

HUAPAYA TAPIA, RAMÓN, *Algunas notas acerca de los orígenes jurisprudenciales de la regulación económica de las public utilities y su influencia en la formación del derecho administrativo norteamericano*, Revista de Derecho Administrativo, editada por el Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP, año III, N° 5, Lima, 2008.

KAHN, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, Massachusetts Institute of Technology, 1988.

KEARNEY, JOSEPH D. - MERRILL, THOMAS W., *The Great Transformation of Regulated Industries Law*, Columbia Law Review, vol. 98, n° 6 (oct. 1998), págs. 1323-1409.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *Teléfono y mercado: regulación y mercado*, 2ª ed. ampliada, reformada y actualizada, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007.

- *Abuso de posición dominante por "compresión de márgenes" aplicando precios sujetos a regulación ex ante: STPI Deutsche Telekom*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, n° 3, Madrid, Ediciones La Ley, 2008, págs. 167-181.

- *Servicios de interés económico general*, Navarra, Civitas, 2009.

- *Regulación sectorial y normas generales de defensa de la competencia: criterios de relación*, Revista Española de Derecho Administrativo, n° 145, enero-marzo 2010, págs. 87-111.

LAROUCHIE, PIERRE, *Legal issues concerning remedies in network industries. Remedies in Network industries, EC Competition Law vs. Sector specific regulation*, Oxford, Intersentia, 2004 (en materiales de enseñanza del curso Derecho de la Regulación y de la Competencia, dictado por el Profesor Eduardo Quintana Sánchez, Maestría en Regulación, UPC, 2008).

LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL, *La regulación económica de los servicios públicos*, Madrid, Ariel, 1999.

MAGIDE HERRERO, MARIANO, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2000.

MALARET, ELISENDA, *Administración pública y regulación económica*, ponencia presentada en el II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2007, en AA.VV., *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales*, Actas del II Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Pamplona, Thomson-Aranzadi - AEPDA, 2007, págs. 127-160.

MARTÍNEZ DE VEDIA, RODOLFO, *La organización en la regulación de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.

MORGAN, BRONWEN - YELUNG, KAREN, *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*, London, Cambridge University Press, 2007.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, Muñoz Machado, Santiago - Esteve Pardo, José (dirs.), *Derecho de la regulación económica* (colección dirigida por Santiago Muñoz Machado), vol. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid, Iustel, 2009, págs. 15-243.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO - ESTEVE PARDO, JOSÉ (DIRS.), *Derecho de la regulación económica* (colección dirigida por Santiago Muñoz Machado), vol. I. Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Madrid, Iustel, 2009.

MURRAY, A. - SCOTT, C., *Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power*, The Modern Law Review, vol. 65, n° 4 (julio 2002), págs. 500-512 (en materiales de enseñanza..., cit.).

OGUS, ANTHONY, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Portland - Oregon, Hart Publishing, 2004.

- *Estructuras e instituciones regulatorias*, Themis, n° 54, Lima, 2006, págs. 273-285.

ORLANSKI, LEONARDO, *Competencia y regulación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

QUINTANA SÁNCHEZ, EDUARDO, *Los reguladores de electricidad, saneamiento y telecomunicaciones en su espacio: ¿captura o administración de recursos dispersos?*, Themis, n° 52, Lima, 2006, págs. 93-120.

- *Aplicación de las normas de defensa de la competencia en industrias reguladas: ¿Redirigiendo la brújula?*, original promanuscrito, 17 págs. (en materiales de enseñanza..., cit.).

QUINTANA SÁNCHEZ, EDUARDO - CARRASCO CASAGRANDE, MALEKA, *Regulación en tiempos de escasez: asignación de gas para la generación de energía eléctrica, original promanuscrito a ser publicado en la Revista de Derecho Administrativo n° 8 citada.*

QUINTANILLA, EDWIN, *Autonomía del organismo regulador de energía de Perú: un estudio de caso*, ESADE - Universidad Ramón Llull, Barcelona, disponible en: http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Tesis%20Edwin.pdf (consultado el 9-6-10).

(2008-a) PATRÓN SALINAS, CARLOS, *El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado principio de supletoriedad en materia de libre competencia*, Derecho y Sociedad, n° 30, Lima, 2008, págs. 401-408.

(2008-b) *Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva ley de represión de conductas anticompetitivas*, Ius et Veritas, n° 36, Lima, 2008, págs. 122-144.

POSNER, RICHARD, *Natural Monopoly and its Regulation*, 30th Anniversary Edition with a preface of the author, Washington D.C., CATO Institute, 1999.

POSNER, RICHARD A., *A failure of capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

- *The crisis of capitalist democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

PRIEST, GEORGE L., *The Origins of Utility Regulation and the Theories of Regulation Debate*, Journal of Law and Economics, vol. XXXVI, n° 1, part 2, John M. Olin Centennial, April 1993, págs. 289-323.

RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Derecho administrativo económico*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.

RUIZ OJEDA, ALBERTO, *La concesión de obra pública*, Madrid, Civitas, 2006.

SACRISTÁN, ESTELA, *Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales*, Buenos Aires, Ábaco, 2007.

SCOTT, COLIN, *Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors*, European Law Journal, vol. 6, n° 4 (diciembre 2000), págs. 316-322 (en materiales de enseñanza..., cit.).

SHYAM KHEMANI, R., *Aplicación de las leyes sobre la competencia: exenciones y excepciones*, Naciones Unidas - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), New York - Ginebra, 2002. 41 págs.. en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditccipmisc25_sp.pdf (consultado el 5-7-08).

TOVAR MENA, TERESA, *Derecho de la competencia y telecomunicaciones*, Ara Editores, 2006.

- *La doctrina de las facilidades esenciales: ¿derecho de la competencia o regulación económica?*, Advocatus, n° 20, Lima, 2009, págs. 345-361.

VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estudio de derecho público económico*, Granada, FER - Comares, 2004.

VISCUSI, W. KIP - HARRINGTON, JOSEPH E. - VERNON, JOHN M., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4ª ed., The MIT Press, 2005.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ECONOMÍA - ESTADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHO COMPARADO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - SERVICIOS PÚBLICOS - DEFENSA DE LA COMPETENCIA - CORREOS Y TELECOMUNICACIONES - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

El fomento de la inversión en minería. Reflexiones a propósito del caso "Cerro Vanguardia"(*)

por DIEGO PARRAVICINI

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. - 2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO Y DECISIÓN DE LA CS. - 3. BREVE RESERVA SOBRE EL BENEFICIO DE ESTABILIDAD FISCAL DE LA LIM. - 4. LOS FINES DE FOMENTO DE LA LIM. 4.1. EL FOMENTO COMO TÉCNICA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA VIDA ECONÓMICA. 4.2. LA RAZÓN DEL FOMENTO DE LA ACTIVIDAD MINERA ARGENTINA. 4.3. LA FUENTE DE LA ESTABILIDAD FISCAL COMO MEDIO DIRECTO DE FOMENTO EN LA LIM: ¿ACTO ADMINISTRATIVO BILATERAL? - 5. LA ESTABILIDAD FISCAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL INVERSOR. - 6. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LOS FINES DE FOMENTO EN EL FALLO DE LA CS. - 7. EL ALCANCE DE LA ESTABILIDAD FISCAL EN FALLOS POSTERIORES A "CERRO VANGUARDIA". - 8. CONCLUSIÓN.

1 Introducción

El régimen de fomento plasmado en la Ley de Inversiones Mineras 24.196 (LIM) fue diseñado por el Congreso de la Nación con el objeto de promover el crecimiento de la industria minera en la Argentina. En efecto, el andamiaje de beneficios establecido por la LIM tuvo como fin favorecer el desarrollo del sector minero mediante la implementación de condiciones que disminuyeran el riesgo de inversión y que atrajeran capitales. Uno de los beneficios más importantes que la LIM concede a quienes se acogen

a su régimen es la estabilidad fiscal, es decir, el escudo protector que garantiza al inversor la no alteración por treinta años de la carga tributaria vigente al momento de presentación de su estudio de factibilidad. El alcance real de este beneficio fue analizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) en "Cerro Vanguardia S.A. (TF 22.172-1) c. DGI".

