



John P. Williams<sup>(\*)</sup>

# Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

## *Global trends and tribulations in mining regulation*

**Resumen:** Este artículo analiza los cambios desde 2009 hasta mediados de 2012 en la ley, reglamentos o políticas de 16 países mineros en todo el mundo, en tanto reflejan dos tensiones fundamentales que subyacen el derecho minero: (i) la tensión entre el control soberano y la iniciativa privada; y (ii) la tensión entre el derecho nacional y la naturaleza e impactos locales de la minería. La tendencia apunta a confirmar un cambio en la relación de intercambio en favor de los países de acogida, ahora afirmando mayor control soberano sobre las condiciones de acceso a los recursos y la división de beneficios; en tanto se impone requisitos más estrictos para la contratación con proveedores y el empleo de personal nacional, así que una mayor participación local en el otorgamiento de licencias, el monitoreo y las ganancias. A contrario de las políticas nacionalistas extremas en unos pocos países, los cambios más moderados en las legislaciones y medidas de la mayoría de países parecen ser sostenibles en las condiciones actuales del mercado.

**Palabras clave:** Minería - Exploración - Explotación - Inversiones - Derecho minero - Derecho comparado - Recursos naturales - Licencias - Concesiones - Regalías

**Abstract:** This article reviews changes from 2009 to mid-2012 in the mining law, regulations or policies of 16 mining countries around the world, as

---

(\*) Socio administrador de Duncan & Allen, Washington DC. Miembro del International Bar Association Mining Law Committee y Vice-chair del International Bar Association Power Law Committee. Desde 1989 ha asesorado al Banco Mundial y a los gobiernos de países en África, Asia, Latinoamérica y el Medio Oriente en reformas del derecho minero.

(\*\*) Esta es la traducción de un artículo que fue publicado originalmente en *Journal of Energy & Natural Resources Law*. Volumen XXX. No 4, diciembre 2012, y es reproducida con el gentil permiso de la International Bar Association, London, UK. © International Bar Association.

Título original: *Global Trends and Tribulations in Mining Regulation*. Traducción del inglés de Bruno Doig Gonzales Otoya, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS; bajo la gentil autorización expresa del autor y de la International Bar Association. Se ha añadido algunas notas del traductor para procurar esclarecer algunos pasajes del trabajo traducido, las cuales son identificadas con la abreviatura (NT).

(\*\*\*) Este artículo está basado en información disponible al 1 de julio de 2012. Una primera versión de este artículo fue presentado por el autor como discurso inaugural del 2do. *Congresso Internacional de Direito Minerário* en Salvador do Bahía, Brasil, el 2 de mayo de 2012. Una primera versión de la Figura 1 estuvo inicialmente incorporada en *Mining Law Reform... Evolution and Revelation in Devolution and Exploitation*, presentado por el autor en el *Mining Seminar 2004 del Centre for Energy, Petroleum and Mining Law and Policy* en la Universidad de Dundee, Escocia.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*



they reflect two fundamental tensions underlying mining law: (i) the tension between sovereign control and individual initiative; and (ii) the tension between national law and the local nature and impacts of mining. The trend tends to confirm a shift in the terms of trade in favor of host countries, now asserting greater sovereign control over the conditions of access to resources and the sharing of benefits, while imposing stricter requirements for national procurement and hiring, and greater local participation in licensing, monitoring and benefits. Unlike the extreme nationalistic policies in a few countries, the more measured changes in the laws and policies of most of the countries appear to be sustainable under current market conditions.

**Keywords:** Mining - Exploration - Exploitation - Investment - Mining Law - Comparative Law - Natural resources - Licenses - Concession - Royalties

Se sabe que la industria minera está sujeta a un ciclo económico considerablemente largo, caracterizado usualmente como

de *boom and bust* (prosperidad y caída). Asimismo, a lo largo de la historia es posible identificar un patrón cíclico en el desarrollo del derecho que regula la minería.

Existe una tensión inherente al derecho minero entre los principios de control soberano sobre el acceso al recurso mineral que es patrimonio de una nación, por una parte, y la necesidad de incentivar la iniciativa privada y la inversión en exploración, innovación y desarrollo de mercados para los productos minerales, de otra. En el transcurso de la historia, las reformas del derecho minero han tendido secuencialmente a favorecer una u otra de estas tendencias.

La concepción de que los recursos minerales situados dentro del territorio constituyen el capital o patrimonio de la nación como un todo, es un legado del nacimiento del Estado-Nación moderno y de su libertad frente al dominio de la monarquía hereditaria, la cual controlaba y era *propietaria* de todos los recursos minerales. El concepto moderno de la soberanía nacional sobre ellos está intrínsecamente interrelacionado a los conceptos de libertad y democracia, teniendo una aceptación y un atractivo popular generalizados.

Sin embargo, la historia ha demostrado que una transformación exitosa de los recursos minerales en una fuente de ingresos y riqueza requiere iniciativa, innovación e inversión en empresas altamente riesgosas de:

- Exploración para localizar concentraciones de mineral significativas a nivel comercial;
- Extracción de dichos minerales de la formación rocosa que los aloje;
- Refinamiento, procesamiento y transporte de los productos minerales resultantes a los puntos de venta; y,
- Venta de dichos productos minerales en un mercado sujeto a competencia, volatilidad de precios y tendencias cíclicas.



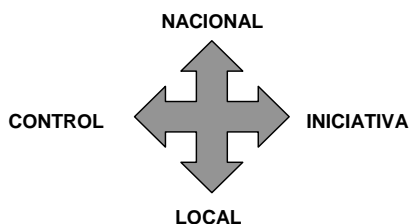
## John P. Williams

La propia naturaleza del negocio de explotación mineral requiere un nivel de internalización y administración del riesgo que tiende a ser mejor identificado, incentivado y recompensado en el sector privado que en el sector público. Por tanto, la necesidad de iniciativa privada y asunción de riesgos, con el objeto de alcanzar una industria minera sostenible, es un imperativo que equilibra el deseo de control soberano sobre el acceso a los recursos minerales. El resultado es que, en la mayoría de países, este equilibrio se ejercita mediante el establecimiento y la implementación de los términos y condiciones para la explotación de dichos recursos.

Debido a la tensión entre las dos fuerzas competidoras (i) de control soberano sobre el patrimonio nacional de los recursos naturales; y, (ii) de la necesaria iniciativa privada, innovación e inversión para desarrollar la industria minera; el grado de participación estatal en el desarrollo de esta última varía en cada país. Si el sector privado es subdesarrollado o carece del capital necesario para desarrollar la industria minera local, al grado de requerir que la mayor parte de iniciativa privada, innovación e inversión deba ser importada, la soberanía probablemente requerirá mayor participación estatal en el sector minero como una forma de adquirir conocimiento local y experiencia, a efectos de controlar la actuación financiera del operador extranjero.

Adicionalmente a la tensión entre el interés soberano de control y la necesidad de iniciativa privada, existe una tensión inherente con respecto a la autoridad sobre el establecimiento de los términos y condiciones para la extracción del mineral; es decir, entre la soberanía a nivel de la nación y a nivel de la población local (véase Figura 1). A pesar de que los mercados para los productos minerales, metálicos o preciosos son globales, y las compañías (nacionales o multinacionales) compiten internacionalmente por recursos y por ventas; la minería es fundamentalmente una industria local. Las minas no se pueden mover. Los recursos minerales podrán pertenecer a la nación como una totalidad; pero el desarrollo y la operación

de una mina afecta a la comunidad local y a la subregión de forma desproporcionada, tanto positiva como negativamente. Por tanto, mientras que es generalmente el Estado soberano (en jurisdicciones del *Civil Law*) el que controla el acceso al mineral de un área específica, la población local también busca imponer términos y condiciones para la operación que afecte a sus comunidades, sea por medios formales o informales.



(Figura 1: Tensiones competidoras en el derecho minero)

La era de la Guerra Fría en las décadas de 1960 y 1970 fue tiempo de prosperidad general para la industria minera, pero también un periodo de creciente nacionalismo que resultó en las nacionalizaciones de minas en diversos países en el mundo, usualmente vinculadas con la independencia de las antiguas colonias<sup>(1)</sup>. A mitad de la década de 1970, las compañías estatales eran la regla en la mayoría de países en desarrollo. Sin embargo, a la mitad de la década siguiente, el modelo de propiedad estatal se estaba volviendo insostenible. Las compañías estatales no invertían lo suficiente en exploración o innovación, sus instalaciones se desfasaban y estaban perdiendo participación en el

(1) Véase: OTTO, James y John CORDES. *The Regulation of Mineral Enterprises: A Global Perspective on Economics, Law and Policy*. Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2002; pp. 1-40; citando a RADETZKI, M. *State Mineral Enterprises - An investigation into their impact on international mineral markets*. Washington, DC: Resources for the Future, 1985. RADETZKI, M. *State ownership in developing country mineral industries*. En: *The role of state enterprises in the solid minerals industry in developing countries*. Proceedings of the Interregional Seminar held in Budapest, 5-10 de octubre 1987. United Nations Department of Technical Co-operation for Development, TCD/SEM.88/5, INT-87-R37, *Frameworks for Exploration and Mining*. Mining Journal books, 2011; pp. 4 y 5.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

mercado; además de utilidades. No obstante, conservaban la responsabilidad por los salarios y beneficios de muchos más trabajadores y retirados de los que podían mantener<sup>(2)</sup>. Empezando por Chile en la década de 1980, seguido de México, Perú y otros países a principios de la década de 1990, la tendencia en el derecho minero revirtió de la concentración del control directo estatal de la industria al establecimiento de condiciones que propicien la inversión privada en minería. Estos países y otros privatizaron las compañías estatales (con la notable excepción de Codelco en Chile) y liberaron áreas previamente reservadas para la operación de agencias estatales<sup>(3)</sup>. Su nuevo Derecho minero incluía los siguientes atributos, en particular:

- Acceso no discriminatorio en base al orden de llegada para los títulos mineros, los cuales consisten en derechos de propiedad de largo plazo.
- Transferibilidad de dichos derechos, seguridad del título minero y su posesión.
- Flexibilización del control sobre la venta.
- Ningún requerimiento de participación accionaria del Estado.
- Regímenes de regalías y tributos que posibiliten a las compañías operar con rentabilidad.
- Garantías opcionales para la estabilidad de las condiciones legales y fiscales por un periodo específico, dependiendo del monto del compromiso de inversión<sup>(4)</sup>.

Mientras las compañías mineras buscaban nuevas fuentes a bajo costo de metales comunes y preciosos, la liberalización de las normas mineras en Latinoamérica catapultó el auge de la exploración minera en la región; lo cual aumentó su participación en la inversión mundial estimada para exploración desde aproximadamente 13% en la década de 1980, a alrededor de 29% en 1999<sup>(5)</sup>. Dicha inversión en exploración ha conllevado

el desarrollo de numerosas minas importantes actualmente en explotación. Latinoamérica incluso recibió aproximadamente el 25% de la inversión mundial anual en exploración de minerales de 2011, un año en que la inversión global en exploración de metales no-ferrosos alcanzó la cifra record de US\$ 18.4 mil millones<sup>(6)</sup>.

