se garantizó a la propiedad con todos sus derechos y la propiedad exclusiva de sus descubrimientos o hallazgos. “Y es el siglo XX, que aparecen las leyes mineras modernas, a fin de atraer inversión extranjera directa, la competitividad, la gestión ambiental y la responsabilidad social.”⁵⁷

El Estado auspicio el desarrollo de las ciencias y la investigación geológica, y en 1876 encomendó a Teodoro Wolf, geólogo, la misión de examinar las provincias de Loja y Azuay, dichas descripciones dieron paso a que empresarios nacionales y extranjeros procedieran a denunciar concesiones mineras en la zona sur del país, en el cual Wolf revelaba las “*prodigiosas riquezas*” de Zaruma.

Se redefine a la concesión como un bien jurídico sujeto a aprovechamiento privado y los criterios para su demarcación como inmueble separado del predio de superficie; la definición legal y espacial de la propiedad privada es un requisito para hacer efectivas las obligaciones contractuales entre sujetos legales. “*La propiedad de los yacimientos mineros configura el dominio sobre las minas; con un control soberano sobre los recursos mineros, con una retribución a la iniciativa minera privada; lo que determina el grado de intervención del Estado en la administración de la riqueza minera, y los derechos de los particulares sobre las minas; adoptando un sistema regalista que atribuye el dominio del subsuelo al soberano, el cual otorga las minas, previo pago de derechos o regalías.*”⁵⁸; que establece un sistema regalista de dominio eminente capaz de proporcionar seguridad jurídica a los concesionarios de minas. Las minas eran entregadas en “*propiedad perpetua a condición de pagar una patente anual equivalente a*

⁵⁷ Paúl Cisneros, “Panorama de la minería en América Latina”. En *Política minera y sociedad civil en América Latina*, ed. por Paúl Cisneros, 31-36 (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2016).

⁵⁸ Francisco Zúñiga, “Constitución y dominio público: dominio público de minas y aguas terrestres”, *Revista Ius et Praxis* 11, n.º 2 (2005): 65-101, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200003>.

8 sucres (1 libra esterlina) por cada posesión, con condición de apertura y mantenimiento de caminos y otras obras de utilidad para la actividad minera.”⁵⁹ La caducidad de la concesión y su revocatoria al Estado ocurría solo por incumplimiento en el pago de los derechos mineros; garantizando el dominio estatal del subsuelo y a las regalías. ”Progresivamente, la SADCO adquirió más de 40 km² en el distrito minero de Zaruma, constituyéndose en el principal enclave minero en Ecuador, con operaciones industriales hasta 1950. Esta regulación minera permitió una negociación por contratos y se mantuvo relativamente estable hasta los años de 1930, cuando ideales socialistas impulsaron una visión nacionalista de los recursos minerales y una mayor participación del Estado en las regalías mineras.”⁶⁰

4.3.1.1. Las Regalías Mineras en el Ecuador

Es “El Derecho Minero es el conjunto de leyes y principios que regulan las actividades mineras, no es sencillo saber si forma parte del Derecho Privado o Público; ya que los sistemas de dominio o modos de adquisición de la propiedad minera son: a) liberal o de ocupación, b) accesión, c) feudal, d) socialista o de dominio público. En el caso b) el dueño del suelo superficial o terreno se consideraba también propietario del subsuelo sin limitación alguna; y en a) se entiende a los yacimientos mineros como un objeto sin dueño por lo que se otorgaba la titularidad de los mismos al descubridor.”⁶¹ Por otra parte el sistema feudal se basaba en el dominio señorial, ya que le pertenecía al rey, príncipe o señor, la totalidad de las sustancias mineras, quién

⁵⁹ “Ley Reformativa del Código de Minería”, *Registro Oficial de la República del Ecuador. Primera entrega* (Quito: Imprenta del Gobierno, 1896), 96-101. Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador.

⁶⁰ Andrea Carrión, “Economic Nationalism and the Public Dominion of Mineral Resources in Ecuador, 1929-1941”, *The Extractive Industries and Society* 1, n.º. 2 (2015): 104-111, <http://dx.doi.org/10.1016/j.exis.2014.11.004>.

⁶¹ Cesar Montaña, “Notas relevantes del Derecho Tributario Internacional Ecuatoriano Contemporáneo”. En Rubén Asorey, Fernando D. García. Dir. *Tratado de Derecho Tributario Internacional*, tomo III (Buenos Aires: La Ley, 2013), 145.

mediante este sistema se aseguraba ingresos. *“El sistema socialista supone un paso más allá del sistema feudal: la desaparición de la regalía a favor del príncipe y la atribución de las minas a la colectividad, a través de la figura del dominio público administrado por el Estado en beneficio del interés colectivo.”*⁶²

Al establecer el modo o sistema de adquirir el dominio, en un determinado Estado permite saber qué normas regularán el desarrollo de la materia de las regalías; así los Estados que siguen el sistema social de propiedad pública de las minas, consideran al Derecho Minero como parte del Derecho Público. Ello no implica que la minería sólo sea exclusiva del Estado, por lo que varios autores señalan que el Derecho de Minería es: *“El conjunto de principios y preceptos especiales que definen cuáles sustancias minerales son susceptibles de aprovechamiento por cualquier persona y regulan la constitución, naturaleza, ejercicio y extinción de las concesiones exclusivas para explorar o para explotar dichas sustancias, así como algunos de los actos, contratos y litigios que se refieren a esas concesiones.”*⁶³ El surgimiento del Derecho Minero, es una respuesta a la necesidad de regular lo relacionado a los recursos naturales; y su origen son las normas constitucionales, administrativas, civiles y comerciales; sin desconocer su relación con otras áreas del Derecho, así como de la ayuda de otras ciencias de la ingeniería en minas, geología, mineralogía, metalurgia, metalogenia, nanotecnología, economía, ingeniería ambiental, entre otras.

La minería, si también un considerable negocio, que genera grandes ganancias, exigiendo una gran inversión de dinero; los Estados en virtud de sus escasos presupuestos y el deber dar respuesta a las necesidades ciudadanas; siendo titular del dominio de los yacimientos mineros; debe buscar inversiones privadas o particulares. Para lo cual un contrato, convenio o

⁶² Ibidem.

⁶³ Juan Luis Ossa Bulnes, *Derecho de Minería*, 3a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, Pág. 12

concesión minera suscrita, deberá respetar la legislación interna, y las relaciones con particulares constantes en el Derecho Público y Privado. Como lo es el contrato de concesión comercial se entiende “a aquel, en virtud del cual, un empresario llamado concedente, se obliga a otorgar a otro llamado concesionario, la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas o licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado.”⁶⁴ La concesión minera encaja en el concepto de concesión administrativa, sin ser aceptada de forma unánime en la práctica; ya que la concesión minera tiene ciertas semejanzas tanto con la concesión administrativa cuanto la comercial, como la exclusividad, éstas tienen elementos diferenciadores, incluyendo su regulación.

La concesión minera tiene una naturaleza variada y propia por su objeto: los recursos minerales. Al otorgar una concesión a un particular, él debe compensar al Estado por lo que se le concede, y poder beneficiarse de los frutos que obtenga de la concesión, siendo lo adecuado el pago de regalías mineras. “El hecho del pago de regalías mineras, conforme a lo establecido en ley, no puede confundirse con relación a otros tributos; las regalías son los pagos por prestaciones patrimoniales que se pagan al Estado, quien debe pagar una regalía minera lo hace porque voluntariamente se coloca en una posición de hacerlo a consecuencia de solicitar que se le otorgue una concesión minera; el pago de una regalía es de carácter contractual.”⁶⁵

4.3.1.2. Límites Constitucionales

La Ley de Minería, en el Artículo 93, al permitir que se pueda pagar entre el 3% y el 8%, y quedando esta potestad de establecer el monto a la autoridad minera, como ejercicio de

⁶⁴ Jaime Arrubla, *Contratos Mercantiles, Tomo II -Contratos Atípicos-*, 2a. ed. (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1992), 307.

⁶⁵ Del Barco Carrillo, *Tributación Minera* (La Paz: Azul Editores, 2006), 65-6.

facultades discrecionales, lo hizo de manera aislada en todo el sistema jurídico, especialmente el constitucional. En la confección y promulgación de esta Ley, no se tomó en cuenta los límites constitucionales, vulnerando y trastocando derechos fundamentales que debieron ser respetados; así mismo, sobrepasando el límite de la discrecionalidad cuando en el Ecuador se lleva a cabo una lucha tenaz contra la corrupción, esta excesiva aplicación de discrecionalidad, vulnera a los derechos fundamentales y patrimoniales de todos los ecuatorianos, especialmente de los más pobres; así como a las empresas que deseen invertir en el Ecuador.

El Artículo 204, de la Carta Magna, estipula que el pueblo es el fiscalizador del poder público; que el control de las entidades y organismos del sector público, se desarrollen o realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. El Artículo 300 de la Constitución, señala que: *“El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria...”*⁶⁶ De esta manera, los principios generalidad, equidad y de transparencia constituyen un deber específico, relacionado con la moralidad, fidelidad y claridad que debe presidir toda actividad del sector público. El principio de equidad es el medio indispensable por el cual se llega a la igualdad material y con el cual se pretende que el Estado realice un adecuado cobro de las cargas impositivas. Estos principios aplicados a la negociación de los montos porcentuales de pago de regalías mineras, implican que la misma deba ser correspondiente con los mismos, a fin de que se propenda a la construcción de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que realice una eficiente recaudación de recursos productivos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo

⁶⁶ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

ecuatoriano.

Considero que cualquier funcionario del gobierno, así sean el Presidente de la República, no pueden disponer discrecionalmente, o a su arbitrio, determinar la recaudación de los ingresos por regalías de los recursos provenientes de la minería; que es una contribución adicional establecida en el artículo 317 de la Constitución; y que según mi criterio deben cobrarse única y exclusivamente de conformidad con lo determinado en la ley, en un monto fijo y no variable, como el que dicta la Ley de Minería. Ya que la recaudación y especialmente la determinación de los recursos provenientes de esta contribución especial considero que no debe ser discrecional, sino que por el contrario, los funcionarios competentes del Estado ecuatoriano, estén obligados a recaudar estos recursos únicamente como el legislador ha dispuesto, tanto más que el escoger a libre albedrío, conforme a la naturaleza económica de los ingresos, está prohibida por la Normativa del Sistema de Administración Financiera.

Al establecerse un amplio rango de cobros, colisiona con el Estado social de derecho cuyas instituciones, organismos y dependencias tienen la obligación de someterse en sus actuaciones al principio de legalidad que consagran los Artículos 226 y 227 de la Constitución; que el principio de legalidad, debe ser dejada de lado y que no exista margen de discrecionalidad en la actividad administrativa del Estado, ejercida válidamente en defensa del interés público, garantizando que la decisión de cobro de pago de montos de regalías mineras; eliminando la discrecionalidad a través de poner un monto fijo en la Ley de Minería.

La facultad discrecional, lamentablemente en muchos casos es inobservada por la Administración, esto conlleva a dejar en una situación de desamparo al pueblo, al dejar a libre albedrío las actuaciones de los funcionarios, donde muchas veces se actúa con colusión. Al no realizarse una evaluación previa adecuada y aplicar incorrectamente la facultad discrecional, genera consecuencias negativas e irreparables y la vulneración de derechos fundamentales y patrimoniales de los contribuyentes, entonces, se debe reglamentar los límites constitucionales

que permitan garantizar los derechos de los ecuatorianos. Sánchez y Reyes (2006), Considera que *“Una teoría científica es un conjunto de proposiciones de carácter empírico que describen, explican e interpretan una estructura compleja de la realidad. Está integrada por presupuestos básicos, principios, leyes y conceptos, los que enfocan un área del conocimiento.”*⁶⁷

La discrecionalidad se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales; respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo; se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal. Este arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, Así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones

⁶⁷ Sánchez, B. (2015). Las MYPES en Perú: Su importancia y propuesta tributaria. *Revista de investigación de la Universidad Nacional de San Marcos. Artículo UNMSM, 5433 (178491-1)*, 127-128. Recuperado el 12 de mayo de 2015, de: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/viewFile/5433/4665>

encomendadas por ella.

La Constitución establece que al ejercer la potestad tributaria el Estado debe respetar los derechos fundamentales de las personas, que los principios constitucionales tributarios son límites al ejercicio de la potestad tributaria, pero también son garantías de las personas frente a esa potestad, de ahí nace la potestad tributaria, en su dimensión fiscalizadora para combatir la evasión tributaria, la corrupción; los cuatro límites que debe respetar quien ejerce potestad tributaria: Reserva de Ley, Igualdad, Respeto a los Derechos Fundamentales de la Persona, y No Confiscación.

El principio de reserva de ley, es que *“En virtud al principio de legalidad, los tributos sólo pueden ser establecidos con la aceptación de quienes deben pagarlos, lo que modernamente significa que deben ser creados por el Congreso en tanto que sus miembros son representantes del pueblo y, se asume, traducen su aceptación.”*⁶⁸. Lo que lo relaciona con el principio de legalidad, ya que el primero garantiza la creación de los tributos y el segundo el sometimiento de la administración con los administrados. Se *“...precisa que existen diversas razones que han llevado a considerar que determinados temas tributarios sólo puedan ser normados a través de la ley: Primero: Impedir que el órgano administrador del tributo regule cuestiones sustantivas tributarias a través de disposiciones de menor jerarquía. Segundo: Impedir que un ente con poder tributario originario como el ejecutivo o el municipio, que son más dinámicos, abusen de su dinamicidad y se excedan. Tercero: Impedir que se den casos de doble imposición interna y normas tributarias contradictorias.”*⁶⁹

El principio de igualdad consiste en

⁶⁸ Medrano Cornejo, Humberto. Acerca del principio de legalidad en el Derecho Tributario Peruano. Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Vol. N. ° 12. Junio, 1987. p. 3.

⁶⁹ Ferrer, César. Derecho Tributario. Dogmática general de la tributación. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2000. Perú. p.251.

“El principio de igualdad es un límite que prescribe que la carga tributaria debe ser aplicada de forma simétrica y equitativa entre los sujetos que se encuentran en una misma situación económica, y en forma asimétrica o desigual a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones económicas diferentes. El principio bajo mención supone que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.”⁷⁰

Este principio se sustenta en que a los iguales hay que tratarlos de manera similar. Desde luego con respeto a derechos fundamentales consignados en la Constitución, y no afectando irrazonable y desproporcionadamente la legítima esfera patrimonial de las personas y el presupuesto estatal. Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana, y son el más amplio el derecho de propiedad es el derecho real más completo y uno de los derechos fundamentales de la persona humana, dado que los recursos naturales son de propiedad de todos los ecuatorianos, entonces se estaría menoscabando este derecho, al pactar montos inferiores de pago de regalías mineras. Otro derecho menoscabado sería la libertad de empresa, como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores; lo cual implica que el modelo económico social de mercado ejercida con sujeción a la ley, en libertad de competencia, sin prácticas corruptas.

