

Pese a fallo de la Corte Suprema de Justicia en su contra

CERRO VERDE ANUNCIA ARBITRAJE INTERNACIONAL CONTRA ESTADO PERUANO POR CONTROVERSIAS EN REGALÍAS

A la fecha adeuda S/ 1,068 millones.

Por: Grupo Propuesta Ciudadana.



Foto original: Sociedad Minera Cerro Verde.

En la última semana la Sociedad Minera Cerro Verde acaparó las noticias del sector minero tras anunciar el inicio de una demanda internacional contra el Estado peruano. Según la nota publicada por la empresa ante la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) el 28 de febrero, el directorio de la compañía minera autorizó a Freeport-McMoRan Inc., grupo económico al que pertenece, a iniciar en su nombre un procedimiento de arbitraje internacional bajo el marco del Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos. La empresa disputaría las regalías mineras exigidas por la SUNAT, las cuales corresponden al periodo fiscal diciembre de 2006 al 2013.

El caso de las regalías mineras en discusión entre Cerro Verde y la SUNAT ha pasado por distintas etapas que hacen de este un proceso enmarañado, pero de vital importancia en

el contexto actual de justicia fiscal. En total son tres procesos en el poder judicial y cuatro en instancias administrativas referidos a todo el periodo antes indicado. Las instancias judiciales y administrativas han emitido fallos respecto al pago de las regalías, en su gran mayoría a favor de SUNAT. Por su parte, desde el año 2014 la empresa ha venido realizando pagos significativos bajo la modalidad de “pagos bajo protesto”, como parte de su estrategia para evitar la acumulación de intereses y moras. Un dato de la mayor relevancia para comprender el accionar de la empresa es que en octubre de 2017 la Corte Suprema del Poder Judicial emitió un fallo a favor de la SUNAT en relación al recurso de casación presentado por la empresa referido al año fiscal 2008.

Para quienes seguimos este caso desde hace varios años, la decisión tomada por Minera Cerro Verde lleva a plantear varias interrogantes. ¿Por qué no tomó esta decisión el 2017 cuando salió el fallo en última instancia de la Corte Suprema? ¿Por qué lo hace ahora en coincidencia con otras demandas similares contra el Estado? De concretarse esta demanda, ¿Tiene posibilidades de salir a favor de la empresa y contravenir una decisión de la justicia peruana? Por otra parte, también vale preguntarse, ¿A cuánto asciende la deuda por las regalías mineras de Cerro Verde? ¿Qué hizo el MEF con los pagos realizados por la empresa a cuenta de esta deuda? ¿Fueron transferidos a la región Arequipa en su totalidad o parcialmente? En esta nota nos ocuparemos de estas últimas preguntas con la finalidad de informar sobre el origen y situación actual de esta controversia, que es de interés público.

La fuente de información que utilizamos para responder estas interrogantes son los Estados Financieros de la compañía minera, de acceso público en la web de la SMV. En ellos Cerro Verde detalla anualmente los montos adeudados y el estado de los procesos legales. En ese sentido, en función de la información que ofrece la propia empresa, presentamos a continuación los datos que consignan los documentos desde el 2015 al 2019.

1. EL ORIGEN DE LA DISPUTA

Para comenzar es necesario identificar el marco normativo que dio origen a la controversia. El 13 de febrero de 1998, Cerro Verde y el Estado peruano firmaron un Contrato de Garantías y Medidas de Promoción que garantizaba la estabilidad tributaria, administrativa y cambiaria, establecida en la Ley General de Minería vigente de la época por un periodo de 15 años contados a partir de 1 de enero de 1999, con vencimiento el 31 de diciembre del 2013, el cual comprendía al Proyecto de Lixiviación Cerro Verde¹. Posteriormente, la Ley N° 28528 - Nueva Ley de Regalías Mineras, aprobada el 23 de junio del 2004, determinó que los titulares de las concesiones mineras debían pagar como contraprestación económica por la explotación de recursos metálicos y no metálicos una regalía minera que se determina aplicando tasas que varían entre 1% y 3% sobre el valor del concentrado.

El hecho que marcó el inicio de la disputa fue la puesta en marcha de las operaciones en la planta concentradora a fines del ejercicio del 2006, el proyecto denominado Sulfuros

¹ PLT LIX CERRO VERDE, según la relación de Contratos de Garantías y Promoción de la Inversión del MINEM.

