



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO MINERO Y AGUAS

**EMPRESA MINERA Y COMUNIDAD INDÍGENA: ANÁLISIS DE LOS
BENEFICIOS COMPARTIDOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA
LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA**

ALEJANDRA CAROLINA DONOSO RAMOS

Tesina presentada en la Facultad de Derecho, de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Magister en Derecho Minero y Aguas.

Profesor Guía: **Jorge Arturo Burgos Arredondo**

Santiago, Chile

2020

INDICE

	Páginas
-Introducción _____	3
-Capítulo Primero: Responsabilidad Social; Licencia Social y Beneficio Compartido _____	6
Responsabilidad Social Empresarial_____	6
Licencia Social para operar y pueblos indígenas_____	9
Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo_____	11
Beneficio Compartido y el derecho al reparto de beneficios económicos de los Pueblos Indígenas como medio de solución de conflictos_____	13
El Convenio N°169 y sus requerimientos constitucionales_____	17
Sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos “Saramaka v/s Surinam”_____	19
Caso práctico chileno_____	20
-Capítulo Segundo _____	22
Tierra Indígena_____	22
Áreas de desarrollo indígena_____	23
Áreas de influencia de un proyecto_____	24
-Capítulo Tercero: Donación _____	26
-Capítulo Cuarto: Gasto _____	29
Concepto y normas donde está regulado_____	29
Artículo 21 de la Ley sobre impuesto a la renta o bien, la denominada “Norma sanción”_____	30

Gasto relacionado con la Responsabilidad Social Empresarial y su tratamiento tributario_____	32
Reforma tributaria y observaciones del Consejo Minero al proyecto de Ley_____	34
-Capítulo Quinto: Hipótesis en relación con cada una de las instituciones analizadas_____	39
-Conclusiones_____	43
-Bibliografía_____	45

INTRODUCCIÓN

Poner en marcha un proyecto minero requiere ir desarrollando en forma paralela varias etapas y además se necesita de personal capacitado, altos montos de inversión, y cumplir con la normativa nacional e internacional vigente.

Dentro de la legislación internacional señalada en el párrafo anterior, encontramos el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo¹. Este instrumento señala una serie de obligaciones para los Estados firmantes las que podemos clasificar en tres ámbitos: el primero de ellos es la consulta indígena, que es parte de lo que se entiende como participación indígena; el segundo ámbito es referente al territorio indígena y a los recursos naturales existentes en ellos - debemos considerar el aspecto de territorio no sólo desde el punto de vista jurídico, sino, que importa desde el concepto de cosmovisión que manejan los pueblos originarios como una forma de ver el mundo como un todo integrado. Por último, como tercer ámbito nos encontramos con el objeto de este estudio a través del concepto de “*beneficio compartido*”. Este concepto será desarrollado principalmente a través del artículo 15 inciso 2° del Convenio 169 el cual nos dice: “...*Los pueblos interesados deberán, siempre que sea posible, participar en los beneficios que reporten tales actividades...*”, esta norma, como analizaremos en su momento, podría reinterpretarse y dejar de tener un carácter programático como ya había sido fijado por el Tribunal Constitucional, y darle un carácter de derecho sustantivo al no sancionarse su ejecución por la Administración Tributaria.

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

1.- Abordar brevemente el concepto de “*beneficio compartido*” considerando su evolución histórica.

¹ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales es el principal instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos originarios, adoptado el 27 de junio de 1989.

2.- Definir conceptos como tierra indígena, donación y gasto tributariamente aceptados y vincularlos con la hipótesis de este trabajo.

3.- Por último, determinar si los desembolsos de dinero comprometidos en un contrato o acuerdo entre la empresa minera y uno de los stakeholders principales como lo es la comunidad Indígena, pueden ser considerados como gasto necesario para producir renta, o bien, si estos desembolsos constituyen un aporte o entrega gratuita e irrevocable de sumas de dinero a terceros, que correspondería tratarlas como una donación cuyo tratamiento es de gasto rechazado afecto a la tributación del artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, es decir, el monto entregado gravarlo con un impuesto equivalente al 40%.

En la actualidad, la minería avanzó en temas de Responsabilidad Social Empresarial que en gran medida es ejecutada a través de la donación, no obstante atendida la relevancia que tienen los Pueblos Indígenas, creemos importante que el concepto de Beneficio Compartido empiece a ser aplicado de manera más frecuente y de la manera correcta en las negociaciones entre empresas y pueblos indígenas, sin tener una sanción.

Lograremos estos objetivos a través del método deductivo, y considerando el Convenio N° 169 como un instrumento que establece obligaciones para el Estado chileno, que deben ser cumplidas a través de la dictación de diferente normativa interna como también a través de la correcta interpretación que fortalezca la aplicación de este Tratado.

Nuestra estructura de trabajo estará dividida en cuatro capítulos. El primer capítulo corresponde al concepto de Beneficio Compartido partiendo por la RSE y su evolución, hasta llegar al concepto analizado. Revisaremos una sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos donde se interpreta de manera práctica algunos conceptos necesarios para entender nuestro trabajo; y vincularemos esto a un caso práctico chileno donde se aplica el concepto de Beneficio Compartido entre una empresa y los Pueblos Originarios.

En el capítulo segundo nos referiremos a lo que entenderemos como tierra indígena y el área de influencia de un proyecto.

En el capítulo tercero nos referiremos a la donación, tema necesario a tratar pues es a través de este instrumento las empresas actualmente se hacen cargo de la Responsabilidad Social Empresarial con los pueblos originarios.

En el capítulo cuarto, desarrollaremos el concepto de gasto a la fecha de esta tesis² y cuál sería a nuestro entender el tratamiento tributariamente adecuado para los gastos vinculados al concepto de Beneficio Compartido.

En el último capítulo, en relación al marco teórico, analizaremos las diferentes instituciones que estudiaremos de una manera orgánica y armónica con leyes nacionales e internacionales relacionadas al tema de estudio.

Por último, desarrollaremos las conclusiones de la investigación.

² 12 de enero de 2020.

CAPITULO PRIMERO: RESPONSABILIDAD SOCIAL; LICENCIA SOCIAL y BENEFICIO COMPARTIDO.

I.- Responsabilidad social empresarial

1.- Concepto y evolución:

La Responsabilidad Social Empresarial, en adelante la llamaremos RSE se vincula a la idea de una conciencia corporativa, es decir, que la empresa se comporte como un ciudadano responsable, capaz de adelantarse a las necesidades de la sociedad y sus habitantes, y generar soluciones que contribuyan a su sustentabilidad futura. A través del desarrollo de este foco de acción, la empresa, será ampliamente retribuida en imagen, reputación y ahorro de costos. Estos beneficios serán palpables sólo en la medida que la empresa y sus trabajadores participen íntegramente en la aplicación de estos objetivos.

Uno de los conceptos más aceptados es el siguiente: *“La responsabilidad social empresarial (RSE) es una herramienta de gestión empresarial, una nueva visión de negocios, que incorpora la preocupación por el desempeño económico de la empresa y su impacto en los stakeholders. Es una actitud estratégica que se manifiesta en la capacidad de la empresa para oír, comprender y satisfacer las expectativas e intereses legítimos de sus diversos públicos.”*³

En la práctica nos encontramos con varias definiciones realizadas por organismos que se relacionan con el tema, como instituciones de carácter empresarial, nacionales e internacionales, quienes de acuerdo a su propia visión les entregan dimensiones operativas, pragmáticas, equiparando este concepto a otros como son sustentabilidad y ciudadanía corporativa.⁴

³ “El ABC de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile y el Mundo”, publicación de Acción Empresarial, diciembre 2003, pág. 7

⁴ Destacan las definiciones de la Comunidad Europea, la OCDE y World Business Council on Sustainable Development .

2.- Desarrollo de la Responsabilidad Social en Chile

En Chile, como queda estipulado en el documento preparado para la Quinta Conferencia Internacional de la Sociedad Internacional de la Investigación del Tercer Sector, los particulares desde la época de la colonia han tenido iniciativa en el ámbito social; iniciativa que se encausaba hacia los más desposeídos a través de la Iglesia Católica. En el siglo XIX, a raíz de un Estado débil, socialmente hablando, estas iniciativas particulares continúan organizándose, considerando un buen ejemplo la creación de las Cajas de Compensación.⁵

El origen de la RSE responde inicialmente a un interés filantrópico, que obedecían más que nada a las creencias y valores del dueño de la empresa y de sus ejecutivos, por lo que no existía una estrategia de negocios enfocada a semejante tarea.⁶

⁵ Documento preparado para la 5° Conferencia Internacional de la Sociedad Internacional de la Sociedad Internacional de la Investigación del Tercer Sector. Copa Town Sudáfrica, 2002. "Responsabilidad Social Empresarial en Chile; Perspectiva para una Matriz de Análisis", Teixido, Soledad; Chavarri, Reinalina; Castro, Andrea. [en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <<http://prohumana.cl/documentos/documentoafrika2002.pdf>>

⁶A partir de 2002, los gremios empresariales han comenzado a participar activamente en la promoción de la RSE. Ejemplos de gremios empresariales que han sido actores principales en el desarrollo de la RSE:

- Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA): Esta asociación creó en 1992, el Consejo del Área de Desarrollo Social, y en el 2002 toma el nombre de Responsabilidad Social Sofofa a través de las cuales lleva acciones sociales impulsadas desde las empresas o directamente por la Sofofa en vivienda, educación, salud, deporte y otras.
- Cámara Chilena de la Construcción: Desde sus orígenes, ha efectuado acciones dirigidas a favorecer el bienestar de los trabajadores y contribuir al desarrollo social del país a partir de estas actividades.
- Sociedad Nacional de Minería: Su aporte en este ámbito es la creación en el año 2000 de la Fundación Educacional de la Minería, a través de la cual se trata de facilitar el acceso al saber en todos los ámbitos y dar nuevas oportunidades en el plano profesional, cultural y económico.
- Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile: Ha mantenido una actividad de cooperación y participación en el desarrollo de varias actividades de beneficencia, culturales, deportivas y ambientales.
- Sociedad Nacional de Agricultura: En 1976 la Asociación creó la Corporación de Desarrollo Social del Sector Rural, CODESSER, con el fin de colaborar al mejoramiento de las condiciones educativas, culturales y técnicas de las personas vinculadas a la actividad rural.
- Cámara Nacional de Comercio: En 1979 creó la Corporación de Capacitación que es un organismo técnico intermedio (OTIC) que presta servicios en el área de capacitación, por medio del 1% que le

El 3 de junio de 2013 Chile crea oficialmente el Consejo de Responsabilidad Social para el desarrollo sostenible a través del D.S. N° 60 liderado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. El principal objetivo de este Consejo es la asesoría en la elaboración de políticas públicas relacionadas con la Responsabilidad Social. Es un órgano coordinador entre los organismos de la Administración del Estado, el sector privado y la sociedad civil para los temas relacionados con Responsabilidad Social. También identifica e informa al Ministro de Economía, Fomento y Turismo acerca de políticas, buenas prácticas e iniciativas en el campo de la Responsabilidad Social que se estén generando en el ámbito nacional e internacional, además, le propone medidas y acciones de política pública en materia de Responsabilidad Social.⁷

3.- Beneficios para el negocio:

Entre los principales beneficios para las empresas que aplican la RSE por mencionar algunos nos encontramos con:

- i.- Mejoramiento del Desempeño Financiero:
- ii.- Reducción de costos operativos:
- iii.- Mejora de la Imagen de Marca y Reputación:

El comportamiento que tiene una empresa al asumir la RSE puede deberse a diferentes factores, por ejemplo, puede ser por convicciones personales del dueño de una empresa, por una búsqueda de mejorar los resultados económicos, por la presión social o por condiciones de mercado. Estos factores funcionan como principales motivadores para presionar a la empresa para que ésta incremente su

administra a sus asociados. A finales de 2002 firman un convenio de trabajo con Acción Empresarial, con el fin de impulsar proyectos relacionados con RSE.