El presente trabajo tiene como objeto analizar el fallo de la CS en el marco de la finalidad de fomento establecida en la LIM. Para ello: a) se relatarán brevemente los hechos relevantes del caso; b) se hará una breve mención al régimen de estabilidad fiscal de la LIM; c) se describirá el instituto del fomento como medio de intervención del Estado en la vida económica, indicándose, igualmente, la razón del fomento de la minería argentina; d) se señalarán los lineamientos fundamentales del beneficio de estabilidad fiscal consagrado por la LIM, indicando su importancia tanto para los intereses públicos comprometidos en el

(*) Impuestos:

Estabilidad fiscal: Ley de Inversiones Mineras; beneficios; extensión a los accionistas; distribución de dividendos; procedencia.

1 - Corresponde revocar la sentencia apelada y se deja sin efecto la resolución de la Administración Federal de Ingresos Públicos que mantuvo el acto administrativo por el que se determinó de oficio la obligación de la actora por las sumas adeudadas en concepto de retenciones del impuesto a las ganancias por distribución de dividendos correspondientes al período fiscal 2000, y se la intimó a ingresar el tributo, con sus intereses y una multa equivalente al 80% de la suma que omitió retener e ingresar al Fisco, fundándose la pretensión del organismo recaudador en la norma que la ley

25.063 introdujo en el texto de la Ley del Impuesto a las Ganancias, a continuación del art. 69, en virtud de que si bien nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados o dispensados por ellas, en el caso se configura un supuesto de excepción, precisamente a raíz de que la ley 24.196, con la finalidad de promover las inversiones en el sector minero, estableció la estabilidad por un determinado lapso del régimen tributario aplicable a los respectivos emprendimientos, por ende, cabe concluir que la norma incorporada por la ley 25.063 a continuación del art. 69 de la Ley del Impuesto a las Ganancias no resulta aplicable a la actora.

2 - En la interpretación de las leyes impositivas debe atenderse a su finalidad y a su significación económica, perspectiva desde la cual puede afirmarse que la nueva figura tributaria produce efectos equivalentes a los que hubieran resultado de la derogación de exencio-

nes o tratamientos preferenciales en la determinación de la renta societaria, ocasionando un incremento de la tasa efectiva del impuesto sobre las ganancias del ente social.

3 - Debe ponderarse que la limitación que se impuso el propio Estado mediante la ley 24.196, al asegurar a las empresas que crearon en emprendimientos mineros la estabilidad fiscal por un plazo de treinta años, persiguió el propósito de promover las inversiones en ese sector, manteniendo la ecuación económico-financiera tendida en cuenta al presentarse el estudio de factibilidad.

4 - Las normas que estatuyen beneficios de estabilidad fiscal no deben interpretarse necesariamente con el sentido más restringido que su texto admite, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de

desarrollo de la minería, como para el inversor (por garantizar la inalterabilidad de las condiciones de explotación); y, finalmente, e) se dará nuestra opinión sobre el fallo de la CS, señalándose la influencia que los fines de fomento de la LIM tuvieron sobre la decisión de la mayoría de la CS.

2 Hechos relevantes del caso y decisión de la CS

Cerro Vanguardia S.A. ("Cerro Vanguardia" o "la empresa") obtuvo el beneficio de estabilidad fiscal en 1996, año en el que presentó ante el Registro de Inversiones Mi-

neras el estudio de factibilidad técnico-económica de su proyecto minero⁽¹⁾.

Dos años después, el Congreso Nacional dictó la ley 25.063, por la cual creó el denominado "impuesto de igualación", un gravamen que recae sobre los dividendos que las sociedades de capital deben pagar a sus accionistas⁽²⁾ y que, según dijera el senador Verna, en su tratamiento legislativo, busca "evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones (...) para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de tales sujetos"⁽³⁾.

Por aplicación de la ley 25.063, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) determinó la obligación tributaria de Cerro Vanguardia por las sumas que le entendió adeudadas en concepto de retenciones del impuesto a las ganancias por distribución de dividendos correspondientes al ejercicio 2000⁽⁴⁾. Cerro Vanguardia impugnó el acto administrativo determinativo sobre la base de sostener que el impuesto de igualación no le era aplicable debido a que había sido sancionado cuando la empresa ya gozaba del beneficio de estabilidad fiscal consagrado por la LIM⁽⁵⁾.

Tanto el Tribunal Fiscal de la Nación como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazaron los argumentos de Cerro Vanguardia, entendiendo que el beneficio de estabilidad fiscal amparaba únicamente a las sociedades mineras acogidas al régimen de la LIM, pero que no se extendía a sus accionistas, sobre cuyas cabezas podía recaer válidamente el impuesto de igualación⁽⁶⁾. Contra la sentencia de la Cámara, Cerro Vanguardia dedujo el recurso extraordinario federal que motivó la sentencia que se comenta.

La CS, por mayoría, revocó el fallo de la Cámara, entendiendo que, si bien el impuesto de igualación tenía como sujeto pasivo a los accionistas de la empresa, su aplicación tenía un efecto equivalente al del aumento del impuesto a las ganancias de la sociedad y, por lo tanto, la intención de cobrar tal tributo era incompatible con la garantía de estabilidad fiscal y con los fines de fomento y promoción de la LIM⁽⁷⁾.

Para llegar a esta solución, la CS combinó: 1) por un lado, un criterio de interpretación de leyes tributarias

atendiendo a su significación económica, a efectos de determinar que la aplicación del impuesto iba a generar un efecto similar al del aumento del impuesto a las ganancias de Cerro Vanguardia⁽⁸⁾ y 2) por otro lado, un criterio amplio de interpretación de la actividad de fomento, a efectos de hacer prevalecer el propósito de promoción perseguido por la LIM por sobre la aplicación del impuesto de igualación⁽⁹⁾.

3 Breve reseña sobre el beneficio de estabilidad fiscal de la LIM

Previamente a analizar los fines del fomento como uno de los cimientos de la decisión de la CS, entendemos que es necesario hacer un breve análisis del beneficio de estabilidad fiscal y de los demás incentivos que la LIM concede a las empresas que se acogen a su régimen. Esto, en virtud de que la actividad del fomento de la minería se concreta nada más, y nada menos que mediante la implementación de dichos incentivos.

La LIM otorga a las empresas inscriptas en el Registro de Inversores Mineros la estabilidad fiscal por el plazo de treinta años desde la presentación del estudio de factibilidad⁽¹⁰⁾ técnico-económica del proyecto⁽¹¹⁾. Tal estabilidad comprende todos los gravámenes aplicables al emprendimiento —impuestos directos, tasas y contribuciones impositivas— vigentes en dicha oportunidad, excepto el Impuesto al Valor Agregado (IVA)⁽¹²⁾.

De modo que, en virtud de la garantía de estabilidad fiscal, las empresas amparadas por el régimen de la LIM no pueden ver incrementada su carga tributaria total determinada en forma separada en los ámbitos nacional, provincial y municipal a partir del momento de la presentación del estudio de factibilidad del proyecto minero⁽¹³⁾.

Debe aclararse que, para salvaguardar el régimen federal de gobierno, la LIM será aplicable en los ámbitos provincial y municipal solamente si la provincia o municipio hubieran adherido a su régimen mediante las pertinentes normas provinciales o municipales⁽¹⁴⁾.

En su faz práctica, entonces, la presentación ante la autoridad de aplicación de la LIM del estudio de factibilidad económica —en forma de solicitud de acogimiento a los beneficios de la LIM— pone un "techo" durante treinta años a la carga tributaria exigible al inversor.