4.3.1.3 Las Reasignaciones

Las reasignaciones o regulaciones de las regalías mineras en el Ecuador, tienen su

⁷⁰ Bravo Cucci, Jorge. Fundamentos de Derecho Tributario. Primera edición. Palestra Editores. Perú. 2003. Pág.114.

antecedente a la época de la Colonia, en la que el Rey era dueño del subsuelo. Que luego, en la época de la República pasó del dominio Real al Estado. “En 1974 durante la Dictadura Militar se promulgó la Ley de Fomento Minero; en el año 1985 mediante el Decreto Ley N6, emitido por el Presidente León Febres Cordero, se buscaba liberalizar el sector minero y se contemplada el pago de 3% de regalías al Estado. Para el año 1991, bajo el gobierno de Rodrigo Borja, se promulgó la Ley 126 que buscaba liberalizar la economía, presentando lineamientos para atraer la inversión privada especialmente extranjera, abriendo la minería a las leyes del mercado, definiendo a las concesiones como un derecho real e inmueble de libre transacción, y suprimiendo límites al número de concesiones.”⁷¹ En la Ley 126 de 1991 se preveía un pago del 3% de regalías, sin embargo, en el año 2000 se eliminó tal cobro. Luego del Mandato Minero y la Constitución de la República del Ecuador, entró en vigencia en el año 2009 la actual Ley de Minería, fijando en el Artículo 93 las regalías de la actividad de la explotación de minerales, así como a las plantas de tratamiento de los minerales, en un margen entre el 3% y el 8% sobre la base de las ventas totales, adicionales a todos los demás impuestos a la renta directos o indirectos, nacionales o locales; que se regulan por las relaciones del Estado con las empresas mixtas mineras, con las personas nacionales, extranjeras, públicas, y privadas respecto de la obtención, conservación y extinción de derechos mineros y de la ejecución de actividades mineras en el país. Se establece que será el Presidente es el encargado de la definición y dirección de la política minera del Estado, por lo tanto, tendrá poder decisorio minero. Para el desarrollo, ejecución y aplicación de la política minera se obrará por intermedio del Ministerio Sectorial, o el nombre que tenga el Ministerio de Minas; y demás organismos que se determinan esa ley.

⁷¹ Unidad de Gestión Territorial, *Diagnóstico Estratégico Minero* (2011), <<http://www.zamora-chinchipe.gob.ec/otzch/documentos/DIAGNOSTICO%20MINERO.pdf>>.

La concesión minera al ser un acto jurídico administrativo, por el cual el Estado transmite al sujeto de derecho privado, sus potestades para la utilización de la riqueza minera, pero bajo determinadas condiciones preestablecidas en la ley, y una de ellas es el pago de las regalías, entre muchos requisitos más, que sería muy largo sólo enumerarlos, peor tratarlos medianamente o en profundidad. Po lo que se podría resumir, que, al momento de celebrarse el contrato, que recoge todos los derechos y obligaciones de las partes, de ambas partes, a pesar de las facultades de la administración, que acuerdan someterse a lo establecido en él en concordancia con lo que manda la Ley de Minería.

En la Ley de Minería conforme a una clasificación se establece a los minerales en metálicos, no metálicos, y áridos y pétreos; y los derechos mineros que sobre ellos recaen regulaciones distintitas, sobre todo para el tema de regalías, por lo que más adelante se hará referencia a cada uno de ellos con su regulación específica. En referencia al monto a pagar por concepto de regalías, se menciona que el Estado “*podrá acordar*” con los concesionarios mineros el pago de rentas y regalías generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, con el producto refinado de su explotación,⁷² En caso de ser otra la forma de pago, las regalías se estipulan de acuerdo a lo establecido en el Capítulo IV, específicamente en el Artículo 93 y siguientes. Siempre el Estado, como propietario de los recursos naturales no renovables, tiene el derecho de percibir el pago de regalías de parte de los concesionarios mineros, conforme lo que se suscriban en los contratos de explotación minera. La Ley dispone que las regalías se cobrarán en base a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y de los minerales secundarios, serán pagadas semestralmente en los meses de marzo y septiembre de cada año, y los montos por concepto de regalías deberán estar debidamente reflejados en los informes semestrales de producción y en las declaraciones presentadas al Servicio de Rentas Internas

⁷² Ley de Minería, art. 41.

(SRI).⁷³ En los informes semestrales entre lo que deben contener se incluye un informe económico que determine el monto de las ventas efectuadas y pago de regalías.⁷⁴ La declaración al SRI se realiza a través del formulario 113 emitido mediante en el año 2013 por el Director del Servicio de Rentas Internas (SRI),⁷⁵ quien de acuerdo al Código Tributario tiene facultad para dictar disposiciones generales necesarias para la aplicación de las leyes tributarias. En todos los casos, la Ley ordena que la evasión de pago de regalías, - connotación penal tributaria-, es causal de caducidad, sin perjuicio de los efectos civiles, y penales que diere lugar.⁷⁶ En la Disposición General Tercera, dispone que el porcentaje correspondiente al Estado por concepto de regalías será recaudado a través del Servicio de Rentas Internas, el cual estará investido de todas las facultades y atribuciones que le otorga la normativa tributaria vigente.

Los minerales metálicos, que es el tema de esta investigación, presentan características especiales por su lustre, solidez, maleabilidad y son buenos conductores del calor y electricidad por lo que son importantes para la industria. En el caso de su explotación, y tratamiento en plantas, el monto de la regalía se calcula sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, siendo no menor al 3% sobre las ventas; y, para el caso del oro, cobre y plata, no mayor al 8%. Por lo tanto no existe un porcentaje inamovible relativo al cobro de la regalía metálica, lo que es muy perjudicial para los ingresos estatales y da rienda a la corrupción, por ser especialmente valores de miles de millones, en la gran mayoría, que como lo repito van a ser varios en el país. Es de resaltar que se deberán al Estado intereses de mora que se calcularán de acuerdo a lo previsto en el Código Tributario. La referencia normativa al Código Tributario, de nuevo supone una vinculación impropia en cuanto a los efectos del incumplimiento de las

⁷³ *Ibíd.*, art. 92.

⁷⁴ Ecuador, *Reglamento General a la Ley de Minería*, ROS No. 67, (16 de noviembre de 2009), art. 72 literal i.

⁷⁵ Ecuador, *Reglamento General a la Ley de Minería*, ROS No. 67, (16 de noviembre de 2009), art. 72 literal i.

⁷⁶ *Ley de Minería*, art. 93.

obligaciones relativa a la regalía, a los que se les asigna consecuencias de índole puramente tributaria en lo referente a la tasa de interés. En la última reforma a La Ley de Minería del año 2016, se estableció que la comercialización de sustancias minerales metálicas explotadas por parte de los concesionarios mineros, se sujetará a un abono del 2% del valor total de cada transacción por concepto de regalías, de conformidad con lo que resuelva el Servicio de Rentas Internas. Este abono será considerado como pago previo en las declaraciones semestrales. El comprobante de pago constituye documento habilitante para las operaciones de comercio exterior y se exceptúa el pago del abono a las concesiones mineras en los que se estipule en los contratos de explotación el pago de regalías anticipadas.

4.3.1.4. El Contrato Minero en el Ecuador

Una limitación es la falta de un modelo “*oficial*” del Contrato; ya que en el caso de no existir, podría más bien contribuir para el uso doloso de las negociaciones contractuales que se lleguen a producir; la celebración de contratos mineros a los que deben suscribir los concesionarios, es el escenario de la negociación de los mismos, que no están claros, como por ejemplo el monto de regalías a pagar; se puede decir que tanto autoridades mineras como concesionarios mineros son neófitos en la suscripción de esta nueva figura de contratos, lo único que antes acreditaba la titularidad de los concesionarios era el título minero. A mi criterio la cláusula que generará mayor problema es el pago de regalías; sin embargo existen otras, entre las que contamos: obligaciones, responsabilidad ambiental extracontractual, garantía a las inversiones, estabilidad legal y tributaria, causales de terminación, cierres, exigencia de pagos anticipados, presentación de garantías, solución de controversias, etc.; las cuales, no facilitan los procesos de negociación, que desincentivan la inversión, pueden hacer daño a los ingresos al presupuesto nacional y en fin no permiten el desarrollo minero en el Ecuador.

Indudablemente los contratos mineros están sujetos a la Constitución, los Tratados y Acuerdos Internacionales, la Ley de Minería y normativa supletoria: administrativa, contencioso-

administrativa; tributaria; societaria; civil; y más normativa positiva aplicable al sector minero. Para suscribir y ejecutar el contrato debe hacerlo el Ministro Sectorial de la minería, en representación del Estado; y, que además es quien otorga, administra y extingue los derechos mineros. Concluida la fase de exploración, se debe suscribir un contrato, para entrar a la fase de explotación, y es donde se debe estipular el monto de pago de regalías mineras. De acuerdo con la Ley de Minería, el contrato debe contener *“las obligaciones del concesionario minero en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías y actividades de cierre parcial o total de la mina incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión”*⁷⁷. Conforme a esta disposición el concesionario debe asumir la obligación de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión, de 25 años y sus renovaciones; mientras que, la Constitución de la República se establece que *“las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”*.⁷⁸

En países como Bolivia únicamente existe el título de concesión minera, no existen contratos de explotación minera o contratos de servicios mineros³⁷, y se determina que se con la concesión, se adquieren actos jurídicos conforme a la ley civil; que puedan suscribirse sobre la concesión minera o que se relacionan con ésta; pueden celebrarse toda clase de actos y contratos, los mismos que se rigen por el propio Código de Minería y, en lo que fuere aplicable, por el Código de Comercio, Código Civil y otras normas legales pertinentes. Ejemplos de estos contratos relativos a concesiones mineras son: los de transferencia, los de riesgo compartido, de arrendamiento, los de opción de compra, préstamos, hipoteca, etc.; los que para tener eficacia jurídica, deben celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro Minero.

⁷⁷ Ecuador. Ley de Minería. Registro Oficial 517, de 29 de enero de 2009. Art. 41.

⁷⁸ Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008

En Colombia, se establece la figura del contrato de concesión minera; el cual se podría calificarse como un título minero. Este contrato de concesión minera reemplazó a las figuras jurídicas existentes bajo la legislación minera Colombiana anterior al año 2001, entre otras a: licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación, contratos celebrados sobre áreas de aporte, y títulos de propiedad privada de minas. El contrato de concesión no transfiere al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "*in situ*"; sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades. En Colombia existe un modelo del contrato de concesión minera, el mismo que establece un contenido simple de las normas y términos aplicables; objeto, área del contrato, plazo, obligaciones y responsabilidades del concesionario, causales de terminación, entre otras; muy similar a cualquier título de concesión minera, que en lo principal significa que son simplemente de adhesión a lo que dice la Ley.

En el Perú la concesión o el título minero, adicionalmente, ofrece a los inversionistas mineros la posibilidad de suscribir un *Contrato de garantías y medidas de promoción a la inversión*; el cual otorga, entre otros, los siguientes beneficios: estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa; la tributación grava únicamente la renta que distribuyan los titulares de la actividad minera; no hay regalías, solo impuesto a la renta; deducción de tributos internos que incidan en su producción; las inversiones que efectúen los titulares de la actividad minera en infraestructura que constituya servicio público, serán deducibles de la renta imponible, siempre que las inversiones hubieren sido aprobadas por el organismo del sector competente; no discriminación en materia cambiaria, en lo referente a regulación, tipo de cambio, u otras medidas de política económica; libertad de remisión de utilidades, dividendos, recursos financieros y libre disponibilidad de moneda extranjera en general; libre comercialización de la producción, interna

o externa; simplificación administrativa para la celeridad procesal, en base a la presunción de veracidad y silencio administrativo positivo ficto en los trámites administrativos; la no aplicación de un tratamiento discriminatorio respecto de otros sectores de la actividad económica.

*“La Asociación Internacional de Abogados (IBA por sus siglas en inglés) en Abril del 2011 presentó a la comunidad internacional de abogados el documento denominado MMDA 1.0 (Model Mine Development Agreement, primera versión).”*⁷⁹ Producto del trabajo de cerca de dos años el Comité Legal Minero de la IBA, en la compilación de ejemplos de cláusulas incluidas en acuerdos/convenios/contratos mineros ya existentes, con la participación directa de prestigiosos abogados mineros de Estados Unidos de América, Reino Unido, Sudáfrica, Australia, Canadá, Francia e Indonesia; más la participación indirecta y aportes de abogados de otros países, constituyo un modelo para contratos mineros, no es de utilidad como aporte doctrinario al Derecho; sin embargo, es un documento bastante práctico y operativo. Para el Ecuador innecesario, pues la Ley recoge todos los puntos o cláusulas del contrato, lo que sí es importante para el gobierno, ya que en dicho contrato se establece el monto de la regalía variable de 3% o hasta el 8%. Este modelo recoge el plazo, la propiedad de los minerales, convenios de desarrollo comunitario, responsabilidad ambiental después del cierre de mina, solución de controversias que deben ser resueltas por arbitraje ante el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), organismo relacionado al Banco Mundial, debiendo bajo este escenario el Estado renunciar a jurisdicción y a alegar cualquier inmunidad soberana. Para tal propósito se considera como una “inversión” al contrato minero.

El país debería ofrecer seguridad jurídica en materia de explotación minera, el concesionario minero al someterse desde el principio a las reglas legales de un título minero o

⁷⁹ Asociación Internacional de Abogados, IBA. 2011. *Model Mine Development Agreement, primera versión, MMDA 1.0*

acto administrativo, y luego a la vez a un contrato minero de tipo contrato administrativo, considero un error que se utilice ambas figuras para un mismo inversionista; pues se utiliza el título minero mientras el concesionario minero invierte en el país a su costo y riesgo; pero se le obliga a negociar un contrato en el momento que encuentra minerales explotables y quiere recuperar su inversión y obtener lógicamente una ganancia. Creemos que esta modalidad mixta “sepultará” a nuevas inversiones mineras para actividades de prospección y exploración; puesto que, resulta imposible pensar que un empresario minero esté dispuesto a invertir millones de dólares durante 5 a 8 años aproximadamente, que duran las fases de prospección y exploración, para que en el remoto caso de que encuentre un yacimiento explotable, el Estado le diga que recién entonces debe sentarse a negociar un contrato minero bajo condiciones donde el decide si paga el 3% o el 8% de regalías, a su libre arbitrio y decisión o discrecionalidad. Como conclusión el contrato de explotación minera que se halla actualmente bajo negociación, no es más que un reflejo de la corrupta política de los Gobiernos de turno, y que la legislación minera vigente tiene varias falencias y vacíos, que evidentemente deben ser cambiados; y no manejados por instrumentos jurídicos jerárquicamente inferior como lo es un contrato, un reglamento, o un instructivo; ya que no otorga seguridades reales y menos aún incentivos a los concesionarios mineros, dejándolo todo sujeto a depuración y negociación con los particulares.

4.3.1.5. Reformas para lograr fomentar la Minería

La minería formal a gran escala, no es atractiva para los inversionistas, por la alta carga tributaria aplicable, que financieramente hace al negocio no; la carga alcanza más de la mitad o el 50% de las ganancias, siendo la más alta en América; solamente considerando los tributos indicados en el artículo 93 de la Ley de Minería: patentes, regalías, impuesto a la renta, porcentaje de utilidades atribuidas al Estado y trabajadores, el impuesto sobre las ganancias extraordinarias y el impuesto al valor agregado. Se debe tener presente lo estipulado en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución de la República del Ecuador: “...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.”

La Ley de Minería vigente, señala que la regalía minera 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.” En el contrato suscrito entre la compañía Ecuacorriente S.A. y el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, por concepto de regalías anticipadas del año 2021, la cantidad de USD 100.000.000. A esto se suma el Impuesto a la Renta, que conforme a 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). “...Las sociedades constituidas en el Ecuador estarán sujetas a la tarifa impositiva del veinte y dos por ciento sobre su base imponible...” .

Luego hay que pagar el porcentaje de las utilidades obligatorias de los trabajadores y de las 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.” 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...”

Luego hay que pagar el impuesto sobre los ingresos extraordinarios, que grava a los ingresos que superan una base considerada como ordinaria. Además hay que pagar el impuesto

al valor agregado, 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..." Actualmente, la tarifa del Impuesto al Valor Agregado es del 12%.

Luego viene el pago del llamado "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." Aplica solo desde la suscripción del contrato de explotación, cuando las ganancias del concesionario, menos los costos, sean mayores a los beneficios del Estado. Para el cálculo se utiliza una fórmula que también fue implementada en las reformas planteadas por Wood Mackenzie y aceptadas por el Gobierno.