Primarios. Por un lado, la compañía sostiene que la Ley de Regalías Mineras fue creada con posterioridad a la firma del contrato de garantías en 2004; por lo tanto, la regalía exigida por dicha Ley no le es aplicable. Argumenta, además, que Sulfuros Primarios es una ampliación de su proyecto anterior y no uno nuevo. En cambio, la SUNAT sostiene que dicho contrato firmado con el Estado peruano no contemplaba la existencia de una planta de concentración, por lo que la Ley de Regalías Mineras aplicaba para esa nueva operación. El periodo en disputa abarca desde diciembre del 2006 hasta diciembre del 2013.

2. ¿A CUÁNTO ASCIENDE LA DEUDA?

Un primer aspecto a tener en cuenta es que las cifras sobre la deuda que publica Cerro Verde incluyen el pago de la regalía minera más los intereses y penalidades acumuladas. El monto total adeudado por la empresa, correspondiente a los años 2006 al 2013, ascendería a S/ 2,217.8 millones. Este monto total comprende la sumatoria de pagos correspondientes a 3 procesos judiciales y 4 administrativos, al 31 de diciembre de 2019, incluyendo los pagos por intereses y penalidades, los cuales representan grosso modo el 50% de la deuda. La información es consignada en la sección “situación tributaria” que la empresa reporta anualmente en las notas de sus Estados Financieros.

Como detalla en sus Estados Financieros, Cerro Verde ha realizado desde el 2014 desembolsos bajo la modalidad de “pagos bajo protesto”. En algunos casos la compañía minera canceló la totalidad del monto correspondiente a un periodo o está pagando de manera fraccionada, pero en otros, los pagos continúan pendientes. Como puede observarse en el Cuadro 1, a diciembre de 2019 la empresa abonó la suma de S/ 1,149.4 millones, lo que representa el 52% del total, quedando pendiente por cancelar S/ 1,068.4 millones, equivalente al 48% de la deuda total.

Cuadro 1
Montos adeudados y desembolsados por Cerro Verde según periodo comprendido en proceso
(Millones de soles)

Periodo comprendido en proceso	Monto adeudado	Monto desembolsado	Saldo restante
2006-2007			
2008	711.1	711.1	0.0
2009			
2010-2011*	1,000.0	315.0	685.0
2011**	57.6	57.6	0.0
2012	266.1	65.7	200.4
2013	183.0	0.0	183.0
TOTAL	2,217.8	1,149.4	1,068.4

Fuente: BVL – Notas a los Estados Financieros (2015, 2016, 2107, 2018, 2019) *Al III trimestre; **Al IV Trimestre. Elaboración GPC.

Por ejemplo, por los procesos comprendidos en los años 2006-2007 y 2008, Cerro Verde realizó el pago de S/ 711.1 millones. En cambio, para el periodo que comprende desde el

2009 al tercer trimestre del 2011, que asciende a S/ 1,000 millones, la empresa desembolsó S/ 315 millones, poco menos de la tercera parte. Para el proceso del año 2013 la empresa aún no habría efectuado desembolsos. Según la empresa, los pagos correspondientes comenzarán en el primer trimestre del 2020.

3. EL ESTADO DE LOS PROCESOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS

La judicialización de las deudas tributarias es una práctica corriente entre las empresas, y Cerro Verde no fue la excepción. Así, sus reclamos por el pago de regalías fueron llevados primero a tribunales administrativos (SUNAT y Tribunal Fiscal) y luego, cuando el resultado le es desfavorable, acude a las instancias judiciales hasta llegar a la Corte Suprema. En el Poder Judicial, tras obtener sentencias desfavorables en el 18° Juzgado Contencioso Tributario y Aduanero y la Sexta Sala Contencioso Tributaria y Aduanera de Lima, la empresa ingresó dos recursos de casación ante la Corte Suprema por las regalías comprendidas en los periodos 2006-2007 y 2008. Según las notas de los Estados Financieros de la empresa, el primer caso se encuentra pendiente, mientras que en el segundo la Corte Suprema falló a favor de la SUNAT, en octubre de 2017 (Ver Cuadro 2).