Otros incentivos creados por la LIM para quienes desarrollen actividades en el marco de su régimen son: ventajas ante el impuesto a las ganancias, exenciones de pago

su necesaria implicancia, pues su inteligencia debe determinarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan.

5 - No resulta correcta la conclusión a la que llegaron los tribunales de las anteriores instancias, fundada en la consideración de que el beneficio de la estabilidad fiscal sólo alcanza a la empresa inscripta en el régimen minero y que el impuesto en discusión recae sobre los accionistas de aquella, pues, como resulta de lo expuesto en los considerandos que anteceden, tal argumento prescinde de considerar la significación económica del llamado "impuesto de igualación" así como el propósito de promover las inversiones mineras perseguido por la ley 24.196, asegurando la estabilidad fiscal de los respectivos emprendimientos, con el que no se concilia la aplicación de una figura tributaria que, aunque recae sobre los dividendos que la sociedad debe pagar a los accionistas, tiene un efecto equivalente al de un aumento de la tasa efectiva del impuesto sobre las ganancias del ente social.

6 - Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1º, 2º, 3º, 6º y 7º del inc. a) del art. 69, así como también los indicados en el inc. b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas sobre la base de la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

7 - La ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de detracer a la ganancia determinada sobre la base de la aplicación de las normas generales de esta ley el impuesto pagado por el, o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente, y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales. Si se tratara de dividendos o utilidades en especie, el ingreso de la retención indicada será efectuado por el sujeto que realiza la distribución o el agente pagador, sin perjuicio de su derecho a exigir el reintegro por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

8 - Se desprende de modo expreso e inequívoco del texto de la ley 24.196 que la estabilidad fiscal por el plazo de treinta años es un beneficio que el legislador ha concedido, en tanto se trate de "personas jurídicas" (art. 2º), a las "empresas" que desarrollen las actividades comprendidas en el régimen que se establece (art. 3º). Así, al definir el alcance y significado de tal beneficio, se alude con claridad, entre otras precisiones de idéntico sentido, a todos los tributos que tengan como sujetos pasivos a las empresas inscriptas, a que las empresas que desarrollen actividades mineras en el marco del presente régimen de inversiones no podrán ver incrementada su carga tributaria total y a que estará a cargo de los sujetos beneficiarios de la estabilidad fiscal que invoquen que ella ha sido vulnerada, y justificar y probar en cada caso —con los medios necesarios y suficientes— que efectivamente se ha producido un incremento en la carga tributaria (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

9 - No cabe aceptar que la nueva figura tributaria produzca, de por sí, efectos directos y necesariamente asimilables a los que hubieran resultado de la derogación de exenciones o tratamientos preferenciales en la determinación de la renta societaria. Ello es así porque, como derivación de la distinción ya vista, no es esta última la afectada sino la de los accionistas o socios y sólo en el supuesto en que —por voluntad del propio ente societario, correspondiente poner énfasis en ello, entre otras alternativas posibles— se haya resuelto efectuar pagos de dividendos o, en su caso, distribuir utilidades en dinero o en especie y en la medida en que éstos superen, según los parámetros que fija la ley, las ganancias obtenidas por aquél (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

10 - Dado que ninguna alteración de la carga tributaria de la sociedad actora se produce por directa y necesaria implicancia de la nueva disposición introducida en la Ley del Impuesto a las Ganancias, corresponde concluir que el pretendido goce del beneficio de que se trata por parte de los socios o accionistas hubiese requerido un expreso reconocimiento legal, ausente en la ley 24.196 (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

11 - La ley 25.429 es largamente posterior a la entrada en vigencia de la reforma a la Ley del Impuesto a las Ganancias que introdujo el agregado al art. 69 de la ley 25.063; y precisamente las modificaciones al aludido régimen tuvieron como objeto generar mayor precisión al conjunto normativo que lo regula, en la mayor parte de los casos con fines principalmente aclaratorios de aspectos que, con el texto actual, han suscitado diferencias interpretativas y, en particular, los relativos a la importante y compleja institución de la estabi-

dad fiscal, brindando así la mayor seguridad jurídica, y agregándose, más adelante, que cuando se sancionó la Ley de Inversiones Mineras otorgando el beneficio de la estabilidad fiscal, quiso de manera muy resumida y conceptualmente expresada asegurarle a las empresas que no se les incrementaría la carga tributaria (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO).

12 - Corresponde confirmar lo decidido sobre el punto en las instancias anteriores, dado que la aplicación a la actora de la norma incorporada por la ley 25.063 a continuación del art. 69 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, al no alterar la limitación que se impuso el Estado mediante la ley 24.196 que asegura a las empresas que encaven emprendimientos mineros la estabilidad fiscal por el plazo de treinta años, no produce afectación alguna de garantías constitucionales ni de principios a los cuales esta Corte ha reconocido esa jerarquía (del voto en disidencia de la doctora HIGHTON DE NOLASCO). H.N.C.

58.062 - CS, junio 30-2009. - Cerro Vanguardia S.A. (TF 22.172-4) c. DFI (E.3378.XIII-R.0) (ver fallo in extenso en ED, 234-237).

(1) Ver consid. 4º del fallo en comentario.

(2) La ley 25.063 incorporó el siguiente artículo a la Ley de Impuestos a las Ganancias: "Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1º, 2º, 3º, 6º y 7º del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades (...) que superen las ganancias determinadas sobre la base de la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de detracer a la ganancia determinada en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, el impuesto pagado por el o los períodos fiscales de origen a la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales".

(3) "Antecedentes Parlamentarios", LL, 1999-A, pág. 1060, en consid. 7º del fallo en comentario.

(4) Ver consid. 1º del fallo en comentario.

(5) Es importante destacar que en el punto 19.3.6 del estudio de factibilidad del proyecto, la empresa manifiesta que "los dividendos que se paguen a beneficiarios del exterior están exentos del impuesto a las ganancias y consecuentemente no sufren retención alguna por este impuesto". Véase consid. 4º del fallo en comentario.

(6) Ver consid. 2º del fallo en comentario.

(7) Ver consid. 8º a 12 del fallo en comentario.

(8) Ver consid. 8º del fallo en comentario.

(9) Esto fue señalado por la CS en el consid. 10 del fallo en comentario, en donde se invocó la conocida jurisprudencia del Tribunal en materia de interpretación de beneficios establecidos con fines de fomento, que sostiene que "...las normas que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben interpretarse necesariamente con el sentido más restringido que su texto admita, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación".

(10) Los estudios de factibilidad son informes diseñados para demostrar la viabilidad técnica y económica de un proyecto minero. En líneas generales, un estudio de factibilidad contiene información sobre los siguientes aspectos relacionados con un emprendimiento minero: a) las características geológicas de la zona del proyecto, incluyendo la estimación de las reservas de mineral y el potencial de exploración en el área; b) los métodos de extracción del mineral; c) la infraestructura básica disponible en la zona del proyecto; d) los aspectos ambientales, legales y tributarios relacionados con el emprendimiento; e) el detalle de los gastos de capital —incluyendo los que se efectuarán para la preconstrucción y construcción de mina— y de los gastos operativos; y f) un análisis financiero, el cual puede incluir cálculos de valor actual neto del proyecto. Es innegable que estos informes son fundamentales para la financiación de los proyectos mineros, tanto que las entidades financieras prestatarias, por lo general, solicitan el análisis previo de dichos estudios como condición suspensiva de los desembolsos. Ver, así, R. CRAIG JOHNSON et al., *Bankable Feasibility Studies - Oases or Mirage for Mining Transactions*, Mineral Law Institute. Para mayor información acerca de las formalidades que deben reunir los estudios de factibilidad para su presentación por ante la Secretaría de Minería, ver Anexo I de la Resolución de la Secretaría de Minería 326/94 ("Guía de Formulación de Estudios de Factibilidad").

(11) Ver art. 8º de la LIM (Texto según ley 25.429).

