

NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGALÍA MINERA

PEDRO ENRIQUE VELÁSQUEZ LÓPEZ-RAYGADA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Asesor Legal de la Sala 1 del Tribunal Fiscal – Ministerio de Economía y Finanzas*

Sumario: 1. Introducción 2. Recursos del Estado 3. Bienes del Estado 4. Recursos Naturales 5. Regalía Minera.

1. Introducción

Después de casi un mes de discusión en el Pleno del Congreso de la República, el día jueves 3 de Junio de 2004, con una mayoría de 90 votos, se aprobó la Ley de Regalía Minera, con la cual, a entender de muchos, se pretende hacer cumplir los mandatos constitucionales para que el Estado obtenga la correspondiente retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales.

Dicha norma define en su artículo 2º 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, disponiéndose en su artículo 3º que ésta será pagada sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional.

Aún cuando resulta muy controversial la discusión acerca de la conveniencia o no de adoptar en la actualidad una «*contraprestación*» a cargo de quienes desarrollan actividades mineras, tal y como ha sido concebida en la citada norma, resulta innegable la necesidad que tiene el Estado de obtener más recursos o ingresos para hacer frente a las funciones que le han sido asignadas por la Constitución, el problema radica en cómo es que estos recursos deben ser obtenidos.

Afirmar que el establecimiento del referido esquema va a desincentivar las inversiones privadas, sobre todo las extranjeras, resulta muy apresurado en un país tan cambiante como el nuestro. Existen voces que afirman rotundamente que aún cuando se haya dispuesto el pago de una contraprestación, de manera adicional a los tributos que actualmente gravan la actividad minera, ello no afectará el flujo de inversiones hacia nuestro país, ya que aún seguimos siendo una las plazas más atractivas en el mundo para la inversión minera. Por otro lado, hay quienes sostienen que el establecimiento de un pago adicional sobre el valor de concentrados de minerales, significará, en muchos casos, la inviabilidad de proyectos, y en otros, que éstos sean menos atractivos dado los altos riesgos y costos que involucran la actividad minera. No obstante, solo el tiempo dirá si la decisión adoptada, una vez dejados de lado los discursos nacionalistas o reivindicatorios, fue una decisión económicamente acertada.

Entrando a las consideraciones jurídicas que rodean el establecimiento de la llamada regalía minera, nos sorprende encontrar opiniones de algunos juristas que sin hacer un mayor análisis respecto a las características de ésta, catalogan tácita o expresamente a este tipo de ingresos como parte de los recursos tributarios del Estado, sin

indagar siquiera acerca de sus características y el marco constitucional y legal en la que se enmarca su creación.¹ En ese orden de ideas nos topamos con algunas interrogantes que asaltan nuestra curiosidad ¿En qué exactamente consiste esta llamada contraprestación? ¿Qué tipo de recurso es? ¿Cuál es su verdadera naturaleza? ¿Es un recurso tributario? ¿O es un ingreso proveniente de los bienes patrimoniales del Estado y por ende corresponde a otra categoría de recursos?

A efectos de dilucidar estas cuestiones iniciaremos nuestro análisis con el planteamiento de algunos conceptos y categorías, luego de lo cual revisaremos el contexto normativo en el que dicha regalía ha sido establecida, sus características, y finalmente expondremos nuestras consideraciones.

2. Recursos del Estado

Constituyen recursos del Estado los ingresos que éste obtiene, preferentemente en dinero, para la atención de los gastos determinados por exigencias administrativas o de índole económico-social².

La clasificación de los citados recursos se ha planteado desde diversas perspectivas, existiendo multiplicidad de criterios para efectuarlas, ninguna exenta de críticas, por lo que todas deben ser consideradas con alguna reserva.

Por lo general se admite aquella clasificación que diferencia los recursos del Estado entre: i) ingresos originarios o patrimoniales, e ii) ingresos derivados o tributarios, los primeros en tanto provienen del patrimonio del Estado y los segundos, del patrimonio de terceros ajenos a él, es decir de la mayoría de nosotros.

No siendo materia del presente artículo ahondar en las diversas clasificaciones y criterios para elaborarlas, nos limitaremos a recoger aquella propuesta por Guiliani Fonrouge, quien tomando en consideración las múltiples actividades que realiza el Estado y en función a la diversidad del título jurídico en virtud por el que los citados recursos son adquiridos, clasifica los ingresos en: a) provenientes de bienes y actividades del Estado, y b) provenientes del ejercicio de poderes inherentes a la soberanía o al poder de imperio.