Entre 2000 y 2008, el rápido crecimiento en la demanda de las economías en desarrollo del este y sur de Asia condujo a saludables aumentos en el precio de los minerales usados en la construcción y manufactura. La crisis financiera internacional y la recesión que empezaron en setiembre de 2008 revirtió esa tendencia temporalmente, pero precipitó el salto al oro, lo cual cuadruplicó el valor de mercado de dicho metal precioso. El precio del oro ha permanecido alto, mientras el dólar y el euro caían; en tanto, el precio de los metales comunes se ha recuperado sustancialmente.

Este artículo examina los casos de los países que: (i) han sido considerados países mineros importantes o “emergentes” en Asia, África, Europa y Latinoamérica; y/o, (ii) han hecho cambios significativos en sus normas, regulaciones o políticas mineras durante el periodo desde 2009 hasta el primer semestre de 2012, en general. ¿Hay una tendencia en las reformas mineras durante este periodo? De ser así, ¿cuál es? ¿Cuáles son las implicancias para los gobiernos y las compañías mineras? Estas son las cuestiones que este artículo busca dilucidar.

(2) NAITO, REMY y WILLIAMS. *Op. cit.*; pp. 5 y 6.

(3) *A mining strategy for Latin America and the Caribbean*. World Bank Technical Paper No. 345. 1996; pp. 26-28.

(4) WILLIAMS, John P. *The Latin American mining law model*. En: BASTIDA, Elizabeth; Thomas WÄLDE y Janeth WARDEN-FERNANDEZ (editores). *International and comparative mineral law and policy - Trends and prospects*. Kluwer Law International, 2005.

(5) REMY, F. *The role of the state in mining sector reform: Best practices and experiences in other countries*. Texto presentado en el Workshop on Strategies for Sustainable Development of Solid minerals in Nigeria, Abuja, Nigeria, 14-16 de agosto, 2000.

(6) METALS ECONOMICS GROUP. *World Exploration Trends 2012*. (MEG/WET 2012); p. 3.



John P. Williams

Durante el periodo bajo consideración, a la luz de la relativa prosperidad de la industria minera, los continuos recortes presupuestarios y la pobreza en los países en desarrollo que albergan inversiones mineras, y la propiedad extranjera de las compañías mineras operando en países alrededor del mundo; el péndulo de la regulación minera predeciblemente se ha inclinado hacia la izquierda; es decir, a un mayor control estatal sobre las operaciones en las compañías mineras, mayor participación del estado en las empresas, mayor carga tributaria dirigida a recuperar para el estado una mayor cuota de las utilidades y la imposición de obligaciones adicionales a las compañías mineras para aumentar el suministro de bienes y servicios de fuentes locales.

Si bien hay una tendencia general hacia un mayor control y participación soberana, además de mayores obligaciones para las empresas a efectos de ayudar en el desarrollo de la economía local; hay, sin embargo, considerables variaciones entre los países en cuanto a los enfoques que reflejan dicha tendencia. Al parecer, la forma en que un país impone mayor control y sus límites, está en función a la madurez y estabilidad de su marco jurídico sobre minería.

## 1. Asia central y suroriental

En general, el marco jurídico para la minería en países del centro y sureste asiático actualmente es considerado relativamente poco atractivo para los inversionistas, en comparación con la regulación minera de países de Norteamérica, Latinoamérica, Europa y África. Los principales países mineros en Asia central y suroriental<sup>(7)</sup> se ubican abajo en el ranking *Policy Potential Index* (PPI) del Fraser Institute para 2011-2012, que está basado en una encuesta de la percepción de las empresas mineras alrededor del mundo sobre el grado en que el marco jurídico de los 93 países incluidos incentiva la exploración de minerales.

Todos los países del centro y sureste de Asia han caído en el ranking, comparado con las encuestas de años anteriores<sup>(8)</sup>.

Un factor que dichos países tienen en común es su proximidad a los crecientes mercados de productos minerales en China e India. No sorprende que los países de esta región han tomado medidas proteccionistas en reacción al potencial dominio de sus industrias mineras domésticas por empresas con alto financiamiento de China, en particular.

Kazajstán y Mongolia han surgido como las más importantes jurisdicciones mineras durante los últimos 15 años, mientras que Indonesia es un destino histórico para las inversiones mineras cuya importancia ha caído durante ese periodo. Estos tres países han efectuado significativos cambios a sus leyes, reglamentos o políticas mineras desde 2009.

### 1.2. Kazajstán

Kazajstán adoptó una nueva Ley sobre el Subsuelo y el Uso del Subsuelo el 24 de junio de 2010 (La Ley del Subsuelo de 2010), reemplazando la Ley sobre el Subsuelo y el Uso del Subsuelo de 1996 (modificada en 1999 y 2009)<sup>(9)</sup>. Kazajstán tiene un esquema de licencias que implica: (i) una licitación competitiva entre las compañías privadas para la adquisición de licencias de exploración, en la mayoría de las circunstancias; y, (ii) la negociación de contratos de explotación con el Estado, similar a los procedimientos familiares en el sector petrolero<sup>(10)</sup>.

- 
- (7) Las Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kirguistán, Papúa Nueva Guinea, República Democrática Popular Lao y Vietnam.
- (8) MCMAHON, Fred y Miguel CERVANTES. *Fraser Institute Annual Survey of Mining Companies 2011/2012*. Fraser Institute, 2012 (*Fraser Institute 2012 Survey*); pp. 11-13.
- (9) YERKEBULANOV, Yerbolat. *Kazakhstan: New local content approach*. Grata, 15 de marzo de 2012. Disponible en web: [www.gratanet.com/en/publications/466](http://www.gratanet.com/en/publications/466); MOKROUSOV, Víctor y Alexandra NEOVIUS, Chadbourne & Parke LLP, *Kazakhstan's new Suboil Law*. Lexology, 3 de enero de 2011. Disponible en web: [www.lexology.com/library](http://www.lexology.com/library) (búsqueda mediante jurisdicción, nombre de la firma y nombre de los autores).
- (10) CLARK, Allen; Koh NAITO; Natalie STEVENS, Peter VAN DER VEEN y John WILLIAMS. *The potential for mining investment in transitional economy countries of East and Central Asia*, Mining Journal Books, 2003: p. 27; MOKROUSOV y NEOVIUS, nota al pie 9 *supra*.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera

### *Global trends and tribulations in mining regulation*

De hecho, la Ley del Subsuelo de 2010 combina y reemplaza no solo la Ley del Subsuelo, sino también la anterior Ley del Petróleo de Kazajstán<sup>(11)</sup>. Más que introducir nuevos y sustanciales cambios en la normativa, la nueva norma consolida las recientes políticas sobre minería y petróleo en una sola ley. En general, agudiza el control soberano sobre el sector mineral de acuerdo a lo siguiente:

- Limita el alcance y la disponibilidad de garantías de estabilidad.
- Elimina las licencias unificadas de exploración y explotación (con limitadas excepciones).
- Expande los requisitos de consentimiento de las autoridades competentes para determinadas transferencias.
- Expande las causas de la terminación por el estado de los contratos de uso del subsuelo.
- Impone un nuevo requerimiento, consistente en solicitar y obtener la aprobación del Estado para los documentos correspondientes al programa de trabajos de exploración.

En particular, la Ley del Subsuelo de 2010 pretende clarificar las estrictas reglas relativas a los requerimientos de utilización primaria de bienes y servicios kazakos en las operaciones vinculadas a minerales localizados en el país, de acuerdo a lo inicialmente establecido en la Ley de Modificación de Algunos Actos Legislativos del 29 de diciembre de 2009 (la Ley de Contenido Kazako). Los requerimientos de contenido local codificados en la Ley del Subsuelo de 2010 incluyen lo siguiente:

- Requerir a todos los titulares de licencias de uso del subsuelo que contraten todos los bienes, obras y servicios bajo las Reglas Kazakas de Contratación y que publiquen un registro en línea (y en avisos de periódicos locales) toda la información sobre las contrataciones futuras, así como el resultado de las licitaciones.

- Codificar una metodología uniforme para calcular el contenido kazako de bienes y servicios utilizados en la ejecución de obras para el uso del subsuelo.
- Disponer que la oferta de bienes, obras y servicios en violación de las Reglas de Contratación, o adquiridas fuera de Kazajstán deban ser excluidas de los cálculos de costos requeridos por los contratos mineros<sup>(12)</sup>.

Estas nuevas reglas son un ejemplo de cómo algunos países no están reconsiderando la orientación fundamental de sus leyes mineras; sino que las están ajustando para lograr sus objetivos de política doméstica a efectos de aumentar el empleo y los vínculos con proveedores domésticos. Aún no podemos evaluar si estas medidas serán exitosas. Kazajstán está muy bajo en la calificación (81ero. de 93 países) en el *PPI* del Fraser Institute para 2011-2012<sup>(13)</sup>. En el *Behre Dolbear 2012 Rankings of Countries for Mining Investment*, Kazajstán estaba 4to. contando desde abajo, de 25 países incluidos en la clasificación<sup>(14)</sup>. Sin perjuicio de las clasificaciones tan bajas, Kazajstán es la sede de una importante conferencia minera y en 2011 fue uno de los países líderes en Asia en atraer inversiones para la exploración de oro, cobre y níquel<sup>(15)</sup>. En síntesis, las condiciones del mercado han permitido que Kazajstán atraiga suficientes intereses y capitales para su sector minero, a pesar de un marco jurídico que las empresas consideran desincentiva la

(11) MOKROUSOV y NEOVIUS, nota al pie 9 *supra*; Grata Law Firm, Natural Resources Department. *Review of the Draft Law of the Republic of Kazakhstan "On subsurface and subsurface use"*. Grata, 10 de marzo de 2010. Disponible en web: [www.gratanet.com/en/publications/310](http://www.gratanet.com/en/publications/310).

(12) YERKEBULANOV, nota al pie 9 *supra*.

(13) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 13.

(14) *Behre Dolbear 2012 Ranking of countries for mining investment (Behere Dolbear 2012 Rankings)*; p. 2.

(15) MEG/WET 2012; p. 3.





## John P. Williams

inversión; incluso mientras agudiza sus requerimientos de contenido local. Esto sugiere que los términos de intercambio han cambiado en favor de los países anfitriones de la explotación minera, permitiéndoles atraer el necesario capital de riesgo en exploración e innovación, incluso ejercitando un poderoso control soberano sobre los términos de acceso a los recursos minerales.

### 1.2. Indonesia

Indonesia está en el proceso de implementación de su Ley sobre la Extracción de Minerales y Carbón No. 4 del 12 de enero de 2009. La Ley Indonesia de Minería de 2009 reemplaza el anterior régimen de contrato de obra (COW, siglas en inglés) para inversionistas extranjeros y el anterior régimen de licencias para compañías domésticas, por un régimen unificado de licencias para empresas domésticas y extranjeras<sup>(16)</sup>.

Bajo la anterior ley minera, las licencias de minerales de Indonesia solo podían estar bajo la titularidad de compañías indonesias, cuyo directorio esté compuesto exclusivamente de ciudadanos residentes de Indonesia<sup>(17)</sup>. Con el fin de atraer inversión privada extranjera significativa a su sector minero, la anterior norma autorizaba el COW, que brindaba a dichos inversionistas extranjeros derechos contractuales que debían ser suficientes para justificar inversiones importantes en exploración y extracción<sup>(18)</sup>. Basándose en negociaciones con compañías extranjeras, los COW persistieron por varias generaciones, cuya última versión generalmente aceptada fue la 7ma. generación de COW, que data de 1997, aproximadamente. El interés por invertir en Indonesia bajo en respuesta a las versiones subsecuentes de los COW.