A más de éstos pagos de impuestos existen otros; algunos son de la industria minera y, los otros a toda actividad comercial: las Patentes de Conservación: que los concesionarios mineros pagan anualmente por conservación por cada hectárea minera. Las Patentes Municipales: en cada jurisdicción en la que desarrolle sus actividades económicas 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." Adicionalmente el 1.5% Sobre el Total de los Activos: que pagan 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." Más los impuestos a los Predios Urbanos: que pagan 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. Más los impuestos a los Predios Rurales: 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. El impuesto a las Tierras Rurales: que grava a la propiedad o posesión de tierras de superficie superior a 25 hectáreas ubicadas en sectores rurales; "...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..." Los aranceles de Importación: aplicables a la importación o exportación de bienes, que varía conforme al tipo de bien que se comercializa. El impuesto a la Salida de Divisas: a operaciones de transferencia de fondos fuera del país, debe pagar un impuesto del 5% sobre el monto remitido al exterior. La contribución a la Superintendencia de Compañías: a las sociedades sujetas a su control y vigilancia, 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..." A esto se suman los llamados impuestos a los Consumos Especiales: aplicado a 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. Y finalmente los impuestos Municipales: que se suman a todos los anteriores, y que consisten en impuesto a las alcabalas, impuesto a la transferencia de bienes inmuebles, impuesto a la plusvalía, impuesto predial, entre otros.

Para incentivar la industria se debe permitir el acceso a nuevas concesiones mineras, desde el 2009, no se ha concesionado ni una sola área minera; razón por las cuales los actuales mecanismos, no han generado los resultados que seguramente los legisladores esperaron que

se dieran. Ya que hay que recordar que las concesiones son otorgadas por remate o subasta, donde en definitiva se pagan considerables montos. La explotación de los recursos minerales es una actividad de alto riesgo económico, elevada inversión que se recupera sólo en caso de ser exitosa; la alta carga tributaria, el mecanismo para el otorgamiento de nuevas concesiones mineras que se requieren modificar.

4.4. Derecho Comparado

Para hacer un análisis del Derecho Comparado de las regalías mineras, se pueden usar muchas páginas y sería muy largo para esta tesis, porque cada uno de los países, tiene o parte de diferentes antecedentes históricos, igual que sus constituciones, sus leyes, su historia y su geopolítica. Sin embargo, a breves rasgos trataré de hacer un análisis, en base de que en la mayoría de estos países los recursos naturales no renovables son de propiedad exclusiva del Estado. Ya que existen otros países, donde estos recursos naturales no renovables son de propiedad privada del dueño del suelo, y por lo tanto tienen tratamientos diferentes.

4.4.1. Chile

En la República de Chile, la constitución política dispone que:

el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Corresponde a la ley determinar qué sustancias de las mencionadas, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional.

La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones y las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos. En caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por garantía constitucional.

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.”⁸⁰

En el año 2005 se produjo una enérgica disputa acerca de la congruencia o no de incluir un impuesto a las actividades mineras. Luego de largos debates se promulgó la Ley 20.026, o como se la conoce, Royalty II. A pesar de importantes consideraciones acerca de la naturaleza de la regalía minera, en ella se dispuso que

“...cuando se trate de inversiones de monto igual o superior a US\$ 50.000.000, moneda de los Estados Unidos de América:...2) No estarán afectos a cualquier nuevo tributo, incluidas las regalías, cánones o cargas similares, específicos para la actividad minera, que se establezcan luego de la fecha de suscripción del contrato de inversión extranjera respectivo, que tenga como base o considere en la determinación de su base o monto, los ingresos por actividades mineras o las inversiones o los bienes o derechos utilizados

⁸⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley No. 20.026. *Establece un impuesto específico a la actividad minera.* (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2005)

*en actividades mineras.*⁸¹

De la expresión de este artículo resulta claro que el legislador incluye a las regalías mineras como un tributo que afecta a la actividad minera. Actualmente continúan los debates acerca de la verdadera naturaleza de la regalía minera. Estas consideraciones se las realiza a partir de los intereses de las empresas mineras, especialmente las dedicadas a la explotación de cobre, así como actores políticos quienes centran su atención en la titularidad de dominio de los minerales. En Chile se paga el 3% del valor bruto de venta de minerales, a excepción del Cobre que paga el 9%.

4.4.2. Indonesia

En La gestión de la minería en Indonesia es de descentralización limitada de la autoridad, el principal problema que ahora se está descubriendo es la corrupción, la mala administración en la rendición de cuentas que afecta el número de clientes y el gobierno. *“La clave del éxito de la política de descentralización es la rendición de cuentas y la participación pública.”*⁸²

El sistema legal a los recursos naturales que son subterráneos o contenidos en la tierra o suelo, como minerales: *“La tierra, las aguas y las riquezas naturales contenidas en ella serán controladas por el Estado y explotadas para la mayor prosperidad del pueblo.”*⁸³, incluidos los minerales y el carbón. La gestión de la minería en Indonesia, es por el sistema de permisos por parte del estado, siendo el Estado el titular del mandato del pueblo indonesio que posee toda la riqueza de los recursos naturales. Los minerales se los divide en cuatro tipos: minerales radiactivos, minerales metálicos, minerales no metálicos, y roca. El potencial de minerales radiactivos para material nuclear en toda Indonesia alcanza las 70 mil toneladas de uranio y las

⁸¹ Chile, *Ley 20.026*, (2005), art. 11.

⁸² Shah, A. (1998) Balance, Accountability, and Responsiveness: Lessons about Decentralization, Policy Research Working Paper No. 2021, (Banco Mundial), págs. 1-41.

⁸³ Artículo 33, sección (3) de la Constitución de la República de Indonesia de 1945

125 mil toneladas de torio.

El sector minero es uno de los principales sectores que impulsan la economía de Indonesia, da empleo a 34 mil personas con mano de obra directa. Por regalías se paga el 1% por el contrato, la regalía del carbón es más alta, alcanza el 7% de la regalía, ya que es su mayor producción. La Ley N° 31 de 1999 sobre Erradicación de la Corrupción, explica las normas contenidas en el delito de corrupción, ya que es toda persona que sea calificada como opositora a la ley, realizando acciones para enriquecerse, en beneficio propio o de otra persona o corporación, abusando de la autoridad o de la oportunidad o de los medios a su alcance por razón de sus cargos que puedan perjudicar las finanzas del Estado o la economía del Estado.

La Ley tiene tres elementos principales: la existencia de riqueza natural mineral y carbonífera; el control y el valor económico de la mina y los productos mineros; y el propósito del control estatal para asegurar el desarrollo nacional sostenible, para aportar un valor añadido real a la economía nacional en un esfuerzo por alcanzar el bienestar y la prosperidad públicos de manera justa.

La subasta es considerada contraria a la Constitución de la República de Indonesia de 1945 y no tiene fuerza legal vinculante, en términos de diferentes capacidades administrativas o de gestión, técnicas, ambientales y financieras para el objeto que se subasta. En Indonesia la corrupción se destaca en la evasión del pago a las rentas, pero no en las regalías, por ser montos fijos, que van incluso como parte de un contrato

4.4.3. Perú

La Constitución Peruana, ordena que *“...los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La*

*concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.*⁸⁴ Por lo tanto los recursos naturales son propiedad pública, “...la participación de particulares en el aprovechamiento es permitida (no como régimen de excepción) y regulada según ley de rango orgánico. Mediante normativa secundaria se define a la regalía minera como la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos...”⁸⁵

Luego se incluyó la frase “*sujetos de la actividad minera que incluye a los titulares de las concesiones mineras y a los cesionarios que realizan actividades de explotación de recursos minerales metálicos o no metálicos, según lo establecido en el Título Décimo Tercero del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM y normas modificatorias. Dicho término también incluye a las empresas integradas que realicen dichas actividades. La regalía minera es calculada sobre la utilidad operativa trimestral de los sujetos de la actividad minera, considerando los trimestres calendarios siguientes: enero-marzo, abril-junio, julio-setiembre, octubre-diciembre. La Ley dispone que la a regalía minera se determinará mensualmente,*⁸⁶ y que los sujetos de la actividad minera tienen la obligación de presentar una declaración y efectuar el pago de la regalía minera correspondiente a cada trimestre, dentro de los últimos doce días hábiles del segundo mes siguiente a su nacimiento, en la forma y condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Dicha declaración deberá contener la determinación de la base de cálculo de la regalía minera. En este punto vale la pena resaltar que la declaración y el control administrativo del pago de la regalía minera por parte de la autoridad tributaria peruana, son asimilables al caso ecuatoriano y son otro elemento que permitiría vincular de manera errónea a la regalía con

⁸⁴ *Constitución de la República del Perú* [1993], art. 66.

⁸⁵ Perú, *Ley de Regalía Minera*, 2004, art. 2.

⁸⁶ *Ibidem*, art. 4.

obligaciones de tipo tributario. Más allá de que esa calificación no se realiza expresamente, es sumamente importante resaltar que la ley define a la regalía minera como contraprestación. “*La regalía minera es recaudada y administrada por el Ministerio de Economía y Finanzas, quien establecerá la forma y condiciones para efectos del pago correspondiente. El Ministerio de Economía y Finanzas autoriza a la SUNAT para ejercer todas las funciones asociadas con el pago de la regalía minera.*”⁸⁷ En el Reglamento de la Ley de Minería, se dispone “...*que el monto de la regalía no pagado dentro del plazo establecido devengará un interés mensual, que será equivalente a la Tasa de Interés Moratorio para obligaciones tributarias administradas o recaudadas por la SUNAT.*”⁸⁸ La crítica que se puede realizar a este artículo es el interés aplicable al incumplimiento no es uno relacionado con obligaciones civiles-comerciales, sino con obligaciones tributarias, por lo que sugeriría que la obligación es en su naturaleza tributaria, posición similar al Ecuador. En el Perú se paga el 3% sobre las ventas de minerales.

4.4.4. Ghana

El gobierno de Ghana, es uno de los que utilizan una mayor riqueza mineral para fomentar el desarrollo, particularmente en las comunidades rurales donde se desarrolla la minería. Se considera un modelo de mejores prácticas, basado en su política de distribuir una proporción de rentas mineras a las autoridades locales y líderes tradicionales en las comunidades donde existe actividad minera; dos objetivos políticos complementarios representan los remedios habituales para combatir la corrupción: creciente transparencia y mejorar la responsabilidad social. “*La producción de la minería en Ghana es principalmente oro, ha crecido en un 290% desde 2000, la minería representa más del 25% del comercio de exportación del país, y el país todavía sufre bajos niveles de desarrollo humano y altos niveles de pobreza, incluso en las zonas*

⁸⁷ Ibidem, at. 7

⁸⁸ Perú, *Reglamento a Ley de Regalía Minera*, art. 7.1.

rurales.”⁸⁹

“La política ha sido en gran parte decepcionante, porque las instituciones locales que reciben los fondos carecen de rendición de cuentas y no hay claridad en el gasto de los fondos. Además, la transferencia de la riqueza a la comunidad puede causar fracciones y desconfianza.”⁹⁰ El sistema de distribución de los ingresos a nivel local funciona de la siguiente manera: en la minería de Ghana el sector, paga una regalía, proporcionada directamente al gobierno trimestralmente, que es la principal fuente de ingresos derivados por la minería de oro. Esta regalía fue fijada anteriormente por el gobierno a una tasa flexible de entre 3 y 6% de impuesto a las ganancias; no al total de ventas como es en Ecuador, sino al total de utilidades o ganancias netas, restados todos los costos y otros impuestos. Pero en realidad casi todos los contratos entre el gobierno y las empresas han utilizado el punto más bajo de esta escala, con acuerdos de regalías fijados en 3%.

“En un esfuerzo por obtener una mayor parte de los fondos del creciente aumento en el precio del oro, el gobierno aprobó la Ley de Enmienda de Minerales y Minería 794 en 2010, que modificó la Ley de Minerales y Ley de Minería 703 de 2006, y ahora establece una tasa de regalía mineral plana del 5%.”⁹¹ Todos estos ingresos de la mina se pagan a la Unidad de Impuestos Mayores del Servicio de Impuestos Internos, que luego entrega el dinero al Fondo Consolidado. De esta suma, el 80% es retenido por el gobierno y utilizado para el apoyo presupuestario general. El 10% se destina al Fondo de Desarrollo Minero (MDF), que aparentemente se usa para ayudar a financiar instituciones públicas del sector minero y para financiar proyectos en

⁸⁹ IMF. 2012. Ghana poverty reduction strategy paper, International Monetary Fund, Washington D.C.

⁹⁰ Ribot, J. 2004. Waiting for Democracy: The Politics of Choice in Natural Resource Decentralization. World Resources Institute, Washington DC.

⁹¹ Ghana. Comisión de Derechos Humanos y Justicia Administrativa ‘El estado de los Derechos Humanos en comunidades mineras en Ghana’, disponible en: <http://www.nodirtygold.org/HumanRightsInGhanaMiningCommunities.pdf> U4 Issue 2013:5

comunidades mineras. El momento más propicio para beneficiarse de la extracción de oro no podría ser mejor para el país: es el precio del oro flotando en un nivel récord; pero como se indicó, el país elevó recientemente su tasa de regalías mineras de un al 6%. Con la excepción de la mina Akyem de Newmont, que supuestamente pagó al 5% de las ganancias, ya que tenía derechos adquiridos anteriores a la nueva ley reformativa; aunque antes pagaba el 3.5%, pasó a pagar voluntariamente el 5%.

Como es el caso en muchos países, la relación entre la minería industrial y las comunidades es complejo, como un pequeño motor del desarrollo económico local, a pesar del crecimiento macroeconómico impulsado por el auge de la minería, Ghana sigue siendo un país con alta pobreza rural. Las Naciones Unidas clasifica a Ghana en el puesto 135 entre 187 países en su Índice de Desarrollo, a pesar de las mejoras en los niveles de pobreza en el país; el 28% de la población se clasifica como que vive por debajo de la línea de pobreza, con menos de USD 2 por día. *“Algunos académicos defienden que un dividendo de recursos debe ser administrado por un agencia independiente, por la corrupción en el manejo de fondos, similar a la forma en que muchos países se han acercado a los Fondos Soberanos de Riqueza”*⁹²

4.4.5. Australia

La revisión fiscal denominada *“Sistema Fiscal Futuro de Australia (2010), recomendó que las regalías sean abolidas y reemplazadas por un impuesto sobre la renta de los recursos”*⁹³. Con respecto a la abolición, se basó en un informe encargado por el gobierno para investigar las eficiencias de una amplia gama de impuestos australianos, estimando que el exceso de carga promedio, AEB, por sus siglas en inglés, de las regalías y los impuestos especiales era del 50

⁹² Shaxon, N. 2007. Oil, Corruption and the Resource Curse. International Affairs 83(6): 1123-40.

⁹³ CGE-Analysis-of-part-of-Governments-AFTS-Response.pdf (consultado el 29 de agosto de 2012)

%, y el exceso de carga final era del 70 %. Cuando el primer gobierno de Rudd anunció el Impuesto sobre los Recursos, hizo cuatro afirmaciones de apoyo: los recursos eran propiedad de todos los australianos; los mineros estaban obteniendo super ganancias, después de los impuestos existentes y las regalías del Estado; las regalías eran muy ineficientes, tan ineficientes que la revisión de Henry del Sistema Fiscal Futuro de Australia, recomendó abolir las regalías e imponer una forma de impuesto. Posteriormente, el gobierno de Gillard impuso el Impuesto sobre la Renta de Recursos Minerales (MRRT) sobre el mineral, la estimación sugiere que las regalías, serían de alrededor del 20 por ciento y el estimado final sobre los accionistas es de alrededor del 25 por ciento de los ingresos involucrados. *“En general, se acepta que un aumento en los términos de intercambio aumenta los ingresos reales de Australia, la producción australiana es más intensiva en minerales que su consumo; por lo tanto, un aumento en los precios mundiales de los minerales aumenta los ingresos de exportación de Australia; el tipo de cambio sube; las importaciones se vuelven más baratas; aumentan los ingresos reales.”*⁹⁴

Hay que tomar en cuenta de que el aumento en los precios de los minerales es negativo para los ingresos de un país, debido al flujo de precios más altos de los artículos de consumo que contienen minerales, como por ejemplo el equipo de transporte. En la medida en que las regalías se elevan desalientan la producción y las exportaciones de productos, que se enfrentan con importaciones más elevadas, en términos de intercambio. Al esperar que las regalías generaran un beneficio bruto, significan que la producción de minerales es menor, reducen la demanda de mano de obra australiana y una carga excesiva en el lado de las importaciones.