En ese sentido incluye dentro de los primeros a los obtenidos de los **bienes del dominio privado**, es decir no sólo las rentas, sino el

* Agradecimiento especial al Dr. Pierino Stucchi López-Raygada por la colaboración prestada.

¹ FERNÁNDEZ CARTAGENA, Julio. A propósito del debate sobre regalías mineras. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia tributaria. Diario Oficial El Peruano, 2 de agosto de 2004.

² JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo – Perrot 1996, p. 221.

eventual producto de su venta, así como los ingresos provenientes de las empresas y servicios públicos, industriales y comerciales y en los segundos a los tributos, en todas sus especies, a las sanciones, al crédito público y la moneda, entre otros, precisando que tratándose del ingreso producido por los bienes del dominio privado del Estado, estos serán preferentemente regulados por el derecho privado y que en el caso de las empresas pertenecientes a éste, dichos ingresos podrán oscilar entre preferentemente regulados por el derecho público y el derecho privado, según se trate de uno u otro tipo de servicios.³

3. Bienes del Estado

Partiendo de la división bipartita de los bienes del Estado, proveniente del derecho francés y que recoge nuestra legislación, los bienes pertenecientes al patrimonio del Estado le corresponden en virtud a un derecho de dominio que puede ser de naturaleza pública o privado según el destino al que estén afectados.

Antes de iniciar el análisis de dichas categorías y aún cuando existan controversias al respecto, resulta importante señalar que, en nuestra opinión, para formar parte del llamado dominio público del Estado, sea que se trate de bienes que pueden ser muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, según la clasificación dispuesta por los artículos 885º y 886º del Código Civil, éstos, sin excepción, deben tener como característica, la de no ser bienes consumibles.

Algunos autores definen al dominio público como el conjunto de bienes afectados al uso público, es decir de todos, y aún cuando existen diversas opiniones en torno a la naturaleza del citado vínculo, hoy en día se considera que éste involucra una especial relación de propiedad que tiene el Estado sobre diversos bienes afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes, correspondiéndole a éstos los atributos de inalienabilidad e imprescriptibilidad, y aún cuando se reconoce que ciertos bienes, por su naturaleza, pertenecen al dominio público, es finalmente la ley y la afectación de los mismos a un uso público los que determinan su pertenencia a dicha categoría, razón por la que los bienes considerados como parte del dominio público pueden ser transferidos al dominio privado por ley o al ser desafectados de un **uso público**.

En este punto cabe agregar que el concepto de dominio público no está determinado solamente por la nota de uso público, sino por otras como la de servicio público, diferenciándose de esta manera aquellos bienes que están afectados al uso directo de los habitantes, como pueden ser los parques y plazas públicas, de los que están afectados al uso indirecto de los habitantes, como son los bienes inmuebles destinados a albergar a instituciones públicas que brindan servicios públicos, entre otros.

Ahora, si bien el dominio público se caracteriza por estar constituido por un conjunto de bienes destinados al uso directo o indirecto de la colectividad, resulta importante aclarar que existen algunos bienes respecto de los cuales puede reservarse su uso exclusivo a un individuo, sin que pierdan su naturaleza de ser parte del dominio público. De esta manera podemos diferenciar aquellos bienes que corresponden al uso común, que lo ejerce el público colectivamente,

en forma anónima y gratuita, de aquellos que corresponden a un uso especial, en el que se reserva una porción exclusiva o individual del dominio público al usuario a través del permiso de uso preferente, concesión de uso u otro derecho, el cual le otorga un poder exclusivo y excluyente, de carácter temporal y por lo general a título oneroso.

En ese sentido se pueden categorizar a los bienes de dominio público como los destinados: a) al uso público directo y colectivo: a.1) dados por su naturaleza, como es el dominio marítimo, mares, ríos, entre otros, a.2) los destinados al uso público por afectación, como son los caminos, carreteras, aeropuertos, b) los bienes de uso público directo e individual, como sepulturas de cementerios, en tanto estos sean propiedad del Estado, y c) los bienes destinados al uso público indirecto y colectivo, como aquellos bienes destinados a albergar a una entidad que brinda servicios públicos, como pueden ser los edificios públicos.