El gobierno indonesio ha anunciado que los contratos COW existentes deberán adaptarse a la Ley Indonesia de Minería de 2009. Un equipo interno está revisando cómo hacerlo. La Ley Indonesia de Minería de 2009 establece tres tipos de áreas disponibles para tres tipos específicos de minería:

- a) Áreas de negocios de minería comercial (WUP).
- b) Áreas de reserva del Estado (WPN).

- c) Áreas de minería popular (WPR).

La Ley Indonesia de Minería de 2009 también regula tres tipos de licencias mineras:

- a) Licencia de negocio minero (IUP): Disponible para compañías de accionariado extranjero y nacional en las áreas de negocios de minería comercial.
- b) Licencia especial de negocio minero (IUPK): Disponible para compañías de accionariado extranjero y nacional en las áreas de reserva del Estado.
- c) Licencia minera popular (IPR): Para minería de pequeña escala por indonesios, solamente en las áreas de minería popular.

La ley impone un límite de una licencia por empresa; a menos que la sociedad esté listada en la Bolsa de Valores de Indonesia. Los títulos existentes son reconocidos como derechos adquiridos.

Dentro de cada tipo de licencia, hay licencias separadas para exploración y explotación. Por ejemplo, los términos de las IUP generalmente disponibles para compañías de accionariado extranjero son los siguientes:

- IUP de Exploración (5000-100,000 ha): válida por 8 años, sujeto a reducción del área a la mitad después de 3 años y nuevamente a la mitad en la transición a la etapa de producción.
- IUP de Producción (25,000 ha): válida por 20 años, renovable dos veces por 10 años cada vez.

(16) La fuente para la información de la Ley de Minería de Indonesia 2009 en esta sección es *Mining in Indonesia - Investment and Taxation Guide*. PwC, mayo de 2011. Disponible en web: [www.pwc.com/id/en/publications/energy-utilities-mining-publications.jhtml](http://www.pwc.com/id/en/publications/energy-utilities-mining-publications.jhtml).

(17) *Ídem.*; p. 10; ley para las Contrataciones Básicas en Minería. No. 11. Indonesia, 1967, artículos 3 y 15.

(18) *Ídem.* artículo 10(1) y (3).

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

La nueva ley requiere un proceso de licitación para nuevas licencias de exploración (como en Kazajstán), de acuerdo con procedimientos estandarizados.

La nueva Ley de Minería de Indonesia establece una obligación para todos los titulares de licencias, a efectos de que vendan en el mercado doméstico para satisfacer las necesidades internas. Este requisito se basa en las preocupaciones de que el carbón requerido para la producción interna de energía sea trasladado a China. El ministerio encargado de las minas establece el monto de la obligación anualmente para cada compañía minera, en función de la demanda informada por los usuarios. La ley establece un sistema de comercio de cuotas (*cap and trade*), por el que los titulares pueden vender sus créditos por exceder sus obligaciones respecto al mercado doméstico.

Bajo la Ley de Minería de Indonesia 2009, las regalías están basadas en el precio que es el mayor entre: (i) el precio real de venta; y, (ii) un precio de referencia establecido anualmente por el gobierno, basado en el precio FOB del producto mineral en un punto relevante de venta. El precio de referencia debe ser actualizado cada 3 meses para ventas de largo plazo.

Quizás el requerimiento más controversial de la Ley de Minería de Indonesia 2009 es la cesión obligatoria a favor de los nacionales indonesios. Indonesia tiene una tradición de requerir una transición a un accionariado de mayoría indonesia de las sociedades mineras operando incluso bajo el anterior régimen de COW<sup>(19)</sup>. La nueva regla de cesión obligatoria requiere 20% de accionariado indonesio para las compañías operando bajo la licencia minera de negocios (IUP) para el quinto año de producción; y 51% para el décimo año. La Ley dispone que las acciones deban ser ofrecidas a la venta a las siguientes entidades en orden de prioridad:

- a) Gobierno central.
- b) Gobierno provincial.
- c) Gobierno municipal.
- d) Compañía estatal.
- e) Empresa privada nacional.

Aún no es claro cómo se establece el precio de venta de las acciones. En cualquier caso, la política fundamental aquí es requerir la cesión de accionariado mayoritario a los indonesios (potencialmente al gobierno) después de la recuperación aproximada de la inversión inicial de capital en una mina.

La Ley de 2009 también establece requisitos de tratamiento local de la producción para todos los titulares de licencias de negocios mineros y de licencias especiales de negocios mineros, restricciones en la posibilidad de subcontratar con filiales, y requerimientos del uso de empresas indonesias para el suministro de bienes y servicios. Asimismo, la norma otorga potestad a las autoridades gubernamentales para limitar la producción de los titulares de licencias.

Al igual que con Kazajstán, es muy pronto para afirmar si la Ley de Minería de Indonesia de 2009 posibilitará que el Gobierno logre sus objetivos. La posición de Indonesia en el PPI del Fraser Institute 2011-2012 es incluso menor a la de Kazajstán (85to. de 93 países)<sup>(20)</sup>. Similarmente a Kazajstán, su posición se ha deteriorado en los últimos dos años, aunque no tanto<sup>(21)</sup>. En los Behre Dolbear 2012 Rankings, Indonesia califica mejor que Kazajstán (octavo desde el último, frente al puesto cuarto)<sup>(22)</sup>. Sin embargo, Indonesia ha tenido menos éxito que Kazajstán en atraer nuevas inversiones en exploración minera. De acuerdo al *World Exploration Trends 2012* del Metal Economics Group:

“(…) a pesar del alto potencial de la región [Indonesia, Papua Nueva Guinea y las Filipinas] para el oro, cobre y níquel, los inversionistas siguieron alertas al continuo malestar social y político, la incertidumbre

(19) DUNCAN, Allen y TALMAGE. *Comparative study of the mineral laws and related investment and fiscal laws of six selected countries*. Reporte preparado por el Banco Mundial, 1990; D-11.

(20) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 11.

(21) La ubicación de Indonesia fue el 70mo. de 79 países en 2010-2011 y 62do. de 72 países en 2009-2010.





John P. Williams

de la titularidad, y la periódica violencia anti-minera que ha plagado la región por años. Como resultado, no hemos visto muchos inversionistas nuevos en los años recientes, siendo conducidas la mayoría de exploraciones por los grandes productores alrededor de sus activos existentes<sup>(23)(NT1)</sup>.

Dada la falta de nuevas inversiones en exploración en Indonesia en los años recientes y la naturaleza restrictiva de su nueva Ley de Minería de 2009, la nueva normativa no parece cambiar esa tendencia, lo cual no augura a favor de la sostenibilidad del sector minero indonesio en el largo plazo.

### 1.3. Mongolia

Al contrario del resto de Asia central, Mongolia ha cambiado (i) una Ley de Minerales de 1997 liberal, basada en el principio de “primero llegado primero servido” para el otorgamiento de títulos de exploración, con seguridad garantizada de la posesión y sin ningún requerimiento de participación estatal en las compañías mineras durante el periodo de 1997 a 2005<sup>(24)</sup>, a (ii) un régimen desde 2006 caracterizado por la falta de seguridad del título y por la facultad del Estado de adquirir acciones libremente de las compañías mineras, en un porcentaje que va desde el 34% al 54% dependiendo de si el depósito fue descubierto por la empresa o por los estudios históricos de los geólogos rusos<sup>(25)</sup>.

Estos cambios son una respuesta a dos temas:

- a) La percepción de que los titulares extranjeros de derechos mineros se están enriqueciendo de la venta

de participaciones en transacciones internacionales y que Mongolia no se está beneficiando de dichas ganancias, alimentando el sentimiento de que la Ley de Minerales liberal devalúa los recursos de Mongolia.

- b) Una política para recuperar de las compañías mineras lo que Mongolia pagó a Rusia por los estudios geológicos anteriores a su independencia en 1991.

La seguridad de la titularidad y la posesión bajo la Ley de Minerales de Mongolia ha ido declinando durante los últimos dos años. A finales del 2010, cientos de títulos de exploración y extracción fueron revocados bajo una nueva ley medioambiental para la protección de las cuencas de agua y las áreas forestales. El otorgamiento de nuevos títulos de exploración en Mongolia fue suspendido en 2010 hasta abril de 2011; esto fue subsecuentemente extendido hasta después de las elecciones legislativas en junio de 2012 y nuevamente hasta finales de 2012<sup>(26)</sup>. En abril de 2012, el Gobierno de Mongolia anunció que suspendería las licencias controladas por South Gobi Sands por la operación del depósito de carbón Ovoot Tolgoi, el mismo que contiene más de

(22) *Behere Dolbear 2012 Rankins*, p. 2.

(23) MEG/WET 2012; 4.

(NT1) Traducción libre: “*despite the region’s [Indonesia, Papua New Guinea and the Philippines] high prospectivity for gold, copper and nickel, investors continued to be wary of the continued political and social unrest, uncertainty of tenure, and periodic anti-mining violence that have plagued the region for years. As a result, we have not seen a lot of new entrants into these countries in recent years, with most exploration conducted by larger producers in and around their existing assets*”.

(24) CLARK, NAITO, STEVENS, VAN DER VEEN y WILLIAMS, nota al pie 10 supra; pp. 27, 31; NAITO, REMY y WILLIAMS, nota al pie (1) supra; p. 136.

(25) BARNNA, Nazneen H.; Kai KAISER, TUAN MINH Le y Lorena VIÑUELA. *Rents to riches? the political economy of natural resource-led development*. Banco Mundial, 2012; p. 86 (citando a ORTEGA GIRONES, Enrique; Alexandra PUGACHEVSKY y Gotthard WALSER. *Mineral rights cadastre: promoting transparent access to mineral resources*. Extractive Industries for Development Series 4. Banco Mundial, 2009). Los títulos de diversos proyectos mineros en Mongolia han sido cancelados, con los consecuentes reclamos en o camino a los arbitrajes internacionales.

(26) HOLMAN, Fenwick Willan LLP. *Welcome to Mongolia: A look at the development of the mining sector in the country*, Julio 2012. Disponible en web: [www.hfw.com/home/minegolia](http://www.hfw.com/home/minegolia); *Frontier Rules*. International Investor-China. Disponible en web: [www.institutionalinvestorchina.com/arf/uploads/soft/110628/1\\_1743316881.doc](http://www.institutionalinvestorchina.com/arf/uploads/soft/110628/1_1743316881.doc); p. 2.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

300 millones de toneladas de carbón de alta calidad para energía y para la fabricación de acero. Las licencias han sido suspendidas mientras el Gobierno revisa la venta de hasta el 60% de las acciones de South Gobi Sands a la Compañía del Aluminio de China<sup>(27)</sup>.

A mediados de mayo de 2012, el legislativo mongol aprobó una nueva y estratégica ley de inversión extranjera, requiriendo, entre otras cosas, la aprobación del gobierno para las adquisiciones por un inversionista extranjero del 33% de participación accionaria, o del control sobre una compañía minera local, o transacciones que puedan elevar su poder de mercado; requiriendo la aprobación del Gobierno para cualquier adquisición u operación de las empresas de accionariado estatal extranjero (excepto las empresas estatales que operan de acuerdo con tratados internacionales en los que Mongolia sea parte); y requiriendo la aprobación por el legislativo de las adquisiciones por un inversionista extranjero de 49% o más acciones en una compañía minera local si el valor de la transacción excede aproximadamente US\$ 76 mil<sup>(28)</sup>. La nueva ley también impone un tributo a todas las transacciones y autoriza al Gobierno a adoptar medidas regulatorias de contenido local aplicables a todas las compañías mineras en Mongolia<sup>(29)</sup>.