⁷ Consejo de responsabilidad social para el desarrollo sostenible. [on line]<<https://www.economia.gob.cl/subsecretarias/economia/consejos-publico-privado/consejo-de-responsabilidad-social-para-el-desarrollo-sostenible>> Fecha consulta junio 2019.

papel en la sociedad, esperando complementar o sustituir lo que el Gobierno es incapaz de proporcionar.⁸

II.- Licencia social para operar y pueblos indígenas:

Un concepto que hay que mencionar es el concepto de “licencia social para operar” muy relacionado con la Responsabilidad Social ya desarrollado, dado que las comunidades como los gobiernos tienen cada vez mayores expectativas de diversa índole, tanto económicas como beneficios en general, de las empresas mineras que operan en sus territorios.⁹

Como ya lo hemos señalada hay diferentes organismos, como organizaciones de vecinos, comunidades, autoridades que presionan cada vez más a las empresas mineras para que adopten un papel protagónico frente a las comunidades indígenas, para que las apoyen con diferentes beneficios como infraestructura social, logística, desarrollos para la comunidad y prácticas de contratación, exigiéndoles en definitiva ser unos “buenos ciudadanos”.

En el mes de octubre se realizó el foro organizado por Voces Mineras A.G el cual trató los retos que implica la licencia social para operar en minería, Juan Rayo, líder del Comité Organizador del foro opina que la minería en Chile uno de los mayores riesgos que corre es por un lado no obtener los permisos para realizar el proyecto o perder estos permisos y no poder seguir operando, y por otro lado obtener la aceptación de las comunidades aledañas, de lo contrario se ve afectada la licencia social para operar.¹⁰

La licencia social descansa en las creencias, percepciones y opiniones mantenidas en la comunidad donde el proyecto minero va a desarrollar sus faenas

⁸Briceno García, Arturo; Lavin Verastegui, Jesús y García Fernández, Francisco.” Análisis exploratorio de la responsabilidad social empresarial y su dicotomía en las actividades sociales y ambientales de la empresa”. [en línea]. Fecha de consulta marzo 2020 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-10422011000100005&lng=es&nrm=iso>.

⁹ Thomson, Ian; OnCommonGroundConsultants Inc., Vancouver, Canadá “La Licencia Social para operar”.. [en línea]. Fecha consulta abril 2019. <https://www.stakeholder360.com/La_Licencia_Social_SME_capitulo_2011_espa%C3%B1ol.pdf>

¹⁰ “Un debate necesario: La Licencia Social para operar en Chile”. Foro organizado por asociación gremial Voces Mineras y Colegio de Ingenieros, 13 de noviembre. Santiago, Chile.

acerca del proyecto mismo; por lo tanto, la licencia es otorgada por la misma comunidad. Esta licencia social tiene un carácter dinámico porque estas creencias, opiniones y percepciones pueden ir cambiando en la medida que haya nueva información, entonces, la Licencia Social debe ser ganada y luego mantenida.¹¹

La Licencia Social la definimos como existente cuando una mina o proyecto cuenta con la aprobación continua de la comunidad local, aprobación continua o amplia aceptación social, y más frecuentemente como aceptación continua. La diferencia entre aprobación que es tener una opinión favorable, estar de acuerdo, o estar satisfecho con algo; y aceptación que es la disposición a tolerar, estar de acuerdo, o consentir.

Cuando la Licencia Social alcanza un nivel alto es claramente lo más óptimo para todos los involucrados, empresa, comunidades y en general organismos con interés en el proyecto, pues de esta manera una porción substancial de estos grupos de interés incorporan a la mina o proyecto en su identidad colectiva, de esta manera la comunidad se transforma en promotor o defensor de la mina o proyecto pues se consideran copropietarios de la misma y emocionalmente se sienten que el futuro del proyecto o de la mina les pertenece.

También es importante recalcar que por lo general una Licencia Social es otorgada para un sitio en específico, por lo tanto, una empresa minera puede tener una Licencia Social para una mina u operación en específico, pero no para otra, aunque ambas minas u operaciones pertenezcan a la misma empresa.

Mientras más territorio abarque los efectos del proyecto, operación o mina, más dificultoso será obtener la Licencia Social, pues el grupo de interés, que esencialmente es de carácter heterogéneo y que no necesariamente son parte de una comunidad geográfica, sino que comparten el hecho de que son o pueden ser afectados por la operación. Cuando hablamos de grupo de interés debemos entender que la Licencia Social no es otorgada por un solo grupo o comunidad, es

¹¹ Acciona. Sostenibilidad para todos. “Licencia social para operar: El diálogo como requisito empresarial”. [en línea]. Fecha consulta marzo 2020. <<https://www.sostenibilidad.com/desarrollo-sostenible/licencia-social-operar-dialogo-requisito-empresarial/>>.

una aprobación colectiva, otorgada por un conjunto de comunidades, individuos o grupos, por lo que si sólo tenemos un puñado de partidarios en un mar de oposición hacia la operación la Licencia Social no ha sido realmente otorgada.

Actualmente, a raíz de la política indígena que han impulsado los diferentes Gobiernos donde el énfasis está puesto en lograr la productividad de las tierras indígenas para lo cual se promueven alianzas entre las comunidades y los inversionistas que quieren operar en sus tierras, la forma correcta para lograr que una operación minera pueda lograr su objetivo es desarrollar una comunicación temprana con la Comunidad que habita en el territorio donde va a funcionar la mina, a través de esta comunicación se debe lograr una confianza entre la misma comunidad y la empresa, para ello el desarrollo del proyecto debe entender las necesidades, aspiraciones y cultura de la comunidad en que se inserta. Actualmente el punto de partida de todo proyecto minero es completamente diferente a como lo era antiguamente, y tendrá mucho más éxito en la medida que los líderes comunitarios y los mismos inversionistas estén dispuestos a ceder en sus objetivos en pro de un fin compartido.¹²

III.- Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo:

Es numerosa la normativa internacional referente a pueblos indígenas, entre las declaraciones adoptadas por Chile tenemos a la Carta de las Naciones Unidas; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

¹² Subsecretaría de Minería. Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo. “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile”. [en línea]. Fecha consulta mayo 2019. <[http://www.codexverde.cl/wp-content/uploads/2014/03/Empresas Mineras y Pueblos Indigenas en Chile.pdf](http://www.codexverde.cl/wp-content/uploads/2014/03/Empresas_Mineras_y_Pueblos_Indigenas_en_Chile.pdf)>.

A modo de ejemplo de los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes nos encontramos con la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, promulgado en Chile en el año 1971; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, promulgado en Chile en el año 1989; y Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, promulgado en Chile en el año 1989.

Otra importante herramienta internacional relativa a materia indígena es el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Pacto que fue nuevamente ratificado por nuestro país.¹³ Frente a la temática indígena podemos señalar lo siguiente: *“El Estado de Chile ha ido dictando diferente normativa con el fin de hacerse cargo de las obligaciones internacionales contraídas y de las necesidades propias que los tiempos van exigiendo. Entre las distintas normativas encontramos muchas de carácter ambiental como por ejemplo la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente¹⁴. Y también encontramos legislación referente a los pueblos indígenas como la Ley 19.253 sobre Pueblos Indígenas¹⁵.”*

Como resultado del conjunto de normativas dictadas que tienen como principal foco a los pueblos indígenas, cuyo objetivo es el respeto, protección y promoción a su desarrollo y protección a sus tierras a través de una adecuada explotación, quedando estipulado en el art. 1° inc. 3° de la Ley 19.253; y, por otro lado, se encuentra el Estado, principal titular de estas acciones, pero también nos encontramos con los titulares de proyectos mineros a quienes estas obligaciones, podríamos señalar que en carácter subsidiario, les son directamente aplicables.

Dentro de estas obligaciones legales nos encontramos (sólo a modo de ejemplo pues las obligaciones son de diversa índole y características que no abordaremos en este trabajo) el derecho a consulta que se encuentra en diferente normativa como es en la Ley 19.300 y en la Ley 19.253, ambas ya aludidas, y en

¹³ <https://www.pressreader.com/>. Consultado el 7 de mayo de 2019.

¹⁴ Ley N° 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente. Publicada el 9 de marzo 1994.

¹⁵ Ley 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. Publicada el 5 de octubre 1993.

el Reglamento 40¹⁶ y en el Decreto 66¹⁷. Este derecho a consulta es de tal importancia que el no realizarlo de la manera correcta y bajo altos estándares profesionales y amparado principalmente por el principio de buena fe, puede resultar en la no aprobación de la Resolución de Calificación Ambiental, gestión sine qua non, no es posible al titular de un proyecto minero comenzar a desarrollar su actividad económica. O incluso, puede resultar en que mediante resolución judicial esta Resolución de calificación ambiental aprobada sea anulada hasta que el trámite de consulta sea realizado como corresponde, así queda de manifiesto en una sentencia de la Corte Suprema del año 2012¹⁸.

Como resultado de lo anteriormente señalado los titulares de los proyectos mineros han comenzado a desarrollar relaciones cada vez más tempranas con los pueblos indígenas que habitan en los territorios donde la actividad económica va a desarrollarse, lo que se traduce en beneficios mutuos, por un lado el titular del proyecto puede desarrollar su proyecto con la respectiva tranquilidad de estar cumpliendo con lo exigido; y, por otro lado, la comunidad obtiene beneficios de diferente índole al permitir que el proyecto se desarrolle en sus tierras.