Es en esta línea que debemos interpretar lo que nuestra actual Constitución Política establece en su artículo 73º, que al referirse a los bienes públicos señala que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y que los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico, así como lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar del Decreto Supremo Nº 154-2001-EF - Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal-, que dispone que son bienes de dominio público los destinados al uso público, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad estatal, los bienes de servicio público, que son aquellos destinados directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales, así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos, los bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional y todos los que por ley se les confiera tal calidad, estableciéndose que sobre ellos el Estado ejerce su potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a ley.

Los bienes del dominio privado del Estado corresponderían a los que siendo de propiedad de alguna entidad pública no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y sobre los que las entidades públicas ejercen el derecho de propiedad con todos los atributos que le reconocen a los particulares las normas del derecho común, por lo que sólo aquellos ingresos provenientes del uso o explotación de éstos dará lugar a la existencia de recursos patrimoniales, no tributarios, del Estado.

En ese sentido el artículo III del Título Preliminar del Decreto Supremo Nº 154-2001-EF - Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal-, Bienes del dominio privado del Estado, señala que los bienes de dominio privado son los que, siendo de propiedad de la entidad pública, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, precisando que sobre los bienes de dominio privado, las entidades públicas ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos, sujetándose a las normas del derecho común, encontrándose entre ellos todos aquellos bienes muebles o inmuebles, como vehículos y edificios, que no están destinados al uso o a la prestación de un servicio público.

En este punto resulta importante destacar que en dicha norma no se consideran a los recursos naturales como parte del dominio público ni privado del Estado.

³ GUILIANI FONROUGE, Carlos. Derecho Financiero. Séptima Edición. Volumen I: Actividad Financiera. Presupuesto. Poder Tributario. Obligación Tributaria. Buenos Aires: Ediciones Depalma 2001, p. 247 y 248.

4. Recursos Naturales

En esa línea de ideas corresponde determinar qué tipo de bienes constituyen los recursos naturales de modo general, y los minerales de modo particular, así como cuál es el régimen jurídico bajo el que se rige la propiedad y aprovechamiento de los mismos.

El artículo 3º de la Ley Nº 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, señala que se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como: a) las aguas: superficiales y subterráneas; b) el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección; c) la diversidad biológica: como las especies de flora, de fauna y de microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida; d) los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares, e) la atmósfera y el espectro radioeléctrico; f) los minerales; g) los demás considerados como tales, precisando que el paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de dicha ley.

El artículo 66º de la actual Constitución Política del Perú, establece que los recursos naturales son patrimonio de la nación y el artículo 4º de la Ley Nº 26821 antes citada, que los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son **patrimonio de la nación**, pero agrega que los frutos y productos de los recursos naturales, obtenidos en la forma establecida en dicha ley, son del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos, planteando una diferencia entre: a) recursos naturales y b) los frutos y productos de estos, entendemos una vez extraídos, separados de su fuente, pero ¿Qué implica ello?

A nuestro entender, en nuestro país, el dominio que ejerce el Estado sobre los recursos naturales involucra el ejercicio de un poder soberano sobre ellos. El dominio que ejerce el Estado sobre la riqueza natural no puede asimilarse al dominio público o privado en los términos antes expuestos, ya que en la mayoría de los casos ese dominio recae sobre un objeto indeterminado y muchas veces incierto, confundiendo con la masa de territorio en el que se encuentra o el medio en que se desplaza, razón por la que el Estado sólo puede ejercer sobre éste su jurisdicción y soberanía, es por ello que el artículo 6º de la Ley Nº 26821, señala que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales y que su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre estos.

En ese orden de ideas, una vez que esta riqueza es determinada, extraída o apropiada, y en virtud a ello transformada en frutos y/o productos, es que es posible establecer una diferencia con el territorio en el que se encuentra o medio en que se desplaza, naciendo una relación de orden patrimonial que la vincula al Estado o al sujeto privado que la explota, quien por lo general es el autorizado a ello en virtud a un contrato de concesión. Ese dominio que ejerce el Estado y que ha venido a catalogarse como patrimonio de la nación, debe ser entendido como un dominio eminente, en virtud al cual el Estado ejerce jurisdicción y soberanía sobre el territorio o medio en el que este recurso se encontrara. Una vez descubiertas, determinadas,

extraídas o apropiadas, y en virtud a ello transformadas en frutos y/o productos, las riquezas naturales, pueden y de hecho forman parte del dominio patrimonial del Estado.