Ante el Tribunal Fiscal, instancia que resuelve las sanciones impuestas por la SUNAT, Cerro Verde elevó tres recursos de apelación correspondientes a los periodos 2009, 2010 y el tercer y cuarto trimestre del 2011. En todos ellos, el Tribunal falló a favor de la administración tributaria. Finalmente, también fueron ingresados reclamos ante la SUNAT por los periodos 2012 y 2013, y ambos fueron declarados infundados. Cabe señalar que tras este último fallo la empresa decidió no apelar.

Cuadro 2

Estado de los procesos judiciales y administrativos según periodo comprendido en proceso

Periodo comprendido en proceso	Instancia	Tipo de recurso	Fallo
2006-2007	Corte Suprema	Recurso de casación	En espera
2008	Corte Suprema	Recurso de casación	A favor de la SUNAT
2009	Tribunal fiscal	Recurso de apelación	A favor de la SUNAT
2010-2011*	Tribunal fiscal	Recurso de apelación	A favor de la SUNAT
2011**	Tribunal fiscal	Recurso de apelación	A favor de la SUNAT
2012	SUNAT	Recurso de reclamación	Se declaró infundada
2013	SUNAT	Recurso de reclamación	Se declaró infundada

Fuente: BVL – Notas a los Estados Financieros (2015, 2016, 2107, 2018, 2019) Elaboración: GPC. *Al III trimestre; **Al IV Trimestre.

4. LAS TRANSFERENCIAS A LA REGIÓN AREQUIPA

Los Estados Financieros de la Compañía muestran que los “pagos bajo protesto” iniciaron el 2014, año en el que entra en vigencia el pago de regalías bajo la reforma tributaria llevada a cabo por Ollanta Humala, mediante la Ley N° 29788². Este hecho es importante dado que, si observamos la evolución de las transferencias al departamento por concepto de regalías mineras, estas registran 2 saltos importantes.

Con el fin del superciclo de los precios de los minerales (2012), las transferencias por canon y regalías a la región, y a nivel nacional, disminuyeron drásticamente. Por ello, sostenemos que el incremento de los ingresos a partir del 2014 y principalmente el que se produce el año 2016 (ver gráfico 1), tienen como origen los pagos realizados por la empresa por la controversia con la SUNAT. En efecto, en el 2016 se registra un salto extraordinario en los ingresos por regalías, de casi 5 veces respecto al 2015. Si bien hay que tomar en cuenta que el 2016 entra en operación el proyecto Ampliación Cerro Verde, que duplicó sus ingresos, el pago de las nuevas regalías no aumenta mucho; nosotros sostenemos que dicho salto se explica principalmente por los ingresos provenientes de las regalías en controversia³.

Veamos un ejemplo para ilustrar lo dicho. Los Informes Nacionales de Transparencia del EITI Perú para los años 2014, 2015 y 2016, muestran que el pago por regalías declarado por Minera Cerro Verde y aceptados por la SUNAT fue de S/ 78, S/ 37 y S/ 76 millones, respectivamente. Considerando que el 100% de lo pagado por la empresa es transferido al departamento, en el 2016 hay una diferencia de S/ 288 millones, que no puede tener otro origen que los referidos “pagos bajo protesto”. Es decir, hay evidencias claras de que al menos el 2016 el MEF transfirió estos recursos a la región Arequipa.