(12) Sin perjuicio de ello, las empresas mineras también pueden acogerse a un régimen especial de financiamiento y devolución de IVA, regulado por ley 24.402 y su decreto reglamentario 779/1995. Asimismo, en virtud del art. 14 bis de la LIM y de la resolución de la Secretaría de Minería 83/04, las empresas mineras exploradoras pueden solicitar la devolución del IVA a la adquisición de ciertos bienes y servicios destinados a la realización de tareas exploratorias.

(13) Ver art. 8º (1.2) de la LIM.

(14) Ver art. 4º de la LIM.

de derechos a las importaciones de bienes de capital⁽¹⁵⁾, reembolsos por exportaciones desde puertos patagónicos y topes a los porcentajes de regalías que cobran las provincias⁽¹⁶⁾.

4. Los fines de fomento de la LIM

4.1. El fomento como técnica de intervención administrativa en la vida económica

Un breve análisis del instituto del fomento —como mecanismo de intervención del Estado en la economía— nos ayudará a entender mejor la razón de ser del fallo en comentario.

El fomento es el medio de intervención por excelencia que el Estado viene empleando en el ámbito económico, desde hace décadas, para posibilitar la consecución de fines que trascienden los individuales de los particulares que realizan la actividad favorecida⁽¹⁷⁾.

En palabras de JORDANA DE POZAS, el fomento es la "acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general"⁽¹⁸⁾. Los medios de fomento pueden clasificarse en: positivos o directos o negativos o indirectos. Los primeros son los que otorgan ventajas o prestaciones, mientras que los segundos son los que obstaculizan actividades contrarias a las que el gobernante quiere fomentar⁽¹⁹⁾.

Como bien se lo ha señalado, el fomento de una determinada actividad no persigue únicamente el desarrollo económico, sino que apunta a propósitos mucho más generales, como el fortalecimiento de diferentes regiones del país o la mejora de la calidad de vida en las comunidades⁽²⁰⁾. Adicionalmente, como lo señala CASSAGNE, el fomento "reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja o promueva determinadas actividades que realizan las personas físicas o jurídicas con la finalidad mediata de procurar que, mediante la concreción de dichas finalidades, resulte un beneficio a la comunidad"⁽²¹⁾.

Nuestra Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a otorgar estímulos para el desarrollo de la industria, si es que mediante dichos incentivos puede satisfacerse el bien común. Así, la "cláusula de prosperidad" contenida en el art. 75, inc. 18, establece que el legislador puede dictar leyes protectoras de actividades cuando ellas generen el bienestar del país y el adelanto de las provincias⁽²²⁾. Según nos enseña la doctrina, la "cláusula de prosperidad" tiene como fin que el Congreso evalúe las circunstancias nacionales para lograr el propósito de mayor desarrollo de las industrias⁽²³⁾. Asimismo, se ha dicho que esta cláusula asigna al Congreso un "rol motorizador del crecimiento y desarrollo de la nueva Nación"⁽²⁴⁾.

Íntimamente vinculada con la prescripción constitucional recientemente reseñada, la "nueva cláusula de la prosperidad" (art. 75, inc. 19, CN) faculta al Congreso de la Nación a proveer lo conducente al progreso económico

con justicia social, la creación de empleo, el desarrollo económico del país y la productividad de la economía nacional.

Sobre dicha cláusula, SACRISTÁN ha señalado, con gran acierto, que "las medidas de fomento, motorizadas desde el gobierno central, pueden contribuir al bienestar en las provincias, proveyendo a un federalismo más equilibrado o a un crecimiento armónico, con sustento en la prescripción del art. 75, inc. 19, CN"⁽²⁵⁾.

Permitásenos, por último, transcribir parte del comentario de GELLI sobre la "nueva cláusula de la prosperidad": "Puede advertirse (...) que el constituyente quiso compatibilizar el progreso y la estabilidad económicas con el desarrollo humano en su más amplia acepción (...) En el (...) Informe 95 sobre Desarrollo Humano del PNUD, se llega a la conclusión de que el crecimiento es condición necesaria pero no suficiente para el desarrollo y se afirma que el desarrollo sin crecimiento no es sostenible en el largo plazo. En esa línea, el Informe 95 insiste en las alternativas que poseen los países para progresar en el sentido del desarrollo de las respectivas naciones: a) gasto en salud, educación e investigación; b) redistribución del ingreso; c) programas en gasto social bien estructurado y sostenible; d) potenciación del ser humano, en especial de la mujer. Como se advierte, ese programa está contemplado en el art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional"⁽²⁶⁾.

Como veremos a continuación, la LIM es una manifestación particularizada de esos estímulos que la Constitución Nacional autoriza al Congreso a implementar, a los efectos de promover el desarrollo por el bienestar general. El fin que el Congreso se propone con la LIM es, entonces, generar, por medio de la inversión privada en minería, desarrollo que contribuya al bienestar común.

4.2. La razón del fomento de la actividad minera argentina

La doctrina nos enseña que el fomento de las actividades privadas por razones de interés público se concreta, por ejemplo, mediante la "promoción", a través de beneficios fiscales⁽²⁷⁾. Dichos preceptos se conjugan en el régimen creado por la LIM que, según vimos, busca el desarrollo de la actividad minera a través del otorgamiento de incentivos especiales de carácter fiscal, con el fin último de contribuir a la satisfacción de fines de interés público.

En efecto, la LIM fue diseñada para atraer capitales que contribuyeran a la puesta en marcha del sector minero argentino, el cual en 1993 (año de su sanción) solamente representaba un 0,018% del PBI nacional, un porcentaje insignificante teniendo en cuenta el potencial y la riqueza de los subsuelos de nuestro país⁽²⁸⁾. Más específicamente, mediante la LIM se intentó incentivar el desarrollo de la actividad minera para que, de una vez por todas, se capitalizaran las riquezas existentes en yacimientos no explorados del país, con el fin último de generar el desarrollo económico y el fortalecimiento de las regiones mineras.

En ese sentido, cabe señalar que los proyectos mineros, por lo general, se encuentran en áreas remotas y de poco desarrollo y que la presencia de la minería de por sí es beneficiosa para los intereses económicos y sociales de dichas áreas. En efecto, la minería requiere de mano de obra para el desarrollo de los emprendimientos y genera una demanda de infraestructura y obras civiles para el inicio y el desarrollo de los proyectos, así como también de proveedores locales que satisfagan las necesidades diarias de las operaciones. Es decir, la presencia de la minería contri-

buye (o debería contribuir) al desarrollo económico y social de las regiones mineras⁽²⁹⁾.

Tal postura fue expuesta por el Poder Ejecutivo en el mensaje de elevación del Proyecto de la LIM, de la siguiente manera: "La aplicación de este marco legal (...) permitirá: a) Generar las condiciones adecuadas para hacer atractivo el ingreso de capitales para la inversión de riesgo en el campo de la minería; b) Conocer y potencializar los recursos mineros del país; (...) c) Generar fuentes de trabajo y asentamientos estables en zonas alejadas, fronterizas y, por lo general, de escaso desarrollo; f) Incorporar y crear tecnología minera" (el destacado nos pertenece)⁽³⁰⁾.

4.3. La fuente de la estabilidad fiscal como medio directo de fomento en la LIM: ¿acto administrativo bilateral?

La práctica de estimular la actividad minera a través de garantías jurídicas de estabilidad fiscal no es originaria de nuestro país. Naciones con antigua tradición minera —como, por ejemplo, Perú— crearon los contratos de estabilidad o contratos ley⁽³¹⁾ como mecanismos de fomento directo de la inversión privada en minería, estableciendo la garantía de estabilidad fiscal como una de las condiciones básicas consagradas por dichos contratos a favor del inversor. Dicha garantía jugó un rol sobresaliente en el notable desarrollo que tuvo la actividad minera peruana, pues contrarrestó la inestabilidad política característica de ese país, permitiendo a los inversores alejar incertidumbres y prever planes de inversión seguros⁽³²⁾.