Para Australia si los precios de los minerales aumentan inesperada y enormemente,

⁹⁴ Gregorio, R. G. (2011), “Living Standards, Terms of Trade and Foreign Ownership: Reflections on the Australian Mining Boom”, Documento de debate n.º 656, Centro de Investigación de Política Económica, Universidad Nacional de Australia, <http://cbe.anu.edu.au/research/papers/ceprpapers/DP656.pdf>

recaudan más ingresos por regalías, pero con un efecto contrario en su producción y esto sumado a una carga excesiva de impuestos. Debido a que una regalía no es un impuesto, si se perdonaran las regalías, el ingreso de los mineros aumentaría, y la renta se transfiere directamente entre el sector productivo privado y el sector público. Por lo tanto se eliminó las regalías e impuestos especiales, reduciendo de 50% a alrededor de cero. Si una industria minera relativamente pequeña estuviera exenta del impuesto, su producción aumentaría, atrayendo más mano de obra, capital y reservas nacionales. El mayor costo para los hogares australianos es el de las regalías, proviene de un aumento en el costo de vida en relación con la baja de su salario nominal, perjudicando el nivel de vida de los australianos, lo cual niega la afirmación generalmente aceptada de que Australia se beneficia de un aumento en sus términos de intercambio, cuando sube sus impuestos. Los precios de importación son exógenos, no son de manejo interno; por lo tanto, el conjunto óptimo de impuestos comerciales comprende cero aranceles y dos impuestos a la exportación de alrededor del 20% para minerales y 9% para todas las demás exportaciones.

4.4.6. Sudáfrica

La imposición de regalías mineras en Sudáfrica comenzó en el año 2001, con la llamada Ley de Regalías sobre Recursos Minerales y Petroleros; que regula la imposición y cálculo de las regalías mineras, que son deducibles para efectos del impuesto sobre la renta. Esta obligación de pagar regalías mineras surge cuando los recursos minerales que han sido extraídos del interior de la República, y sean transferidos. El traslado del mineral es el desencadenante de la imposición de la regalía, debido a que los recursos minerales son exportados. Pero si la exportación es temporalmente para refinación, la exportación temporal de recursos minerales no se considera como una transferencia. *“La Ley 28 de 2002 para el Desarrollo de los Recursos Minerales y Petroleros permite al Estado, como custodio de los recursos minerales y petroleros*

de Sudáfrica, imponer regalías sobre la transferencia de recursos minerales.”⁹⁵

“El cálculo de la regalía distinguen entre recursos minerales refinados y sin refinar y utiliza dos variables para calcular el pasivo por regalías: el valor de los minerales que es la base imponible y una tasa de porcentaje de regalía, calculada de manera prescrita en la ley, que se aplica a la base; y son del 5% para los recursos minerales refinados y el 7% para los no refinados.”⁹⁶ Todo se calcula multiplicando las ventas brutas del minero por el porcentaje o tasa que se calcula aplicando la fórmula de la sección 4(2) de la Ley de Regalías.

Al ser Sudáfrica un país muy desarrollado, los recursos minerales refinados tienen ventas más altas y, por lo tanto, una base imponible más alta que los minerales sin refinar, que en todo caso es la tasa porcentual de regalía, que tiene que ser aplicada al impuesto base de ventas, que varía según la rentabilidad de una mina; o sea, sobre las utilidades operativas netas de la minería y no excluye impuestos y otros cargos.

Las ventas brutas son de todos los recursos minerales, y no permite recuperaciones de la enajenación de activos utilizados para desarrollo de la mina; ni la depreciación de activos, gastos de capital, gastos operativos incurridos; gastos generales de equipo, planta y maquinaria, etc., la regalías son gravadas sobre las ventas brutas con respecto a los recursos minerales solo se reciben o acumulan en un año subsecuente. No se realizan cálculos sobre el mineral por mineral, ni categoría por categoría.

Donde más se lucha contra la corrupción, es cuando los costos están por debajo de una condición especificada, la legislación no prevé la elevación teórica del gasto. Este incremento del

⁹⁵ Documents and Settings\FMUTERO\Local Settings\Temporary Internet Files\Content.Outlook\MCR3AU11\Article_SA Mining and Petroleum Royalties_(1196117_1).DOCX 08/08/2012

⁹⁶ C:\Documents and Settings\FMUTERO\Local Settings\Temporary InternetFiles\Content.Outlook\MCR3AU11\Article_SA Mining and PetroleumRoyalties_(1196117_1).DOCX08/08/2012

gasto se aplicará incluso cuando el mineral tenga un rango de condiciones especificadas. En tal caso, el gasto se ajusta al alza para reflejar la cantidad especificada.

Los recursos minerales sin refinar a veces se transfieren con subproductos de recursos minerales auxiliares, que, en términos de las disposiciones actuales de la Ley de Regalías, deben tratarse por separado, la condición especificada solo se aplicará al recurso mineral principal y los subproductos serán vistos como parte integrante del recurso mineral dominante transferido. Sin embargo, se encuentran distinciones entre las respectivas condiciones de concentrado especificadas. O sea, se paga las regalías por minerales principales y secundarios.

4.4.7. Bolivia

En el Estado Plurinacional de Bolivia se dispone en su Constitución Política, que las empresas privadas o extranjeras, paguen impuestos y además las regalías mineras, cuando intervengan en la explotación de los recursos naturales no renovables, cobros no reembolsables. Así las regalías mineras son el pago por el aprovechamiento de los recursos naturales, “...son un derecho y una compensación por su explotación, y se regularan por la Constitución y la ley.”⁹⁷

Esta estipulación constitucional también que está presente en la norma constitucional, es recogida en el Artículo 223 de la Ley de Minería y Metalurgia, mediante el desarrollo en una normativa secundaria, consideran dolo más que una compensación o derecho, más bien se la entiende como tributo. En la Ley mencionada se hace referencia a que “...son sujetos pasivos alcanzados con la regalía minera, todas las personas individuales y colectivas que se dediquen a actividades mineras de: a) explotación, concentración y/o comercialización, a tiempo de la venta interna o exportación de minerales y/o metales; b) fundición, refinación e industrialización, solo cuando formen parte del proceso productivo que incluya actividad de explotación minera propia; c) prospección y exploración minera, solo cuando se comercialicen los productos

⁹⁷ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [2009], tercera parte, tít. II, cap. segundo, “Recursos naturales”, art. 351, III.

*obtenidos en esta actividad.*⁹⁸

La competencia para la “...*administración, recaudación, percepción y fiscalización de la Regalía Minera se atribuye a los gobiernos autónomos departamentales.*”⁹⁹ Existe en Bolivia también otra institución jurídica legal, que se encuentra inmersa en temas mineros, la SENARECOM, entre sus atribuciones “...*le corresponde registrar y controlar a quienes se constituyen en agentes de retención y empoce de la regalía minera, por la comercialización de minerales y metales.*”¹⁰⁰ Acerca de la retención de las regalías mineras, se ordena que “...*las personas individuales y colectivas, nacionales o extranjeras que realicen actividades de manufactura o elaboren productos industrializados en base a minerales y metales en el mercado interno, no estarán alcanzados por el pago de la Regalía Minera - RM, pero deberán ser agentes de retención de la regalía minera de sus proveedores nacionales. El empoce de la regalía retenida se realizará hasta el día quince (15) del mes siguiente a la entidad autorizada.*”¹⁰¹ El hacerse mención a sujetos pasivos y agentes de retención, demuestra la tendencia que existe de asimilar una regalía minera con un tributo. “*Resulta evidente que en Bolivia la regalía minera es considerada como un tributo pagado por la explotación de recursos naturales no renovables, y el valor a pagar se lo calcula sobre la base del valor bruto de venta*”¹⁰². El monto es del 3% del valor bruto de ventas de minerales.

⁹⁸ Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia, art. 224, 225.

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 23 IV.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, art. 87, e.

¹⁰¹ *Ibíd.*, art. 88, III.

¹⁰² Calisaya, Carla, Modelo Predictivo para la Proyección de las Regalías en Exportaciones Mineras. Revista PGI – Investigación, Ciencia y Tecnología.

5. Metodología

5.1. Materiales Utilizados

Los materiales que use en el presente trabajo sirvieron para obtener un resultado positivo y exitoso en el desarrollo de la presente tesis.

A lo largo de este proceso utilice los contenidos que constan en la citas y fuentes bibliográficas, información que fue obtenida de libros, enciclopedias, diccionarios jurídicos, revistas, páginas electrónicas, códigos, leyes de carácter nacional e internacional.

Adicional se utilizó materiales como la computadora, el servicio de internet, lápices, esferográficos, hojas de papel bond, carpetas y cuadernos, impresora, teléfono, ~~lapicero~~

5.2. Métodos

Para la planificación y ejecución de una investigación se requiere observar métodos, técnicas y procedimientos, en base a los lineamientos institucionales previstos en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

Entendido el método como el indicador del proceso investigativo que guió la presente investigación de carácter socio jurídico, en la modalidad de tesis indico a continuación los métodos que se utilizó.

Método Inductivo: Es un proceso sistemático a través del cual se parte del estudio de hechos y fenómenos que ocurre en la naturaleza, la sociedad para luego llegar a las generalizaciones, es decir, es un método que partiendo de una proposición particular infiere una afirmación de extensión universal; razonamiento que va de lo particular a lo general; este método se aplicó a lo largo del presente trabajo investigativo, concretamente en el epígrafe de revisión de literatura.

Método Deductivo: Sigue un método analítico el cual se presenta mediante conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales constitucionales de los que se extraen las conclusiones, parte de lo general al específico, de igual manera fue aplicado en el acápite de literatura en el desarrollo del marco doctrinario.

Método Analítico: Este método se entiende como el fenómeno de descomposición en partes, obteniendo causas, naturaleza, efectos para entender el fenómeno estudiado, implica el análisis de las normas jurídicas constitucionales, derecho minero, derecho tributario, derecho comparado, sobre el problema de investigación, de igual manera se aplicó en el desarrollo de revisión de literatura, resultados, discusión en el que consta criterios personales aportados por el investigador tras la aplicación del análisis como método de investigación.

Método Sintético: Este método consiste en unir sistemáticamente los elementos heterogéneos de un fenómeno con el fin de reencontrar la individualidad de la cosa observada. Además, se aplicó a lo largo de la investigación jurídica concretando que tras la aplicación del método analítico concierne sintetizar las características de los hechos estudiados.

Método Comparativo: Es un método de análisis que permite contrastar dos realidades legales en Derecho Comparado, en que se da el estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes, también se aplicó tras la comparación de los elementos recabados por las técnicas de investigación como la encuesta, entrevista, observación de campo y el fichaje.

Estadístico: Se describe como un método de análisis aplicado por medio de la obtención de información considerando indicadores probables, que pueden ser o no cuantificables,

se aplicó en la representación gráfica de las encuestas, de igual manera en la presentación de datos de las entrevistas, permitiendo la comparación de cifras y criterios.

5.3 Técnicas

La Encuesta: Se denomina encuesta al conjunto de preguntas especialmente diseñadas y pensadas para ser dirigidas a una muestra de población, que se considera por determinadas circunstancias funcionales al trabajo, representativa de esa población, con el objetivo de conocer la opinión de la gente sobre determinadas cuestiones, corrientes y por qué no también para medir la temperatura de la gente acerca de algún hecho específico que sucede en una comunidad determinada. La encuesta fue aplicada a treinta abogados en libre ejercicio de su profesión, expertos y conocedores del tema.

La Entrevista: Una entrevista es un intercambio de ideas, opiniones mediante una conversación que se da entre una, dos o más personas donde un entrevistador es el designado para preguntar. El objetivo de las entrevistas es obtener determinada información, ya sea de tipo personal o no. La entrevista se realizó a diez profesionales involucrados con mi problemática jurídica prefiriendo a aquellos que cuenten con experiencia o conocimiento en el área que se investigó, docentes universitarios de la asignatura pertinente y autoridades relacionadas con mi problemática.

La Observación de Campo: La técnica de evaluación conocida como observación de campo tiene como principal objetivo entender cómo los usuarios de los sistemas interactivos realizan sus tareas y más concretamente conocer todas las acciones que estos realizan durante la realización de las mismas. La observación de campo privilegió el escenario en el cual identifique mi problemática y aquel sector que se beneficiara con

mi propuesta de reforma, valiéndome para ello de instrumentos tecnológicos, medios de comunicación, escritos y visuales, y de la red informática de internet.

El Fichaje: El fichaje es una técnica utilizada especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información, cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión, le da unidad y valor propio.

La metodología así indicada permitió que la ejecución de la investigación se presente en la modalidad de tesis con los componentes: conceptual, doctrinario, jurídico, presentación y análisis de resultados obtenidos en la investigación de campo, conclusiones, recomendaciones, fundamentación jurídica de la propuesta, proyecto de reforma jurídica. El esquema de tesis seguirá los lineamientos del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja

6. Resultados

6.1. Resultados de las Encuestas

La presente técnica de la encuesta fue aplicada a treinta abogados en libre ejercicio de su profesión, expertos y conocedores del tema de la ciudad de Loja, la investigación se encuentra planteada en 7 interrogantes, cada una guarda directa relación con el problema, los objetivos, la hipótesis y el tema; dando los siguientes resultados.

Pregunta 1:

¿Considera Usted, imperativo establecer un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario?

Cuadro Nro. 1

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJES
SI	28	97%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación:

En Conforme se demuestra en el cuadro y gráfico número 1, de los treinta encuestados, 28 personas, que representan al 93% señalaron la opción sí, manifestando que si es necesario establecer imperativamente un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario; mientras que 2 personas que corresponden al 7%, indicaron que no, considerando innecesario establecer imperativamente un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario.

Análisis:

De Coincido con la posición de la mayoría de los encuestados porque al imperativamente, o sea mandatorio por Ley, el establecer de un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; se cumple con el Principio de Equidad Tributario, establecido en la Constitución, y por ello, todos pagarán un solo porcentaje, evitando la discrecionalidad de la negociación del Poder Ejecutivo, y por ende poniendo límites a la posibilidad de corrupción. No concuerdo con la minoría de los encuestados que dijeron que no, ya que ellos consideran que mediante Reglamento se puede cobrar y reglar un solo monto; sin embargo, ellos no toman en

cuenta el principio de jerárquico de las normas, y que se debe aplicar en primer lugar lo que estipula la Ley; ya que el Reglamento lo hace el Presidente de la República o el Ministro sectorial, y nadie les puede objetar sus discrecionalidades que pueden rayar en la corrupción.

Pregunta 2:

¿Considera Usted, que, por el Principio de Generalidad Tributaria, de transparencia, moralidad, y claridad se debe prescindir de esta discrecionalidad del sector público, de que según su criterio se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras?

Cuadro Nro. 2

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJES
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.
Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación:

Conforme al cuadro y gráfico número 2, de los treinta abogados en libre ejercicio de su profesión,

expertos y conocedores del tema encuestados, 29 que corresponden al 97% señalaron la opción no, manifestando que por el Principio de Generalidad Tributaria constitucional, por la transparencia, moralidad, y claridad de los actos públicos; se debe prescindir de esta discrecionalidad del Poder Ejecutivo, de que según su criterio unilateral se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras; mientras que solamente 1 encuestado, es decir el 3% de la población interrogada manifestó que la actual regulación del monto de pago de regalías mineras no vulnera el principio de generalidad, ya que cada mina se debe tratar en forma particular.

Análisis:

Concuerdo con la mayoría que manifestaron que se está unilateralmente por el Poder Ejecutivo, vulnerando el Principio de Generalidad Tributaria constitucional, que es un hecho reñido con la transparencia, moralidad, y claridad de los actos públicos; que se debe prescindir de esta discrecionalidad del Poder Ejecutivo, de que según su criterio unilateral, muchas veces político, se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras.