Es así que el artículo 19º de la Ley Nº 26821, dispone que los derechos para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural y que en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre estos, así como sobre los frutos y productos, en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares. Asimismo el artículo 20º señala que todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales y que dicha retribución incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

De otro lado, el artículo 21º del referido cuerpo normativo dispone que la ley especial dictada para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural precisa las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado por su otorgamiento, el mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares. El artículo 23º de la misma norma indica que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo, otorgando a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.

No obstante lo expuesto en torno a los recursos naturales en general, el artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo Nº 014-92-EM, señala que todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible, que el Estado evalúa y preserva los recursos naturales, precisando que el aprovechamiento de los recursos minerales se realiza a través de la actividad empresarial del Estado y de los particulares, mediante el régimen de concesiones.

De esta manera, tratando de efectuar un análisis concordado de las citadas normas podemos concluir que en nuestro país, los recursos naturales ubicados en su fuente, sea que estos se hayan descubierto o no, son patrimonio de la nación, no en sentido patrimonial, sino de jurisdicción y soberanía, no obstante, los frutos y/o productos de los mismos, una vez explotados por quien conduce el yacimiento, son pasibles de ser apropiados por el propio Estado o por un particular, quienes obviamente tendrán los derechos para comercializar el recurso extraído en virtud de las normas del derecho común y/o del contrato de concesión otorgado, de ser el caso, dado que el Estado permite la explotación de los citados recursos naturales bajo un esquema normativo diseñado para cada tipo de recurso, otorgando la propiedad de los mismos, una vez extraídos, a los titulares de dichos contratos.

En ese orden de ideas si bien podemos entender que cuando la Ley General de Minería dispone que los recursos minerales pertene-

cen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible, dispone que estos corresponden al dominio público del Estado, habida cuenta que compartiría dos de las características más resaltantes del mismo; a efectos de guardar coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, creemos que debe interpretarse que esta reitera que los recursos minerales son patrimonio de la nación, dado que si los recursos naturales fueran del dominio público del Estado, tendrían que ser desafectados del mismo para ser pasibles de ser explotados, y así los frutos y productos apropiados por un particular, lo que no sucede en la explotación de ningún tipo de recurso natural. Además, tal y como lo señaláramos antes, el Decreto Supremo N° 154-2001-EF, no considera a los recursos naturales como parte del dominio público ni privado del Estado.

De esta manera, sobre la clasificación de los bienes de dominio público antes detallada, si bien los recursos minerales aún ubicados en su fuente son patrimonio de la nación, entendemos que los frutos y productos de dichos recursos no lo son, ya que éstos además de ser consumibles, pueden ser parte del dominio privado del Estado o de dominio de los particulares quienes tienen derecho a comercializarlos según la titularidad que le otorga la concesión del yacimiento en el que se encontraran.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, en torno a la naturaleza de los recursos naturales, resulta esclarecedor el tratamiento que la Ley N° 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, le otorga a la explotación de los hidrocarburos en el país. En ese sentido el artículo 8° de la referida norma dispone que los hidrocarburos «*in situ*» son propiedad del Estado y que éste otorga a Perupetro S.A. el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar contratos de exploración y explotación o explotación de éstos, en los términos que establece dicha norma, precisándose que el derecho de propiedad sobre los hidrocarburos extraídos, conforme se señala, será transferido a los licenciarios al celebrarse los contratos de licencia.

Asimismo el artículo 10° de dicha norma señala que las actividades de exploración y de explotación de hidrocarburos podrán realizarse bajo la forma contractual de contrato de licencia, el cual se celebra con Perupetro S.A., y en virtud al cual el contratista obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar hidrocarburos en el área de contrato, en mérito del cual Perupetro S.A. transfiere el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos al contratista, es decir, que los hidrocarburos descubiertos y en su fuente, parecieran formar parte del dominio privado del Estado, estableciéndose directamente una relación de orden patrimonial con un ente estatal, el cual una vez extraído, está sujeto al comercio de bienes.