En la Argentina, a diferencia de lo que ocurre en Perú, la estabilidad fiscal no encuentra su fuente directa en un contrato típico celebrado con el Estado, sino en el certificado de estabilidad fiscal otorgado por la autoridad de aplicación de la LIM a favor de la empresa que pretende acogerse a dicho beneficio⁽³³⁾. No obstante, para que un inversor minero obtenga el certificado de estabilidad fiscal, primero deben confluír las voluntades privadas y públicas; esto es, 1) la voluntad de la empresa que pretende acogerse al régimen y 2) la del Estado que otorga y garantiza el beneficio una vez que verifica que se cumplen los requisitos de la LIM⁽³⁴⁾.

Al respecto, es interesante recordar la doctrina sentada por la CS en el conocido precedente "Metalmeccánica"⁽³⁵⁾, en el cual nuestro Supremo Tribunal forjó la tesis de que, bajo determinadas circunstancias, las concesiones de incentivos o beneficios promocionales por parte del Estado a particulares configuran actos administrativos bilaterales. A partir de "Metalmeccánica", la doctrina comenzó a identificar ocasiones en las cuales podría presentarse una relación jurídica bilateral entre el particular y la Administración que genera a favor del primero una protección jurídica similar a la que merecería un contrato⁽³⁶⁾.

(29) No obstante al desarrollo económico perseguido por la LIM, la inversión minera también debe ser ambientalmente sustentable, razón por la cual los proyectos deben cumplir con severas normas ambientales.

(30) "Antecedentes Parlamentarios", Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 51ª Reunión - Continuación de la 3ª Sesión Extraordinaria, marzo 10 de 1993.

(31) Estos contratos "son mecanismos creados, para fomentar la inversión nacional y extranjera en el país, implicando su creación al establecimiento de condiciones básicas (seguridad en el régimen legal), y favorables que repercutan en un comportamiento económico (inversión)". Conf. ZEBARRA VALDIVIA, DEBOO, *El contrato ley*, Lima, Perú, Gaceta Jurídica Editores, 1997, pág. 42.

(32) RODRIGO PRADO, LUIS C., *Fiscal Stabilization Agreements With Host Countries: What They Are and How They Work*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation.

(33) Ver art. 10 de la LIM.

(34) Como ya se dijo en el punto 3 del presente trabajo, la LIM concede otros incentivos a las empresas que se acogen a su régimen, además del de estabilidad fiscal. Como condición previa para el otorgamiento de dichos incentivos, los interesados deben inscribirse en el Registro de Inversores Mineros habilitado por la Secretaría de Minería de la Nación (ver art. 2º de la LIM y art. 2º del decreto 2686/1993 reglamentario de la LIM). Sin perjuicio de ello, esta parte del presente trabajo se enfoca en la fuente de la estabilidad fiscal como medio de fomento de la LIM, por cuanto dicho incentivo fue el analizado por la CS en el fallo en comentario.

(35) "Metalmeccánica S.A.C.I. c. Nación Argentina s/ nulidad de resolución e indemnización" 23-9-76, Fallos: 296:672.

(36) Ver DE LA RIVA, IGNACIO M., *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Buenos Aires, Hamurázi, 2004, pág. 174; véase también SACRISTÁN, ESTELA B., *El problema...*, cit., nota 23; asimismo, véase MARIENHOF, MIGUEL S., *El acto administrativo "bilateral" y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 11, N° 61 a 66, Buenos Aires, Depalma, 1978, pág. 71 y sigs.

(15) Ver Título II y Título II bis de la LIM.

(16) Ver Capítulo VI de la LIM.

(17) Así, LAPIERRE, JOSÉ A., *Regímenes de promoción económica*, Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pág. 585.

(18) Conf. JORDANA DE POZAS, LUIS, *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo*, Revista de Estudios Políticos, N° 48, Madrid (1949), pág. 49.

(19) Ídem, pág. 51.

(20) LAPIERRE, JOSÉ, *Regímenes...*, cit., pág. 588.

(21) Conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *La intervención administrativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 89 y sigs.

(22) El art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional dispone que es facultad del Congreso "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la industria, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

(23) Conf. GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN, *Derecho constitucional argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, J. Lajouane y Cia., 1931, pág. 183; SACRISTÁN, ESTELA B., *El problema de la fuente en las relaciones de fomento*, Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Buenos Aires, LexisNexis, n° 43, 2003, pág. 101.

(24) Conf. SACRISTÁN, ESTELA B., *El problema...*, cit., nota 23, pág. 161.

(25) Ídem, pág. 101-102.

(26) Conf. GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2005, págs. 693-700. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, también debemos señalar que la "nueva cláusula de la prosperidad" ha sido caracterizada por cierta corriente doctrinaria como un mero "catálogo de ilusiones" integrado por enunciados no operativos. En ese sentido, ECOMEDIAN, MIGUEL A., *Tratado del derecho constitucional*, Depalma, 1997, t. IV, pág. 554 y sigs.

(27) CASSAGNE, *La intervención...*, cit., pág. 92, también citado en SACRISTÁN, ESTELA B., *La relación jurídica de fomento: unilateralidad o bilateralidad?*, ED, 184-951.

(28) "Antecedentes Parlamentarios", Diario de Sesiones, Cámara de Senadores de la Nación, 63ª Reunión - 19ª Sesión Extraordinaria, 28 de abril de 1993. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, debemos señalar que el fomento de la minería ha sido siempre causal de preocupación para los gobiernos argentinos. En efecto, desde 1820, el Estado viene ensayando, si bien con poco éxito, medidas de promoción para incentivar el desarrollo de la actividad minera nacional. Así, ver VALLS, MARÍO F., *Código de Minería de la República Argentina: Anotado, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 326.

En su comentario sobre "Metalmeccánica", MARIENHOFF definió al acto administrativo bilateral como aquel cuya emanación y contenido se deben a dos voluntades coincidentes (de la Administración Pública y del administrado), acerca de lo que una parte le reconoce a la otra, y reciprocamente; en ese sentido, MARIENHOFF señala que los actos administrativos pueden ser bilaterales en su "formación" o en sus "efectos"⁽³⁷⁾. Agrega el maestro que en "Metalmeccánica" el Alto Tribunal reconoce por primera vez la existencia del acto administrativo bilateral, señalando que los requisitos que se desprenden de dicha decisión para que se configure un acto bilateral son: 1) un pedido de incorporación al régimen de promoción y 2) una aceptación por parte de la autoridad estatal⁽³⁸⁾.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que la CS también negó, en otras oportunidades, la mentada bilateralidad en las relaciones jurídicas de promoción. En ese sentido, en el muy conocido fallo "Compañía Azucarera Concepción S.A."⁽³⁹⁾, el Alto Tribunal decidió que las medidas de promoción con las cuales se estimuló la venta al exterior de azúcar tenían carácter unilateral y meramente reglamentario. Para llegar a dicha conclusión, la CS se basó en el hecho de que el otorgamiento del beneficio no requería la "aceptación" por parte de la autoridad estatal al pedido de acogimiento del beneficiado. En ese orden de ideas, el Alto Tribunal entendió que las relaciones entre la empresa y el Estado eran extracontractuales, determinando que aquélla nada tenía para reclamar al Estado, por cuanto ya había operado el plazo de prescripción biannual que el Código Civil establece para las acciones que persiguen el cobro de créditos extracontractuales⁽⁴⁰⁾.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos expresados por la doctrina a partir de "Metalmeccánica", entendemos que la fuente de la estabilidad fiscal de la LIM es un acto bilateral de "solicitud-aceptación", en virtud del cual la empresa minera solicita el acogimiento al beneficio y el Estado acepta, mediante un acto particular —en este caso la emisión del certificado de estabilidad fiscal—, dicha solicitud. Con posterioridad a la aceptación, la empresa minera recibirá el beneficio, pero también deberá cumplir con ciertos requisitos formales, de cuyo cumplimiento dependerá el mantenimiento de la garantía de estabilidad fiscal⁽⁴¹⁾.