Pregunta 3.

¿Por favor marque con una X, cuáles son los motivos por los cuales, usted considera que no se cumpliría con el principio de equidad, presupuesto indispensable para llegar a la igualdad material y pretender que el Estado realice un cobro de un monto fijo de las regalías mineras?

Colusión (pacto de funcionarios con terceros):

Concusión (funcionario que saca provecho personal):

Enriquecimiento ilícito:

Tráfico de influencias:

Testaferrismo:

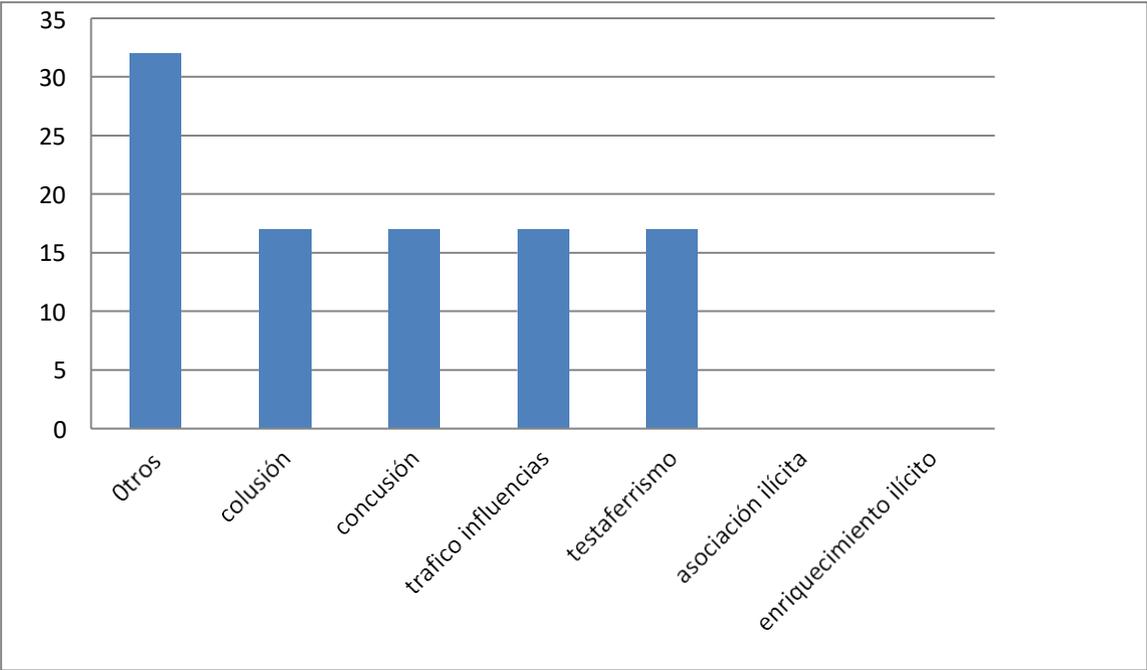
Asociación ilícita:

Otros (enúncielos):

Cuadro Nro. 3

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJES
Colusión	5	17 %
Concusión	5	17 %
Enriquecimiento ilícito		
Tráfico de influencias	5	17 %
Testaferrismo	5	17 %
Asociación ilícita		
Otros	10	32 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.
Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación

Conforme al cuadro y gráfico número 3, de los (30) treinta abogados en libre ejercicio de su profesión, expertos y conocedores del tema encuestados, diez personas que corresponde al 32 % respondieron que otros, expresando que los funcionarios realizan cohecho, y que son los primeros en pedir dinero, a fin de poner como monto de pago los porcentajes más bajos, pero a cambio de dinero, lo cual constituye cohecho; 5 señalan colusión, que corresponden al 13 %; 5 concusión, que corresponden al 13%; 5 tráfico de influencias, que corresponden al 13 %; y finalmente 5 testaferrismo, que corresponde al 13 %.; enriquecimiento ilícito y asociación ilícita, no hay ninguna mención, ni respuesta o consideración al respecto.

Análisis:

La tercera parte señala que hay cohecho, que, sumado a la concusión, que son delitos similares, nos da casi la mitad de respuestas; o sea, que hay pedido de dinero por los funcionarios para establecer los montos mínimos de porcentaje de pago de regalías mineras. Además, señalan que muchos de los funcionarios actúan como el caso del Ministro sectorial de Minería, de testaferro del Presidente de la República, o son los mismos asambleístas que realizan tráfico de influencias para que se cobre el mínimo porcentaje de regalías mineras; a cambio de sacarles dinero a las compañías, para sus bolsillos y sus campañas publicitarias de elecciones. Reamente la totalidad de encuestados, en definitiva, consideran que hay corrupción., en sus apreciaciones y percepciones.

Pregunta 4.

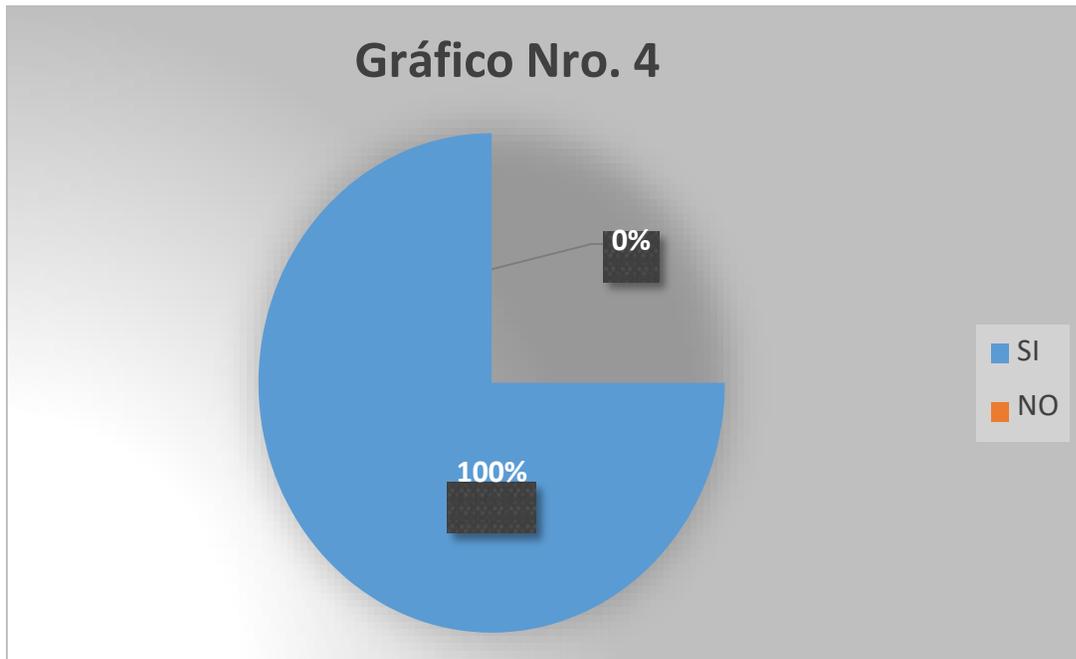
Para citar un ejemplo, sólo de un año, una compañía minera pago 100 millones de dólares de regalías; ¿Considera usted, que estos elevados montos de pagos de regalías; deban ser motivo de negociación del Ejecutivo, que van desde el 3% hasta el 8%?

Cuadro Nro. 4

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	0	0 %
NO	30	100 %
TOTAL	30	100 %

Fuente: Abogados Loja.

Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación

Conforme al cuadro y gráfico Nro. 4, de los 30 encuestados, la totalidad es decir lo que equivale al 100% señalan la opción NO, ya que concuerdan en que no se debe negociar el pago de monto de las regalías mineras, que le corresponden al Estado ecuatoriano. Ya que ello genera inseguridad jurídica, faltan ingresos al presupuesto general del Estado, genera más pobreza y atraso, y hace que las compañías realicen acciones ilegales para aumentar sus ganancias; ante la corrupción campante en todo gobierno y el amansamiento de enormes fortunas.

Análisis:

Concuerdo con el 100% de los treinta abogados en libre ejercicio de su profesión, expertos y conocedores del tema encuestados, ya que pues consideran en que no se debe negociar con la Función Ejecutiva, el pago del monto de las regalías mineras, que le corresponden al Estado ecuatoriano, por ninguna empresa minera; no solo vulnera la Constitución en forma procesal al vulnerar principios; sino que aumenta el riesgo de inversión en el país; genera desconfianza en todos, nacionales

y extranjeros; inseguridad jurídica y falta de transparencia; genera más pobreza y atraso, y lastimosamente el apareamiento de políticos inescrupulosos, que con su tráfico de influencias, mediante campañas publicitarias millonarias, engañan a los votantes y son los que más roban.

Pregunta 5:

¿Considera usted, que al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una eficiente recaudación de recursos económicos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano?

Cuadro Nro. 5

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación

De acuerdo al cuadro y al gráfico número 5, de los 30 encuestados, 29 que corresponden al 97% consideran que si, es necesario una propuesta de reforma legal, para que exista un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, con esto lograr una eficiente recaudación de recursos económicos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano; mientras que 1 persona de los encuestados, es decir el 3% menciona que no es necesario reformar el artículo, que como se maneja en la actualidad es acertado, considerando que existe un reglamento.

Análisis:

Conuerdo con la mayoría de los encuestados que consideran que la actual legislación debe regular con un monto fijo porcentual el pago de regalías mineras de las empresas mineras en producción; la Ley de Minería no está prestando las suficientes garantías a la estabilidad económica y crecimiento sostenible que necesita el Estado ecuatoriano; hay que evitar por todo lado la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano, a través de esta discrecionalidad otorgada a una sola persona, que es el Ministro Sectorial de Minería, que a su antojo puede un Reglamento cambiar, sin problema alguno.

Pregunta 6:

Considera usted, que al haberse establecido legalmente una negociación del Ejecutivo para establecer el monto de pago de regalías mineras, ¿ Se garantiza la defensa de los recursos naturales, que pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos?

Cuadro Nro. 6

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	1	3 %
NO	29	97 %

TOTAL	30	100%
-------	----	------

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

Autor: Grover Stalin Celi Apolo



Interpretación.

De acuerdo al cuadro y al gráfico número 6, de los 30 encuestados, casi la totalidad, que son 29, que corresponden al 97%, consideran que sí, que al haberse establecido un rango variable negociable al Poder Ejecutivo, que va de 3 % hasta el 8 %, de monto porcentual de pago de regalías mineras, no se garantiza la defensa de los recursos naturales, que pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos. El 1 encuestado, que corresponde al 3 %, señala, que el Ministro Sectorial de Minería puede responder, y ser llamado a juicio político, y se puede inclusive anular el contrato.

Análisis:

Acepto que la mayoría de los encuestados que consideran que la actual legislación al haber regulado un rango variable con respecto al monto porcentual que corresponde como pago de regalías mineras por las empresas mineras en producción, al Estado ecuatoriano; la Ley de Minería no está prestando las suficientes garantías de defensa de los recursos naturales, que

pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos. El 1 encuestado, que corresponde al 3 %, señala, que el Ministro Sectorial de Minería puede responder, y ser llamado a juicio político, y se puede inclusive anular el contrato. Sin embargo, esto no es posible, ya que el contrato es ley para las partes, y podemos ser sujetos de enjuiciamientos con indemnizaciones y multas muy grandes; además con el juicio político, no se puede subir o variar los montos, o recuperar los montos del cohecho.

Pregunta 7:

¿Considera usted, que, al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una mayor seguridad jurídica, en el exterior como en el interior del país; ya que las empresas que van invertir en minería, así como todos los ecuatorianos, al saber en forma exacta los montos de pago u cobro de regalías mineras, pueden planificar su desarrollo?

Cuadro Nro. 7

INDICADORES	VARIABLES	PORCENTAJE
SI	1	3 %
NO	29	97 %
TOTAL	30	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Loja.

Autor: Grover Stalin Celi Aponte



Interpretación.

De acuerdo al cuadro y al gráfico número 7, de los 30 encuestados, casi la totalidad de ellos, que son 29, que corresponden al 97%, consideran que si, que de establecerse un porcentaje fijo, no negociable; el Poder Ejecutivo, deberá simplemente recaudar dicho pago correspondiente a las regalías mineras, lo que evitaría ser una tentación para la corrupción; tanto de empresas mineras, como de los funcionarios estatales. El 3 %, que corresponde a 1 encuestado, señala que la corrupción no se va a acabar poniendo un monto fijo de regalías, ya que tratarán de evadir el pago de tributos de otras formas, y con la venia de los políticos de turno, que se reparten el dinero de las coimas.

Análisis:

Estoy de acuerdo con la mayoría de los encuestados que consideran que la actual legislación debe regular un monto fijo, no variable porcentual, que corresponda al pago de regalías mineras por las empresas mineras en producción, al Estado ecuatoriano; lo que evitará la discrecionalidad de la Función Ejecutiva, en la negociación que se permite actualmente. Sin embargo, el criterio minoritario, es respetable, ya que señala que así se pongan un monto fijo, siempre habrá corrupción, tratando de evadir el pago de tributos, con la complicidad y asocio de la empresas,

con los funcionarios estatales, y a lo que se suman los políticos de turno.

5.1. Resultados de Entrevista

Con mucho esfuerzo, empeño, pese a las dificultades que se presentaron, se logró aplicar las entrevistas obteniendo los diferentes criterios, la misma fue aplicada a seis profesionales del Derecho en libre ejercicio, relacionado con la minería, de la ciudad de Loja; a dos ingenieros geólogos especialistas en minería; y a dos docentes universitarios de quienes obtuve la siguiente información. El guion de la entrevista fue el mismo de las encuestas, o sea, se conversó sobre la base de las mismas preguntas, llevando un registro de grabación.

1. ¿Considera Usted, imperativo establecer un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario?
2. ¿Considera Usted, que, por el Principio de Generalidad Tributaria, de transparencia, moralidad, y claridad se debe prescindir de esta discrecionalidad del sector público, de que según su criterio se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras?
3. ¿Por favor indique, ¿cuáles son los motivos por los cuales, usted considera que no se cumpliría con el principio de equidad, presupuesto indispensable para llegar a la igualdad material y pretender que el Estado realice un cobro de un monto fijo de las regalías mineras? Colusión (pacto de funcionarios con terceros), Concusión (funcionario que saca provecho personal), Enriquecimiento ilícito, Tráfico de influencias, Testaferrismo, Asociación ilícita, etc.
4. Para citar un ejemplo, sólo de un año, una compañía minera pagó 100 millones de dólares de regalías; ¿Considera usted, que estos elevados montos de pagos de regalías; deban ser motivo de negociación del Ejecutivo, que van desde el 3% hasta el 8%.
5. ¿Considera usted, que, al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una eficiente recaudación de recursos económicos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; ¿evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano?
6. Considera usted, que al haberse establecido legalmente una negociación del Ejecutivo para

establecer el monto de pago de regalías mineras, ¿Se garantiza la defensa de los recursos naturales, que pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos?

7. ¿Considera usted, que al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una mayor seguridad jurídica, en el exterior como en el interior del país; ya que las empresas que van a invertir en minería, así como todos los ecuatorianos, al saber en forma exacta los montos de pago u cobro de regalías mineras, pueden planificar su desarrollo?

Entrevistados:

Las respuestas y las conversaciones, se centraron a críticas más que a la discrecionalidad de establecer los montos de la regalía minera; sus críticas se centraron a la corrupción de la Asamblea Nacional o Poder Legislativo, así como del Poder Ejecutivo; que permiten y han construido ese tipo de leyes, otorgando sin límites al gobierno central, la posibilidad de robar, en definitiva y saquear las arcas gubernamentales. Señalan que el pueblo debe obligar a realizar una Constituyente, para que desaparezca la Asamblea, que es un centro de la corrupción, de politiqueros que son payasos de circo, que se gastan los millones de la plata del pueblo.