IV.- Beneficio Compartido y el Derecho al comparto de beneficios económicos de los pueblos indígenas como medio de solución de conflictos.

El origen del concepto de “beneficio compartido” se encuentra en el artículo 15 inciso 2° del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁹. Si bien quedó claramente establecido por nuestro

¹⁶ Reglamento N° 40. Aprueba Reglamento sobre evaluación ambiental. Publicado 12 de agosto 2013.

¹⁷ Decreto N° 66. Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra A) y N° 2 del Convenio N°169 de la OIT. Publicada 4 de marzo 2014.

¹⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 2211-2012, Caratulado: “Comunidad agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de evaluación III Región de Atacama”.

¹⁹ Artículo 15 inciso 2° del Convenio de la OIT: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender

Tribunal Constitucional el carácter programático de esta disposición en el considerando 73 de la sentencia del requerimiento que solicitó su pronunciamiento al basarse en la frase “**siempre que sea posible**” ajustándose su aplicación al régimen constitucional y legal de la propiedad minera, no es menos cierto que el Estado de Chile al haber ratificado dicho Convenio debe instar el desarrollo de herramientas para lograr que estas normas de carácter programático se conviertan en normas obligatorias.

Dentro de estos beneficios encontramos el “**beneficio compartido**”, definido principalmente en el Convenio N° 169 como: “**Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades**”. Este beneficio se traduce en un convenio cuyas partes son la comunidad indígena, comunidad que se encuentra en el territorio donde la actividad económica va a desarrollarse y el titular del proyecto, quien se compromete a repartir el porcentaje de utilidades acordado en el convenio.

Este convenio que contiene el beneficio compartido se puede dar en dos claras etapas dentro del proyecto y ambas, hasta el día de hoy, tienen implicancias tributarias diferentes. La primera etapa es antes de obtener la resolución de calificación ambiental; la segunda ocurre cuando el proyecto ya se encuentra en ejecución, pero por diversas razones ambas partes, tanto la comunidad indígena y el dueño del proyecto deciden, como una forma de mejorar sus relaciones, firmar este tipo de convenio.

El objetivo del Convenio 169 es que los Estados se comprometan a asegurar a los Pueblos Indígenas el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, por lo que los mismos Estados deben obligarse a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar a

o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. Convenio 169 de la OIT,

las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas.

Si el Estado de Chile continúa en su camino de proteger y lograr los objetivos a los cuales se comprometió, en forma especial, en el Convenio 169, debería permitir compartir los beneficios económicos obtenidos por la explotación del territorio con sus ancestrales ocupantes sin sancionarlos.

El artículo 15 en su numeral 2 del Convenio, establece que los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de estas.

Cabe hacer una mención al caso peruano, donde el abogado don Luis Andrés Roel Alva en su publicación hecha en la Revista Internacional de Derechos Humanos²⁰, nos señala que en el caso peruano el Convenio 169²¹, el Tribunal Constitucional peruano reconoce de manera uniforme y reiterada el carácter vinculante de las normas y pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo²², además señala que no es necesaria la existencia de una norma interna que desarrolle el contenido del Convenio 169 para que produzca efectos jurídicos en el plano interno, ya que si fuese de este modo sería incumplir con las obligaciones asumidas por el Estado peruano con los entes internacionales. En el caso peruano, tal como lo señala el abogado en comentario, el Convenio 169 ostenta rango constitucional dentro del ordenamiento interno peruano.

²⁰ Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2012 Año II-Nº2, “El derecho al compartido de beneficios económicos de los pueblos indígenas”- Roel Alva, Luis Andrés. [en línea]. Fecha de consulta marzo 2019.<www.revistaidh.org>.

²¹ Ratificado por el Estado peruano el 02 de febrero de 1994 pasó a formar parte del derecho constitucional interno por Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 2 de diciembre de 1993.

²² “...habiéndose aprobado el Convenio N°169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explica el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar-normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.” (STC. N° 3343-2007-PA/TC, f.j.31).

Frente al artículo 15 del Convenio 169, la Doctrina²³ peruana señaló que el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente: *“...cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales.”* A continuación agrega que: *“...la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia, sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos”* (STC. N° 0022-2009-PI/TC, f.j.52).

A pesar de lo dicho por el Tribunal Constitucional peruano, tal como lo ha dicho el abogado don Luis Roel: *“...es necesario que el Estado peruano analice su papel en relación a la efectivización de los derechos de los pueblos indígenas, y en especial del Convenio 169, ya que se puede evidenciar que se está vulnerando de manera manifiesta instrumentos internacionales que generan una responsabilidad internacional, más aún, cuando se han generado conflictos sociales entorno a las desigualdades económicas y las vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas en el Perú”*. De este modo, como lo señala el español Javier Arellano en una publicación en un diario al investigar cual era la causa de los conflictos sociales relacionados con las empresas extractivas en Perú concluyó: *“el daño ambiental que provocan las mineras si bien es una de las causas de los conflictos sociales en dicho país, la mayoría de los conflictos es ocasionada por el crecimiento de la rentabilidad de las minas y, por consiguiente, de los ingresos por canon de las regiones”*. A lo que don Luis Andrés Roel Alva

²³ Esta construcción es desarrollada por la obra citada considerando la posición del Tribunal Constitucional como *“...un nuevo rumbo y tiempo en las luchas de los pueblos indígenas, en lo referido a la obligación de compartir los beneficios de las actividades económicas”*),

concluye justificadamente que no existe una real oposición a las mineras, lo que realmente les molesta es que no compartan sus ganancias. Si nos comparamos al caso peruano, deberíamos llegar a la misma conclusión, señalando que una de las causas de la real naturaleza de los conflictos sociales entre pueblos indígenas y empresas mineras es la falta de equidad en los beneficios económicos entre estas comunidades y las empresas.

Si nos esforzáramos, tanto los encargados de las políticas públicas y sectoriales, se podría lograr una distribución más justa y equitativa de los beneficios del sector energético con el objeto de que los pueblos indígenas puedan percibir los beneficios que les corresponden por ser directamente afectados por la actividad extractiva.

V.- El Convenio 169 y sus requerimientos constitucionales

Al hablar del periodo de ratificación del Convenio 169 en nuestro país debemos hacer una obligatoria referencia de los requerimientos constitucionales hechos, al respecto debemos señalar dos requerimientos, en los años 2000 y 2008, respectivamente.

El primer requerimiento fue en el año 2000, sentencia Rol 309 / 2000, fue con motivo de la tramitación del Convenio en la Cámara de Diputados. Este requerimiento fue presentado por un grupo de diputados quienes presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional quienes hicieron uso de la consulta facultativa de constitucionalidad. Este requerimiento busca la inconstitucionalidad de forma y de fondo. En términos generales, y a modo de ejemplo, la inconstitucionalidad de forma es planteada dentro de los siguientes términos: El Convenio 169 no fue aprobado con el quórum necesario para una Ley Orgánica Constitucional, sino que el de una ley común. La sentencia del Tribunal Constitucional señala que: “***no se puede privar de relevancia jurídica el que se***

aprobará como un todo cumpliendo con 72 votos, es decir con un quórum superior a las cuatro séptimas partes de los diputados en ejercicio”²⁴

La inconstitucionalidad de fondo por otro lado se basa en que el Convenio 169 contraviene las bases de nuestra institucionalidad al reconocer a los pueblos indígenas como sujetos jurídicos de derecho público.²⁵

Los recurrentes buscaban declarar la inconstitucionalidad de todo el Convenio en su totalidad o de determinados artículos, entre ellos el artículo N°15, señalando que mediante este artículo el dominio del Estado, en relación a la actividad minera, se ve afectado y así también el derecho real de quienes poseen concesiones mineras, al imponerse limitaciones a favor de un grupo étnico, transgrediendo lo dispuesto por el artículo 19 N°24 de nuestra Constitución, en lo que al derecho de propiedad respecta. La Sentencia del Tribunal Constitucional señala que la supuesta inconstitucionalidad sería relativa al segundo numeral del artículo y que se constituye, al igual que las anteriores, como ya hemos señalado en el desarrollo de este trabajo como una norma programática, señala además que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna, el propio Código de Minería contempla un procedimiento judicial en el que ante una violación de sus derechos todos los interesados tienen derecho a ser escuchados. Además, sostiene que la indemnización es procedente siempre que sea posible.²⁶

El segundo requerimiento fue en el año 2008, Requerimiento N° 1050/2008, por oficio la Cámara de diputados envió al Tribunal Constitucional el proyecto de

²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 309/2000, pág. 35. “Lo anterior se traduce en que las disposiciones de dicho convenio que son propias de leyes orgánicas constitucionales y que forma parte del todo aprobado, cumplieron con el quórum exigido”.

²⁵Ibíd. Pág.14, en este sentido podemos hacer referencia a la siguiente cita: “Los diputados requirentes sostenemos que quienes promueven esta iniciativa, pretenden modificar la estructura del Estado y el concepto y el ejercicio de la soberanía sin reforma constitucional previa, segregando a los chilenos de origen indígena del resto de la comunidad nacional”, pág.2. Además, sostienen que el Convenio 169 estaría “transfiriéndoles atribuciones que implican un claro ejercicio de la soberanía, comprometiéndose incluso a respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos...”.

²⁶Ibíd., pág. 58. Cierra la discusión señalando: “deberá concluirse, en consecuencia, que el texto del artículo 15 del Convenio, por los motivos expresados, especialmente por su naturaleza programática, no infringe, por sí mismo, la preceptiva constitucional”

acuerdo aprobatorio del Convenio 169 para que, al alero de lo dispuesto en el artículo 93 número uno inciso primero de nuestra Carta Fundamental, ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los artículos 6 número uno letra a) y número dos, y 7 número uno oración segunda de dicho convenio. Si bien no está relacionado directamente con nuestro tema de estudio es importante mencionarlo pues son normas que regulan métodos de participación para los pueblos indígenas a nivel municipal, regional y nacional. En su sentencia el Tribunal Constitucional reitera que las normas citadas regulan materias propias de leyes orgánicas constitucionales y que respecto a la aprobación del convenio se deja constancia que en ambas cámaras se ha cumplido con las mayorías requeridas por la Carta Fundamental, declarando constitucionales ambas normas.

VI.- Sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos: “Saramaka v/s Surinam”

El 12 de agosto del año 2008, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia con carácter de interpretativa; sentencia vinculante para todos los Estados parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también vinculante para Chile.