A pesar de este desarrollo legal, las compañías con propiedades mineras en Mongolia continúan vendiendo exitosamente sus acciones y bonos en el mercado de valores de Hong Kong. Mongolia fue el país minero del año en la *Mines and Money Conference* de Hong Kong en marzo de 2012. Dos de los mayores proyectos mineros en el mundo (la mina de cobre Oyu Tolgoi, patrocinada por Rio Tinto mediante Ivanhoe Mines, junto al Gobierno de Mongolia) y la mina de carbón de coque Tavan Tolgoi, del Estado mongol y la compañía estatal Erdene Tavan Tolgoi) están programadas para comenzar operaciones en los próximos dos años. La economía mongola creció aproximadamente 17% en 2011 y el PBI per cápita se

podría triplicar desde 2010 a 2016, debido principalmente al reciente desarrollo minero<sup>(30)</sup>.

Mongolia se ubica ligeramente por encima de Kazajstán en el PPI del Fraser Institute y considerablemente más arriba en los rankings Bhere Dolbear<sup>(31)</sup>. Al igual que Kazajstán, continúa atrayendo cantidades significativas de inversiones nuevas en exploración en 2011<sup>(32)</sup> a pesar de los cambios en sus políticas mineras que ha reducido la seguridad de la posesión e incrementado la participación estatal en el sector minero. En resumen, parece que Mongolia ha sido capaz de continuar atrayendo inversiones en su nuevo sector minero a pesar de una regulación e intervención estatal con más que mano dura para el sector.

### 1.4. Conclusiones sobre Asia Central y del Sureste

Los tres países del centro y sureste asiático que hemos considerado ofrecen ejemplos de maneras distintas en las que los Estados buscan participar en la riqueza potencial de sus recursos minerales generada por la inversión privada. En Kazajstán e Indonesia, se utilizan subastas para otorgar derechos de exploración, a fin de evitar la pérdida de valor que luego es vendido en los mercados de capitales extranjeros. En Mongolia e Indonesia se han incrementado los requerimientos de participación estatal en el capital de las compañías mineras, como una forma de participar en los ingresos que evitan la tributación.

Los requerimientos de contenido local en Kazajstán, el mercado de proveedores

(27) *SouthGobi Licences Suspended*. En: *Mining journal*, 20 de abril de 2012; p. 6.

(28) ALDRICH, Michael y Chris MELVILLE. *Newsflash: Mongolia's new strategic foreign investment law - A temporary inconvenience?* Hogan Lovells, 19 de mayo de 2012. Disponible en web: [www.hoganlovells.com/mongolias-new-strategic-foreign-investment-law-a-temporary-inconvenience](http://www.hoganlovells.com/mongolias-new-strategic-foreign-investment-law-a-temporary-inconvenience).

(29) *Ibidem*.

(30) CRUST, Julie. *And the winner is... Mongolia*. En: *Mining Journal*, 30 de marzo de 2012; p. 2.

(31) *Fraser Institute 2012 Survey*, p. 13; *Behre Dolbear 2012 Rankings*; p. 2.

(32) MEG/WET 2012; p. 3.



## John P. Williams

domésticos de Indonesia y los desafíos de Mongolia a la creciente propiedad de recursos por las compañías chinas son diferentes manifestaciones de una reacción al creciente dominio chino de las inversiones y los mercados de exportación en la región.

Como conclusión general, parece que los tres Estados asiáticos mencionados más arriba no modificarán sus leyes para competir por inversiones. Es más, están tratando de diferentes maneras de imponer en las compañías mineras mayores contribuciones al empleo local, a los mercados locales *downstream* y a la creación de una mayor riqueza local. No se apoyan en el mercado para lograr dichas metas.

## 2. África

### 2.1. Guinea

Guinea posee los depósitos de bauxita más grandes del mundo para la producción de aluminio en su corredor minero occidental, cercano al océano Atlántico; y amplios depósitos de hierro en su corredor minero oriental a considerable distancia de cualquier puerto de embarque nacional<sup>(33)</sup>. El nuevo presidente de Guinea, Alpha Conde, quien fue investido en el cargo a finales de 2010, declaró al poco tiempo que el Código Minero de Guinea de 1995 sería revisado para aumentar la participación del Estado en los ingresos de la minería, con el objeto de maximizar la contribución de la minería a la economía e impulsar el desarrollo de proyectos. Asimismo, anunció que todos los convenios importantes con el Estado para la explotación estarían sujetos a la renegociación y alineamiento con los términos del nuevo Código Minero<sup>(34)</sup>. Dicha norma entró en vigencia en setiembre de 2011<sup>(35)</sup> e incluye las siguientes características:

- Al igual que bajo la anterior normativa, las concesiones de explotación para proyectos de magnitud están acompañados por acuerdos que especifican los términos de implementación del Código Minero al proyecto<sup>(36)</sup>. Es decir, estos acuerdos no intentan conceder ventajas tributarias o derogar alguna disposición de dicha ley u otras normas. A efectos de cobrar efectos, estos acuerdos deben ser revisados por la Corte Suprema de Guinea y ser aprobados por la Asamblea nacional<sup>(37)</sup>.
- El Código Minero de 2011 dispone la participación libre del Estado en el 15% del capital de todas las compañías de bauxita, hierro y oro, a efectos de otorgar el título de exploración o extracción<sup>(38)</sup>. El Código contempla además la adquisición opcional por el Estado de un adicional 20% en los términos que se acuerden con la compañía minera<sup>(39)</sup>. Una nueva compañía estatal, Soguiipami, ha sido constituida para poseer y administrar las acciones del Estado en el sector, así como las propiedades revertidas al Estado de acuerdo con el Código Minero de 2011<sup>(40)</sup>.
- La base imponible de las regalías bajo el Código Minero de 2011 está ahora vinculada a los precios de las bolsas de metales. Para el hierro, la tasa es 1.5% de los precios trimestrales relevantes del

(33) Banco Mundial. *EITI++ Scoping mission in Guinea report - First draft for discussion*, 20 de abril de 2008.

(34) Véase: *Guinea hires Soros as Code consultant*. En: *Mining Journal*, 4 de marzo de 2011; p. 3; Conferencia de prensa conjunta de George Soros y el Presidente de Guinea Alpha Conde, 1 de marzo de 2011. Disponible en web: [www.revenuewatch.org/news/new-guinean-mining-code-tackle-corruption](http://www.revenuewatch.org/news/new-guinean-mining-code-tackle-corruption); *Guinea - Economy*. En: *CIA the World Factbook*. US Central Intelligence Agency, 2012.

(35) *Loi 11 /2011/006/cnt du 09 septembre 2011 portant code minier de la republique de guinee, JO de la République de Guinée, Spécial Code Minier Septembre 2011* (Código Minero de 2011).

(36) Código Minero de 2011, artículo 18.

(37) *Ibidem*.

(38) *Ídem*, artículo 150.

(39) *Ibidem*.

(40) *Décret D/2011/218/PRG/SGG du 11 août 2011 portant création d'une société de patrimoine du secteur minier*.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

acero en la Bolsa de Metales de Londres (London Metal Exchange, LME). En el caso de la bauxita, la tasa es 0.55% de los precios relevantes por tonelada de aluminio primario. Para el oro, la regalía es 5% del precio fijado diariamente en Londres. Para los diamantes industriales, la tasa de la regalía es 5% del precio determinado por la *National Bureau of Expertise*<sup>(41)</sup>.

- El Código Minero de Guinea de 2011 contiene también nuevas disposiciones anti-corrupción y de transparencia, incluyendo estrictas penalidades contra los sobornos<sup>(42)</sup>.
- El Código Minero de 2011 incrementa los requisitos de las compañías mineras para contratar y entrenar empleados locales, además de contratar bienes y servicios de fuentes locales<sup>(43)</sup>.
- El nuevo Código dispone la inmediata aplicación de sus normas tributarias y de regalías, a pesar de las garantías de estabilidad del Código anterior y los acuerdos mineros suscritos bajo dicha ley<sup>(44)</sup>.

Las empresas han rechazado las nuevas reglas fiscales y las autoridades del Gobierno han reconocido la necesidad de revisar la nueva ley, dejando a Guinea en una especie de limbo en lo referente a la aplicación del Código Minero de 2011. El Fondo Monetario Internacional (FMI) también ha recomendado cambios, y para agosto de 2012, el Gobierno de Guinea preparaba una revisión del Código Minero con el fin de ser presentado a la autoridad legislativa nacional para su promulgación antes del final de 2012. El Gobierno también ha establecido un comité dentro de la Comisión Nacional de Minas para revisar todos los acuerdos mineros existentes y efectuar recomendaciones sobre si deben ser renegociados y, en tal caso, cómo.

A pesar de ello, se puede ver en Guinea un nuevo gobierno democráticamente elegido para un país pobre y

subdesarrollado tratando de exprimir más ingresos de un sector minero ineficiente del que depende en gran medida la economía. Aún está por verse si los recientes cambios en la ley minera lograrán el efecto deseado por el Gobierno. A su favor podemos decir que éste no ha terminado unilateralmente todos los derechos mineros o acuerdos, sino que busca respetar el debido proceso en la aplicación de su nueva ley, así como la renegociación de los acuerdos existentes. No sorprende que las empresas mineras estén preocupadas por la nacionalización de los recursos en Guinea. Su calificación en el PPI del Fraser Institute ha caído del puesto 51ro. de 79 países en 2010-2011 al 83ero. de 93 en 2011-2012<sup>(45)</sup>.

### 2.2. Mali

El francófono y sin litoral país de África occidental, Mali, al igual que su vecino del este, Burkina Faso, se ha convertido en un importante destino para la inversión en exploración y explotación de oro durante la década pasada. Ambos países tienen una calificación mejor en el PPI del Fraser Institute PPI (Mali está en el 42do. de 93 países, mientras que Burkina Faso está 38avo.), no obstante haber caído de puestos relativamente altos (entre los 20) del año anterior<sup>(46)</sup>.

A finales de enero de 2012, la Asamblea Nacional de Mali aprobó incrementar el accionariado estatal obligatorio en futuros proyectos mineros de 20% a 25%, y a la vez reducir el impuesto a la renta de las compañías mineras de 35% a 25%. La nueva legislación requeriría también el aumento del financiamiento de las compañías mineras para

(41) Código Minero de 2011, artículo 161.

(42) *Ídem*, artículos 153-158.

(43) *Ídem*, artículos 107-109.

(44) *Ídem*, artículo 217.

(45) Fraser Institute 2012 Survey; p. 12.

(46) *Ibidem*.

(47) *Mining Journal*, 3 de febrero de 2012; p. 3.



## John P. Williams

proyectos de desarrollo locales y el incentivo para que dichas empresas coticen sus acciones en las bolsas locales<sup>(47)</sup>.