Al conocer sobre el tema, ya que la mayoría desconocía del rango negociable de montos de pago de regalías; señalan que sienten cobardía, que los asambleístas son sátrapas, diezmeros corruptos y poco honorables, unos verdaderos traidores de la Patria. Que la mayoría de los ex asambleístas correístas y los actuales, son ineptos, que no luchan sino por sus propios intereses y bolsillos. Que el Ecuador nunca va a cambiar si seguimos eligiendo a Presidentes, Asambleístas, Prefectos, Alcaldes, etc., que son nulos en preparación en asuntos de gobernanza, gestión pública, presupuesto, planificación del desarrollo, administración pública, ordenamiento territorial, comercio exterior, etc.

7. Discusión

A continuación, procedemos a verificar objetivos y contrastar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación que versa sobre la equidad y generalidad tributaria ante la discrecionalidad del Poder Ejecutivo de establecer diferentes montos de pagos porcentuales de regalías mineras.

7.1. Verificación de los Objetivos

En la presente investigación jurídica y en su proceso de planificación en el proyecto de tesis, me propuse y se plantearon un objetivo general y tres objetivos específicos, los cuales serán verificados a continuación:

7.1.1. Verificación del Objetivo General

Mi objetivo general fue redactado de la siguiente manera: *“Analizar las instituciones jurídicas constitucionales de la equidad y generalidad tributarias, con respecto a los montos variables establecidos en la Ley de Minería, sobre el pago de regalías.”*

El presente objetivo si lo pude verificar al realizar el estudio y en desarrollo de la revisión de la literatura científica, de las diferentes obras de carácter jurídico, diccionario y artículos, que me permitieron elaborar las fichas correspondientes sobre conceptos como: los Principios Tributarios de Equidad y Generalidad, la Discrecionalidad en Minería, la Corrupción, las Regalías Mineras. Concretamente del Marco Conceptual, Marco Doctrinario, Marco Jurídico y en el análisis del Derecho Comparado, abasteciéndome de información que consta en diferentes obras de carácter jurídico doctrinario, artículos científicos y sitios webs como se lo puede evidenciar en la Bibliografía.

Todo ello me permitió comprobar el objetivo planteado tras la estrecha relación con la problemática objeto de estudio, que me han brindado aportes fehacientes para viabilizar la propuesta de Reforma a un Artículo de la Ley de Minería. El objetivo general se verifico gracias a la obtención de abundante información bibliográfica, la misma que se ha utilizado en el

desarrollo del trabajo investigativo, que fueron ocupados en cada uno de los capítulos desarrollados en el presente trabajo modalidad TESIS que contiene un análisis de la Constitución de la República del Ecuador precisamente de la norma cuando se vulnera el derecho a la igualdad o equidad y generalidad tributaria, que los reconoce la Constitución en el Artículo 300, que estipula: “*El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria...*” Por lo que, en relación a los principios, la transparencia constituye un deber específico, relacionado con la moralidad, fidelidad y claridad que debe presidir toda actividad del sector público. El principio de equidad es el presupuesto indispensable por el cual se llega a la igualdad material y pretende que el Estado realice un adecuado cobro de las cargas impositivas. Estos principios aplicados a la negociación de los montos porcentuales de pago de regalías mineras, implican que la misma deba ser correspondiente con los mismos, a fin de que se propenda a la construcción de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que realice una eficiente recaudación de recursos productivos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano.

En lo jurídico cabe destacar, la seguridad de las normas, impactada de manera importante, cuando una Ley de Minería, como la de Ecuador, en uno de sus artículos, Ley de Minería, en el Artículo 93, que data de su publicación en el año 2009, se estableció que el pago de regalías a la explotación de minerales, como beneficio para el Estado Ecuatoriano, todos los concesionarios mineros o aquellos que posean plantas de beneficio, deberán pagar una regalía sobre la venta de minerales principales y secundarios, entre el 3% y el 8% sobre éstas ventas. A ello se suma lógicamente el pago de impuestos a la renta, patentes, impuesto al valor agregado, etc., etc.

De igual forma el artículo 41 de la Ley de Minería, estipula que el Estado “*podrá acordar*” con los concesionarios mineros “*el pago de rentas y regalías*” generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, esto significa que el Ministro de Minería o del ramo, sea quien pueda acordar

a su libre albedrío, quien paga 3% y quien paga 8%. El Artículo 93 de la Ley de Minería señala: *“Para establecer la tarifa de la regalía a ser pagada se observarán criterios de progresividad, volúmenes de producción del concesionario minero y/o tipo y precio de los minerales, conforme lo establezca el Reglamento a esta Ley.”* O sea, que es el Ministro del ramo, el que graciosamente establece la tarifa de las regalías, mediante Reglamento, o también lo puede hacer por la misma vía el Presidente de la República; dando paso a los grandes negociados y actos de corrupción ya que la mayoría de las empresas pugnarán y no escatimarán esfuerzo alguno en pagar lo menos posible; y a su vez, quienes no sean del agrado del Ejecutivo, se les impondrá el monto mayor de pago de regalías, como castigo a no ceder a los chantajes, concusión, enriquecimiento ilícito y peculado, que puede generar conductas que administren mal el patrimonio del Estado; por ello mi tesis, es el establecer un solo monto, que puede ser por ejemplo del 8%, y no estar entre dos bandas porcentuales.

7.1.2. Verificación de los Objetivos Específicos

A continuación, procedo a señalar que he verificado los objetivos específicos planteados en el presente trabajo de investigación que versa sobre la vulneración del principio constitucional de equidad y generalidad tributaria, cuando por vía Ley de Minería, se permite al Poder Ejecutivo discrecionalmente negociar el monto de pago de regalías mineras, entre el 3 o el 8%.

El primer objetivo específico propuesto es el siguiente: *“Determinar la vulneración de la determinación legal del pago de regalías mineras, a los principios constitucionales de equidad y generalidad; lo que posiblemente genera corrupción.”*

La demostración de este objetivo se dio especialmente a través de las entrevistas, en que se determinó que actualmente se vulneran en forma corrupta los principios de equidad y generalidad tributaria, en lo referente a la regalía minera que percibe el Estado ecuatoriano. También en los demás criterios de las encuestas que concuerdan en su totalidad en que el principio de igualdad

o equidad y generalidad tributaria constitucional, no se encuentra protegido tras la aplicabilidad del Artículo 93 de la actual Ley de Minería.

El segundo objetivo que propuse es: *“Examinar los problemas de la discrecionalidad de la Función Ejecutiva en la determinación y establecimiento de entre diferentes rangos del monto de pago por concepto de regalías mineras.”*

Logrando comprobar con el desarrollo de la revisión bibliográfica, éste objetivo específico establecido en el proyecto de investigación, que ha sido verificado en el desarrollo de mi trabajo investigativo, principalmente por el contenido y desarrollo del Marco Teórico, conjuntamente con el análisis de los aspectos legales sobre la minería, este análisis se apoyó en la Constitución del Ecuador, y la Ley de Minería, que son norma y ley, que se utilizaron para realizar el estudio de la normativa que regula los procesos administrativos que realiza el Ministerio Sectorial de Minería, al establecer unilateralmente y en forma discrecional el monto de pago de regalías mineras, en un contrato con una compañía minera, pudiendo establecer a su antojo el 3% hasta el 8%. Determinando la inconstitucionalidad e ilegalidad del proceder de la discrecionalidad en a aplicación de diferentes rangos que puede optar el funcionario público, lo cual se reviste de visos de corrupción ya que además se irrespeta lo que establece la Constitución.

El tercer objetivo de la presente investigación es: *“Resolver, a través de un Proyecto de reforma de la Ley de Minería, en forma clara, práctica y posible estableciendo un monto fijo para el pago de regalías.”*

Lo que lo demuestro con el planteamiento de una propuesta de reforma en el artículo 93, de la actual Ley de Minería ecuatoriana; referente a los rangos de diferentes porcentajes de montos de pago de regalías mineras, que pueden ir desde el 3% hasta el 8%; sin establecerse un monto fijo, lo que vulnera el derecho de igualdad o equidad y generalidad tributaria constitucional; ya que todas las personas naturales o jurídicas, deben recibir el mismo trato; para que de manera específica se garantice y cumpla los postulados constitucionales, que protegen la igualdad, la

seguridad jurídica y decir no a la corrupción. Además la mayoría de las respuestas de los encuestados y entrevistados arrojaron positivamente, manifestando que es de suma importancia realizar una reforma a este Artículo.

7.2. Contrastación de la Hipótesis

En el proyecto de investigación, se realizó el planteamiento de una Hipótesis, la cual será de utilidad para ser contrastada con la investigación y los resultados obtenidos, la misma que menciona lo siguiente: *“El Artículo 93 de la Ley de Minería al establecer diferentes porcentaje de montos de pago de regalías mineras, vulnera el derecho a la equidad y generalidad tributaria”*. La variable dependiente: *“El Artículo 109 literal a) de la Ley de Minería”*; y la variable independiente es: *“Derecho a la equidad y generalidad tributaria”*

La presente hipótesis se ha contrastado con todos los elementos de mi investigación desarrollados como son la aplicación de los métodos inductivo, deductivo, analítico, sintético, estadístico y comparativo, con el marco teórico y la encuesta en donde las respuestas a las interrogantes planteadas fueron encaminadas a que efectivamente la actual normativa que establece formas de vulneración e irrespeto de los derechos de igualdad o equidad y generalidad tributaria, en el estableciendo de diferentes montos porcentuales de regalías a la actividad minera.

La Hipótesis planteada, es verificada y comprobada de forma positiva con la revisión bibliográfica y las opiniones de los profesionales del Derecho, que fueron encuestados; donde se considera que el Poder Ejecutivo o administrativo, vulnera la igualdad, equidad, generalidad, seguridad jurídica, merma de recaudación de ingresos presupuestarios, igualdad de condiciones para inversión, aumento de la pobreza, y da pie a la corrupción; puesto que incluso quien autoriza o realiza esta negociación contractual es una autoridad administrativa la cual no debería tener esta facultad discrecional, ya que va en contra de la garantía establecida en la Constitución.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma legal

En la actualidad la Ley de Minería, por ser una nueva legislación, además del país entrar en una

era extractivista de recursos naturales, y además de haber sido esta ley promulgada por un gobierno de tinte socialista, ha dejado algunas brechas que es menester corregirlas, ya que la misma está vulnerando derechos y garantías de las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras por parte del Estado y especialmente del Ministerio Sectorial de Minería, que en lo que concierne al estableciendo del monto de pago de regalías mineras, lo que es anticonstitucional e ilegal y genera malestar en la Sociedad, por el abuso de poder, al estipular que el Ministro en representación del Presidente de la República , pueda escoger y negociar, entre el 3 % o el 8% de monto de pago de regalías mineras, sobre los totales de ventas de minerales principales y secundarios, que se realicen. La propuesta de reforma del presente trabajo de investigación se ha fundamentado en diferentes aspectos y enfoques los cuales los mencionare a continuación. Desde el enfoque del marco teórico, se ha fundamentado con el desarrollo de todo el contenido del trabajo investigativo, el mismo que se hizo en base a la revisión literaria, lo cual se fue desglosando en algunas categorías que a criterio personal son de suma relevancia y sirvieron para analizar ciertos temas, como la minería en el Ecuador, la discrecionalidad administrativa, la corrupción , los procesos políticos, las regalías mineras, y el derecho a la igualdad, equidad, generalidad, seguridad jurídica, derecho a la inversión en igualdad de condiciones, etc.

La fundamentación desde el punto de vista jurídico es necesaria para encaminar la propuesta de reforma de ley, el conservar y respetar los principios y garantías constitucionales y legales de nuestro Estado ecuatoriano, en el que claramente existe una violación al derecho a la equidad y generalidad tributaria. La reforma que se he propuesto se fundamenta, y está amparada en nuestra actual Constitución, la misma que contempla mecanismos de tutela, resguardo y respeto de la Constitución y los derechos consagrados en ella y en los Tratados Internacionales vigentes a favor de las personas, dotando de herramientas a los particulares para frenar el abuso o la desviación de poder por parte de las autoridades; además la Garantía Normativa, que exige a todo órgano con potestad legislativa el de adecuar a todo el ordenamiento jurídico, formal y

materialmente a los derechos previstos en la Constitución y Tratados Internacionales y *los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano*. Así mismo, encontramos normas consagradas en los Artículos 204, 300, 317, 226 y 227.

Los Arts. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que obligan a los Estados a brindar a los ciudadanos de acciones eficaces para el respeto y reparación de sus derechos vulnerados, destinada a cesar, evitar o remediar los efectos negativos de la acción u omisión ilegítima de la autoridad pública, a favor del administrado, en protección de sus derechos y bienes reales, En vista de que los actos de autoridad pública proceden de la potestad pública, que se manifiesta y expresa en forma unilateral la voluntad administrativa que señala la Ley de Minería, el particular se encuentra en relación de subordinación respecto de la Administración, la cual, actúa revestida de imperium, por lo cual: en los actos de autoridad existe desequilibrio entre la administración que detenta el poder y el administrado sometido a dicho poder. Por tales circunstancias, los mencionados actos de autoridad se imponen a los administrados sin necesidad de su consentimiento, en tan grande discrecionalidad. En vista de lo cual, existe la acción de amparo a fin de proteger al individuo de los actos de autoridad abusivos y dañosos que pudiere sufrir. Deber fundamental, de no afectación de los bienes públicos, sin cumplir con su obligación de manera previa de tratar a todos por igual en lo tributarios, especialmente; lo que rompe el principio de confianza legítima en la administración, en cuanto el administrado sólo espera de parte de las autoridades respeto de sus derechos, lo que deviene en una espiral de malestar, desconfianza y de corrupción.

El Estado y sus instituciones al ejercer potestades regladas, someten sus actuaciones al derecho, y en aplicación del principio de legalidad contenido en el Art. 226 de la Carta Magna, no pueden ejercer otras atribuciones que aquellas contempladas en la Constitución y en la ley, lo que determina que en el caso de no adecuar su actuación a las normas legales, su voluntad adolece de vicios, ocasionando que los actos que violen dicho principio no surtan efecto jurídico alguno,

mucho más aún, si los mismos violan y contravienen expresas normas o prohibiciones constitucionales, como es, la prohibición trato desigual, significa que no tienen valor alguno y no nacen a la vida jurídica, constituyendo hechos inconstitucionales y lesivos a los derechos humanos y constitucionales, los que no generan ni pueden constituir derecho alguno a favor del contraventor y la acción para denunciarlos es imprescriptible.

8. Conclusiones

Después de realizada la revisión de literatura y analizada la revisión de campo procedo a presentar las siguientes conclusiones, que me ayudan a fundamentar mejor la propuesta de reforma de la presente investigación jurídica.

PRIMERA: Como primera conclusión señalo que he comprobado la Hipótesis planteada en forma positiva, ya que la Constitución de la República como norma suprema es la que establece derechos, principios y garantías para la protección de la tributación y de igualdad de las personas para invertir, así como prohíbe la inseguridad jurídica; lo cual debe respetado al establecer un monto fijo de monto de pago de las regalías mineras

SEGUNDA: Al realizar la investigación constate que al tener la discrecionalidad el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio Sectorial de Minería, a establecer diferentes montos de pago a su libre arbitrio y antojo, se produce una violación a las garantías constitucionales de respeto a la igualdad, generalidad tributaria; a la seguridad jurídica, al derecho al trabajo en igualdad de condiciones y de libre inversión; derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

TERCERA: Por la obtención de los resultados del estudio de campo, concluyo que la Ley de Minería, debe respetar y aplicar las garantías básicas de la Constitución, ya que vulnera derechos constitucionales de tributación, al no establecer un solo monto porcentual para pago de regalías mineras.