Se conjuga, entonces, el siguiente esquema: 1) el beneficio de estabilidad fiscal incide sobre la actividad de las empresas mineras por cuanto, al garantizar la inalterabilidad de la carga tributaria aplicable a los proyectos mineros, estimula a tales empresas a acogerse a la LIM; 2) las empresas se acogen voluntariamente al beneficio de estabilidad fiscal mediante la inscripción en el Registro de Inversores Mineros y la posterior presentación de los estudios de factibilidad de los proyectos en forma de petición de acogimiento al régimen de la LIM; 3) la autoridad de aplicación de la LIM, luego de analizar las características del proyecto presentado, emite el pertinente certificado de estabilidad fiscal, el cual representa la aceptación por parte de la autoridad estatal de la petición de acogimiento; 4) se configura así el acto bilateral de solicitud-aceptación como fuente del beneficio de estabilidad fiscal.

Excedería mucho el propósito de este trabajo, analizar y evaluar las consecuencias jurídicas que resultan de caracterizar al beneficio de estabilidad fiscal como proveniente de actos administrativos bilaterales. Sin embargo, para concluir este acápite, corresponde señalar que, de ser así, la relación bilateral entre Estado y empresa estaría sometida a un régimen similar al aplicable a las relaciones de índole contractual, lo cual tiene una importancia decisiva en materias tales como, por ejemplo, el

(37) Cabe señalar que MARIENHOFF fue pionero de la doctrina del acto administrativo bilateral; en efecto, el notable administrativista analizó la estructura de dicho acto aún antes de que la CS lo hiciera en el fallo "Metalmeccánica". Conf. MARIENHOFF, *El acto...*, cit. nota 36, pág. 78.

(38) *Ibidem*, nota 36.

(39) "Compañía Azucarera Concepción S.A. v. Estado Nacional (proceso de conocimiento)", Fallos: 322:496.

(40) Conforme lo ha señalado SACRISTÁN, la CS fundamentó el carácter unilateral de la medida en los precedentes "Sociedad Anónima Azucarera" (no publicada en Fallos) y "Ledezma" (Fallos: 312:2022). Conf. SACRISTÁN, ESTELA B., *El problema...*, cit., págs. 110-114.

(41) Conf. SACRISTÁN, ESTELA B., *El problema...*, cit., págs. 107-108. Ver también obligaciones formales para empresas mineras que gozan del beneficio de estabilidad fiscal establecidas por Anexo I del decreto reglamentario 1089/2003.

plazo de prescripción de las acciones emergentes de dicha relación⁽⁴²⁾.

5 La estabilidad fiscal desde la perspectiva del inversor

El análisis de la garantía de estabilidad fiscal como herramienta que garantiza la inmodificabilidad de reglas de juego pactadas también nos ayudará a entender el fallo de la CS.

La seguridad jurídica y la existencia de reglas de juego claras son factores decisivos para la evaluación de inversiones a largo plazo, máxime si la inversión está vinculada con proyectos de infraestructura y, en especial, con el sector minero. En efecto, como es sabido, los emprendimientos en materia de infraestructura en general⁽⁴³⁾ y los mineros en particular son riesgosos⁽⁴⁴⁾, ya que involucran desembolsos intensivos de capital a largo plazo con la posibilidad siempre latente de que los proyectos finalmente no se desarrollen por ser económica, geológica, técnica o políticamente inviables⁽⁴⁵⁾.

Es por ello que la regulación tributaria es uno de los factores más importantes que los accionistas de las empresas mineras tienen en cuenta a la hora de evaluar posibles inversiones. En ese sentido, una encuesta realizada a empresas mineras internacionales en 1990 demostró que el cincuenta por ciento de los ejecutivos mineros consideraba a la política fiscal del lugar de inversión como una de las seis condiciones cruciales a evaluar cuando se proyectaban inversiones a largo plazo⁽⁴⁶⁾. Otra encuesta a empresas mineras llevada a cabo por la Organización de las Naciones Unidas en 1992 determinó que las políticas fiscales —más específicamente, la garantía de estabilidad fiscal—, eran aspectos clave para los inversores en los procesos de toma de decisiones⁽⁴⁷⁾.

¿Por qué el beneficio de estabilidad fiscal es tan importante para las empresas mineras? La pregunta no resiste un gran análisis: la garantía de inmodificabilidad de las cargas tributarias es un resguardo para las empresas contra eventuales cambios en las reglas de juego que pudieran tornar inviables sus proyectos. Así, la estabilidad fiscal es nada más, y nada menos, que un mecanismo que: a) da certeza sobre las futuras obligaciones fiscales por las cua-

les el proyecto deberá responder; b) reduce los riesgos de inversión y c) protege a las empresas contra cualquier cambio impredecible que pudiera alterar la ecuación económica de sus emprendimientos⁽⁴⁸⁾.

La estabilidad fiscal reviste también importancia esencial para las entidades financieras que actúan como prestamistas en los mecanismos de financiamiento de proyectos conocidos como *Project Finance*. En virtud de dichas operatorias, las entidades crediticias (llamadas *Lenders*)⁽⁴⁹⁾ prestan dinero a empresas titulares de derechos mineros a efectos de que éstas puedan llevar a cabo sus proyectos. Mediante los contratos de préstamos que se celebran entre los *Lenders* y las empresas promotoras de los proyectos —muchas veces enmarcados como préstamos sindicados— las entidades financieras se convierten en acreedoras de parte de los flujos de fondos generados por los emprendimientos, hasta llegar a cobrarse el total de los montos desembolsados, más intereses, gastos, comisiones, y demás conceptos a convenir entre las partes⁽⁵⁰⁾.

La viabilidad de los proyectos (concepto que incluye el retorno económico al *Lender*) puede ser alterada por cualquier cambio en las políticas fiscales. Para evitar esta posibilidad, los prestamistas en general tratan de minimizar los tributos locales aplicables a los emprendimientos o valerse de tratados bilaterales y multilaterales que les otorguen ventajas fiscales⁽⁵¹⁾.

Desde esta perspectiva, la garantía de estabilidad fiscal reviste el carácter de condición esencial para los *Lenders* a la hora de tomar decisiones vinculadas a potenciales desembolsos en proyectos de inversión. En efecto, la estabilidad de los compromisos asumidos por el Estado y las empresas que llevan a cabo los emprendimientos resguarda a los *Lenders* de cualquier cambio en el régimen tributario vigente al momento de efectuar los desembolsos. Dichos cambios, como ya se dijo, pueden incidir lisa y llanamente en la viabilidad de los proyectos, afectando de esta manera las ganancias del proyecto y así el retorno económico a los prestamistas⁽⁵²⁾.

Es importante señalar que en la Argentina, en virtud de la resolución de la Secretaría de Minería 996/97, las empresas que gozan de los derechos de estabilidad fiscal y cambiaria de la LIM pueden ceder dichos derechos a entidades que actúen como fiduciarios, a efectos de garantizar obligaciones vinculadas con la financiación de sus proyectos.

Por las razones expuestas, tanto desde la óptica de las empresas mineras titulares de los emprendimientos mineros, como desde la de las entidades crediticias en el marco de los financiamientos de proyectos, la garantía de estabilidad fiscal constituye un factor fundamental a evaluar en los procesos de toma de decisiones de inversión.

6 La seguridad jurídica y los fines de fomento en el fallo de la CS

En el caso que motiva estas reflexiones, la CS, como vimos, dejó sin efecto la aplicación del impuesto de igualación sobre las rentas de los accionistas de Cerro Vanguardia, por entender que su cobro no era compatible con la garantía de estabilidad fiscal y los fines de fomento de la LIM.

Los cimientos fundamentales en los que la CS se basó para llegar a esta solución fueron: 1) el respeto al principio de seguridad jurídica y a las reglas de juego pactadas entre Estado y empresa, y muy ligado a lo mencionado anteriormente, 2) el resguardo de los fines de promoción de la LIM.