De esta manera y aún cuando existiría una aparente inconsistencia en la regulación sobre la relación que tiene el Estado con los recursos naturales que existen en su territorio, resulta fundamental extraer una conclusión de esto; todo aquel componente de la naturaleza, extraído de su fuente, y por ende transformado en fruto y/o producto, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, no constituye un bien que forme parte del dominio público del Estado, pudiendo ser, según se trate, un bien del dominio de los titulares de los derechos concedidos sobre ellos en virtud a un acuerdo contractual con el Estado o del dominio privado del Estado,

transferible a particulares, otorgándose a estos últimos, en cualquiera de ambos casos, todos los atributos de la propiedad sobre los frutos y/o productos antes referidos.

En ese orden de ideas resulta importante recalcar que desde hace varios años existe un marco legal que sustenta el establecimiento de contraprestaciones a pagar a favor del Estado por el aprovechamiento de recursos naturales renovables o no renovables, regulándose en muchas normas sectoriales, algunas antes, otras después, el establecimiento del pago de una regalía, vía ciertas modalidades contractuales, a favor del Estado, por el aprovechamiento de determinados recursos naturales.

En ese sentido el artículo 10° de la Ley N° 26221, señala que el contratista al que se transfiere la propiedad de los hidrocarburos debe pagar una regalía al Estado, siendo importante recalcar que, a diferencia de la minera, su origen no está claramente definido, ya que aún cuando se sostiene que la regalía petrolera nace del acuerdo de voluntades, es decir en virtud al contrato de licencia y por ende se descarta su naturaleza tributaria, es evidente que la citada norma establece una obligación que debe ser cumplida por el contratista y aún cuando esta es posteriormente recogida en el contrato, pareciera que el mismo se limita a declarar lo que la ley ha establecido, no obstante a través de este mecanismo se crea la apariencia de que la voluntad de las partes estaría primando sobre alguna exigencia de carácter legal, cuando lo cierto es que la imposición de la regalía viene dada por mandato legal.

Por lo anterior, para determinar la verdadera naturaleza de la regalía regulada en la Ley N° 26221, debemos analizar otras notas características de la misma, como es el hecho que ésta se paga por habersele transferido al contratista el derecho de propiedad de los hidrocarburos extraídos, lo que lo acerca más a constituirse en un ingreso originario y no derivado del Estado, es decir obtenido del aprovechamiento económico de su patrimonio, manteniendo una característica muy marcada que lo diferenciaría de los ingresos tributarios, en virtud a los cuales se detrae una porción de la riqueza de los particulares sin que exista una prestación o contraprestación individualizada y directa a cargo del Estado.

5. Regalía Minera

El Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, define a la regalía como la participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo o la participación de un autor en los ingresos del editor por la venta de su obra.

En esa misma línea, la Ley de Impuesto a la Renta vigente, en su artículo 27°, dispone que cualquiera sea la denominación que le acuerden las partes, se considera regalía a toda contraprestación en efectivo o en especie originada por el uso o por el privilegio de usar patentes, marcas, diseños o modelos, planos, procesos o fórmulas secretas y derechos de autor de trabajos literarios, artísticos o científicos, así como toda contraprestación por la información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica.

Se precisa además que a los efectos se entiende por información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica, toda transmisión de conocimientos, secretos o no, de carácter técnico, económico,

financiero o de otra índole referidos a actividades comerciales o industriales, con prescindencia de la relación que los conocimientos transmitidos tengan con la generación de rentas de quienes los reciben y del uso que éstos hagan de ellos.

Resulta evidente que la acepción que se le ha dado a la regalía en la Ley N° 28258, así como en la Ley N° 26221, no corresponde a ninguna de las antes expuestas, ya que de por medio existe el uso o aprovechamiento particular o la transferencia en propiedad de los frutos y/o productos de recursos minerales consumibles, situación que no se asemeja a ninguna de ellas.

En ese sentido, más allá de la denominación que se la haya otorgado a la contraprestación materia de análisis, debe definirse si ésta responde a la naturaleza de un tributo o por el contrario podría ser catalogada como parte de los recursos originarios del Estado, es decir proveniente del aprovechamiento económico de su patrimonio o derivado del ejercicio de diversas actividades, o si se trata de un recurso tributario (derivado), es decir, que se origina en la extracción de una parte del patrimonio ajeno en virtud al poder de imperio del Estado, ello con independencia de la forma que haya decidido adoptar la norma correspondiente, ya que más importante que la denominación que se le hubiese dado, resultan determinantes sus características y particularidades a efectos de establecer su exacta naturaleza jurídica.