Dentro de los puntos que Surinam pidió interpretación de la sentencia nos encontramos con a quien debe darse “justa compensación”. Ante lo cual la participación efectiva debe promoverse con el objetivo de llegar a un acuerdo.

Don Fergus Mackay²⁷ interpreta esta sentencia y señala que, en relación con la participación en los beneficios, la Corte rechaza el argumento de Surinam de que el Estado debe determinar los beneficiarios y señala que éstos se

²⁷ Centro de políticas públicas. “Nueva sentencia de la CIDH en el caso Saramaka. Implicancias para los pueblos indígenas.[en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/siddhh/cidh/111-nueva-sentencia-de-la-cidh-en-el-caso-saramaka-implicancias-para-los-pueblos-indigenas-.html>>.

determinarán “en consulta con el pueblo Saramaka, y no unilateralmente por el Estado”. También explica que el mecanismo para determinar los beneficiarios debe estar incluido en las medidas legislativas ordenadas por la Corte, que deben ser adoptadas también con la participación efectiva de los Saramaka; y continúa diciendo que si hay algún conflicto interno entre los Saramaka sobre quienes deberían ser los beneficiarios, esto deberá resolverlo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales y no por el Estado o esta Corte en el presente caso.

En el punto N°24 de la sentencia queda establecido lo siguiente: *“Tal y como se señaló, en el punto resolutivo 8 de la sentencia, leído conjuntamente con el párrafo 149 (d) de la misma, el tribunal ordenó al Estado: adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka [...] compartir razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos de desarrollo e inversión”*.²⁸

Esta sentencia es importante mencionarla y tiene relación directa con el presente trabajo pues hace un reconocimiento explícito y desarrolla el concepto del derecho a compartir los beneficios que se obtengan de la explotación de los recursos naturales que se extraigan de los territorios de los pueblos indígenas.

VII.- Caso práctico chileno

En Chile una de las primeras empresas que firma un acuerdo donde el “*beneficio compartido*” con las comunidades indígenas es Albemarle Corporation. Albemarle a través de la firma del llamado acuerdo de asociatividad (acuerdo de Cooperación, Sustentabilidad y Beneficio Mutuo), en enero del año 2016, a través del cual se compromete a extender los beneficios de su operación a 18 comunidades indígenas que componen el Consejo de Pueblos Atacameños.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 12 de agosto de 2008, (interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf>

Este acuerdo se puede entender porque las reservas de litio del Salar de Atacama se encuentran en áreas de importancia cultural para estas comunidades indígenas. Este proceso de acercamiento entre la empresa y las comunidades indígenas comenzó en el año 2012 finalizando en el compromiso por parte de la empresa de entregar el 3,5 % de las ventas de Carbonato de Litio y de Cloruro de Potasio producidos en la Planta Salar y desarrollar un trabajo conjunto para monitorear y vigilar los recursos ambientales del Salar de Atacama. A través de este convenio se logra convertir a las comunidades indígenas en socias, no sólo comparten con ellos los beneficios económicos, potencian su propio desarrollo, y se trabaja en forma conjunta para garantizar la explotación sustentable del Salar de Atacama.²⁹

²⁹ Albemarle Corporation, “Comunidades”. [en línea]. Fecha consultada octubre 2019. <<http://www.albemarlelitio.cl/careers/comunidades>>.

CAPÍTULO SEGUNDO: TIERRA INDÍGENA; ÁREA DE DESARROLLO INDÍGENA; ÁREA DE INFLUENCIA DE UN PROYECTO.

Para desarrollar la hipótesis de nuestro trabajo es necesario analizar un requisito esencial a través de diferentes conceptos, pues como es lógico, el proyecto debe realizarse dentro de un territorio físico determinado, pero para efectos de este trabajo no es cualquier espacio, sino que debe cumplir con ciertas características determinadas que analizaremos en cada uno de los siguientes conceptos:

I.- Tierra Indígena

A través del Convenio del 169 ingresan a nuestro vocabulario jurídico nuevos conceptos que traen consecuencias jurídicas y de hecho que son de suma importancia.

Entre estos nuevos conceptos está el de “territorio indígena”. El Convenio 169 en su artículo 14 señala que: *deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.* Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. En efecto, el concepto establecido en el Convenio 169 es bastante amplio y las tierras indígenas comprenden tanto las tierras en posesión de aquellos, como los espacios territoriales que utilizan de alguna manera, como también los recursos naturales presentes en ellos.

Este concepto fue recogido por nuestra legislación en la Ley N° 19.253 de desarrollo indígena que lo recoge en forma más restringida en su artículo 12, señalándolas expresamente en sus numerales de la siguiente manera:

- 1) Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de títulos de comisario, merced, cesiones gratuitas y otras formas que el Estado ha usado para ceder.
- 2) Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta Ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad.
- 3) Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia.
- 4) Aquellas que sus indígenas o comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley.

II.- Área de Desarrollo Indígena

Las Áreas de Desarrollo Indígena, en adelante ADI, se entienden como espacios de focalización de políticas coordinadas del Estado, como lo indica la Ley Indígena en su artículo 26: "...podrá establecer áreas de desarrollo indígena que serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.", entonces a través de estas ADI se trata de impulsar el autodesarrollo o autogestión de un territorio con protagonismo indígena. Los criterios para nombrar una ADI los encontramos en el párrafo 2º del artículo señalado precedentemente como los siguientes:

- Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;

- Alta densidad de población indígena;
- Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- Homogeneidad ecológica, y
- Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de estos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna.³⁰

III.- Área de Influencia de un proyecto

En forma paralela debemos tener presente que durante el desarrollo de un proyecto minero hay que considerar el área de influencia del mismo, en adelante AI, el artículo 2° del Reglamento del Servicio de Evaluación Ambiental como: “El área o espacio geográfico, cuyos atributos, elementos naturales o socioculturales deben ser considerados con la finalidad de definir si el proyecto o actividad genera o presenta alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley, o bien para justificar la inexistencia de dichos efectos, características o circunstancias”.

Para determinar esto, el Servicio de Evaluación Ambiental, en adelante SEA, establece diversos criterios:

Criterio 1: El AI corresponde al área o espacio geográfico de donde se obtiene la información necesaria para predecir y evaluar los impactos en los elementos del medio ambiente.

Criterio 2: Cuando el Reglamento del SEIA se refiere al AI como un espacio geográfico, se entiende no sólo el espacio terrestre, sino que, dependiendo del elemento del medio ambiente receptor de impacto, éste puede ser también un espacio aéreo y/o acuático. Los elementos del medio ambiente pueden ser los siguientes: salud de la población; recursos naturales renovables, incluidos suelo,

³⁰ CONADI. Ministerio de desarrollo social. [en línea]. Fecha consulta septiembre 2018. <www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena>.

agua y aire; sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; poblaciones, recursos y áreas protegidas , sitios prioritarios para la conservación de la biodiversidad, humedales protegidos, glaciares y valor ambiental del territorio; valor paisajístico y turístico de una zona; patrimonio cultural protegido y no protegido (artículo 11 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente).

Criterio 3: La determinación y descripción del área de influencia, se debe realizar sobre los elementos del medio ambiente anteriormente señalados, con el fin de predecir y evaluar los impactos en dichos elementos, que son los receptores de impactos

Criterio 4: La lista de contenidos del AI ya citados considera tanto los elementos que son objeto de protección en el SEIA como atributos del AI.³¹

De lo anteriormente señalado se debe entender que durante la tramitación de un proyecto minero cuya Área de Influencia se superpone con un ADI, es necesario realizar la consulta indígena considerando en forma particular los aspectos de cosmovisión y territorio indígena para lo cual debemos considerar lo siguiente:

- Los lugares rituales, ceremoniales y sagrados que se expresan y localizan en el territorio sean estos naturales o culturales, materiales e inmateriales.
- Considerar los sitios arqueológicos (prehispánicos e históricos) existentes en el territorio. Cementerios, arte rupestre (pintura, geoglifos y petroglifos), arquitectura, apachetas, conchales, entre otros.
- Considerar la existencia de áreas protegidas y ecológicas del Estado o de las comunidades indígenas.
- Considerar la importancia del valor ambiental y paisajístico que otorgan las comunidades indígenas al territorio y las actividades que realizan en estos.³²

³¹ Servicio de evaluación ambiental. Guía sobre el área de influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Servicio de Evaluación Ambiental. 2017. [en línea]. Fecha consulta octubre 2018. <https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/03/guia_area_de_influencia_ajuste_10.pdf>.

CAPÍTULO TERCERO: DONACIÓN

El concepto de donación lo encontramos en el artículo 1386 del Código Civil: *“La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”*.³³

Como ya lo hemos señalado anteriormente entre los múltiples desafíos que enfrentan hoy las empresas mineras se suma las cada vez más altas expectativas que tanto los gobiernos como las comunidades esperan de estas empresas que operan en sus áreas de desarrollo, sobre todo cuando hablamos de proyectos desarrollados en Áreas de Desarrollo Indígena. Estas expectativas pueden ir desde ganancias financieras hasta beneficios específicos para la propia comunidad.

Así lo señala Alicia Domínguez, socia de Servicios Tributarios, área Minería de E&Y *“todos los actores que tienen intereses en el sector exigen a las compañías que se comporten como buenos ciudadanos”* y enfatiza que *“la minería es una de las industrias más exigidas en materia de responsabilidad social, debido a que contar con esta licencia permite o no que un proyecto sea aprobado. En el caso de la minería en particular, y por lo involucrada que está en la jurisdicción a la cual llega, debido a la forma en que invierte, a la forma física en que opera y por la manera en que se relaciona con la comunidad, tiene una exigencia mayor sobre la responsabilidad social”*.³⁴

³² Dirección general de Obras Públicas. Secretaría Ejecutiva de Medio Ambiente y Desarrollo. Santiago de Chile, julio 2016. “Pueblos Indígenas. Consulta y Territorio”. [en línea]. Fecha consulta septiembre 2018. <http://www.dgop.cl/areasdgop/semat/Documents/Pueblo_indigenas_consulta/Guia_pueblos_indigenas_consulta_y_territorio.pdf>

³³ Código Civil, Quinta Edición, Actualizada al 26 de enero de 2005, Lexis Nexis, Edición para estudiantes de Derecho.