CUARTA: El Estado con la vigencia de la actual Constitución, se vuelve en garantista y protector de derechos fundamentales, garantías y principios a favor de los ciudadanos, por lo que es indispensable que la aplicación de las normas, en especial de la Ley de Minera guarde armonía y concordancia con lo que establece la Constitución, con el único propósito de que no sean vulnerados los derechos de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que

realicen actividades mineras, puesto que al estar establecidos en la Constitución da la garantía que ninguna ley o norma jurídica ni mucho menos los actos administrativos puedan atentar o ir en contra de los mismos, en este punto es importante resaltar que el deber más alto del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos establecidos en la Constitución.

QUINTA: Gracias al estudio de campo realizado en el trabajo de investigación, logré establecer que, al dar paso a la discrecionalidad de establecer o determinar el monto porcentual de pago de regalías mineras, por los funcionarios de turno del Poder Ejecutivo, con ello causan un daño extremo a la economía de todos los ecuatorianos, especialmente de los más pobres, por la falta de ingresos económicos al presupuesto estatal.

SEXTA: Con la investigación de campo logró igualmente concluir que, son los políticos, y sus campañas publicitarias, los que van a ser una serie de ofertas sobre la tributación minera, y que de una u otra forma, van a tratar de cohechar a las personas que hacen minería, a fin de mantenerse en la farándula electoral y en puestos de elección popular o de alta jerarquía administrativa; con el consabido tráfico de influencias, asociación para delinquir, pero sin tratar el tema de fondo, la corrupción frente a la discrecionalidad, ya que todos querrán tomar parte del pastel de la danza de millones de la corrupción

SEPTIMA: De la investigación pude constatar que existe una necesidad real de plantear una propuesta de reforma para lograr garantizar el derecho postulado en el Principio de Equidad y Generalidad Tributaria, que a través de una disposición legal de muchísima discrecionalidad, permite al Poder Ejecutivo, realmente establecer y manejar montos elevadísimos de millones de dólares, que son una tentación para los funcionarios, políticos y empresas corruptas.

9. Recomendaciones

Una vez terminado el respectivo análisis de la problemática y comprobación de la hipótesis las cuales sirvieron para realizar las conclusiones, y demostrar que si existe la vulneración a los Principios constitucionales de Equidad y Generalidad Tributaria, al establecer la Ley de Minería la posibilidad discrecional al Ejecutivo, de negociar diferentes montos de pago de regalías mineras, puedo presentar y formular las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Es pertinente proponer, sugerir y recomendar a la Asamblea Nacional, que acoja el presente proyecto de reforma, y que regule y reforme la vulneración de los derechos constitucionales de los todos los ecuatorianos, que causa el Artículo 93 de la Ley de Minería. Con el objetivo de cambiar la visión de discrecionalidad y lucha contra la corrupción.

SEGUNDA: Es importante impulsar el interés por el conocimiento al Derecho Minero, como fuente de conocimiento que permita a la Sociedad estar más capacitada y pueda realizar de manera oportuna, lo requerido en la ley para optar por realizar actividad minera dentro de lo legal.

TERCERA: Recomiendo a las instituciones Universitarias que impulsen el realizar estudios doctrinarios, social y jurídicos técnicos, del fenómeno de la actividad minera legal que está en auge en la actualidad, para que, en vez de incrementar sanciones contra la corrupción, como mecanismo de lucha y reprensión a dicha actividad, logren puntualizar la razón del porque la Sociedad opta por realizar esta actividad y realizarla de forma legal, así poder lograr el desarrollo que requiere nuestro país.

CUARTA: Que la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, y a las demás Universidades para que por medio de los programas de Vinculación con la Sociedad, creen talleres, conversatorios y capacitaciones dirigidas a los funcionarios estatales, a los judiciales, estudiantes, mineros, periodistas y abogados en libre ejercicio, para que promuevan una visión garantista de derechos en torno a la actividad minera y difundan la importancia de aplicar un régimen de desarrollo, basado en la lucha a la corrupción, y dar paso a la transparencia.

9.1.

Proyecto de Reforma Legal

REPÚBLICA DEL ECUADOR ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, cuyas instituciones, organismos y dependencias tienen la obligación de someterse en sus actuaciones al Principio de Legalidad y al derecho a la Seguridad Jurídica que se consagran en el artículo 82 de la Constitución Política de la República;

Que no obstante es evidente que la determinación legislativa de la totalidad de la actividad administrativa aparece como una utopía que no debe ser dejada de lado en la medida que existan elementos operativos de una supuesta racionalización del Poder, en el entendido de que un margen de discrecionalidad debe ser inevitable en el diseño de la toda actividad administrativa del Estado, para luchar contra la corrupción y lograr la transparencia;

Que la potestad discrecional se debe limitar por la ley y por los principios inspiradores del ordenamiento y valores, pues la potestad discrecional, debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, y ser otorgada por la ley, y ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución, garantizando que la decisión pueda ser calificada de racional y razonable; no basada en criterios extrajurídicos o legales, de decisión; como elementos predeterminados por el Derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano ejecutivo, solo en dictaduras; ya que el sometimiento de la actividad administrativa al Derecho, hace que las potestades discrecionales puedan ser controladas a través de los principios generales del derecho, y especialmente de la Ley.

Que, el Artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula que: *“El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos...”* En relación a los principios, la transparencia constituye un deber específico, relacionado con la moralidad, fidelidad y claridad que debe presidir toda actividad del sector público. El principio de equidad y generalidad es el presupuesto indispensable por el cual se llega a la igualdad material y pretende que el Estado realice una adecuada distribución de cargas y ventajas sociales. Estos principios aplicados a la determinación de un monto de pago de regalías mineras fijas, implican que se propenda a la construcción de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que realice una eficiente asignación de recursos productivos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible, siempre en lucha contra la corrupción con transparencia.

Que, el Artículo 93 establece con respecto a las: *“Regalías a la explotación de minerales.- ...Para este efecto el concesionario minero, así como las plantas de beneficio, deberán pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, entre el 3% y el 8% sobre las ventas, ... conforme lo establezca el Reglamento a esta Ley...”*

La Asamblea Nacional en uso de sus atribuciones que le confiere el artículo 120 numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY DE MINERÍA

Artículo 1.- Sustitúyase el segundo párrafo del Artículo 93 de la Ley de Minería, por lo siguiente:
“...Para este efecto el concesionario minero, así como las plantas de beneficio, deberán pagar

una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, del 8% sobre las ventas, adicional al pago correspondiente del impuesto a la renta, del porcentaje de utilidades atribuidas al Estado conforme esta Ley y del Impuesto al Valor Agregado determinado en la normativa tributaria vigente. La tarifa de la regalía deberá ser pagada conforme lo establece esta Ley...”.

Art. Final. - Quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a esta reforma.

La siguiente reforma entrara en vigencia una vez aprobada en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador,
a los..... días del mes de del año dos mil veintidós.

f.

LA PRESIDENTA

f.

LA SECRETARIA

10. Bibliografía

Aidt, T.S. (2009) *Corrupción, Instituciones, y Desarrollo Económico*, Oxford, *Review of Economic Policy* 25(2).

Andrews, N. (2015) ¿Excavar para la supervivencia y/o la justicia?: Los impulsores de las actividades mineras ilegales en el oeste de Ghana, en *África Today*, vol.62, no.2.

Arrubla Jaime. (1992) *Contratos Mercantiles, Tomo II -Contratos Atípicos-*, 2a. ed. Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.

Asociación Internacional de Abogados, IBA. (2011) *Model Mine Development Agreement*, primera versión, MMDA 1.0

Azoulai y Clément-Wilz. (2014) *El Principio de la Legalidad*. Editorial Auby y Dutheil de la Rochère. Londres, Inglaterra.

Baca, V. (2012). La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista de Derecho Administrativo* N° 12.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553/14178>

Badeeb, R.A.; Lean, H.H.; y Clark, J. (2017) *La Evolución de los Recursos Naturales. Curse Thesis: A Critical Literature Survey'*, *Resources Policy* 51.

Daldwin. (1995) *Reglas y Gobierno*. Editorial Clarendon, Londres Inglaterra.

Bravo, J. (2010). *Fundamentos de Derecho Tributario (Cuarta Ed.)*. Perú, Jurista Editores E.I.R.L.

Bravo Lira, Bernardino. (2010) *La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 7.

Bravo Cucci, Jorge. (2003) *Fundamentos de Derecho Tributario*. Primera edición. Palestra Editores. Perú.

Bolivia. (2009) *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, tercera parte, tít. II, cap.

segundo, “Recursos naturales”, art. 351, III.

Bolivia, Ley de Minería y Metalurgia.

C:\Documents and Settings\FMUTERO\Local Settings\Temporary Internet Files\Content.Outlook\MCR3AU11\Article_SA. Mining and Petroleum Royalties_(1196117_1).DOCX 08/08/2012

Calisaya, Carla, Modelo Predictivo para la Proyección de las Regalías en Exportaciones Mineras.

Revista PGI – Investigación, Ciencia y Tecnología.

Campbell, B. (2008). Regulación y legitimidad en la industria minera: ¿Dónde se encuentra Canadá? Revista de Economía Política Africana, 117.

Carrión, Andrea (2015) Nacionalismo Económico y Dominio Público de los Recursos Minerales en Ecuador 1929-1941, The Extractive Industries and Society 1, n°. 2. <http://dx.doi.org/10.1016/j.exis.2014.11.004>.

Cisneros, Paul (2016) Panorama de la minería en América Latina. Política minera y sociedad civil en América Latina, ed. por Paúl Cisneros, Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Chaparro, Eduardo (2002) Actualización de la compilación de leyes mineras de catorce países de América Latina y el Caribe, vol. 43. Santiago: CEPAL.

Chile (2005) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley No. 20.026. Establece un impuesto específico a la actividad minera.

Chile (2005) Ley 20.026.

Del Barco Carrillo (2006) Tributación Minera. La Paz: Azul Editores.

Diccionario Enciclopédico Universal (2002) Editorial Cultural S.A., Madrid España.

Documents and Settings\FMUTERO\Local Settings\Temporary Internet Files\Content.Outlook\MCR3AU11\Article_SA Mining and Petroleum Royalties_(1196117_1).DOCX 08/08/2012

Dussault (1973) Administración acción. Editorial Stevens & Sons Ltda. Londres, Inglaterra.

Ecuador (2009) Ley de Minería. Registro Oficial 517, de 29 de enero de 2009.

Ecuador (2008) Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

Ecuador (2009) Reglamento General a la Ley de Minería, Registro Oficial Suplemento No. 67, de 16 de noviembre de 2009.

Ecuador (1896) Ley Reformativa del Código de Minería, Registro Oficial de la República del Ecuador. Primera entrega. Quito: Imprenta del Gobierno, 1896, Archivo Biblioteca de la Asamblea Nacional del Ecuador.

Ecuador (2004) Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial 463, de 17 de noviembre de 2004.

Ecuador (2010) Código Orgánico Organización Territorial Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento No. 303, de 19 de octubre de 2010.

Ecuador (2013) Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Segundo Suplemento del Registro Oficial 037, del 16 de julio de 2013.

Ecuador (1999) Ley de Compañías. Registro Oficial 312, de 5 de noviembre de 1999.

Ferrer, César (2000) Derecho Tributario. Dogmática general de la tributación. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Perú.

Fondo Monetario Internacional, IMF (2012) Ghana poverty reduction strategy paper, International Monetary Fund, Washington D.C.

Fuller, N. (1964) La Moralidad en la Ley. Yale University Press. New Haven, EEUU.

Galligan (1986) Poderes discrecionales: un estudio legal de la discreción oficial. Editorial Clarendon Press. Londres Inglaterra.

Gargarella, Roberto (2005) Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en

América (1776-1860). Madrid, Ed. Siglo XXI.

Ghana. Comisión de Derechos Humanos y Justicia Administrativa. El estado de los Derechos Humanos en comunidades mineras en Ghana.

<http://www.nodirtygold.org/HumanRightsInGhanaMiningCommunities.pdf>

Gómez-Olano, D., Estévez, F., Flórez, C., García, M., Gutiérrez, D., Migoya, J., Pérez, C. (2018)

Inseguridad jurídica en España: situación actual y propuesta para el futuro. Madrid, España:

Asociación Española de Asesores Fiscales – AEDAF, Paper N° 13.

<https://www.aedaf.es/es/documentos/descarga/41973/inseguridad-juridica-en-espana-situacion-actual-y-propuestas-para-el-futuro>

González, M. & Matías, M. (2014) La discrecionalidad en la visita domiciliar de inspección tributaria. Universidad Autónoma de Chiapas, México.

<http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/1413/1218>.

Gontero, Sonia. Op. Cit., p. 108.

Goldstone, J. A., R. H. Bates, D. L. Epstein, T. R. Gurr, M. B. Lustik, M. G. Marshall, J. Ulfelder y M. Woodward (2010) Un modelo global para pronosticar la inestabilidad política. Revista estadounidense de ciencia política 54, no. 1.

Gregorio, R. G. (2011), “Living Standards, Terms of Trade and Foreign Ownership: Reflections on the Australian Mining Boom”, Documento de debate n.º 656, Centro de Investigación de Política Económica, Universidad Nacional de Australia, <http://cbe.anu.edu.au/research/papers/ceprdpapers/DP656.pdf>

Harlow y Rawlings (2014) Proceso y Procedimiento en la Administración de la UE. Hart Publishing.

Herrera (2012) Estudio epidemiológico. INMS. Lima, Perú.

Hohfeld, I. (1913) Algunas concepciones jurídicas fundamentales en el razonamiento judicial.

Editorial Yale. New Haven, Connecticut, EEUU.

Hilson, G., Hilson, A. y Adu-Darko, E. (2014) 'Participación china en la economía minera de oro informal de Ghana: impulsores, implicaciones y aclaraciones', *Journal of Rural Studies*, vol. 34.

Indonesia (1945) Constitución de la República de Indonesia.

Johnson, Simon; Kaufmann, Daniel y Zoido-Lobaton, Pablo (1998) *Corrupción y economía no oficial*. Manuscrito publicado, Banco Mundial, Washington, DC.

Krislov, Samuel y David H. Rosenbloom (1981) *La Burocracia Representativa y el Sistema Político Americano*. Editorial Praeger. Nueva York, EEUU.

Lederman, D., N.V. Loayza and R.R. Soares (2005) *Accountability and Corruption: Political Institutions Matter*. *Economics and Politics* 17 (1).

Maignashca, Juan. "El proceso de integración nacional en el Ecuador: el rol del poder central, 1830-1895". En *Historia y región en el Ecuador 1830-1930*, ed. por Juan Maignashca, Quito: FLACSO / CERLAC/ Corporación Editora Nacional.

Meier, Kenneth J., Robert D. Wrinkle y J. L. Polinard (1999) *Burocracia representativa y equidad distributiva: abordar la cuestión difícil*. *Revista de política* 61 (4)

Manelli M., Alejandro y Vincent R. Daniel (1995) *Mecanismos de adquisición óptimos*. *Econometría*.

Medrano Cornejo, Humberto (1987) *Acerca del principio de legalidad en el Derecho Tributario Peruano*. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Vol. N.º 12. Junio, 1987.

Minergía: minería y energía. (2015) Quito, Ecuador. Número 3, septiembre octubre 2015.

Montaño Cesar (2013) *Notas relevantes del Derecho Tributario Internacional Ecuatoriano Contemporáneo*. *Tratado de Derecho Tributario Internacional*, tomo III. Buenos Aires: La Ley.

Nino, Carlos. (2021) *Un país al margen de la ley*. *Revista Jurídica Austral*. Vol. 2, N° 1 (junio de 2021).

Norris, P. (1997) Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems. *International political science review* 18(3).

Ossa Bulnes Juan Luis (1999) *Derecho de Minería*, 3a. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Paz y Miño, Juan (2007) Constituyentes, constituciones y economía, *Boletín Taller de Historia Económica VIII* (junio 2007): 22.

Pazmiño, M. (2003). *Relación Jurídica Tributaria*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2514/1/T0231-MDE-Pazmi%
Relaci%
n.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2514/1/T0231-MDE-Pazmi%c3%b1o-Relaci%c3%b3n.pdf)

Perú (1993) *Constitución de la República del Perú*.