El origen no contractual de la regalía minera ha generado algunas opiniones encontradas en torno a su verdadera naturaleza, desligándola de su carácter de contraprestación, llegando a calificarse como un tributo. No obstante y aún cuando tal como ha sido diseñada, reúne las características de ser una obligación pecuniaria establecida por ley, cuyo cumplimiento es obligatorio y su cobro coercitivo, compartiendo las características de un ingreso tributario, debemos negarle dicha naturaleza.

Hasta aquí, considerando la existencia de un marco normativo que no sólo permite sino exige el pago por el uso o aprovechamiento de recursos naturales, y corresponder, según su ley de creación, a una contraprestación económica que los titulares de los contratos de concesiones mineras deben pagar al Estado por la explotación de recursos minerales, en virtud a los cuales dichos particulares adquieren sobre los frutos y/o productos de los referidos recursos, todos los atributos de la propiedad, y tomando en cuenta que dichos frutos y/o productos no forman parte del dominio público del Estado sino de su dominio privado o eventualmente propiedad de terceros ajenos a éste, difícilmente la regalía puede ser catalogada como un impuesto o contribución, en donde la obligación de pago de los contribuyentes no se origina en la existencia de alguna prestación o contraprestación directa o indirecta a favor de los contribuyentes por parte del Estado, ni se genera por beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales a favor de estos.

De otro lado y aún cuando el literal c) de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, señala que las tasas, entre otras, pueden ser, derechos que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el *uso o aprovechamiento de bienes públicos (bienes de dominio público del Estado)*, en tanto hemos concluido que ni los recursos naturales, ni los frutos y/o productos de los mismos forman parte del dominio público del Estado, no sólo por la regulación existente en nuestro país, sino por que los referidos frutos y/o productos son básicamente bienes consumibles, y considerando que estos pueden ser objeto de apropiación por parte de particulares, la contraprestación otorgada por su aprovechamiento privativo, es decir la explotación y apropiación de los frutos y/o productos de los recursos minerales, no podrá corresponder al pago de un derecho, por lo que su naturaleza tributaria en nuestro ordenamiento resulta virtualmente descartada, asimilándose más a la naturaleza de un precio pagado por la transferencia en propiedad de bienes.

No obstante lo expuesto, es importante señalar que nuestra posición no está exenta de cuestionamientos, y aún cuando ésta es compartida por algunos autores que consideran que la obligación a cargo de las empresas que extraen minerales y que es entrega a favor del Estado, medida en función al volumen del mineral extraído, no debe ser considerada como un tributo,⁴ resulta claro que, tal y como se ha efectuado a lo largo del presente artículo, para arribar a cualquier conclusión resulta imprescindible verificar las características y el contexto normativo en que dicha contraprestación se hubiera establecido.

Por lo expuesto, el derecho a la regalía bajo estudio, que nace de la ley que reconoce a favor del Estado un derecho eminentemente sobre las minas de su territorio y establece una relación de orden patrimonial de éste con los recursos en su fuente en el caso de los hidrocarburos, y en el caso de los demás recursos naturales que hubieran sido otorgados en concesión, incluyendo los minerales, una relación de orden patrimonial de los concesionarios con los frutos y/o productos de los referidos recursos, es decir una vez extraídos, no puede ser considerado como un ingreso derivado, sino originario del Estado, ya que se asemeja al precio pagado en contraprestación por la transferencia en propiedad de bienes, no obstante las dudas que pueda plantear la coerción y la estructura adoptada por la ley que la creó, similar a la de las leyes en materia tributaria.

De esta manera, aún aceptando las discrepancias y reconociendo la existencia de opiniones encontradas al respecto, a nuestro entender, la regalía minera, tal y como ha sido definida y diseñada en la ley aprobada, en el contexto y concepción que nuestra legislación tiene de los tributos y el aprovechamiento de recursos naturales, no constituye un tributo, razón por la que, aún cuando creemos que su establecimiento no puede ni debe ser arbitrario, y en contraposición a las opiniones de algunos, no le resultan aplicables los principios constitucionales tributarios regulados en nuestra Constitución.

⁴ JARACH, Dino. Op. Cit. p. 250.