Con relación a la seguridad jurídica, vimos que la Corte destacó la importancia de respetar y mantener las reglas de juego y ecuación económica pactadas entre el Estado y

(48) RODRIGO PRADO, LUIS, *Fiscal Stabilization...*, cit. nota 32.

(49) Los bancos y organismos multilaterales de créditos son —desde hace varios años— fuentes de financiamiento de proyectos de infraestructura y, en especial, de proyectos vinculados con la industria extractiva. Para una descripción sobre las fuentes de financiamiento minero internacionales, véase KASSIS, CYNTHIA U., *International Mineral Project Finance: Sources and Fundamental Building Blocks*, Mineral Law Institute, Ch. 19.

(50) Conf. HOFFMAN, SCOTT L., *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd Edition, Cambridge, 2008, pág. 4.

(51) Conf. HOFFMAN, SCOTT L., *The Law...*, cit., pág. 50.

(52) Conf. AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., *Principios...*, cit., págs. 419-420.

(42) Para un análisis de la responsabilidad del Estado en las relaciones de fomento, ver SACRISTÁN, ESTELA B., *Responsabilidad del Estado en el marco de las actividades de fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, sobre Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Buenos Aires, Ediciones RAP, pág. 247 y sigs.

(43) Al respecto, véase AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., *Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas*, Jornadas sobre Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005, pág. 375 y sigs. En dicho trabajo, se identifican, acertadamente, características y riesgos vinculados con los proyectos de infraestructuras públicas, de la siguiente manera: "...las infraestructuras públicas son de capital intensivo puesto que suponen una altísima inversión de capital inicial (...) Asimismo, esta característica de la inversión en infraestructura que trasluce la existencia de relaciones de largo plazo e inversiones hundidas es demostrativa de altos costos de transacción y, paralelamente, demuestra que este término es apto para el llamado 'optimum gubernamental', en el sentido de que los gobiernos —por el impacto social y político que tienen tales infraestructuras— pueden estar tentados de proceder a la 'confiscación' de las rentas de su titular u operador".

(44) El Consultor Minero y ex Profesor de la Universidad de Denver y de la Colorado School of Mines, JAMES OTTO, detectó los siguientes factores de riesgo característicos en las inversiones mineras: a) un período de tiempo muy largo —el de exploración— en el cual se gasta dinero pero no se genera ganancias; b) una inversión inicial muy grande para la construcción y desarrollo de la mina; c) dependencia de importación de sofisticados equipos y servicios para el desarrollo del proyecto; d) inestabilidad política en los lugares de inversión; y e) un precio fluctuante del mineral, que puede afectar la ganancia del proyecto. Conf. OTTO, JAMES, *Comparative International Tax Regimes*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Ch. 17-8.

(45) Al respecto, se ha señalado que de cada 100 proyectos de exploración descubiertos, sólo 2 o 3 llegan a convertirse en explotación minera. Conf. CATALANO, EMBUNDO F., *Código de minería (comentado)*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, pág. 26.

(46) Conf. JOHNSON, CHARLES J., *Ranking Countries for Mineral Exploration*, 14(3) *Natural Resources Forum* 178 (1990), en OTTO, JAMES, *Comparative International Tax Regimes*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Ch. 17-4.

(47) Conf. OTTO, JAMES, *Criterial and Methodology for Assessing Mineral Investment Conditions, Mineral Investment Conditions in Selected Countries of the Asia-Pacific Region* (United Nations ESCAP, 1992), en OTTO, JAMES, *Comparative International Tax Regimes*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Ch. 17-4.

Cerro Vanguardia cuando la empresa planificó su inversión. Consideramos este criterio cuanto menos confortante, por cuanto, como señalamos antes, cualquier inversor necesita contar con seguridad jurídica a efectos de iniciar y desarrollar un proyecto exitoso, más aún si se trata de inversores mineros.

Es que, tal como fue planteado anteriormente, la actividad minera reviste características riesgosas y, por tal motivo, las empresas mineras deben contar con un régimen jurídico claro y previsible que les garantice seguridad jurídica y reglas de juego claras durante todas las fases típicas de sus emprendimientos. Solamente mediante un régimen previsible el inversor puede planear proyectos seguros y a largo plazo. En ese sentido, los cambios impredecibles a las reglas de juego fijadas por el Estado pueden tornar cualquier proyecto minero en un emprendimiento económicamente inviable.

Aplicando estos conceptos al caso del comentario, es claro que la pretensión del Fisco de imponer el impuesto de igualación sobre los accionistas de Cerro Vanguardia hubiera alterado la ecuación económica inicialmente pactada entre el Estado y la empresa, apropiándose así de parte de la rentabilidad del proyecto. En ese orden de ideas, consideramos acertada la decisión de la CS de declarar incompatible a dicho impuesto con el beneficio de estabilidad fiscal, por cuanto así, de nuevo, resguardó las reglas de juego originalmente pactadas entre Estado y empresa cuando se planeó el desarrollo del proyecto en la Provincia de Santa Cruz.

Cabe volver a señalar que, a efectos de declarar el impuesto de igualación incompatible con el beneficio de estabilidad fiscal, la CS tuvo en cuenta el impacto económico que dicho impuesto generaría en Cerro Vanguardia, equiparando la aplicación del impuesto con una recarga al impuesto a las ganancias de la empresa⁽⁵³⁾.

Igualmente, la CS también destacó el fomento de la actividad minera en la Argentina, señalando en ese sentido el límite que el Estado se puso, mediante la LIM, de modificar condiciones pactadas con los inversores, con el fin de incentivar la actividad. Así las cosas, la decisión de la CS realzó los fines de promoción para los cuales la LIM fue diseñada; esto es, la satisfacción de intereses públicos a partir de la promoción de la actividad minera. El fallo, en efecto, le dio un alcance adecuado a la garantía de estabilidad fiscal de la LIM, en el entendimiento de que tal solución era compatible con los fines de promoción de la LIM⁽⁵⁴⁾.

Corresponde mencionar que la CS priorizó los fines de fomento por sobre: 1) el principio que sostiene que los beneficios tributarios deben interpretarse restrictivamente y 2) la distinción de la persona de los accionistas y del ente social. Con respecto a la primera cuestión, el fallo recoge el criterio de interpretación "pro fomento" que el Tribunal ya había sentado en "Madoni y Moretti S.C.A."⁽⁵⁵⁾. En dicho precedente, el Alto Tribunal dispuso que, en materia de incentivos fiscales destinados a fomentar una actividad industrial, corresponde que la interpretación se realice no en forma restrictiva, sino de forma tal que se cumpla el fin de promoción de la ley, de acuerdo con los principios de una razonable interpretación.

Por otro lado, la diferenciación entre sociedad y accionistas fue utilizada por los Tribunales inferiores y por la Dra. Highton de Nolasco (en su voto disidente) como fundamento para determinar que la pretensión del Fisco de aplicar el impuesto de igualación era válida, por cuanto el impuesto recaía sobre los accionistas de la empresa, mientras que el beneficio de estabilidad fiscal estaba concebido sólo para el emprendimiento minero⁽⁵⁶⁾. El Alto Tribunal, como dijimos, priorizó los fines de fomento de la LIM por sobre dicha distinción.

(53) Ver consid. 8° del fallo en comentario.

(54) Ver consid. 9° a 12 del fallo en comentario.

(55) "Madoni y Moretti Soc. en Com. por Accs.", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-12-86, publicado en LL, 1988-C, 94, con nota de MARCO R. MICELE.

(56) "Que la demandante es una sociedad anónima, por lo cual —reconocida en la base de nuestra ley la diversa personalidad jurídica de la sociedad respecto de sus socios o accionistas, con la consecuente necesidad dogmática de reconocer también autonomía entre los patrimonios de la primera y los de los segundos—, por principio debe descartarse (...) cualquier interpretación que, en ausencia de expreso mandato legal, conduzca a extender indiscriminadamente la aplicación de disposiciones destinadas a uno de estos ámbitos —claramente diferentes— al restante". Considerando 9° del voto de la Dra. Highton de Nolasco del fallo en comentario.