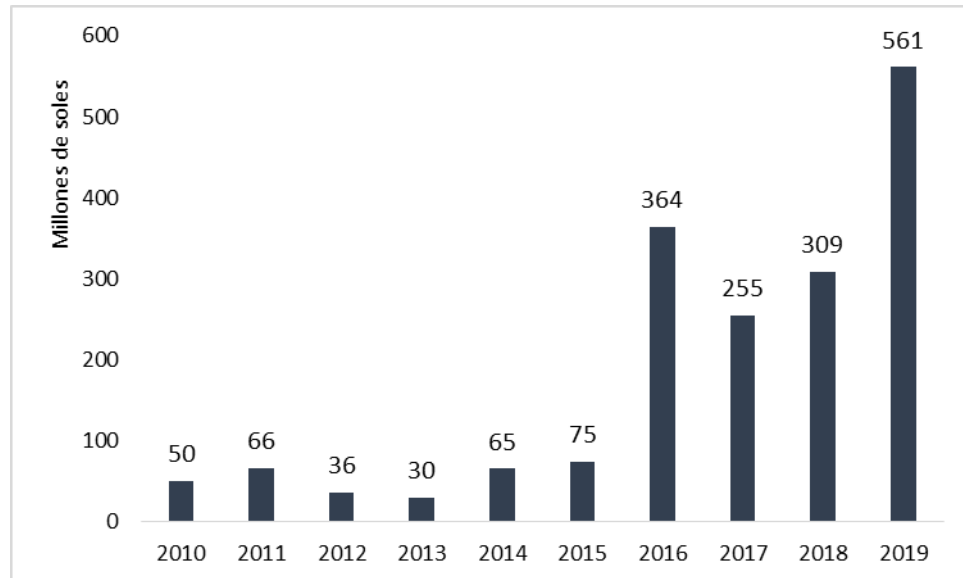
Al respecto debemos señalar que es lamentable que en este punto hay escasa transparencia por parte del MEF respecto al manejo que se dio a estos recursos desembolsados por la empresa. Más allá de la evidencia anterior, constatamos que ninguna autoridad local ni regional de Arequipa tiene información sobre este asunto; vale decir, si el íntegro de los pagos realizados por Cerro Verde ya fueron transferidos, ¿En qué años? ¿Qué montos?⁴. Las cifras oficiales disponibles muestran que, en el periodo 2014-2019, las transferencias totales por concepto de regalías mineras sumaron S/ 1,628 millones; mientras que los pagos desembolsados producto de los procesos judiciales a la fecha suman S/ 1,149 millones. Si este monto hubiese sido íntegramente transferido, ¿Significaría que las regalías mineras corrientes de dicho periodo serían solo de S/ 479 millones? Es poco probable que sea así.

² Contraprestación económica que pagan las empresas al Estado por la explotación de recursos mineros. Creada en el 2011 y vigente en la actualidad. Se calcula sobre la utilidad operativa trimestral con tasas que varían entre 1% y 12%. Deducible como gasto para efectos del cálculo del impuesto a la renta.

³ GPC (2019), “Ingresos récord, utilidades bajas. Un análisis de los estados financieros de Cerro Verde y su impacto en el canon”. Disponible en: <https://bit.ly/2xn4pY6>

⁴ GPC (2017) “Arequipa se remece por millonaria pérdida de ingresos tributarios”. Disponible en: <https://bit.ly/339chs9>

Gráfico 1
Montos transferidos a la región Arequipa por concepto de regalías mineras
 (2010-2019)



Fuente: MEF. Elaboración GPC.

A MODO DE CONCLUSIONES

- Los fallos favorables al Estado tanto en instancias administrativas como judiciales reflejan la fortaleza de la posición de la SUNAT en relación al pago de las regalías reclamadas por el proyecto Sulfuros Primarios, referidos al periodo diciembre 2006 y 2013. En particular, el fallo referido al año fiscal 2008, en última instancia del Poder Judicial, nos hacen pensar que a Minera Cerro Verde no le queda sino completar los pagos pendientes, sin embargo, ha optado por llevar el caso a un tribunal internacional.
- Los pagos a cuenta realizados por la empresa a la fecha ascienden a S/ 1,149 millones, que representan el 52% del monto total adeudado, quedando pendiente el 48% restante. Esta cifra incluye los montos acotados por la SUNAT por las regalías mineras más los intereses y penalidades que, valga decirlo, las empresas no están dispuestas a pagar.
- El inicio del proceso de arbitraje internacional anunciado por Cerro Verde pone en evidencia la vulnerabilidad del Estado contraída a través de los tratados de libre comercio, con lo cual vería mermada su capacidad para hacer respetar los fallos de su sistema judicial. Esta demanda que se suma a otros casos polémicos recientes; como el de las empresas Enagás y Odebrecht en el proyecto Gasoducto Sur Peruano, debe llamar poderosamente la atención de las autoridades de gobierno.

- La falta de transparencia es lo que prima cuando se busca conocer el destino de los pagos realizados por la empresa a la fecha, que alcanzan S/ 1,149.4 millones. Como lo establece la Ley, el íntegro de las regalías deben ser destinadas a la región de Arequipa, donde se desarrolla la operación minera. Corresponde al MEF informar a las autoridades y la sociedad arequipeña sobre el manejo de esos recursos, es decir, si ya fueron transferidos, ¿En qué años?, ¿Qué montos? Nadie en Arequipa tiene acceso a esta información.