Perú (2004) *Ley de Regalía Minera*.

Perú, *Reglamento a Ley de Regalía Minera*.

Placer Dome Inc. (1998) *Código de conducta comercial de Placer Dome*. Vancouver: Placer Dome Inc.

Ribot, J. (2004) *Waiting for Democracy: The Politics of Choice in Natural Resource Decentralization*. World Resources Institute, Washington DC

Rodríguez, Gonzalo (2002) *Proclamación de la provincia de El Oro; primeras autoridades y situación de Zaruma en 1882*, *Sociedad de Amigos de la Genealogía*, n.º 21.

Romero Martha (2011) *Origen de la provincia de El Oro: vicisitudes e intereses 1882- 1884*. Ponencia presentada al Segundo Congreso de Historia Social de Zaruma (Zaruma: Corporación Sociedad Amigos de la Genealogía / Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Sánchez, B. (2015). *Las MYPES en Perú: Su importancia y propuesta tributaria*. *Revista de investigación de la Universidad Nacional de San Marcos*. <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/viewFile/5433/4665>

Sen, Amartya (2000) *Desarrollo y libertad*. Madrid: Editorial Planeta.

Scott, Patrick G. (1997) Evaluación de los determinantes de la discreción burocrática: un experimento en la toma de decisiones a nivel de calle. *Revista de investigación y teoría de la administración pública* 7 (1).

Shah, A. (1998) *Balance, Accountability, and Responsiveness: Lessons about Decentralization*, Policy Research Working Paper No. 2021, Banco Mundial.

Shaxon, N. (2007) Oil, Corruption and the Resource Curse. *International Affairs* 83(6): 1123-40.

Stapenhurst, F., Riccardo P., y Kerry J. (2014) *Siguiendo el dinero: Comparando los comités parlamentarios de cuentas públicas*. Editorial Plutón Press. Londres Inglaterra.

Transparency International (Last updated 2017b) *How do You Define Corruption?* Accessed 11/06 2017

Unidad de Gestión Territorial, *Diagnóstico Estratégico Minero* (2011), <[http://www.zamora-chinchipec.gob.ec/otzch/documentos/DIAGNOSTICO% 20MINERO.pdf](http://www.zamora-chinchipec.gob.ec/otzch/documentos/DIAGNOSTICO%20MINERO.pdf)>.

Unión Europea. Caso T-369/03, *Arizona Chemica*, Pág. 86, sobre la adaptación de la Directiva 67/548 al progreso técnico.

Van Bockstael, S. (2014) La persistencia de la informalidad: Perspectivas sobre el futuro de la minería artesanal en Liberia. *Futures*, vol. 62.

Vergara Blanco, Alejandro (1992) *Principios y sistema del derecho minero*. Estudio histórico-dogmático. Santiago: Editorial Jurídica de Chile / Universidad de Atacama.

Villegas, C. (2013). *Facultades discrecionales de la Administración Tributaria vs derechos fundamentales de la persona*. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/859/810>

Wade (1977) *Derecho Administrativo*, cuarta edición. Editorial Clarendon Press. Oxford, Inglaterra.

Zúñiga, Francisco (2005) *Constitución y dominio público: dominio público de minas y aguas*

terrestres. Revista Ius et Praxis 11, n.º 2 (2005): 65-101, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200003>.

11. Anexos

Anexo 1 Cuestionario de Encuesta



Universidad
Nacional
de Loja

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Respetable profesional de Derecho, la presente encuesta tiene como finalidad recolectar datos importantes para realizar el trabajo de investigación, con el tema: **“LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD.”** Cuyo resultado me servirá para la culminación del trabajo de Tesis de Grado. De antemano mis más sinceros agradecimientos.

El Artículo 93 de la Ley de Minería, estipula que **“...deberán pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los secundarios, entre el 3% y el 8% sobre las ventas...”**. Dejando al Poder Ejecutivo, la discrecionalidad reglamentaria de a su arbitrio o voluntad, el determinar qué porcentaje deben pagarse por regalías mineras. De igual forma el artículo 41 de la Ley de Minería, estipula que el Estado **“podrá acordar”** con los concesionarios mineros **“el pago de... regalías”** generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, esto significa que el Ministro de Minería o del ramo sectorial, sea quien pueda acordar a su libre albedrío, quien paga 3% y quien paga hasta el 8%. El Artículo 300 de la Carta Magna, estipula que: *“El régimen tributario se regirá por los principios de **generalidad**, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, **equidad**, transparencia y suficiencia*

recaudatoria...”

PREGUNTAS:

1. ¿Considera Usted, imperativo establecer un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

2. ¿Considera Usted, que por el Principio de Generalidad Tributaria, de transparencia, moralidad, y claridad se debe presidir de esta discrecionalidad del sector público, de que según su criterio se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

3. ¿Por favor marque con una X, ¿cuáles son los motivos por los cuales, usted considera que no se cumpliría con el principio de equidad, presupuesto indispensable para llegar a la igualdad material y pretender que el Estado realice un cobro de un monto fijo de las regalías mineras?

Colusión (pacto de funcionarios con terceros):

Concusión (funcionario que saca provecho personal):

Enriquecimiento ilícito:

Tráfico de influencias:

Testaferrismo:

Asociación ilícita:

Otros(enúncielos):

.....

4. Para citar un ejemplo, sólo de un año, una compañía minera pago 100 millones de dólares de regalías; ¿Considera usted, que estos elevados montos de pagos de regalías; deban ser motivo de negociación del Ejecutivo, que van desde el 3% hasta el 8%?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

5. ¿Considera usted, que, al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una eficiente recaudación de recursos económicos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; ¿evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

6. Considera usted, que al haberse establecido legalmente una negociación del Ejecutivo para establecer el monto de pago de regalías mineras, ¿ Se garantiza la defensa de los recursos naturales, que pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

7. ¿Considera usted, que al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una mayor seguridad jurídica, en el exterior como en el interior del país; ya que las empresas que van invertir en minería, así como todos los ecuatorianos, al saber en forma exacta los montos de pago u cobro de regalías mineras, pueden planificar su desarrollo?

Si No

Argumente su respuesta:

.....
.....
.....
.....

Anexo 2 Cuestionario de Entrevista



Universidad
Nacional
de Loja

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

GUION DE ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO Respetable profesional de Derecho, la presente entrevista, la misma que será grabada, guardando la confidencialidad, y que tiene como finalidad recolectar datos importantes para realizar el trabajo de investigación, con el tema: **“LOS MONTOS DE PAGO DE REGALÍAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD.” Cuyo resultado me servirá para la culminación del trabajo de Tesis de Grado. De antemano mis más sinceros agradecimientos.

El Artículo 93 de la Ley de Minería, estipula que **“...deberán pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los secundarios, entre el 3% y el 8% sobre las ventas...”**. Dejando al Poder Ejecutivo, la discrecionalidad reglamentaria de a su arbitrio o voluntad, el determinar qué porcentaje deben pagarse por regalías mineras. De igual forma el artículo 41 de la Ley de Minería, estipula que el Estado **“podrá acordar”** con los concesionarios mineros **“el pago de... regalías”** generados por el aprovechamiento de minerales metálicos, esto significa que el Ministro de Minería o del ramo sectorial, sea quien pueda acordar a su libre albedrío, quien paga 3% y quien paga hasta el 8%. El Artículo 300 de la Carta Magna, estipula que: *“El régimen tributario se regirá por los principios de **generalidad**, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, **equidad**, transparencia y suficiencia recaudatoria...”*

PREGUNTAS:

1. ¿Considera Usted, imperativo establecer un monto porcentual fijo en la Ley de Minería, específicamente en el Art. 93; a fin de que se cumpla con el Principio de Equidad Tributario?

2. ¿Considera Usted, que por el Principio de Generalidad Tributaria, de transparencia, moralidad, y claridad se debe presidir de esta discrecionalidad del sector público, de que según su criterio se negocie, y a unos se cobre el 3% y a otros hasta el 8% por regalías mineras?

3. ¿Por favor marque con una X, ¿cuáles son los motivos por los cuales, usted considera que no se cumpliría con el principio de equidad, presupuesto indispensable para llegar a la igualdad material y pretender que el Estado realice un cobro de un monto fijo de las regalías mineras?

Colusión (pacto de funcionarios con terceros):

Concusión (funcionario que saca provecho personal):

Enriquecimiento ilícito:

Tráfico de influencias:

Testaferrismo:

Asociación ilícita:

Otros(enúncielos):

4. Para citar un ejemplo, sólo de un año, una compañía minera pago 100 millones de dólares de regalías; ¿Considera usted, que estos elevados montos de pagos de regalías; deban ser motivo de negociación del Ejecutivo, que van desde el 3% hasta el 8%?

5. ¿Considera usted, que, al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una eficiente recaudación de recursos económicos, que a su vez proporcione estabilidad económica y crecimiento sostenible; ¿evitando la corrupción, que en definitiva perjudica a todo el pueblo ecuatoriano?

6. Considera usted, que al haberse establecido legal mente una negociación del Ejecutivo para establecer el monto de pago de regalías mineras, ¿ Se garantiza la defensa de los recursos naturales, que pertenecen al patrimonio de todos los ecuatorianos?

.....
.....

7. ¿Considera usted, que al existir un monto porcentual fijo de pago de regalías mineras, exista una mayor seguridad jurídica, en el exterior como en el interior del país; ya que las empresas que van invertir en minería, así como todos los ecuatorianos, al saber en forma exacta los montos de pago u cobro de regalías mineras, pueden planificar su desarrollo?

.....
.....

Anexo 3 Designación de Director de Tesis



Universidad
Nacional
de Loja

SECRETARIA GENERAL FACULTAD JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Presentada el día de hoy, uno de diciembre de dos mil veintiuno, a las ocho horas quince minutos. Lo certifica, la Secretaria Abogada de la Facultad Jurídica Social y Administrativa de la UNL.

**ENA REGINA
PELAEZ
SORIA** Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2021.12.01
07:58:06 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc
**SECRETARIA ABOGADA DE LA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 01 de diciembre de 2021, a las 08H18. Atendiendo la petición que antecede, de conformidad a lo establecido en el **Art. 228 Dirección del trabajo de integración curricular o de titulación**, del Reglamento de Régimen Académico de la UNL vigente; una vez emitido el informe favorable de estructura, coherencia y pertinencia del proyecto, se designa al Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, Ph. D., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica Social y Administrativa, como **DIRECTOR del Trabajo de Integración Curricular o Titulación**, titulado: "LOS MONTOS DE PAGO DE REGALÍAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD", de autoría del Sr. GROVER STALIN CELI APONTE. Se le recuerda que conforme lo establecido en el Art. 228 antes mencionado. Usted en su calidad de director del trabajo de integración curricular o de titulación "será responsable de asesorar y monitorear con pertinencia y rigurosidad científico-técnica la ejecución del proyecto y de revisar oportunamente los informes de avance, los cuales serán devueltos al aspirante con las observaciones, sugerencias y recomendaciones necesarias para asegurar la calidad de la investigación. Cuando sea necesario, visitará y monitoreará el escenario donde se desarrolle el trabajo de integración curricular o de titulación". **NOTIFÍQUESE para que surta efecto legal.**



Firmado digitalmente por:
**MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS**

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Loja, 01 de diciembre de 2021, a las 08H20. Notifiqué con el decreto que antecede al Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, Ph. D., para constancia suscriben:



Firmado digitalmente por:
**SHANDRY
VINICIO
ARMIJOS FIERRO**

Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, Ph. D.
ASESOR DEL PROYECTO

**ENA REGINA
PELAEZ
SORIA** Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2021.12.01
07:58:19 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria,
SECRETARIA ABOGADA

Elaborado por: Nancy M. Jaramillo

C.C. Sr. Grover Stalin Celi Aponte
Expediente de Estudiante

Anexo 4 Certificado de aprobación y culminación del Trabajo de Integración Curricular



Carrera de Derecho
Facultad Jurídica, Social y Administrativa

Loja, 22 de febrero del 2022

Sr. Dr.

Fredy Yamunaque Vite, Mg Sc, PhD.

DOCENTE DE TITULACIÓN DE LA CARRERA DE DERECHO DELA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

En su Despacho. -

De mi consideración:

Me permito presentar a usted, el informe del trabajo de integración curricular o de titulación previo a la obtención del Título de Abogado correspondiente al señor estudiante: GROVER STALIN CELI APONTE, de acuerdo lo que dispone el art. 228 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad nacional de Loja, puntualizando lo siguiente:

1.- El trabajo de integración curricular tiene por título: "LOS MONTOS DE PAGO DE REGALIAS MINERAS APLICADO POR LA AUTORIDAD, VULNERA PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS DE EQUIDAD Y GENERALIDAD", que corresponde a un ámbito importante del Derecho Positivo, y cuyo proyecto ha sido aprobado por las instancias administrativas correspondientes.

2.- La tesis se encuentra presentada y escrita, superando la extensión de la base prevista para esta clase de realizaciones académicas.

3.- El trabajo corresponde de acuerdo a su presentación, lo siguiente: Resumen en español y su traducción e inglés; la Introducción. Revisión de literatura: **Marco Conceptual:** La Corrupción, Oferta y demanda de la Corrupción, El problema de la no regularización, Los factores de la Corrupción en Minería, La Colusión en Minería; Los procesos electorales, corrupción y regalías; Conceptos de la Discrecionalidad. **Marco Doctrinario:** La Discrecionalidad, La Discrecionalidad Administrativa, Discreción y Jurisdicción, La revisión de la Discrecionalidad, Teoría de la Burocracia Representativa, El cuidado e Intereses Públicos, La Motivación, La Discrecionalidad Tributaria, Perjuicios fiscales. **Marco Jurídico:** El Dominio Estatal en las minas, Las Regalías Mineras en el Ecuador, Límites constitucionales, Las reasignaciones, El Contrato Minero en el Ecuador, Reformas para lograr fomentar la minería. **Derecho Comparado:** Chile, Indonesia, Perú, Ghana, Australia, Sudáfrica, Bolivia. **Metodología:** Métodos y técnicas; **Resultados:** Resultados de la aplicación de Encuestas y entrevistas; **Discusión:** Verificación de Objetivos, General, Específicos, Contrastación de Hipótesis, Fundamentación Jurídica de la Propuesta. **Conclusiones; Recomendaciones, Proyecto de Reforma, Bibliografía, Índice, Anexos.**



unl

Universidad
Nacional
de Loja

Carrera de Derecho
Facultad Jurídica, Social y Administrativa

4.- El trabajo reúne los requisitos exigidos y establecidos en las disposiciones legales para la graduación de Abogado en la Universidad Nacional de Loja.

Consecuentemente, autorizo para que continúe en los trámites respectivos ya que ha cumplido con la totalidad de su trabajo de integración curricular, y proceda al Acto de Sustentación, (exposición y defensa) del trabajo presentado, en que los miembros del H. Tribunal de Grado, consignaran la calificación correspondiente.

En todo caso, dejo a salvo su más ilustrado criterio.

Atentamente. –



Firmado electrónicamente por:
**SHANDRY
VINICIO
ARMIJOS FIERRO**

Dr. Shandry Vinicio Armijos Fierro, Mg Sc, PhD.
DIRECTOR DE TESIS

Anexo 5 Certificación de Traducción del Abstrac

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE CIA LTDA.

Email: goldengateenglishhouse@gmail.com

Address: Sucre y Lourdes

Phone: +593992062770

Lic. Jinson Michael Vélez Vega

DIRECTOR ACÁDEMICO GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE

CERTIFICA:

Que el texto de Inglés “**resumen de tesis abstract**” que se presenta por el Sr. **Grover Stalin Celi Aponte** de CI: **0704400597**, corresponde exactamente con la versión del mismo en Español. Consecuentemente, autorizo el uso del presente certificado según crea conveniente. Adjunto documento.

Loja, 20 de mayo de 2022



Jinson Michael Vélez Vega

DIRECTOR

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE

RUC: 1191772055001

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE CIA LTDA.

goldengateenglishhouse@gmail.com