³⁴ Minería chilena. “Como potenciar la responsabilidad social”. [en línea]. Fecha consultada enero 2019. <<http://www.mch.cl/reportajes/como-potenciar-la-responsabilidad-social/>>

Debido a esto las empresas mineras están obligadas a invertir cada vez más recursos en responsabilidad social. Para que este objetivo pueda ser desarrollado las empresas ocupan la herramienta legal de la donación, la cual puede realizarse a través de diferentes mecanismos, cada uno de los cuales tiene una muy diversa y compleja normativa³⁵.

Para efectos de este trabajo es necesario entender someramente cómo funciona el mecanismo de las donaciones, para ello nos basaremos en el “Manual de buenas Prácticas” confeccionado por el Servicio de Impuestos Internos a petición de la Contraloría General de la República³⁶

Lo primero que debemos señalar es que una donación no cumple con los requisitos generales exigidos en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por lo tanto; no puede ser deducida como un gasto necesario para producir la renta. Es por este motivo que se ha creado diversa normativa que establecen distintos beneficios de carácter tributario, lo que ha contribuido de manera directa a la proliferación de normas legales relacionadas con donaciones y su eventual complejidad, existiendo de manera transversal tanto en instituciones públicas como privadas una falta de conocimiento tributario respecto de las donaciones.³⁷

³⁵Oyarse, Alvaro y Cunill, Matias. “Filantropía en materia ambiental: hacia una normativa que incentive donaciones para financiar la protección y conservación del medio ambiente y la biodiversidad”. Revista de Estudios Tributarios Universidad de Chile, N° 22 del año 2019.

³⁶ “Manual de Buenas Prácticas sobre la aplicación de los regímenes tributarios de las donaciones”, ORD. 212, OF. Cg. N°428 de la Contraloría General de la República y OF. N° 2579 del SII., 27 enero 2016.

³⁷Expuesto lo anterior debemos señalar que las diversas leyes que han establecido beneficios de carácter tributario podemos agruparlas en dos: Un grupo de leyes con beneficios tributarios son aquellas que establecen la posibilidad que el total de la donación o una parte de ella pueda ser rebajada como un gasto de la base imponible del Impuesto de Primera Categoría, o bien, se pueda deducir de la base gravada con otros impuestos. Como ejemplo donaciones que pertenecen a este grupo nos encontramos con: Donaciones para satisfacer necesidades básicas del país en caso de catástrofes (artículo 1° y 7°, de la Ley 16.282); donaciones al Estado por ayudar a la recuperación económica del país (Decreto Ley N°45 de 1973); donaciones para fines Municipales (artículo 46, del Decreto Ley N°3.063 de 1979); donaciones para fines políticos (artículos 8 y 9 de la Ley N° 19.885); donaciones establecidas en el N°7 del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta.

El segundo grupo de leyes con beneficios tributarios son aquellas que establecen la posibilidad de que una parte de la donación sea imputada como crédito en contra de algún impuesto, y otra parte, o la parte restante según proceda, sea rebajada como gasto o como una deducción de la base afecta a impuesto.

Debemos señalar, por último, que este sistema de donaciones no sólo es criticado por lo expuesto, diversidad de normas, requisitos y características; también es criticado porque bajo ciertas circunstancias es utilizado esperando una contraprestación. Así, nos encontramos con numerosos casos donde las Municipalidades reciben cuantiosas sumas de dinero de parte de las empresas mineras donde se encuentran sus faenas, existiendo la posibilidad de vincular el pago con alguna autorización propia de un órgano público, contraviniendo las normas de probidad instruidas por la Contraloría General de la República. Esta información es contenida en la investigación periodística de CIPER³⁸.

Debido a esto es que se puede concluir que la forma en que hoy se aplica el sistema de donaciones, particularmente a los municipios, es inadecuada para generar un real diálogo y una relación transparente, participativa y orientada a metas de largo plazo, como es la relación que se trata de formar entre las comunidades indígenas y la empresa minera que desarrolla actividades en su Área de Desarrollo.

Como ejemplos de donaciones pertenecientes a este grupo tenemos: donaciones a Universidades e Institutos Profesionales Estatales y/o Particulares (artículo 69, de la Ley N° 18.681); donaciones para fines Culturales (artículo 8°, Ley N° 18.985); donaciones para fines Educativos (artículo 3°, de la Ley N° 19.247); donaciones para fines deportivos (artículo 62 y siguientes, de la Ley N° 19.712); donaciones para fines Sociales (Ley N° 19.885); donaciones al Fondo Nacional de la Reconstrucción, en caso de catástrofe (Ley N° 20.444)

³⁸ Violeta, Rabi y Rodrigo, Morera. “Mineras y Municipios: ¿en qué condiciones los aportes privados al desarrollo local pueden ser admisibles? Opinión, CIPER Chile, 10 de octubre, 2017. Es así como hay tres elementos importantes respecto de este tipo de donaciones: En primer lugar los municipios deberían abstenerse de recibir aporte o firmar convenios de colaboración con empresas que tengan o puedan tener interés en asuntos que deban ser analizados, conocidos o resueltos por el municipio, como ocurre por ejemplo con el pronunciamiento que las municipalidades pueden tener sobre los estudios o declaraciones de impacto ambiental de un determinado proyecto minero. Un segundo elemento a considerar, es que estos fondos no son entregados con un fin determinado, sino que son “fondos de libre disposición”, fondos que terminan perdiéndose en gastos ordinarios del municipio como sueldos y servicios básicos, revelando el déficit con el que estos municipios supuestamente funcionan y preguntándose ¿dónde están los fondos que supuestamente deberían cubrir estos gastos?. Por último, como tercer elemento está la inadecuación del gasto, esto porque en vez de invertir estas donaciones en un desarrollo de largo plazo, de carácter sustentable que produzca un verdadero aporte a la comunidad, se terminan invirtiendo en gastos cuyo impacto es absolutamente nulo tales como comidas, regalos, espectáculos recreativos, fiestas,

CAPÍTULO CUARTO: GASTO

Un aspecto muy sensible a nivel del empresariado es relacionado con el tema de que exista la posibilidad de deducir como gasto tributario los desembolsos emanados del pacto de Beneficio Compartido, entre el dueño de un proyecto y la Comunidad Indígena. Para ello es necesario desarrollar lo que entendemos por gasto, cual es el tratamiento que se le ha dado tributariamente hablando y referirnos brevemente a la Reforma Tributaria que se encuentra aprobada³⁹.

I.- Concepto y normas donde está regulado:

Para efectos de este trabajo es necesario tener un concepto general de lo que en la política tributaria debe entenderse por gasto tributario: *“Se designa como gasto tributario al monto de ingresos que el Estado deja de percibir al otorgar un tratamiento impositivo que se aparta del establecido con carácter general en la legislación tributaria y que tiene por objeto beneficiar, promover o fomentar a determinadas actividades, sector, rama, región, o grupos de contribuyentes. Por lo general se traduce en el otorgamiento de exenciones o educiones tributarias, alícuotas diferenciales, diferimientos y amortizaciones aceleradas, entre otros mecanismos”*⁴⁰.

Del concepto podemos entender: “El Gasto Tributario es aquella recaudación que se deja de percibir producto de la aplicación de franquicias o regímenes impositivos especiales para promover un determinado sector, actividad, región o agente de la economía.”⁴¹

³⁹ Ley N°21.210, de Modernización Tributaria.

⁴⁰ Informe del Comité asesor para Estudiar y Proponer Adecuaciones al Informe Anual de Gastos Tributarios “Medición y evaluación del gasto tributario”.. Pág. 9. Septiembre 2012. [en línea]. Fecha consultada junio 2019. <http://www.dipres.gob.cl/598/articles-94691_doc_pdf.pdf>.

⁴¹ Servicio de Impuestos Internos. [en línea]. Fecha consultada marzo 2019. <http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/gasto_tributario.htm>.

Ahora en la ley de impuesto a la renta, el artículo 31 vigente hasta el día 31.12.2019 si bien no señala expresamente lo que debe entenderse como gasto aceptado para producir la renta, enumera, sin ser taxativo, una serie de desembolsos que pueden ser rebajados en la determinación de la renta líquida imponible afecta a Impuesto de Primera Categoría. De este artículo, podemos desprender los requisitos para entender un gasto como necesario aquel que cumple con lo siguiente:

- a. aquellos desembolsos de carácter inevitable u obligatorio relacionados con el giro del negocio. Se debe considerar no solamente la naturaleza del gasto, hay que considerar además la cantidad del gasto que es necesario para producir la renta, reuniendo también las condiciones de ser comunes, habituales y regulares, por una parte; y, por otra, tienen que reunir además las características de ser inevitables, obligatorios, imprescindibles o indispensables para producir la renta.
- b. Un segundo requisito es que no se encuentren ya rebajados como parte integrante del costo directo de los bienes y servicios requeridos para la obtención de la renta.
- c. Un tercer requisito consiste en que el contribuyente efectivamente haya incurrido en el gasto, o sea que al término del ejercicio se encuentre pagado o adeudado. Para cumplir con este requisito, el gasto debe tener su origen en una prestación real y efectiva o en una real adquisición y no una mera apreciación del contribuyente
- d. Un cuarto requisito es que debe acreditarse y justificarse de manera fehaciente ante el Servicio de Impuestos Internos, de lo contrario el mismo Servicio de Impuestos Internos puede impugnar los medios probatorios aportados por el contribuyente si no las estimare fehacientes por razones fundadas.

II.- Artículo 21 de la ley sobre impuesto a la renta o bien, la denominada “Norma Sanción”:

Podemos señalar en términos generales el beneficio compartido podría ser un desembolso que cae en este artículo, dado que no cumpliría con los requisitos exigidos para ser aceptados como gastos y además, corresponden a desembolsos efectivos de dinero. Es una sanción tributaria porque su fin es gravar con una tributación mayor a aquellos contribuyentes que buscan reducir su base de tributación de sus rentas empresariales.

Diremos someramente, pues no es objeto de este estudio, que este artículo ha sido objeto en el último tiempo de dos reformas. La primera de ellas es la Ley N° 20.630⁴² del año 2012. A partir de la cual hay que tener presente cuál de los propietarios de la empresa o sociedad se benefician con el gasto rebajado, por lo tanto, hay que distinguir si es o no es atribuible al propietario de la empresa. Así lo señala el docente Felipe Olivares del Instituto profesional AIEP.⁴³

La segunda de estas reformas es la Ley N° 20.780⁴⁴ del año 2014 sustituyendo el texto por uno nuevo y aumentando la tasa del 35% al 40% para los gastos rechazados⁴⁵.

Tal como lo señala Ronny Muñoz Cáceres⁴⁶, podemos señalar que al no cumplir con los requisitos indicados en el artículo 31 del artículo 21 de la LIR son

⁴² Ley N° 20.630. Publicada el 27 de febrero de 2012. Perfecciona la legislación tributaria y Financia la Reforma Educacional.