Un golpe de estado militar a finales de marzo de 2012 derrocó al presidente de Mali<sup>(48)</sup>. Después de la fuerte presión de la organización regional ECOWAS y los gobiernos de estados vecinos, los líderes militares del golpe transfirieron el poder a un gobierno interino dirigido por el ex presidente de la Asamblea Nacional<sup>(49)</sup>. De acuerdo a ello, se podría esperar que la legislación minera recientemente aprobada sea promulgada e implementada. Aun estaría por verse si el Gobierno de Mali buscará revisar los acuerdos mineros existentes, a pesar de sus cláusulas de estabilidad. Dada la importancia del sector minero de Mali y el enorme aumento del precio del oro, que probablemente no baje sustancialmente en el corto plazo, se puede esperar que el Gobierno busque renegociar los acuerdos de inversión aurífera que no contengan cláusulas de ajuste.

### 2.3. Ghana

Ghana era conocida en épocas de la colonia como la Costa de Oro, y el nombre Ghana queda casi como un sinónimo de oro. Al igual que muchos países recientemente independizados, Ghana nacionalizó sus minas en la década de 1960 y, como en muchos países en desarrollo, sus industrias estatales no eran sostenibles. Estas fueron privatizadas al comienzo de 1983<sup>(50)</sup>. Ghana ha sido uno de los países africanos más exitosos en atraer inversiones en su sector aurífero y está clasificada en un respetable décimo lugar entre los 25 principales destinos en el *Behre Dolbear 2012 Rankings*<sup>(51)</sup>. La aprobación de su Ley de Minerales en 2006, junto con la efectividad de su Comisión de Minerales creada en 1993, son responsables de la estabilidad y el éxito del marco legal para la minería en Ghana<sup>(52)</sup>. No obstante, este no ha estado exento de críticas

o crecientes problemas, particularmente en las áreas de protección medioambiental y compromiso con la comunidad<sup>(53)</sup>.

Bajo la guía del FMI para aumentar los ingresos del sector minero, el gobierno de Ghana ha incluido en su presupuesto de 2012 una propuesta para aumentar el impuesto a las compañías mineras de 25% a 35% e introducir un impuesto a las ganancias extraordinarias equivalente al 10% de las utilidades. Imitando a Guinea, Ghana también anunció en febrero de 2012 que una comisión estatal sería creada para renegociar los convenios de estabilidad con los extractores de oro<sup>(54)</sup>. Ghana aun es uno de los países africanos mejor calificados en el PPI del Fraser Institute. Su calificación para 2011-2012 subió al 43ero de 93 países desde el 47mo de 79 en el año anterior; sin embargo, ha sido sobrepasado en los últimos tres años por los cercanos Burkina Faso y Mali en el norte como los escenarios más atractivos para las inversiones en la exploración aurífera del oeste africano<sup>(55)</sup>.

### 2.4. Angola

Angola revisó su Código Minero de 1965 en 2011. En algunos aspectos, la nueva legislación de Angola parece estar en camino de ser más atractiva que algunos de los países africanos mencionados. Sin embargo, Angola tiene una fuerte política de reservar la exploración de oro, diamantes y petróleo al Estado, lo cual sobrepasa cualquier derecho

(48) REUTERS. *Soldiers say that they have seized power in Mali*. Disponible en web: [www.reuters.com/article/2012/03/22us-mali-army-idUSBRE82L09C20120322](http://www.reuters.com/article/2012/03/22us-mali-army-idUSBRE82L09C20120322). Visita del 25 de agosto de 2012.

(49) *Mali Junta Agrees on Power Transfer Deal with ECOWAS*. Disponible en web: [www.presstv.ir/detail/234959.html](http://www.presstv.ir/detail/234959.html). ECOWAS es la Economic Community of West African States.

(50) LEON, Peter. *Resource nationalism in Africa*. Presentación en la Conferencia Anual de la International Bar Association en Dubai, Emiratos Árabes Unidos, 2 de noviembre de 2011; p. 12.

(51) *Behre dolbear 2012 Rankings*; p. 2.

(52) GHANA, A. *Supplement to Mining Journal*. Agosto de 2011; p. 5;

(53) BARNÁ y otros. Nota al pie 25 supra; p. 88.

(54) *Mining Journal*, 3 de febrero de 2012; p. 3.

(55) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 12.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

minero obtenible bajo su norma. Algunas de sus principales características son las siguientes:

- Títulos para derechos de exploración y explotación para minerales específicos son disponibles para sociedades privadas.
- El estado mantiene las prerrogativas para operar en el sector y requiere un mínimo de 10% de participación en todos los proyectos mineros.
- Oro, diamantes y uranio son minerales estratégicos que solo pueden ser extraídos por empresas o agencias estatales. Si se encuentra dentro de una concesión para otros minerales, constituye una razón para la terminación de la concesión y el pago de una compensación, revirtiendo el área al Estado.
- Los titulares de derechos mineros tienen las obligaciones usuales encontradas en las legislaciones de otros países.
- Los titulares de derechos mineros están facultados para vender los productos minerales que extraigan<sup>(56)</sup>.

La ley dispone la negociación de acuerdos de inversión entre los titulares de licencias minerales y el Estado para la exploración y explotación, de forma separada. Dichos acuerdos pueden incluir incentivos tributarios<sup>(57)</sup>. Mi modesta opinión es que el nuevo Código Minero angoleño representa una apertura significativa del sector minero en un país que todavía mantiene una economía muy centralizada y controlada por el Estado<sup>(58)</sup>.

### 2.5. Tanzania

En abril de 2010, Tanzania adoptó una nueva legislación minera, la Ley de Minería de 2010, cuyos puntos clave son los siguientes:

- Los derechos para minería de pequeña escala y minería de piedras preciosas solo serán otorgados a ciudadanos tanzanos o personas jurídicas bajo el control exclusivo de tanzanos, salvo que el ministro a cargo otorgue una

licencia para extraer piedras preciosas a un solicitante con más del 50% de participación extranjera, si se determina que la extracción del recurso requerirá especialización técnica, tecnología, o altos niveles de inversión (Artículo 8).

- La Ley de Minería de 2010 autoriza, pero no requiere, la negociación de acuerdos de extracción (que pueden incluir participación accionaria gratuita del Estado en un porcentaje a negociarse) en todos los proyectos que involucren la inversión de US\$ 100m o más (Artículo 10). Participación accionaria del Estado implica el otorgamiento de acciones sin costo y sin obligación de contribuir al capital; pero otorgando los derechos políticos y económicos de las acciones ordinarias o de los valores comunes de la compañía.
- Las regalías deberán ser pagadas en adelante al valor bruto de los minerales extraídos bajo una licencia, en lugar del método del valor neto previo; y las tasas se han incrementado de acuerdo a lo siguiente:
  - o Uranio: 5%.
  - o Piedras preciosas y diamantes: 5%.
  - o Minerales metálicos como el cobre, oro, plata y el grupo de platinos: 5%.
  - o Gemas (i.e. piedras preciosas pulidas o cortadas): 1%.
  - o Otros minerales, incluyendo materiales de construcción, sal y todos los materiales dentro del grupo de minerales industriales: 3% (Artículo 87).
- Los titulares de derechos mineros están sujetos a mayores requerimientos relacionados al mantenimiento de registros

(56) Clifford Chance LLP. *New Angolan Mining Code*, octubre de 2011.

(57) *Ibidem*.

(58) Angola no está incluido en la Encuesta PPI del Fraser Institute.





John P. Williams

y archivos, así con respecto a los informes que deben presentar, particularmente para actividades prospectivas (exploración) (Artículo 100 y Anexo 2)<sup>(59)</sup>.

En síntesis, Tanzania ha legislado un incremento de la participación estatal en los beneficios de la minería, cambiando la base imponible y la tasa para los pagos de regalías, y disponiendo su participación accionaria gratuita para los proyectos de gran escala. Estos cambios son consistentes con las tendencias globales y regionales que favorecen el control soberano en oposición a la iniciativa privada, y de hecho son relativamente modestos en comparación con políticas y leyes emitidas e implementadas en otras latitudes. La Ley de Minería tanzana de 2010 también refleja la tensión entre el control nacional y el control local, pues aumenta la participación del gobierno nacional en todas las operaciones mineras y contempla su participación en las más importantes, reservando además ciertas áreas de actividad (minería de pequeña escala y minería de piedras preciosas) a los nacionales tanzanos y las compañías controladas por los mismos.

Tanzania no ha decaído a los ojos de las compañías mineras e inversionistas como resultado de su nueva legislación minera. Su ubicación en el PPI del Fraser Institute para el 2012 mejoró en una base porcentual desde el 61ero. de 72 países en 2010-2011 al 63ero. de 93 en 2011-2012<sup>(60)</sup>. El puesto de Tanzania en las clasificaciones Behre Dolbear no ha cambiado entre 2011 y 2012, en un respetable 12do. puesto de 25 países<sup>(61)</sup>. El hecho de que Tanzania haya sido capaz de mantener su posición frente a los inversionistas mientras incrementaba su participación en los beneficios de la minería tiende a confirmar que los términos de negociación han cambiado a favor de los países anfitriones. Ello también refleja la naturaleza relativamente moderada de los cambios en la legislación y política minera tanzana.

## 2.6. Zimbabue

En 2011, Zimbabue modificó sus Reglamentos de Indigenización y Empoderamiento Económico para requerir esencialmente a

todas las compañías de accionariado extranjero que transfieran 51% de su participación a las entidades indígenas designadas. A diferencia de Indonesia, no hay un plazo de 10 años para el cumplimiento de dicha obligación, ni tampoco hay una regla clara sobre la compensación que las compañías extranjeras deban recibir<sup>(62)</sup>. Esta medida es una reminiscencia de los programas de indigenización implementados por Idi Amin en Uganda y Mobutu Sese Seko en Zaire a comienzos de la década de 1970. Ninguno de dichos países se ha recuperado completamente del daño ocasionado a sus economías y a su población por dichas políticas.

Curiosamente, a pesar de la incertidumbre e inestabilidad resultante de los actuales reglamentos de indigenización en Zimbabue, el país permanece mejor calificado en el índice del Fraser Institute de 2011-2012 que todos los países asiáticos mencionados más arriba y que varios países sudamericanos. El puesto actual de Zimbabue es 74to. de 93 países, representando a lo mucho un modesto retroceso con respecto al año anterior (71ero. de 79)<sup>(63)</sup>. Ello sugiere, como en el caso de Kazajstán, un cambio en el poder de negociación para ciertos minerales, que es suficientemente favorable para alentar potentemente a los gobiernos de países anfitriones a implementar medidas populistas que, en base a evidencia histórica, genera beneficios políticos de corto plazo usualmente a expensas de un daño estructural de largo plazo en la economía que es muy difícil de corregir.

## 2.7. Sudáfrica

Históricamente la más grande y estable economía minera de África, la República de

(59) La Ley de Minería de 2010, y BATES, Krista (Ako Law). *Overview of Tanzania's Mining Act 2010*. Disponible en web: [www.iflr1000.com/pdfs/Directories/24/Tanzania.pdf](http://www.iflr1000.com/pdfs/Directories/24/Tanzania.pdf).

(60) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 12.

(61) *Behre Dolbear 2012 Rankings*; p. 2.