Con buen criterio, finalmente, la CS mencionó que si bien nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas, "en el caso se configura un supuesto de excepción, precisamente a raíz de que la ley 24.196, con la finalidad de promover las inversiones en el sector minero, estableció la estabilidad por un determinado lapso del régimen tributario aplicable a los respectivos emprendimientos"⁽⁵⁷⁾.

Consideramos que la decisión es alentadora para los inversores y para los intereses públicos comprometidos en el desarrollo de la actividad minera. Tal como señaló la CS, la decisión "...es la que mejor se adecua al principio de seguridad jurídica, al que el Tribunal ha reconocido jerarquía constitucional"⁽⁵⁸⁾.

7 El alcance de la estabilidad fiscal en fallos posteriores a "Cerro Vanguardia"

Dos fallos posteriores reconocieron validez al beneficio de estabilidad fiscal de la LIM frente a las pretensiones del Estado de cobrar retenciones a las exportaciones a empresas mineras que habían obtenido la estabilidad fiscal antes de que se fijen derechos de exportación sobre las ventas de mineral.

Estas irrupciones con espíritu recaudatorio por parte del Estado tuvieron lugar a partir de la resolución de la Secretaría de Comercio Interior 288 y de la resolución de la Secretaría de Minería de la Nación 130 (las "resoluciones"), por medio de las cuales se facultó a la Aduana a percibir derechos de exportación de compañías que habían obtenido derechos de estabilidad fiscal con anterioridad a la sanción de la resolución del Ministerio de Economía e Infraestructura 11/2002, la cual fijó retenciones a las exportaciones de mineral. En ese sentido, muchos proyectos mineros perjudicados atacaron en sede judicial la validez de dichas resoluciones, algunos de ellos obtuvieron decisiones favorables.

Así las cosas, en "Minera del Altiplano S.A. c. Gobierno Nacional" (agosto de 2009) la Cámara Federal de Apelaciones de Salta entendió que las resoluciones no eran aplicables a la demandante, por cuanto habían sido sancionadas cuando la empresa ya gozaba de los derechos de estabilidad fiscal de la LIM y, en consecuencia, se encontraban en abierta contradicción con las garantías reconocidas a favor de la compañía. El precedente "Minera del Altiplano" fue la primera oportunidad en la que una Cámara se pronunció sobre el fondo del asunto, dando prioridad al beneficio de estabilidad fiscal de la LIM por sobre las previsiones de las resoluciones.

Por otro lado, en "Minera Andacollo Gold S.A. c. Gobierno Nacional" (junio de 2010), el Juzgado Federal N° 1 del Neuquén dictó una medida cautelar ordenando al Estado Nacional que se abstuviera de percibir de Andacollo Gold S.A. derechos sobre las exportaciones de mineral. Al respecto, el Juez entendió que la verosimilitud del derecho se encontraba configurada con la inexistencia de un acto administrativo o norma que deje sin efecto el beneficio de estabilidad fiscal otorgado a favor de la compañía minera. Por otro lado, el aumento de la carga fiscal que sufrió la empresa en virtud de las resoluciones, y la consiguiente alteración de la ecuación económica del proyecto, fue fundamento suficiente para que el peligro en la demora se viera acreditado.

Si bien ambas decisiones evaluaron el alcance de la estabilidad fiscal en un contexto diferente al tenido en cuenta por la CS en el precedente "Cerro Vanguardia", igualmente entendemos que dichos fallos atacaron el espíritu de fomento de la minería que hemos analizado en el presente comentario. Cabe destacar que la CS aún no resolvió sobre la pretensión de Minera Alumbra de que las resoluciones sean declaradas nulas⁽⁵⁹⁾. No sería nada descabellado suponer que el Alto Tribunal tendrá en los fines de fomento de la actividad minera uno de los pilares primordiales a la

(57) Ver considerando 12° del fallo en comentario.

(58) Ver considerando 12° del fallo en comentario.

(59) In re: "Minera Alumbra Ltd. c. DGI s. Amparo". Al respecto, debemos señalar que la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la pretensión de la compañía, fue revocada en Cámara. Ante dicho pronunciamiento, la empresa dedujo REFP, el cual está pendiente de resolución por la CS.

hora de decidir sobre la validez o invalidez de dichas resoluciones.

8 Conclusión

Hemos analizado a lo largo del presente comentario los principales aspectos que reviste el fomento de la actividad minera bajo la LIM.

La decisión de la CS, como vimos, dio un alcance adecuado a la garantía de estabilidad fiscal, incluyendo bajo su esfera de protección a un impuesto que, si bien tenía como sujeto pasivo directo a la persona de los accionistas de la empresa, producía un efecto igualable al aumento del impuesto a las ganancias de la sociedad. A través de su decisión, la CS resguardó la seguridad jurídica y priorizó los fines de fomento de la LIM por sobre otras cuestiones, como la regla de interpretación restrictiva de los beneficios fiscales y la diferenciación de las personalidades jurídicas de la sociedad y sus accionistas.

Consideramos que el fallo es elogiado, pues: 1) protege la garantía de estabilidad fiscal consagrada por la LIM, respetando de esta manera las reglas de juego fijadas por el Estado cuando la empresa planeó la inversión para la explotación del proyecto minero, 2) realza la actividad del fomento de la minería como medio directo para la consecución de fines de interés general y 3) protege la vigencia de la garantía de seguridad jurídica. Por todo ello, entendemos que la decisión es alentadora y contribuye a generar un mejor clima para la inversión minera en el país.

VOCES: RECURSOS NATURALES - IMPUESTOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - PODER LEGISLATIVO - DERECHOS HUMANOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN

JURISPRUDENCIA

Fuerzas Armadas y de Seguridad:

Baja: incapacidad ajena a los actos de servicios; derecho a percibir el haber previsional; improcedencia.

1 - *Al ser dado de baja, el actor no presentaba incapacidad, pues al momento de la pericia médica la incapacidad sólo podía ser de un diez por ciento, siendo que el hecho de que alguien ingrese sano no implica que pueda egresar de su fuerza con alguna incapacidad. Para el derecho al haber que se pretende, es necesario que haya un corte de la carrera por una afección invalidante, total o parcial, lo que no se da en autos.*

2 - *En materia previsional de las fuerzas armadas y de seguridad, la normativa busca consolidar la situación de quienes, prestando servicios en sus fuerzas respectivas, deban pasar a situación de retiro por la inutilización sufrida en actos de servicio, frustrando de tal modo la culminación de su carrera militar y sufriendo también las derivaciones patrimoniales consiguientes. De esta forma, el fin tenido en cuenta por el legislador ha sido amparar a quienes ven truncada su carrera, por causas ajenas a ellos, lo que aquí no ha ocurrido. H.N.C.*

635 - CNCom.-adm. Fed., sala I, mayo 18-2010. - Farfan Ojayo c. EN - N° Defensa - EMGA s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg.

En Buenos Aires, a 18 días del mes de mayo del 2010, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver en autos: "Farfan Ojayo c/ EN - M° Defensa - EMGA s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seg."; y,

El juez Pedro José Jorge Coviello dijo:

I. Contra la resolución dictada por la señora jueza subrogante a cargo del juzgado n° 9 del fuero que rechazó la demanda deducida por el actor, quien solicitó la nulidad de la resolución 333 del 29/11/01 dictada por el Jefe del Estado Mayor General de la Armada —que dispuso que la afección "vários recidivas en miembro inferior derecho operado" que padece, no guarda relación con los actos de servicio—, por arbitrariedad manifiesta o ilegitimidad y requirió, en consecuencia, el otorgamiento de los beneficios establecidos en la ley para el personal militar...