⁴³ Olivares, Felipe. "Tributación de los gastos rechazados (art. 21 LIR.)". Escuela de Negocios y Auditoría. Instituto Profesional AIEP. [en línea]. Fecha consultada junio 2019. <http://files.felipeolivaresdocencia.webnode.cl/200000000-4f2715020c/Aplic.Trib.Impto.Rta_Gtos%20Rech.Art%2021.pdfs>.

⁴⁴ Ley N° 20.780. Publicada el 29 de septiembre del año 2014. Reforma Tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la Renta e introduce diversos ajustes en el Sistema Tributario.

⁴⁵ Servicios de Impuestos Internos. Circular N° 71 del 23 de julio del año 2015, que dice: "La ley modificó la tributación establecida en el artículo 21 de la LIR, sustituyendo su texto por uno nuevo. En términos generales, el nuevo texto del art. 21 de la LIR mantiene la estructura de las normas incorporadas por la Ley N° 20.630, distinguiendo entre aquellas partidas y cantidades que no benefician a los propietarios, comuneros, socios o accionistas de la empresa, gravándose al nivel del contribuyente de primera categoría con un Impuesto único (en adelante "IU"); y aquellas partidas o cantidades que si los benefician, quedando en consecuencia gravados con Impuesto Global Complementario (IGC) o con Impuesto Adicional (IA), según le sea aplicable, más una tasa adicional del 10%." [en línea] . Fecha consultada junio 2019.<<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu71.pdf>>.

los desembolsos asociados a Responsabilidad Social Empresarial, salvo que estén contenidos en una Resolución de Impacto Ambiental como lo veremos a continuación.

III.- Gasto relacionado con la Responsabilidad Social empresarial y su tratamiento tributario:

A partir de la dictación de la Ley 19.300 de 1994, y su respectivo Reglamento, los proyectos deben someterse o a una Declaración o a un Estudio de Impacto Ambiental para obtener una Resolución de Calificación ambiental-en adelante RCA- a través de la cual se rechaza o aprueba el proyecto. De manera particular si el proyecto afecta a comunidades indígenas, este proyecto además debe ser aprobado por ellas.

La mayoría de las ocasiones el hecho de obtener una RCA favorable implica para el dueño del proyecto ejecutar medidas de compensación o mitigación ambiental⁴⁷.

Si producto de que la RCA exige para la ejecución del proyecto medidas de mitigación, compensación o reparación, asumiendo el carácter de inevitables u obligatorios para el dueño del proyecto, estos desembolsos pasan posteriormente a ser renta afecta a impuesto de primera categoría.

Cuando estos desembolsos no sean exigidos o no se encuentren contemplados dentro de una RCA y obedezcan al carácter de voluntario por parte del dueño del proyecto hay que distinguir:

- Periodo comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2016:

Este periodo de tiempo se encuentra regido por la Ley N° 20.727 del año 2014 en cuyas disposiciones transitorias, el literal V) incorpora al inciso 2°

⁴⁶ Muñoz Cáceres, Ronny. Tesis para optar al grado de Magister en tributación. Postgrado Economía y Negocios Universidad de Chile. "Deducibilidad de los gastos por concepto de Responsabilidad Social Empresarial". .Santiago octubre 2018.

⁴⁷ SII. Ord. 888 26 de abril del año 2017.

del artículo 21 rigiendo los pagos, gastos o desembolsos por los conceptos indicados en el citado literal a partir del 1° de enero del año 2014.

Hay que determinar si estos desembolsos cumplen con los siguientes requisitos:

1.- Los desembolsos se deben efectuar con motivo de la aprobación o ejecución de un proyecto que cuente o deba contar con una RCA.

2.- Estos desembolsos deben constar en un contrato o convenio suscrito con una autoridad pública, una organización dotada de personalidad jurídica, una organización comunitaria constituida en conformidad a la Ley 19.418 o la Ley 19.253, y deben guardar relación con grupos, sectores o intereses de la localidad respectiva.

3.- Estos desembolsos no deben efectuarse directa o indirectamente en beneficio de empresas del mismo grupo empresarial o de personas o entidades relacionadas.

4.- Estos desembolsos no deben exceder de la cantidad menor a la suma equivalente al 2% de la renta líquida imponible del ejercicio respectivo, del 1,6 por mil del capital propio tributario de la empresa, o del 5% de la inversión total anual que se efectúe en la ejecución del proyecto.

Todo lo señalado anteriormente debe ser informado al SII, en la forma y oportunidad que el mismo SII determine.

- A partir del 1° de enero de 2017 nos encontramos con la sustitución íntegra del artículo 21 de la LIR por la Ley 20.780 quedando eliminado el numeral V) del artículo 21, por lo cual los desembolsos efectuados a partir de este periodo deben ser analizados caso a caso en el periodo de fiscalización correspondiente y ver si efectivamente contribuyeron a que el proyecto obtuviese una RCA positiva volviéndose necesarios para la obtención de una renta, o si ellos tomando en consideración su magnitud y monto son necesarios para la producción de la renta afecta a impuesto de primera categoría.

- No obstante lo anterior, la Reforma Tributaria modificó el entendimiento señalado a partir del 1 de enero del año 2020 incorporando modificaciones que se tratan a continuación.

IV.- Reforma tributaria y observaciones del Consejo Minero al proyecto de ley.

La reforma tributaria del segundo gobierno de Sebastián Piñera ingresó al Congreso Nacional en agosto de 2018 y uno de los principales compromisos del programa es actualizar el sistema tributario chileno para enfrentar de mejor manera los desafíos del siglo XXI.

Como hemos desarrollado en los ítem anteriores ha existido, a través de las diferentes reformas a la LIR, diversos intentos para ir incorporando los desembolsos productos de la responsabilidad social como gastos necesarios y que sean reconocidos así por el SII, pero éstos aún son insuficientes como así lo señala por ejemplo don Víctor Fenner, gerente senior de Consultoría Tributaria de EY Chile⁴⁸ quien nos dice que *“el SII hasta el momento acepta la deducción de los gastos que corresponden a compromisos relacionados con la aceptación de una RCA los que denominamos “legalmente obligatorios”, pero quedan fuera aquellos que sin ser legalmente obligatorios lo son socialmente para las empresas pues son un requisito esencial para obtener la denominada “licencia social”.*

El proyecto de reforma tributaria incorporaba gastos que son voluntarios legalmente pero socialmente obligatorios, señalando al respecto, que no debería haber problema con ello pues no es lógico que estos gastos de RSE, que finalmente considera que es una forma de utilizar capitales privados para financiar objetivos de bienestar público, sean castigados con el 40% sólo porque no son giro de la empresa, no están relacionados con la generación de ingresos tributables y por último son de carácter voluntario del dueño de un proyecto.

⁴⁸ Fenner, Víctor. Diario Financiero. “Modernización Tributaria: la anomalía en materia de gastos por compromisos ambientales”. 4 de octubre de 2018.

Finaliza destacando una anomalía de la nueva norma de RSE señalando que impide que las empresas con pérdidas tributarias puedan deducir el gasto por RSE lo que se traduce en dejar sin efecto práctico la norma, pues como hemos señalado anteriormente los proyectos mineros en particular que son de gran envergadura y que requieren de grandes inversiones iniciales y junto con la tramitación de los permisos ambientales no hay utilidades, entonces nos encontramos que ningún proyecto podría deducir un gasto por RSE.

Si bien, la reforma tributaria vigente para el año tributario 2021, da un enfoque radicalmente amplio a lo que se entenderá por gasto necesario para producir renta otorgándoles la cualidad esencial de que serán considerados así aquellos que tengan la “*aptitud*” de generar renta agregando los demás requisitos de que sean en el mismo ejercicio, que se encuentren asociados al interés, desarrollo o mantención del giro del negocio, que no hayan sido rebajados del artículo 30, pagados o adeudados durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio. Sin embargo, lo que en un principio parece ampliar lo que se va a entender como gasto aceptado para producir renta al incorporar la palabra “*aptitud*”,

Luego, en el numeral 13 del artículo 31 de la Ley sobre impuesto a la renta se sostiene lo siguiente: *“Los gastos o desembolsos incurridos con motivo de exigencias, medidas o condiciones medioambientales impuestas para la ejecución de un proyecto o actividad, contenidas en la resolución dictada por la autoridad competente que apruebe dicho proyecto o actividad de acuerdo a la legislación vigente sobre medio ambiente.”*

“También podrán deducirse: a) los gastos o desembolsos en los que el titular incurra con ocasión de compromisos ambientales incluidos en el estudio o en la declaración de impacto ambiental, respecto de un proyecto o actividad que cuente o deba contar, de acuerdo con la legislación vigente sobre medio ambiente, con una resolución dictada por la autoridad competente que apruebe dicho proyecto o actividad y b) los gastos o desembolsos efectuados en favor de la comunidad y que supongan un beneficio de carácter permanente, tales como

*gastos asociados a la construcción de obras o infraestructuras de uso comunitario, su equipamiento o mejora, el financiamiento de proyectos educativos o culturales específicos y **otros aportes de similar naturaleza**. En ambos casos, los gastos o desembolsos deben constar en un contrato o convenio suscrito con un órgano de la administración del Estado. Dichos pagos o desembolsos no deben efectuarse directa o indirectamente en beneficio de empresas del mismo grupo empresarial en los términos del número 14 del artículo 8° del Código Tributario o de personas o entidades relacionadas en los términos del número 17 de la misma norma. Si los pagos o desembolsos exceden de la cantidad mayor entre la suma equivalente al 2% de la renta líquida imponible del ejercicio respectivo, del 1,6 por mil del capital propio tributario de la empresa, según el valor de éste al término del ejercicio respectivo, o del 5% de la inversión total anual que se efectúe en la ejecución del proyecto, dicho exceso no será aceptado como gasto.”*

La norma anterior, fue muy discutida en el Congreso, recibiendo este órgano las observaciones del Consejo Minero⁴⁹. En estas observaciones el Consejo indica tres temas en particular: i) el tratamiento a los gastos de responsabilidad social empresarial, ii) el impuesto verde y iii) la tasa preferencial de impuesto sobre intereses.

El primero de estos temas es al que nos referiremos por vincularse al objeto de nuestro estudio, responde a la crítica que se hace es que si bien a través de la reforma se trata de integrar al artículo 31 los gastos de responsabilidad empresarial sólo se hacen respecto de los gastos con carácter ambiental, **y tal como ya hemos desarrollado en este trabajo estos gastos involucran mucho más que temas ambientales.** Además, estos deben estar dentro de un instrumento medio ambiental y con un tope máximo lo que en la práctica vuelve inoperante a la norma.