(62) LEON, nota al pie 50 *supra*; p. 6

(63) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 12.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

Sudáfrica ha recorrido un largo periodo de transición desde (i) el antiguo y bien establecido derecho común de propiedad sobre recursos minerales de terratenientes privados, excluyendo a los africanos negros de cualquier participación significativa en la propiedad sobre el patrimonio minero del país, bajo el régimen del apartheid anterior a 1994, al (ii) régimen administrativo para el reconocimiento y otorgamiento de derechos condicionales para la exploración y la extracción, además el tratamiento y la comercialización de recursos minerales que son propiedad del Estado sudafricano como custodia para el beneficio de todos los sudafricanos; ello de acuerdo a la Ley del Desarrollo de Recursos Minerales y Petroleros de 2002 (MPRDA, siglas en inglés), y según la implementación de la política de Empoderamiento Económico Negro para promover la participación patrimonial en la industria minera sudafricana<sup>(64)</sup>.

A pesar de que Sudáfrica ha mantenido generalmente su posición como la economía minera líder de África, la inversión y productividad de la industria ha decaído recientemente, mientras que los procedimientos de licencia se han ralentizado y complicado. En un artículo de marzo de 2012, Peter Leon señala que el debilitamiento de la industria minera sudafricana es atribuible en gran medida a la combinación de la vaguedad de la MPRDA, la excesiva discreción e inconsistencia en su aplicación, una extremadamente estrecha implementación de la política de Empoderamiento Económico Negro; así como un riesgo latente de nacionalización<sup>(65)</sup>. La industria minera en Sudáfrica continúa manteniendo el aliento mientras el gobierno toma una decisión sobre nacionalizar o no algunas de las numerosas minas en explotación. La nacionalización se ha convertido en objeto de debate por varios años, por lo que el Congreso Nacional Africano (ANC en inglés), el partido político dominante, ha pospuesto tomar una posición oficial sobre el problema hasta la convención partidaria de diciembre de 2012. Luego de dicha convención, el ANC rechazó la proposición de adoptar una política de nacionalización de las minas<sup>(66)</sup>.

A pesar de la incertidumbre que encara la industria minera en Sudáfrica, la posición del país en el PPI del Fraser Institute

ha mejorado significativamente en los últimos años (de un 67mo. de 79 países en 2010-2011 al 54to. de 93 en 2011-2012), sin embargo, ha caído una posición a un poco favorecedor 20mo. puesto de 25 en los Behre Dolbear 2012 Rankings<sup>(67)</sup>.

### 2.8. Conclusiones sobre África

Diversas tendencias son notorias entre los recientes desarrollos en la legislación y regulación minera en África. Existe una percepción general de que la industria minera recientemente ha sido muy rentable debido al incremento del valor de los recursos minerales patrimonio de las naciones en cuyo territorio se encuentran y que la riqueza inherente no está repercutiendo en beneficio de la nación a la que pertenece. Como resultado, muchos países africanos están incrementando sus tributos a la minería e incrementando el requerimiento de participación estatal gratuita, de indigenización y nacionalización. Los gobiernos también buscan renegociar los términos de los acuerdos de explotación minera existentes, a pesar de las cláusulas de estabilidad en los contratos y leyes.

Los Estados africanos que han modificado sus normas mineras han concluido recientemente que la minería no ha conducido automáticamente al aumento del empleo local ni generado oportunidades de negocio; y por ello las compañías mineras están obligadas a hacer más en este aspecto. En suma, varios países africanos buscan un mayor efecto beneficioso a sus economías en la actual subida (*upside*) del ciclo, mediante una mayor participación estatal en el sector y en sus ingresos. Hasta el momento, sin embargo, los estados no buscan depender de las empresas

(64) LEON, Peter. *Wither the South African mining Industry?*, 2012. 30 JERL; p. 8-25-

(65) *Ibidem*.

(66) *S Africa's ANC Rejects Mine Nationalization*; disponible en web: [www.aljazeera.com/news/africa/2012/12/20121220131642642867.html](http://www.aljazeera.com/news/africa/2012/12/20121220131642642867.html).

(67) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 12; *Behre Dolbear 2012 Rankings*; p. 2.



John P. Williams

estatales solas para transformar su patrimonio mineral en riqueza transferible, y en general han logrado mantener un nivel de confianza en los inversionistas que continúa atrayendo capital sustancial para la exploración y extracción.

### 3. Europa

En Europa, la mayoría de reformas recientes en el derecho minero y en la actividad minera ha ocurrido en los países nórdicos, Europa central y oriental e Irlanda. Con la notoria excepción de Rumania, los nueve países europeos incluidos en el PPI del Fraser Institute (Bulgaria, España, Finlandia, Groenlandia, Irlanda, Noruega, Polonia, Rumania, y Suecia) están calificados en la primera mitad de los 93 países incluidos en la encuesta de 2011-2012, reflejando un nivel general de confianza en las compañías mineras e inversionistas en los marcos legales y entornos sociales para la inversión en negocios de alto riesgo como la exploración minera en dichas jurisdicciones<sup>(68)</sup>. Este artículo solo considera al único país nórdico que promulgó una nueva ley minera en 2011, Finlandia y la Iniciativa de las Materias Primas de la Unión Europea (UE), básicamente como una contrapartida a las tendencias entre los países en desarrollo. Los recientes desarrollos en Finlandia y la Unión Europea indican una sensibilidad a las mismas preocupaciones cambiando la política en muchas jurisdicciones en desarrollo, aunque de forma mesurada más que nacionalista.

#### 3.1. Finlandia

Al igual que Angola, en 2011 Finlandia promulgó una nueva Ley de Minería que reemplazó a la legislación que databa de 1965. Sin embargo, existen diferencias significativas entre los enfoques de ambos países.

Finlandia decidió no crear una compañía estatal, a pesar de lo cual, su nueva legislación dispone que el estado pueda adquirir participación minoritaria en algunas compañías privadas que ostenten títulos mineros finlandeses. En contraste con las tendencias en otras latitudes, la nueva Ley de Minería finlandesa no incluye regalías a favor del

estado. Por otro lado, en reconocimiento de la necesidad de facto de una licencia social para operar, dicha norma refuerza los derechos de los terratenientes y residentes de las comunidades afectadas y otorga a los gobiernos locales un rol mayor en la regulación de la actividad minera<sup>(69)</sup>. Al contrario de lo que ha sido resaltado en relación a que la nueva legislación aumenta la autoridad discrecional de la agencia administrativa responsable de su implementación, aquella establece de forma más completa los procedimientos de implementación que la usual remisión a los reglamentos, y, en general, es observada como una reafirmación de los principios fundamentales subyacentes al derecho minero finlandés<sup>(70)</sup>.

En contraste a las reacciones de la industria a los recientes cambios en las leyes mineras y/o reglamentos en los países en desarrollo reseñados, Finlandia goza de una percepción muy positiva entre las compañías mineras y los inversionistas. Está calificado como la 2da. de 93 jurisdicciones mineras en el PPI 2011-2012 del Fraser Institute, avanzando desde su 5to. lugar de 79 en el año anterior<sup>(71)</sup>.

#### 3.2. Unión Europea

Finlandia hizo el esfuerzo de adoptar la estrategia de la UE para implementar su Iniciativa de Materias Primas, cuyos tres pilares son los siguientes:

- Asegurar condiciones equitativas para el acceso a recursos en terceros países.
- Fomentar el suministro sostenible de materias primas dentro de la UE.

(68) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 13. Rumania, por el contrario, todavía tiene que alcanzar la primera mitad de la clasificación. Cayó precipitadamente del puesto 53ero. de 79 países en 2010-2011 al 80mo. de 93 en 2011-2012.

(69) *Finland Supplement* a la *Mining Journal*, enero de 2012; p. 2 y 3.

(70) HERLER, Casper. *New Finnish Mining act*. Presentación en el Mining Day Investor Seminar, 31 de octubre de 2011.

(71) *Fraser Institute 2012 Survey*; p. 13.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera

### *Global trends and tribulations in mining regulation*

- Impulsar la eficiencia de los recursos y promover el reciclaje<sup>(72)</sup>.

El documento de 2011 con la estrategia de la Unión Europea sobre la política de materias primas enfatiza que:

“(M)uchos países en desarrollo, especialmente en África, no han podido traducir su riqueza de recursos en crecimiento sostenible e inclusivo, a menudo en razón de asuntos de gobernanza relativos a los marcos reguladores o la fiscalidad. Potenciar la gobernanza y la transparencia así como un buen clima comercial e inversor, en el sector de las materias primas, es esencial para lograr un crecimiento inclusivo y un desarrollo sostenible en los países de abundantes recursos”<sup>(73)</sup>.

Con el fin de afrontar esta preocupación, la estrategia de la política de materias primas de la UE es la siguiente:

“La UE animará a los gobiernos socios a desarrollar programas amplios de reforma que enumeren claramente objetivos como, por ejemplo, la mejora de los regímenes de fiscalidad de la minería, la potenciación de la transparencia sobre ingresos y contratos o el refuerzo de la capacidad de utilización de los ingresos en apoyo de objetivos de desarrollo”<sup>(74)</sup>.

### 3.3. Conclusiones sobre Europa

Existe variedad entre los regímenes de derecho minero de los países europeos y no se puede generalizar basándose en el cambio legislativo de un país o en la política de la UE. Sin embargo, el énfasis de los recientes desarrollos reseñados más arriba es facilitar el acceso a los recursos de una forma social y ambientalmente responsable. La Ley de Minería de 2011 y la Iniciativa de Materias Primas de la UE no reflejan una política imperativa para obtener una mayor participación del gobierno en los beneficios de la minería, tampoco mediante la formación y operación de empresas estatales

o la participación obligatoria del estado en consorcios mineros, ni con mayores regalías o tasas en los impuestos. Tampoco reflejan una necesidad de promover el empleo o la contratación local. Por su parte, ello refleja la realidad de la necesidad del acceso confiable al suministro de minerales para la actividad industrial en general, dentro del contexto de una mayor consciencia y responsabilidad socio-ambiental. De acuerdo a ello, la Iniciativa de Materias Primas de la UE explícitamente reconoce la conexión entre una política prudente del gobierno y la sostenibilidad de la explotación del recurso mineral, siendo notoria la falta de tal conexión en África, una fuente primaria de materias primas para la industria europea.

## 4. Latinoamérica

### 4.1. México y Centroamérica

A pesar de la violenta guerra con los cárteles de drogas, México ha mantenido un entorno legal estable y atractivo para la inversión en minería que es reconocida y apreciada por las compañías mineras. La modificación de 2005 a la Ley Minera de México de 1992 reemplazó las concesiones separadas para exploración y explotación con una simple concesión unificada para exploración y explotación, al igual que en Perú o en Bolivia bajo el Código Minero boliviano de 1997<sup>(75)</sup>. No ha habido cambios recientes en la ley o reglamentos en México, que goza de un relativamente alto 35to. puesto de 93 países en el PPI del Fraser Institute, y un muy respetable 5to. lugar de 25 jurisdicciones en el Bhare Dolbear 2012 Ranking of Countries for Mining Investment<sup>(76)</sup>.

(72) EU COM (2011) 25, *Tackling the Challenges in Commodity Markets and on Raw Materials*. Numeral 11.

(73) *Ídem*; numerales 14 y 15.

(74) *Ídem*; numeral 15.

(75) OSSA BULNES, Juan Luis. *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo II, 2012; p. 782 y 784; NAKER & MACKENZIE. *Ley Minera en México: Visión General*, 2011; pp. 2 y 3.

(76) *Fraser Institute Survey 2012*; p. 12; *Behre Dolbear 2012 Rankings*; p. 2.



## John P. Williams

En 2011, 6% de la inversión global en exploración para metales no ferrosos fue aplicada en México (dentro del total de 25% aplicado en toda Latinoamérica)<sup>(77)</sup>.

En cuanto a Centroamérica, la historia es un poco distinta. Guatemala y Honduras están muy bajos en el PPI del Fraser Institute, con el puesto 92do. y 93ero., respectivamente<sup>(78)</sup>. Ambos han luchado para superar su reciente pasado violento y la fiera oposición a la minería por varios grupos bien organizados. Honduras consideraba adoptar una nueva legislación minera en 2012<sup>(NT2)</sup>. El principal problema que ambos países deben resolver para obtener un progreso sostenible en cuanto a minería es crear las condiciones para lograr acuerdos constructivos entre las compañías mineras y las comunidades locales afectadas.

### 4.2. Venezuela

Venezuela no ha modificado recientemente su Ley de Minas de 1999, que es esencialmente la actualización de un libro de la Ley de Minas de 1944 que regula el régimen de participación estatal en minería, en especial en áreas tales como la región de Guyana. La Ley de Minas de 1999 establece adicionalmente el derecho exclusivo del estado para explotar ciertos minerales en áreas determinadas y además enviste de una gran discrecionalidad al Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería (MIBAM) con respecto al otorgamiento de derechos mineros a entidades no públicas cuando la ley lo permite<sup>(79)</sup>.

Desde que el presidente Hugo Chávez llegó al poder en 1999, Venezuela se ha dirigido progresivamente hacia la socialización de sus principales industrias, incluyendo la minera, mediante la nacionalización u otras medidas, en el

curso de la implementación de la “Revolución bolivariana”<sup>(80)</sup>. Al 25 de julio de 2012, Venezuela se había retirado formalmente del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y se había renunciado al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)<sup>(81)</sup>. Venezuela aun atrae inversiones oportunistas de China consistentes en acuerdos entre empresas estatales de los dos países. El puesto de Venezuela en el PPI del Fraser Institute ha caído al 90mo. puesto de 93 países<sup>(82)</sup>. A su vez, ha salido de la lista de 25 países calificados por el Behre Dolbear en razón al riesgo excesivamente alto de la inversión en minería en dicho país<sup>(83)</sup>.

### 4.3. Ecuador

Ecuador adoptó una nueva Constitución popular en 2008 y una nueva Ley de Minería y Reglamento basados en el nuevo marco constitucional en 2009<sup>(84)</sup>. La nueva legislación dispone procesos de licitación mediante los cuales las personas y entidades no estatales pueden obtener una concesión unificada para la exploración, producción y explotación de minerales en áreas que no hubieran sido reservadas por el estado<sup>(85)</sup>. El titular debe suscribir un acuerdo de explotación con el estado antes del inicio de las actividades<sup>(86)</sup>. La Ley de Minería de Ecuador prevé una Empresa Nacional Minera (ENM) autorizada a

(77) MEG/WET 2012, p. 4.

(78) *Fraser Institute Survey 2012*; p. 12.

(NT2) La nueva Ley de Minería de Honduras fue aprobada en enero de 2013.

(79) OSSA BULNES. *Óp. cit.*; 805 (reconociendo la contribución de Roberto Mendoza de Caracas).

(80) *Ibidem*.

(81) ICSID List of Contracting States and Other Signatories of the Convention (al 25 de Julio de 2012). Disponible en web: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>.

(82) *Fraser Institute Survey 2012*; p. 12.

(83) *Behre Dolbear 2012 Rankings*; p. 2.

(84) Ley de Minería, R O 29 de enero de 2009 - No. 517; Decreto No. 119, Reglamento General de la Ley de Minería, 4 de noviembre de 2009.

(85) Ley de Minería de Ecuador, artículo 29.

(86) *Idem*, artículo 39.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera *Global trends and tribulations in mining regulation*

desarrollar actividades mineras de parte del estado; y establece contratos de obra (reminiscencia del COW previamente utilizado para inversiones extranjeras en Indonesia) entre el estado y las empresas mineras<sup>(87)</sup>. A pesar de que el artículo 24 de la norma solo otorga derechos preferenciales a la ENM y derecho de tanteo para obtener títulos mineros en aéreas especiales por un periodo de 4 años después de la publicación de las investigaciones geológicas por entidades públicas, el artículo 20 del Reglamento de Minería ecuatoriano otorga a la ENM un derecho preferente para adquirir una concesión en cualquier área disponible dentro del territorio nacional, y un derecho de tanteo para obtener una concesión en cualquier área que se vuelva disponible debido a la nulidad, pérdida o renuncia de otros derechos mineros.

El Reglamento de Minería ecuatoriano contiene reglas amplias para la consulta previa con comunidades locales afectadas y requiere la obtención de una licencia ambiental como un prerrequisito para el trabajo en el sitio.

Desde enero de 2010, Ecuador denunció la Convención CIADI y no acepta más la jurisdicción de los tribunales arbitrales del CIADI para las disputas de inversiones. El puesto de Ecuador para el periodo 2011-2012 en el PPI del Fraser Institute ha caído al 86to. de 93 países, del 65to. de 79 el año anterior<sup>(88)</sup>.

### 4.4. Perú<sup>(89)</sup>

En Perú, el gobierno del presidente Ollanta Humala asumió el cargo en julio de 2011. A la luz del tono populista de la campaña presidencial, las expectativas eran que el nuevo gobierno se aliaría a las políticas mineras de Venezuela, Bolivia y Ecuador. En lugar de ello, el Gobierno del Perú ha tomado un enfoque más moderado para la reforma del sector. Cuatro nuevas leyes que regulan el sector minero fueron promulgadas en Perú en el 2011. Una de ellas formaliza el proceso para obtener el consentimiento informado de las comunidades locales para las extracciones que las afecten.

La nueva ley de consulta implementa el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Esta dispone que el Estado peruano conduzca un procedimiento de consulta previa para las medidas administrativas o legislativas que afecten los derechos colectivos de personas nativas o indígenas. El objetivo es alcanzar acuerdos entre el estado y los grupos afectados que sean vinculantes y ejecutables. Sin embargo, la ley no otorga a las personas afectadas un derecho de veto sobre la medida. Si no se puede llegar a un acuerdo, el estado decide si y cómo debe seguir el proyecto. Los reglamentos para la implementación de la nueva ley de consulta están bajo preparación<sup>(NT3)</sup>.

Las tres leyes que establecen nuevos tributos y/o regalías para las compañías mineras fueron discutidas con la industria por el gobierno antes de ser remitidas al Congreso. Este proceso de consulta fue exitoso para mitigar la oposición y evitar consecuencias negativas no deseadas. La nueva legislación creó dos nuevos regímenes tributarios: uno para las compañías con convenios de estabilidad jurídica y otro para las compañías sin ellos. El aumento resultante para ambas es el mismo. Irónicamente, esto es lo opuesto a lo que los convenios de estabilidad deben generar; sin embargo, la nueva carga tributaria ha sido aceptada voluntariamente por las empresas con dicha garantía.

El impuesto adicional para las empresas con convenios de estabilidad es denominado creativamente como el GEM (Gravamen

(87) *Ídem*, artículos 12, 21, 22 y 29.

(88) *Fraser Institute Survey 2012*, 12.

(89) La información en esta sección sobre Perú está tomada en gran parte de la presentación titulada *Peruvian Mining under the New Administration* de Luis Carlos Rodrigo el 2 de noviembre de 2011 en la Conferencia Anual de la International Bar Association de 2011 en Dubai, Emiratos Árabes Unidos.

(NT3) Cabe precisar que mediante Decreto Supremo No. 001-2012-MC de fecha 02 de abril de 2012 se aprobó el Reglamento de la Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo





## John P. Williams

Especial a la Minería). El GEM es calculado como un porcentaje de la utilidad operativa bajo un esquema de tasa variable, en un rango desde la tasa marginal de 4% sobre las utilidades operativas cuando su margen de ganancias está por debajo de 10%, hasta una tasa marginal de 13.12% sobre utilidades operativas cuando las ganancias sobrepasan el 80%. El GEM cobra efectos mediante acuerdos voluntarios suscritos entre el estado y las empresas con convenios de estabilidad.

La nueva carga tributaria sobre las empresas sin convenios de estabilidad consiste en una regalía y un impuesto especial a la minería. Ambos están calculados como porcentajes de la utilidad operativa; y juntos tienen el mismo impacto fiscal que el GEM para compañías con contratos de estabilidad. Los ingresos generados por la regalía van a los gobiernos regionales y locales; mientras que la recaudación generada por el impuesto especial a la minería va al gobierno central.

Tanto en el caso del GEM, como en la regalía y el régimen de impuesto especial, existe un impuesto mínimo de 1% a las ventas netas. Estos nuevos impuestos sustituyen y reemplazan las “contribuciones voluntarias” de las compañías a las comunidades locales, las cuales se iban acumulando en las cuentas de los gobiernos locales sin ser invertidas. Los ingresos generados por dichos tributos (salvo las regalías) son destinados para el uso por el gobierno central en programas de “inclusión” e infraestructura en regiones que no cuentan con minería.

Por ello, en Perú, el impulso de la reciente legislación minera ha sido el de aumentar la participación del país en los ingresos por la industria minera durante los periodos de prosperidad, sin participar en el accionariado de las compañías mineras. Las empresas con convenios de estabilidad han aceptado el impuesto adicional a sus utilidades debido a que la base imponible son las ganancias (no las ventas o precios de referencia) y las tasas no son excesivas.

Con respecto a las relaciones entre las empresas mineras y las comunidades locales, por un lado, Perú está en el proceso de implementar nuevos procedimientos para la consulta organizada por el gobierno (como opuesta a las

consultas organizadas por las empresas) en relación con el proceso de otorgar licencias de exploración y extracción además de los permisos ambientales, tal como lo requiere el Convenio 169 OIT. Ello otorgará mayor influencia a las voces locales en dichos procedimientos administrativos. Por otra parte, bajo el nuevo régimen tributario minero, algunos ingresos que fueron previamente destinados a las comunidades locales serán redirigidos al gobierno central para ser utilizados en proyectos de otras regiones. Esto puede llegar a generar controversia.

El puesto de Perú en el PPI del Fraser Institute no ha bajado (en una base porcentual) de 2010-2011 a 2011-2012. La última ubicación es el 56to. de 93 países en la encuesta (48vo. de 79 en el año anterior). Sin embargo, Perú ha perdido considerablemente el favor de la industria desde 2008-2009 cuando estaba calificado en el puesto 30mo. de 71 países. Ello refleja el aumento de conflictos sociales y ambientales relativos a proyectos mineros en Perú desde 2009, y también refleja la incertidumbre sobre la política minera peruana en el futuro bajo el nuevo gobierno que asumió el cargo en la segunda mitad de 2011. Para la agradable sorpresa de la industria minera, no obstante, el gobierno del presidente Humala, elegido en julio de 2011 en una plataforma nacionalista, ha perseguido políticas moderadas pro-inversiones y ha sido proactivo en los esfuerzos para resolver conflictos actuales vinculados a minería. Si sus políticas y esfuerzos continúan y son de alguna forma exitosos, se podrá esperar que la ubicación de Perú mejore en la próxima encuesta anual<sup>(NT4)</sup>. Dentro de Latinoamérica y el Caribe, Chile, México, Guyana y la provincia argentina de Salta tienen mejor ubicación en el PPI del Fraser Institute para 2011-2012 que el Perú (los dos últimos ligeramente)<sup>(90)</sup>.