Por lo ya expuesto el Consejo Minero sugiere las siguientes modificaciones:

⁴⁹ Consejo Minero Boletín N° 1243-05, Observaciones realizadas ante la Comisión parlamentaria con fecha 7 de enero de 2019.

- A) Que los compromisos de carácter voluntario de responsabilidad social, aparte de los ambientales, en que incurra el titular de un proyecto puedan ser deducidos como gastos. Como ya lo hemos señalado, estos gastos hoy en la actualidad son tan importantes como los ambientales, pues son necesarios para poder obtener la llamada “licencia social” sin la cual el proyecto no puede desarrollarse.
- B) Que estos gastos de responsabilidad social de carácter voluntario no se exijan que se encuentren dentro de una Resolución de carácter ambiental, ya sea un estudio o una declaración de impacto ambiental. El fundamento de esta petición se encuentra en que son gastos que obedecen a diferente naturaleza, por ejemplo los gastos ambientales al encontrarse regidos por un instrumento, una resolución de calificación ambiental, son de carácter rígido por lo que cualquier modificación se complejiza demasiado, en cambio los gastos de responsabilidad empresarial por la naturaleza social de los mismos requieren de mayor flexibilidad pues deben ir adaptándose de acuerdo a las necesidades de la comunidad y de la misma relación con el proyecto. Asimismo, los tiempos también son diferentes por un lado el diálogo con la comunidad y, por otro lado, el elaborar una declaración o estudio de impacto ambiental.
- C) No considerar como tope de los gastos de responsabilidad social “la cantidad menor entre la suma equivalente al 2% de la renta líquida imponible del ejercicio respectivo, del 1,6 por mil del capital propio tributario de la empresa, según el valor de éste al término del ejercicio respectivo, o del 5% de la inversión total anual que se efectúe en la ejecución del proyecto”. Al comienzo de los proyectos, las empresas se encuentran en pérdida tributaria o de capital propio tributario lo que convierte a esta norma en inoperante.

Finalmente el nuevo N° 13 del inciso cuarto del artículo 31 de la LIR permitió los beneficios compartidos de los cuales hemos investigado se puedan deducir, pero criterios que pueden ser restrictivos, a continuación la norma en cuestión: “b) los gastos o desembolsos efectuados en favor de la comunidad y que

supongan un beneficio de carácter permanente, tales como gastos asociados a la construcción de obras o infraestructuras de uso comunitario, su equipamiento o mejora, el financiamiento de proyectos educativos o culturales específicos y otros aportes de similar naturaleza”.

La introducción de la norma legal que se analiza contribuye a generar mayor certeza jurídica la minería sobre el tratamiento tributario de estos gastos, teniendo en consideración a que no se busca una obligatoriedad sino que se alinea con el nuevo concepto de gasto que rige a partir del 01.01.2020, el cual lo relaciona con el interés, desarrollo o mantención del giro del negocio, ello permite abordarlo desde la sustentabilidad del negocio minero.

Si bien el progreso antes indicado se ve limitado cuando la misma norma incorporada recoge límites que corresponde a que *“No serán aceptados como gasto los pagos o desembolsos que excedan de la cantidad mayor entre la suma equivalente al 2% de la renta líquida imponible del ejercicio respectivo, del 1,6 por mil del capital propio tributario de la empresa, según el valor de éste al término del ejercicio respectivo, o del 5% de la inversión total anual que se efectúe en la ejecución del proyecto.”*

CAPITULO QUINTO: HIPÓTESIS EN RELACIÓN CON CADA UNA DE LAS INSTITUCIONES ANALIZADAS.

Las materias desarrolladas en este trabajo a través del análisis de la evolución del concepto de responsabilidad social empresarial, licencia social para operar y Beneficio Compartido; los diferentes acuerdos y convenciones internacionales suscritos por nuestro país; la importancia que van adquiriendo las comunidades indígenas tanto a nivel social, cultural y su reconocimiento a nivel jurídico y la necesidad de que nuestras normas tributarias se ajusten a estas realidades nos permiten señalar los siguientes puntos:

1. Uno de los conceptos más importantes de nuestro trabajo es el de Responsabilidad Social Empresarial que se define como una herramienta de gestión empresarial, una nueva visión de negocios, que incorpora la preocupación por el desempeño económico de la empresa y su impacto en los stakeholders. Es una actitud estratégica que se manifiesta en la capacidad de la empresa para oír, comprender y satisfacer las expectativas e intereses legítimos de sus diversos públicos. La RSE siempre ha estado presente en nuestro país desde la colonia, pero sólo en el año 2013 se crea oficialmente el Consejo de Responsabilidad Social para el desarrollo sostenible. Ya es de conocimiento público los beneficios que obtienen las empresas que aplican la RSE.
2. Un concepto muy relacionado con el anterior es el concepto de Licencia Social para Operar, licencia que es entregada por la comunidad a la empresa minera consistente en una aceptación continua del proyecto minero que se desarrolla en su comunidad. Esta licencia social será entregada en la medida que la empresa esté comprometida con la comunidad, lo que se traduce en la RSE que desarrolla la misma empresa.
3. El Estado chileno ha ratificado a nivel internacional varios instrumentos a modo de ejemplo la Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, para efectos de este trabajo es el

Convenio 169 el que desarrollamos pues en su artículo 15 nos entrega una definición del beneficio compartido que se entiende de la siguiente manera: “Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

4. El Convenio 169 fue objeto a través del Tribunal Constitucional de un par de requerimientos. En el requerimiento N°309/2000, se estableció que el artículo 15 era una norma de carácter programático, obligando al Estado a desarrollar diversa normativa para aplicarlo, requiriendo que todo el aparataje gubernativo, con todas sus instituciones, organizaciones, organismos, servicios se encuentren alineados en una misma dirección y con criterios aunados para hacer una correcta aplicación de esta normativa.
5. El concepto de beneficio compartido responde a una evolución de la responsabilidad social empresarial, pero que se aplica con determinadas características entre las cuales una de las partes es una comunidad indígena, cuyo territorio o área de desarrollo, definidos en la Ley 19.253, coinciden con el área de influencia de un proyecto minero (señalado en la Ley N° 19.300 y su correspondiente Reglamento del sistema de evaluación ambiental).
6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2008 emite un fallo emblemático en el caso “Saramaka v/s Surinam” pues reconoce explícitamente el derecho a compartir los beneficios que se obtengan de la explotación de los recursos naturales que se extraigan de los territorios de los pueblos indígenas.
7. Actualmente el instrumento que utilizan las empresas para poder relacionarse con la comunidad indígena es la donación, pero como vimos en el capítulo tres no es la herramienta adecuada, pues aparte de ser limitada y temporal el Servicio de Impuestos Internos la cataloga de aporte gratuito e irrevocable tratándola como gasto rechazado.

8. Desde el punto de vista tributario, analizamos la posibilidad de que los desembolsos consecuencia del beneficio compartido a comunidades indígenas puedan deducirse como gasto tributario por las empresas mineras. En el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta vigente hasta el 31.12.2019 existía un concepto muy exigente de gasto dado que señalaba que estos debían ser necesarios para producir la renta, entendiéndose por éstos aquellos desembolsos de carácter inevitables, obligatorios o indispensables para el cumplimiento de un fin; considerándose no sólo la naturaleza del gasto, sino que además, hasta qué monto han sido efectivamente necesarios para producir la renta de la empresa y qué relación tienen dichos gastos con el giro de la empresa.
9. Existieron algunas modificaciones legales e interpretaciones administrativas que consideraban como necesario solo los desembolsos que constan en una RCA, por lo cual, aquellos desembolsos asociados a beneficios compartidos que no se encontraban en la RCA, eran considerado “voluntarios”. Por lo cual se le aplicaría al monto de desembolso por beneficio compartido el impuesto sanción del 40% consagrado en el artículo 21 de la LIR. De esta forma, puede suceder que, estos desembolsos si se encuentren dentro de una RCA (*relacionamiento comunitario temprano*), la ley tributaria los considerará como gasto aceptado para producir renta, no obstante, cuando no cumplan con tal condición, serán sancionados con el artículo 21 de la LIR, con una sanción económica.
10. La Ley N°21.210 denominada Modernización Tributaria incorporó en el N° 13 del inciso cuarto del artículo 31 de la LIR la posibilidad de deducir “*b) los gastos o desembolsos efectuados en favor de la comunidad y que supongan un beneficio de carácter permanente, tales como gastos asociados a la construcción de obras o infraestructuras de uso comunitario, su equipamiento o mejora, el financiamiento de proyectos educativos o culturales específicos y otros aportes de similar naturaleza*”.
11. La incorporación indicada previamente tiene limitaciones para que procedan, que corresponden a: **1)** deben constar en un contrato o convenio

suscrito con un órgano de la administración del Estado; **2)**Dichos pagos o desembolsos no deben efectuarse directa o indirectamente en beneficio de empresas del mismo grupo empresarial; **3)**Que los pagos o desembolsos no exceden de la cantidad mayor entre la suma equivalente al 2% de la renta líquida imponible del ejercicio respectivo, del 1,6 por mil del capital propio tributario de la empresa, según el valor de éste al término del ejercicio respectivo, o del 5% de la inversión total anual que se efectúe en la ejecución del proyecto.

12.La evolución normativa es favorable dado que da certeza jurídica para amparar gastos con comunidades como gasto necesario para producir la renta, ello acompañado de una interpretación administrativa más amplia del SII, fortalecerá la realización de acuerdos de tipo “beneficio compartido” con comunidades indígenas, dado que estos gastos serán considerados gastos necesarios para producir la renta.

13.No obstante lo anterior, discrepamos con las limitación de monto incorporada por la Reforma Tributaria, consideramos que dicha limitación debería ir modificándose y eliminándose para que el Estado y el ordenamiento jurídico sea más consistente, y permita que el Derecho internacional, ambiental, indígena y tributario se integren y fortalezcan este tipo de acuerdos recogidos en la Convención N°169 de la OIT.