(NT4) En la encuesta anual PPI del Fraser Institute 2012-2013, Perú se encuentra en la posición 58va de 96 países.

(90) *Fraser Institute Survey 2012*, p. 12.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera

### *Global trends and tribulations in mining regulation*

#### 4.5. Bolivia

Bolivia adoptó una nueva Constitución en 2009, que en esencia reemplaza el Código Minero de 1997 con un nuevo régimen de contratos<sup>(91)</sup>. El código de 1997 se basó en los códigos chileno y peruano y facultaba a las partes privadas a obtener una concesión unificada para la exploración y explotación, como en Perú, por una duración indefinida, y como en Chile, dispone que el pago del monto anual por unidad de área de superficie sea efectuado oportunamente<sup>(92)</sup>. La nueva constitución reserva todos los derechos mineros al Estado y dispone que las partes privadas puedan iniciar operaciones mineras solo como un contratista del estado (e.g. como en Indonesia bajo el marco anterior de COW)<sup>(93)</sup>. Aun no se ha redactado nueva legislación para implementar los cambios de la Constitución boliviana de 2009<sup>(94)</sup>. Sin embargo, las políticas nacionalistas del gobierno de Morales, ahora recogidas en la nueva Constitución, han impulsado a los trabajadores mineros a la huelga, la ocupación de las minas y la demanda de que el gobierno asuma la operación de las minas licenciadas para compañías con accionariado extranjero. Como un caso para tener en cuenta, las protestas de trabajadores y la ocupación de la mina Colquiri presionó al gobierno boliviano a cambiar la dirección de la negociación de la primera transformación de una concesión minera en un contrato minero entre la subsidiaria boliviana de Glencore y el estado, en una nacionalización completa de la mina Colquiri<sup>(95)</sup>. Destinos similares han sufrido Jindal Steel y la inversión de Power Ltd. en el depósito de hierro El Mutún, así como la inversión de South American Silver Corporation en el proyecto de plata-indio-galio Malku Khota en Bolivia<sup>(96)</sup>. En síntesis, Bolivia ahora aplica a la industria minera la estrategia que aplicó a Petrobras en los campos de gas del este del país.

No sorprende que Bolivia haya perdido el favor general de las empresas mineras internacionales. Su calificación en el

PPI del Fraser Institute de 2011-2012 es 91ero. De 93 países; y la calificación Behre Dolbear se ubica en el penúltimo puesto, antes que Rusia, como uno de los peores lugares para invertir en minería<sup>(97)</sup>.

#### 4.6. Conclusiones sobre Latinoamérica

Los recientes desarrollos en la legislación minera en Latinoamérica refleja dos tendencias divergentes. Por una parte, Venezuela y Bolivia han decidido socializar sus industrias mineras. Ecuador también se ha movido en esa dirección, aunque no tan lejos como Venezuela y Bolivia. Las políticas de estos tres países están enfocadas en medidas populistas sustentadas primariamente por los segmentos más pobres de la sociedad, reflejando una gran fe de la mayoría de votantes en la mejor habilidad del gobierno para operar la industria minera, que para regular el sector minero privado, particularmente a las transnacionales. A efectos de que el modelo de propiedad estatal del sector sea sostenible, debe incluir un plan realista de reinversión sustancial en exploración e innovación tecnológica. Debido a la naturaleza cíclica del negocio minero, ello es mucho más difícil de conseguir que en la industria petrolera, en la que el ratio de éxito de la exploración y los márgenes de ganancia son mucho mayores, y las bajas de precio son de corto plazo. En la opinión del autor, no existe un buen modelo de empresa estatal minera que haya sido sostenible sin que trabaje en minas de larga vida.

(91) OSSA BULNES. *Óp. cit.*; p. 775 (sección de autoría del Profesor Teddy Cuentas de La Paz, Bolivia).

(92) *Ídem*; p. 773.

(93) *Ídem*; p. 775 y 776 (sección de autoría del Profesor Teddy Cuentas de La Paz, Bolivia).

(94) *Ibidem*.

(95) Véase: *Jindal may exit El Mutún as Bolivia eyes Glencore Mine*. En: *Mining Journal*, 15 de junio de 2012; ALDRICK, Philip. *Glencore's Colquiri mine seized in Bolivia*. En: *The Telegraph*, 22 de junio de 2012. Disponible en web: [www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/industry/mining/9350114/Glencore-Colquiri-mine-seized-in-Bolivia.html](http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/industry/mining/9350114/Glencore-Colquiri-mine-seized-in-Bolivia.html); *Bolivia Threatens to Withdraw Malku Khota License*. En: *Mining Journal*, 13 de Julio de 2012; *Jindal pulls out of Bolivia in wake of dispute*. En: *Mining Journal*, 20 de Julio de 2012, 2.

(96) *Ibidem*.

(97) *Fraser Institute Survey 2012*; p. 12; *Behre Dolbear 2012 Rankings*, 2.



John P. Williams

La voluntad de las empresas estatales chinas de invertir en consorcios con las compañías estatales mineras de Venezuela, Bolivia y Ecuador les ofrece acceso a capital en el corto plazo que puede facultarlos a efectuar mayores desarrollos. Sin embargo es probable que cuando la demanda asiática de minerales básicos y los subsidios de minerales preciosos y los precios de los productos mineros (*commodities*) bajen considerablemente, las compañías mineras estatales pasen por una metamorfosis de gallinas de huevos de oro a hoyos deficitarios, los vientos políticos cambiarán y las empresas serán privatizadas.

De otra parte, la inversión en minería en Latinoamérica va en aumento en países que han mantenido marcos legales estables pero con una evolución dirigida a una inversión sostenible en minería, especialmente en Chile, Colombia, México, Perú y Brasil. Los cambios en las leyes peruanas durante el año pasado son particularmente interesantes porque representan los esfuerzos creativos para enfrentar las dos tensiones fundamentales del derecho minero en el contexto actual: la tensión entre la participación de la comunidad local en la toma de decisiones y la normativa nacional gobernando los derechos mineros; así como la tensión entre la necesidad de inversión privada y de iniciativa privada para sustentar el desarrollo minero y el ejercicio de control soberano sobre la distribución del ingreso y la riqueza generados por los recursos minerales de la nación.

## 5. Conclusiones globales

Esta mirada a la reforma de las leyes mineras en el mundo ha sido selectiva más que comprensiva. Sin embargo, permite resaltar las preocupaciones que los países intentan enfrentar de diferentes formas. El contexto actual es uno de relativa prosperidad de la industria minera, dado que el precio de los minerales básicos ha permanecido relativamente alto y estable debido a la creciente demanda en los mercados emergentes como China, India y Brasil, mientras que el precio del oro se ha disparado debido a la recesión de 2008 y la falta de moneda para recuperar sustancialmente los déficits presupuestales que traen abajo las economías que los sustentan. En dichas circunstancias, las empresas mineras están compitiendo por recursos relativamente escasos, y las nuevas empresas

mineras de las economías emergentes están sobresaliendo por sí mismas como inversionistas y operadores internacionales importantes. Dado el elevado interés global en sus recursos patrimoniales, muchos países están buscando maximizar la participación de sus economías en la riqueza generada por sus recursos; pero algunos lo hacen con mejor sostenibilidad que otros.

La tensión clásica del derecho minero se ha evidenciado mucho más. Con respecto al control soberano contra la iniciativa privada, existe un espectro de enfoques que van desde confirmar el rol del estado como regulador y no operador en Finlandia y Perú, hasta aumentar los requerimientos de capital estatal gratuito en Mongolia, Guinea y Mali, o los requerimientos de participación local mayoritaria en Indonesia y Zimbabue y la nacionalización efectiva de la industria minera en Venezuela y Bolivia. Los contratos con cláusulas de estabilización han sido, están siendo o podrían ser renegociados con miras a imponer nuevos términos fiscales en Indonesia, Guinea, Mali, Ghana, Ecuador, Perú y Bolivia.

Requerimientos para crear mayores conexiones sostenibles con la economía del país anfitrión y las comunidades (por ejemplo, la tensión entre lo nacional y lo local) han sido promulgados en, Finlandia, Ghana, Guinea, Indonesia, Kazajstán, y Perú, entre otros lugares. En corto, los gobiernos nacionales se han vuelto activistas en dirigir la forma en que las empresas mineras afectarán la economía local del país anfitrión.

El Banco Mundial ha publicado recientemente un nuevo libro titulado *Rents to Riches? The Political Economy of Natural Resource-Led Development*<sup>(98)</sup>, que ofrece un profundo análisis de por qué ciertas políticas en ciertos

(98) BARNA y otros, nota al pie 25 supra.

## Tendencias y tribulaciones globales en la regulación minera

### *Global trends and tribulations in mining regulation*

contextos nacionales han sido exitosas o han fracasado en promover el desarrollo sostenible del sector minero del. Los autores enfatizan que no existe un modelo único para la reforma regulatoria en economías de recursos minerales, dada la diversidad de estructuras políticas, capacidades institucionales y características demográficas entre los países. Se sugiere que la reforma debe estar basada en cuál es el mejor modelo para una situación geopolítica particular. Los autores proponen, sin embargo, que la intervención del gobierno en el sector funciona mejor cuando ofrece incentivos en las siguientes tres áreas:

- a) Extender el horizonte temporal. Solo así se aumenta la credibilidad entre distintos periodos de tiempo; por ejemplo, enfocándose en un proceso simple y reglado para otorgar concesiones minerales que minimice la incertidumbre del inversionista y mejore la predictibilidad.
- b) Promover la movilización de los *stakeholders* para cooperar con la administración de recursos naturales, aumentando para ello la inclusión política; que a su vez mejora el compromiso para revelar y utilizar eficientemente las rentas

de los recursos en proveer infraestructura para la nación y las comunidades afectadas.

- c) Concentrarse en el desarrollo de las capacidades institucionales en el sector de recursos naturales para proveer funcionalidad, incluso cuando las dinámicas de política económica más amplias sean perversas.

Estas son sugerencias prácticas contra las que las reformas legislativas pueden fácilmente ser comparadas y evaluadas. La reciente ola de reformas incluye ejemplos de (i) reformas moderadas cuidadosamente evaluadas para lograr objetivos realistas y muy específicos, así como (ii) otros ejemplos de repetición de políticas pasadas que ya han sido previamente implementadas y han demostrado ser insostenibles.

Siempre existirá tensión en el derecho minero entre el deseo de control soberano y la necesidad de iniciativa privada. Igualmente, siempre existirá tensión entre la legislación nacional y el impacto local. Algunos países han demostrado la madurez y sabiduría que mantiene estas tensiones más o menos en equilibrio, lo cual que permite la explotación sostenible de recursos naturales, conscientes de la realidad de que cualquier balance probablemente sea solo temporal y requiera reajustes de tiempo en tiempo. Dichos países son exitosos hoy en día, han sido exitosos en el pasado durante la baja (*downside*) del ciclo de la industria minera y están posicionados para continuar sobrepasando los desafíos de desarrollo sostenible basado en la explotación de recursos naturales en el futuro. 