CONCLUSIONES

En la introducción del presente trabajo señalamos dentro del objetivo principal el de determinar si los desembolsos de dinero comprometidos a través de un convenio entre la empresa minera y la comunidad indígena, denominado “*Beneficio Compartido*”, puede ser considerado como gasto necesario para producir renta; o por el contrario, se trataría de un aporte gratuito e irrevocable como es la donación, teniendo la calidad de gasto rechazado del artículo 21 de la LIR. Para esto fue necesario entender la evolución del concepto de beneficio compartido hasta el día de hoy, plasmado principalmente en el Convenio 169, desarrollar el alcance jurídico de este Convenio en nuestro país y desarrollar diferentes conceptos relacionados como son el de tierra indígena, donación y gasto entre otros. En razón de ello pudimos concluir lo siguiente:

- 1.- En el desarrollo del trabajo tratamos diferentes conceptos que han ido evolucionando a través del tiempo como es el concepto de Responsabilidad Social Empresarial, concepto que deriva en lo que tratamos como “beneficio compartido”, concepto que fue tratado en el Convenio 169 y definido por esta Convención.
- 2.- Para poder aplicar el concepto de “beneficio compartido” a nuestra realidad debimos esclarecer a quienes se aplica este concepto, por un lado tenemos a las comunidades indígenas y por otro lado a la empresa minera dueña del proyecto que pretende realizar en un territorio también determinado como área de influencia del proyecto.
- 3.- A lo anteriormente señalado, hay que tener en consideración que las comunidades indígenas tienen sus expectativas muy claras, queriendo tener una participación activa desde la planificación del proyecto, aspirando a un modelo de desarrollo que incluya sus propias visiones y prioridades para el

futuro, queriendo además ser partícipes de las oportunidades y beneficios que genera la minería.

4.- En el capítulo cuatro desarrollamos el concepto de gasto, definición, requisitos, tratamiento en la LIR. Tratamos los criterios de cuando el Servicio de Impuestos Internos lo califica de gasto aceptado y gasto rechazado. Durante esta investigación, tuvimos que hacernos cargos de una Reforma Tributaria que entró en vigencia en el año 2020, lo que hizo necesario revisar en la historia de la ley y referimos a la visión de las empresas mineras frente a ésta y la urgencia de tratar a los gastos de responsabilidad social como gasto aceptado de manera más amplia.

5.- Finalmente, desarrollamos argumentos para que el beneficio compartido sea tratado como gasto aceptado por el SII, pues entendemos que cumple con todos los requisitos para que así sea, especialmente el que sea un gasto necesario para producir la renta y más aún con las nuevas hipótesis de gasto incorporados con la Reforma Tributaria. Esto, porque luego de analizar la normativa internacional a la cual el Estado de Chile adhiere, sumado a la normativa interna, podemos concluir claramente que es una obligación del Estado chileno verlo de esta manera, pues es la manera correcta que el rubro minero debe mirar a las comunidades indígenas con las cuales se relaciona sumado a la presión social y de las mismas comunidades indígenas para que los derechos de las mismas sean reconocidos y respetados por las distintas entidades del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Leyes y reglamentos

*Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales es el principal instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos originarios, adoptado el 27 de junio de 1989.*Ley N° 19.300 Bases Generales del Medio Ambiente. Publicada el 9 de marzo 1994.

*Ley 19.253 Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena. Publicada el 5 de octubre 1993.

*Reglamento N° 40. Aprueba Reglamento sobre evaluación ambiental. Publicado 12 de agosto 2013.

*Decreto N° 66. Aprueba reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 N°1 letra A) y N° 2 del Convenio N°169 de la OIT. Publicada 4 de marzo 2014.

*Ley N° 20.630. Publicada el 27 de febrero de 2012. Perfecciona la legislación tributaria y Financia la Reforma Educacional.

*Ley N° 20.780. Publicada el 29 de septiembre del año 2014. Reforma Tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la Renta e introduce diversos ajustes en el Sistema Tributario.

- Códigos

*Código Civil, Quinta Edición, Actualizada al 26 de enero de 2005, Lexis Nexis, Edición para estudiantes de Derecho.

- Normas internas organismos públicos

*Servicio de evaluación ambiental. Guía sobre el área de influencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Servicio de Evaluación Ambiental. 2017. [en línea]. Fecha consulta octubre 2018. <https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/03/guia_area_de_influencia_ajuste_10.pdf>.

*Dirección general de Obras Públicas. Secretaría Ejecutiva de Medio Ambiente y Desarrollo. Santiago de Chile, julio 2016. “Pueblos Indígenas. Consulta y Territorio”. [en línea]. Fecha consulta septiembre 2018. <http://www.dgop.cl/areasdgop/semat/Documents/Pueblo_indigenas_consulta/Guia_pueblos_indigenas_consulta_y_territorio.pdf>

*“Manual de Buenas Prácticas sobre la aplicación de los regímenes tributarios de las donaciones”, ORD. 212, OF. Cg. N°428 de la Contraloría General de la República y OF. N° 2579 del SII., 27 enero 2016.

*Servicios de Impuestos Internos. Circular N° 71 del 23 de julio del año 2015, [en línea] Fecha consultada junio 2019.<<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu71.pdf>>.

**SII. Ord. 888 26 de abril del año 2017.

- Tesis, memorias

*Muñoz Cáceres, Ronny .Tesis para optar al grado de Magister en tributación. Postgrado Economía y Negocios Universidad de Chile. “Deducibilidad de los gastos por concepto de Responsabilidad Social Empresarial”. . Santiago octubre 2018.

- Informes

*Informe del Comité asesor para Estudiar y Proponer Adecuaciones al Informe Anual de Gastos Tributarios “Medición y evaluación del gasto tributario”.. Pág. 9. Septiembre 2012. [en línea]. Fecha consultada junio 2019. <http://www.dipres.gob.cl/598/articles-94691_doc_pdf.pdf>.

*Consejo Minero Boletín N° 1243-05, Observaciones realizadas ante la Comisión parlamentaria con fecha 7 de enero de 2019.

- Textos

* “El ABC de la Responsabilidad Social Empresarial en Chile y el Mundo”, publicación de Acción Empresarial, diciembre 2003, págs. 7.

- Seminarios, foros, convenciones y conferencias

* Documento preparado para la 5° Conferencia Internacional de la Sociedad Internacional de la Sociedad Internacional de la Investigación del Tercer Sector. Copa Town Sudáfrica, 2002. “Responsabilidad Social Empresarial en Chile; Perspectiva para una Matriz de Análisis”, Teixido, Soledad; Chavarri, Reinalina; Castro, Andrea. [en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <<http://prohumana.cl/documentos/documentoafrica2002.pdf>>

* “Un debate necesario: La Licencia Social para operar en Chile”. Foro organizado por asociación gremial Voces Mineras y Colegio de Ingenieros, 13 de noviembre. Santiago, Chile

- Fuentes electrónicas consultadas.

*Consejo de responsabilidad social para el desarrollo sostenible. [en línea]. Fecha consulta junio 2019. <<https://www.economia.gob.cl/subsecretarias/economia/consejos-publico-privado/consejo-de-responsabilidad-social-para-el-desarrollo-sostenible>>

* Briceno García, Arturo; Lavin Verastegui, Jesús y García Fernández, Francisco.” Análisis exploratorio de la responsabilidad social empresarial y su dicotomía en las actividades sociales y ambientales de la empresa”. [en línea]. Fecha de consulta marzo 2020 <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-10422011000100005&lng=es&nrm=iso>.

* Thomson, Ian; OnCommonGroundConsultants Inc., Vancouver, Canadá “La Licencia Social para operar”.. [en línea]. Fecha consulta abril 2019. <https://www.stakeholder360.com/La_Licencia_Social_SME_capitulo_2011_espa%C3%B1ol.pdf>

* Acciona. Sostenibilidad para todos. “Licencia social para operar: El diálogo como requisito empresarial”. [en línea]. Fecha consulta marzo 2020. <<https://www.sostenibilidad.com/desarrollo-sostenible/licencia-social-operar-dialogo-requisito-empresarial/>>.

* Subsecretaría de Minería. Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo. “Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile”. [en línea]. Fecha consulta mayo 2019. <http://www.codexverde.cl/wp-content/uploads/2014/03/Empresas_Mineras_y_Pueblos_Indigenas_en_Chile.pdf>

*Centro de políticas públicas.“Nueva sentencia de la CIDH en el caso Saramaka. Implicancias para los pueblos indígenas.[en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <<http://www.politicaspublicas.net/panel/siddhh/cidh/111-nueva-sentencia-de-la-cidh-en-el-caso-saramaka-implicancias-para-los-pueblos-indigenas-.html>>.

*Albemarle Corporation, “Comunidades”. [en línea]. Fecha consultada octubre 2019. <<http://www.albemarlelitio.cl/careers/comunidades>>.

*CONADI. Ministerio de desarrollo social. [en línea]. Fecha consulta septiembre 2018. <www.conadi.gob.cl/areas-de-desarrollo-indigena>.

*Servicio de Impuestos Internos. [en línea]. Fecha consultada marzo 2019. <http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/gasto_tributario.htm>.

*Olivares, Felipe. “Tributación de los gastos rechazados (art. 21 LIR.)”. Escuela de Negocios y Auditoría. Instituto Profesional AIEP. [en línea]. Fecha consultada junio 2019. <http://files.felipeolivaresdocencia.webnode.cl/200000000-4f2715020c/Aplic.Trib.Impto.Rta_Gtos%20Rech.Art%2021.pdf>.

- Revistas

*Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2012 Año II-Nº2, “El derecho al reparto de beneficios económicos de los pueblos indígenas”- Roel Alva, Luis Andrés. [en línea]. Fecha de consulta marzo 2019.<www.revistaidh.org>.

*Minería chilena. “Como potenciar la responsabilidad social”. [en línea]. Fecha consultada enero 2019. <<http://www.mch.cl/reportajes/como-potenciar-la-responsabilidad-social/>>.

*Oyarse, Alvaro y Cunill, Matias. “Filantropía en materia ambiental: hacia una normativa que incentive donaciones para financiar la protección y conservación del medio ambiente y la biodiversidad”. Revista de Estudios Tributarios Universidad de Chile, Nº 22 del año 2019.

*Fenner, Víctor. Diario Financiero. “Modernización Tributaria: la anomalía en materia de gastos por compromisos ambientales”. 4 de octubre de 2018.

- Prensa electrónica

*Violeta, Rabi y Rodrigo, Morera. “Mineras y Municipios: ¿en qué condiciones los aportes privados al desarrollo local pueden ser admisibles?. Opinión, CIPER Chile, 10 de octubre, 2017.

- Sentencias

* Sentencia Corte Suprema Rol Nº 2211-2012, Caratulado: “Comunidad agrícola Los Huasco Altinos con Comisión de evaluación III Región de Atacama”.

*Sentencia Tribunal Constitucional Rol Nº 309/2000, págs. 14 – 35 - 58.

*Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia de 12 de agosto de 2008, (interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [en línea]. Fecha consulta octubre 2019. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf>