

PREDIOS Y CONCESIONES MINERAS.
DERECHOS EN CONFLICTO

JUAN PAULO BAMBACH SALVATORE* — MARÍA PAZ PULGAR BETANCOURI

RESUMEN: El presente trabajo busca describir la interacción entre los bienes raíces y las concesiones mineras, describiendo las características y ámbito de aplicación de ambos y las formas de ocupación predial. A continuación, explica la institución de la servidumbre minera, detallando sus fuentes, tipos, particularidades y formas de constituirse, para luego detenerse en los requisitos formales que deben tener, sin los cuales no deberían ser otorgadas por nuestros tribunales. Finalmente, revisamos la denuncia de obra nueva, figura legal utilizada para parar proyectos de inversión inmobiliaria.

INTRODUCCIÓN

Hemos buscado desentrañar esa relación a veces tormentosa, en la que a la ocupación territorial se refiere, que se plantea entre el dueño de un terreno y el concesionario minero, intentando explicar, en pocas líneas, las diferencias en cuanto a naturaleza jurídica, atributos y ámbito de acción de cada uno de dichos derechos. Pretendemos con lo anterior, contribuir al mejor entendimiento y búsqueda de soluciones para una problemática cada vez más frecuente, especialmente en relación con la industria inmobiliaria, donde emprendimientos se ven amenazados y afectados por la existencia de concesiones mineras seguida de exigencias desmedidas e injustas por parte de actores que dicen llamarse "mineros".

*Licenciado en Derecho, Universidad de Chile. Título Abogado 1988. Magíster en Derecho, Universidad de Wurzburg, Alemania (1993).

**Abogado, Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Minero de la Universidad Católica de Chile.

Hacemos esta salvedad, por cuanto los conflictos prediales descritos no son propios de concesionarios ni de la genuina industria minera, donde este tipo de controversias se resuelven en forma pacífica y acertada, tanto jurídica como económicamente. Apuntamos derechamente a aquellos casos donde extorsionadores emergen sorpresivamente, valiéndose, de manera fraudulenta y abusiva de las instituciones mineras, para obtener beneficios ilegítimos a cambio del cese de la molestia de sus acciones al legítimo desarrollo de proyectos por parte de los dueños de inmuebles. Y más grave aún, muchas veces nuestros tribunales de justicia acceden a sus solicitudes, por desconocimiento del real sentido y alcance de las normas jurídicas existentes, lo que en definitiva obliga a los propietarios a ceder a las presiones indebidas mediante arreglos meramente instrumentales.

Tanto las reglas civiles como las mineras, pueden confundir al lector en una primera lectura con usos poco precisos de algunos términos, los cuales lejos de aclarar dudas las incrementan. Es así como encontramos menciones equívocas a "inmueble", "bienes raíces", "predio", "heredad", "finca", "suelo", "subsuelo", "terreno", "predio superficial" y otros, pese a que la intención de la legislación ha sido, en realidad, diferenciar los ámbitos de aplicación de los bienes raíces respecto de aquellos de las concesiones mineras, otorgando herramientas para la convivencia entre ambos.

La actual legislación minera chilena tiene su génesis en las reformas constitucionales dictadas durante los años 80. En ese momento, se buscó promover la inversión extranjera en minería, minimizando lo más posible las incertidumbres que se habían generado durante fines de los años 60 y comienzo de los 70. Esto se tradujo en que se otorgaran diversas herramientas legales que otorgaran mayor certeza jurídica, como por ejemplo la consagración de las concesiones mineras en el Artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República, con motivo del Derecho de Propiedad.

En el inciso sexto de dicha norma, el constituyente sienta la base del derecho del titular minero sobre los inmuebles al indicar que, "*Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*".

Ya nos remarcaremos el error en que incurre el legislador al hablar de "predio superficial", debiendo entenderse que lo que quiso señalar fue que era el inmueble, en toda su amplitud de superficie y subsuelo, el que sufría en definitiva la limitación de ser ocupado para fines mineros. Pero

en lo que nos interesa en este momento, detengámonos en lo enfático de la redacción, el texto debe ser interpretado con una importante limitación para poder ejercer derechos sobre el predio superficial, el concesionario minero debe, necesariamente, contar con un título que así lo habilite. En otras palabras, no basta la mera existencia de una concesión minera, sino que esta debe estar acompañada con una figura legal que otorgue algún grado de titularidad sobre el inmueble correspondiente.

EL PROPIETARIO DE UN PREDIO TIENE DOMINIO PLENO SOBRE EL MISMO

El dominio o propiedad es un derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno¹. De su sola definición, y contrastándolo con el resto de los derechos reales, queda manifiesto que es el poder jurídico más amplio que puede tenerse sobre una cosa.

El dominio da a su titular las facultades de uso, goce y disposición. Entendiendo así que el dueño puede servirse de la cosa, aprovechar los frutos y productos que de esta obtenga y además enajenarla libremente, todo lo anterior de manera arbitraria, sin contrariar la ley ni el derecho ajeno. Cuando el dominio es completo—el dueño no se ha desprendido del uso y goce— comprende todo el resto de los derechos reales².

Dichas facultades son de carácter absoluto, exclusivo y perpetuo. Por lo tanto el dueño puede usar el bien de la manera más soberana, el bien tiene un único titular, sin poder coexistir dos propietarios, uno independiente del otro, y el dominio se prolongará mientras siga existiendo la cosa.

En bienes raíces, el dominio sobre los inmueble se manifiesta de la manera más amplia posible. Como señala don Luis Claro Solar: "*La propiedad en el suelo comprende la propiedad del espacio atmosférico superior y la*

¹ Artículo 582 del Código Civil.

² ROZAS VIAL, Fernando (2004), *Los Bienes* (Santiago: LexisNexis, tercera edición), p. 75.

*del espacio subterráneo, contenidos dentro de los planos verticales de sus límites en cuanto al propietario puede servirse del uno y del otro...*³

El término "suelo" comprende tanto el espacio que está encima de él, como el subsuelo, siendo estos elementos constitutivos del predio mismo, que no pueden considerarse de forma separada.⁴ Es por lo anterior que el dueño del predio superficial puede plantar y construir subterráneamente de forma libre. Esta extensión del predio superficial no se encuentra tratada de forma expresa en nuestro Código Civil, pero se desprende de distintas disposiciones dentro del mismo⁵.

En el mismo sentido ha fallado la Excelentísima Corte Suprema, estableciendo que el dueño del predio debe ser alertado de cualquier invasión que haya de realizarse en el subsuelo, protegiendo su derecho de propiedad sobre este: *"El dueño del predio superficial tiene un derecho respecto del subsuelo⁶, en el sentido que debe ser alertado de cualquier invasión que haya de realizarse en dicho subsuelo, con anterioridad a la ejecución de las obras, a fin que pueda hacer valer su derecho a probar la existencia de un interés, el cual acreditado que fuere quedará protegido por el derecho de propiedad y facultará, eventualmente, la exclusión de terceros. Actuar en sentido contrario importa una perturbación al derecho de propiedad que tiene el vecino respecto del subsuelo ubicado en su inmueble"*⁷.

Así, también, la Contraloría General de la República ha sido clara en señalar que si terceros, sean estos particulares o entidades de la Administración Pública, requieren del uso del subsuelo de un predio ajeno, deben solicitar la autorización de su dueño⁸.

³ CLARO SOLAR, Luis (1932), *Explicaciones de Derecho Civil*, (Santiago: Imprenta Cervantes), tomo sexto, p. 468. El destacado es nuestro.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Al respecto, pueden citarse los artículos 571, 626 y 942 del Código Civil, entre otros.

⁶ El destacado es nuestro.

⁷ "Liliana Hauyon Román con Administradora de Fondos de Inversión Absal S.A." (2012): Corte Suprema, 11 de enero de 2013, Rol N° 6296-2012.

⁸ "Dictamen N° 38.161" (2005): Contraloría General de la República, 17 de agosto de 2005.

De tal forma, la propiedad se extiende hasta una profundidad ilimitada, *usquo ad infera*, hasta las entrañas de la tierra, pudiendo el propietario hacer todas las construcciones y excavaciones que estime convenientes y pudiendo impedir que otra persona ejecute cualquier construcción, o excavación⁹.

Entonces, el dominio predial es superior a la concesión minera en cuanto a ocupación del predio, debido a sus atributos de originalidad, territorialidad, perpetuidad y protección constitucional¹⁰. La concesión minera, por tanto, estará siempre subordinada, en mayor o menor medida, al predio superficial que la alberga. El dominio predial es el primero, la piedra angular y principio de todos los demás derechos. Los demás derechos son desmembraciones de aquel. Es, además, corporal y se ejerce sobre una cosa; en el caso de los inmuebles, sobre una cosa corporal con dimensiones territoriales. Es perpetuo, ya que su vigencia por naturaleza no es accesoria ni dependiente a la existencia de otro derecho ni está sujeto a un plazo de expiración, como suele ocurrir con otros derechos de menor rango. En síntesis, el dominio o propiedad sobre un bien raíz, es el mejor, el más completo y pleno de los derechos.

Esta supremacía tiene como principal consecuencia que la concesión minera estará siempre supeditada, en su ejercicio, al reconocimiento y respeto del predio que la albergue.

El concesionario minero no tiene propiamente dominio sobre el subsuelo, como podría entenderse en una primera aproximación, sino que es titular de su concesión minera, la cual es un derecho real e inmueble, distinto e independiente del dominio sobre el predio superficial, aunque tenga el mismo dueño¹¹. Este derecho sobre su concesión le da facultades exclusivas para poder explorar y explotar el yacimiento sobre el que recae su concesión, pudiendo hacerse dueño de las sustancias minerales concesibles que extraiga y que estén comprendidas dentro del territorio de su concesión.

⁹ CLARO SOLAR, Luis (1932), *Explicaciones de Derecho Civil* (Santiago: Imprenta Cervantes), tomo séptimo, p. 481.

¹⁰ BAMBACH, Juan Paulo, "Conflictos de los Concesionarios Mineros con los Propietarios del Suelo", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2003, N° 1, p. 65 y siguientes.

¹¹ Artículo 2°, del Código de Minería.

Así, el concesionario minero tiene el dominio de una cosa incorporal, que es la concesión minera, el cual lo habilita para hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga dentro de los límites de su pertenencia, y que sean concesibles a la fecha de su constitución o lleguen a serlo posteriormente, pero solo una vez que estos sean efectivamente extraídos¹².

De ahí surge, entonces, la primera confusión en el uso del léxico por parte del legislador minero, cuando pareciera confinar las sustancias minerales al subsuelo como queriendo separarlo de la propiedad del suelo y darle al concesionario algún derecho consustancial sobre el subsuelo. Y la verdad es que ello no es así. Como lo repetiremos una y otra vez a lo largo de este artículo, el concesionario minero no es dueño del terreno, sea éste suelo o subsuelo, y su derecho se limita a los minerales concesibles hallados en una delimitación absolutamente teórica. Prueba de ello es que los minerales es posible encontrarlos no solo en las "entrañas de la tierra" como anuncia la ley, sino que en la superficie como es el caso de los nitratos o sales potásicas, o incluso más, es posible encontrarlos en soluciones acuosas, como ocurre con aquellos diluidos en las salmueras extraídas de los salares.

En palabras de don Juan Luis Ossa Bulnes, "*La concesión minera no da más derechos que los indicados anteriormente, la sola existencia de una concesión minera en un predio superficial no habilita a su titular para ingresar al predio, para transitar en él, para ocuparlo o para ejecutar trabajos de exploración o explotación*"¹³.

De ahí entonces y sentado lo anterior, que para no ahondar más en confusiones y en cuanto nos sea posible, evitaremos en lo que sigue de este artículo aludir al predio como "superficial" y lo identificaremos en cambio en su acepción más amplia: predio o sus sinónimos (inmueble, bien raíz, terreno, heredad, etc.).

¹² Artículo 116, del Código de Minería.

¹³ OSSA BULNES, Juan Luis (2007), *Tratado de Derecho de Minería* (Santiago: Editorial Jurídica, cuarta edición), tomo I, p. 126.

TÍTULOS DE OCUPACIÓN PREDIAL

Como señalábamos anteriormente, no basta la mera existencia de una concesión minera para que el titular pueda desarrollar las actividades a las que su concesión lo habilita, sino que esta debe estar acompañada de un título jurídico que permita el acceso y utilización del predio donde esta se emplaza. Dicho título puede ser de diversos tipos. Los más habituales son la autorización del dueño del predio, el comodato, el arrendamiento, el usufructo, la servidumbre minera, y el dominio pleno sobre el terreno.

a) *Autorización de Uso*: Se trata de un contrato consensual e innominado, mediante el cual el dueño del inmueble permite al desarrollador minero la realización de labores mineras dentro de su propiedad, pudiendo las partes pactar libremente los términos que prefieran (duración, condiciones, contraprestación, etc.). Su debilidad consiste en que se trata de obligaciones personales y, por lo tanto, obligan solo al actual dueño del predio, sin que la obligación se traspase automáticamente a los futuros dueños en caso de que el predio sea transferido o esta pueda ser oponible a terceros. Además, su duración y exigibilidad dependerá exclusivamente del acuerdo de las partes.

b) *Comodato o Préstamo de Uso*: Es un contrato por el que una de las partes entrega a la otra, gratuitamente, una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminado el uso¹⁴. Impone al comodatario la obligación de restituir la cosa prestada, en este caso el predio, en iguales condiciones a la que le fue entregado o debiendo una indemnización por el daño causado al predio, en caso de que las partes no acuerden lo contrario.

c) *Arrendamiento*: Contrato por el cual ambas partes se obligan, recíprocamente, una a conceder el goce de una cosa —el predio, en este caso— y la otra a pagar por este goce. Este título otorga más garantías al concesionario en cuanto a que al ser un contrato que establece obligaciones para ambas partes, la ley establece responsabilidades de cuidado más estrictas que en los casos anteriores. Además, el titular del predio no puede terminarlo unilateralmente, ya que se encuentra legalmente obligado a respetar lo pactado.

¹⁴ Artículos 2174 y siguientes, del Código Civil.

Otra ventaja de este título con respecto a los anteriores es que, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública e inscrito en los registros del Conservador, deberá ser respetado por los terceros adquirentes del predio e, incluso, por los acreedores hipotecarios¹⁵.

d) *Derecho Real de Usufructo*: Es un acuerdo por el cual el dueño del predio se reserva la nuda propiedad del mismo, cediendo al usufructuario (concesionario minero) las facultades de uso y goce, con cargo de conservar su forma y constancia. El usufructo tiene como ventajas el ser un derecho real, esto es, se tiene sobre la cosa sin respecto a determinada persona y, en razón de eso, el concesionario minero contará con su título mientras este esté vigente, independientemente de quién sea el titular del predio.

Es importante destacar que el concesionario minero se hará dueño de las sustancias minerales que extraiga por la concesión de la que es titular, y no por la facultad de goce que tiene sobre el bien raíz.

e) *Servidumbre Minera*: nos referiremos a ella en un capítulo especial, en atención a su relevancia para este estudio.

f) *Dominio*: Es el título más completo y perfecto y, por lo tanto, quien es dueño del predio superficial no requerirá otra habilitación para explorar o explotar la concesión minera de la cual también es propietario.

LA SERVIDUMBRE MINERA

Está consagrada en los artículos 120 y siguientes del Código de Minería. La institución busca dotar al concesionario minero de las herramientas legales suficientes para poder acceder al predio superficial a fin de desarrollar labores de exploración y explotación. Evidentemente, la ejecución de estas labores implica afectar los intereses del dueño del predio, quien reclamará la correspondiente indemnización de los perjuicios. La ley ha buscado, entonces, delinear directrices que permitan y fomenten el desarrollo de la industria minera y dé alternativas de solución a potenciales conflictos.

¹⁵ Artículo 1962 del Código Civil.

La servidumbre, según indica el Código Civil, es un gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro predio de distinto dueño¹⁶, siendo el predio sirviente quien soporta el gravamen y el predio dominante a quien lo beneficia. Con respecto al predio dominante, la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, pasiva¹⁷. En el caso de la servidumbre minera, las concesiones podrán ser consideradas como "predio dominante", y podrán actuar como predio sirviente tanto bienes raíces como otras concesiones mineras.

El Código Civil explica que las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen. Dividido el predio sirviente, no varía la servidumbre que estaba constituida en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía. Asimismo, dividido el predio dominante, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente¹⁸.

Finalmente, el Código Civil identifica tres tipos de servidumbres: Las naturales, que provienen de la natural situación de los lugares; legales, que son impuestas por la ley, o voluntarias, que son constituidas por un hecho del hombre. En el caso de las servidumbres mineras serían legales, dado que es la legislación minera quien las establece y cumplidos los requisitos establecidos por la ley, no es posible oponerse a su imposición.

La servidumbre minera encuentra su fuente en la propia Constitución Política de la República de 1980, la cual establece que, "*Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas*"¹⁹.

A continuación, la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras ("LOC de Concesiones"), recoge el mandato constitucional y lo desarrolla, indicando que "*Los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que*

¹⁶ Artículo 820, del Código Civil.

¹⁷ Artículo 821, del Código Civil.

¹⁸ Artículos 825 y siguientes, del Código Civil.

¹⁹ Artículo 19, N° 24, inciso 6°, de la Constitución Política de la República de 1980.

*se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras. Respecto de esas concesiones, los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros*²⁰ y luego detalla algunas labores consideradas como tales.

Continúa la LOC de Concesiones señalando que la constitución de las servidumbres, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados o por resolución judicial en el procedimiento breve especial que la ley contemple o, si en esta no se contemplase, en el procedimiento sumario de aplicación general.

Las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas.

Finalmente, el Código de Minería aplica las anteriores indicaciones, estableciendo las características de la servidumbre minera²¹ y los requisitos para su ejercicio. La norma establece como beneficiarios de la servidumbre minera no solo a las concesiones mineras, tanto de exploración como de explotación, sino también a los establecimientos de beneficio, por ejemplo, las plantas de tratamiento de mineral. En otras palabras, podremos encontrar una servidumbre constituida a favor de una planta y no de una concesión minera propiamente tal.

Como puede apreciarse de las normas anteriormente citadas, es la propia Carta Fundamental la que impone servidumbres a los dueños de predios superficiales a favor del concesionario minero, mandato que luego va siendo recogido por el resto de la legislación minera aplicable.

²⁰ Artículo 8°, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

²¹ Artículos 120 y siguientes, del Código de Minería.

Desde la constitución de la respectiva concesión y con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, los predios superficiales están sujetos a los siguientes gravámenes²²:

1° El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias;

2° Los establecidos en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos, de acuerdo con la legislación respectiva, y

3° El de tránsito y el de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo.

Las características de las servidumbres mineras sobre inmuebles son las siguientes²³:

a) *Obligatorias*: Cumplidos los supuestos establecidos por la legislación, son ineludibles para el predio afectado y la discusión entre las partes se deberá concentrar en la determinación de los perjuicios a ser indemnizados.

b) *Esencialmente transitorias*: La finalidad de la servidumbre es facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras. Por lo cual, tendrá razón de existir solo mientras sea necesaria para tales metas. Por lo tanto, si la concesión termina por cualquier causa o se suspenden o paralizan las labores mineras indefinidamente, el gravamen asimismo acabará²⁴.

²² Artículo 120 del Código de Minería.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Artículo 124 del Código de Minería.

Además, y siguiendo las reglas generales del Código Civil, las servidumbres también se extinguen por haberse dejado de gozar durante tres años²⁵.

c) *Deben usarse exclusivamente para el fin establecido*: La ley señala expresamente que la servidumbre no podrá aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas²⁶.

d) *Pueden ampliarse o restringirse*: Por su carácter esencialmente dinámico, la servidumbre puede ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento²⁷. En tal caso, deberán revisarse las compensaciones que hayan sido pactadas o determinadas en su momento.

e) *Pueden otorgarse en calidad de provisorias*: Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado²⁸.

La servidumbre minera puede constituirse de dos formas:

a) *Por acuerdo entre los interesados*: Para que tenga plena validez, pueda ser inscrita en los registros correspondientes del Conservador de Bienes Raíces o Minas (en su caso), y sea oponible a terceros, dicho acuerdo deberá realizarse por escritura pública. Las partes podrán pactar todo tipo de cláusulas respecto a la forma de ejercicio, condiciones, duración y compensación económica.

b) *Por resolución judicial*: La demanda de servidumbre se tramita de conformidad a un procedimiento especial de carácter sumarísimo estable-

²⁵ Artículo 885, del Código Civil.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Artículo 125, del Código de Minería.

cido en el mismo Código de Minería²⁹, donde el juez regulará su ejercicio y determinará el monto de la indemnización.

PRESUPUESTOS PARA EL OTORGAMIENTO DE SERVIDUMBRES MINERAS

Cumplido el requisito de contar una concesión o planta de beneficio legítima para solicitar la imposición de la servidumbre, debe analizarse si se cumplen los presupuestos formales para el otorgamiento de este gravamen.

a) *Las Concesiones Mineras deben contar con Derecho Preferente*: El primer antecedente a revisar es si las concesiones mineras que se beneficiarán de la servidumbre cuentan o no con derecho preferente en el área correspondiente.

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, en sus artículos 7 y 11, y el Código de Minería, en su artículo 116, señalan que los titulares de concesiones de explotación tienen el derecho exclusivo de explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión y a realizar todas las acciones que conduzcan a esos objetivos. Es decir, existiendo concesiones de explotación constituidas, única y exclusivamente sus titulares pueden realizar labores mineras de exploración dentro del área cubierta por estas.

En efecto, de acuerdo al artículo 14 del Código de Minería, "Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, *salvo en aquellas comprendidas en los límites de una concesión minera ajena, con el objeto de buscar sustancias minerales*" (el énfasis es nuestro).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, si el demandante jamás podrá realizar actividades mineras en la zona abarcada por la Concesión Minera invocada en autos, no procede el otorgamiento de una servidumbre minera, toda vez que no tiene derechos mineros que la justifiquen.

b) *Debe existir un proyecto minero real, factible y verosímil*: el concesionario debe ser capaz de acreditar que efectivamente existe un proyecto

²⁹ Artículo 235, del Código de Minería.

minero que se encuentra en desarrollo. En otras palabras, dado que el fin buscado es “facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras”, para poder imponer la servidumbre no basta con la mera concesión minera, sino que debe adicionalmente haber una planificación efectiva para realizar actividades de exploración o explotación. Por ejemplo, el proyecto no será considerado real y serio si no se han pagado las correspondientes patentes mineras, si las concesiones beneficiarias no cuentan con derechos preferentes en el área en estudio o si se logra acreditar que no hay presencia económicamente significativa del mineral que se pretende extraer.

Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha estimado que: “si bien es cierto que la regla general que emana de la legislación es que cualquier persona puede aprovechar la riqueza minera concesible, mediante la declaración del respectivo derecho por la vía judicial, el hecho asentado que en el predio de la demandante no existe ningún mineral concesible que pueda explotarse lleva a concluir que las servidumbres pretendidas no reportan ninguna utilidad, provecho o facilidad para aquella. Ello, a su vez, determina la falta de un requisito de la esencia del derecho de que se trata, el que carece, entonces, de causa y de finalidad. (...) Las limitaciones, obligaciones y gravámenes que la ley impone deben ser interpretadas de un modo restrictivo, tener un sustrato real, de manera que la explotación que se pretenda sea verosímil y, bajo ningún respecto, puedan servir como un subterfugio para otros propósitos ajenos a la solicitud efectuada, según dispone el artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, que precisa que las servidumbres deben ser las convenientes a la exploración y explotación del mineral, vale decir, solo deben constituirse en cuanto sean útiles, oportunas y provechosas”³⁰...

Continúa la Excelentísima Corte Suprema, en su fundamentación, agregando que: “dentro de los requisitos de existencia del instituto, el Profesor Luis Claro Solar distingue el carácter esencial del aprovechamiento, pues la limitación que la servidumbre conlleva para el predio sirviente, va sin duda de la mano con la mejor utilización o aprovechamiento que ella permite respecto del dominante, entendido el resultado como una mejora, comodidad

³⁰ “Cristi Scheggia Juan con Megaridos Ltda.” (2009): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2009, Rol N° 5615-2009.

o conveniencia que hace aumentar los beneficios de aquel, hace más fácil su cultivo, más productiva su explotación y más provechoso su empleo. Señala el autor que, “por medio de la servidumbre, un predio es disminuido y el derecho de su propietario se limita y restringe en su libertad; pero otro predio es mejorado y la utilidad que reporta de aquel gravamen es tan considerable, en comparación con el cercenamiento del predio sirviente, que hay un interés general de la sociedad que justifica su imposición (...), el aludido elemento constitutivo se desarrolla en forma aún más específica en el citado artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de la materia y el propio artículo 120 del Código del Ramo, también referido, cuando el primero sujeta el derecho del concesionario a la conveniencia que para la exploración o explotación tenga la limitación que pretende se constituya y, en el caso del segundo, justifica los gravámenes de ocupación y de tránsito en la facilitación de la conveniente y cómoda exploración o explotación mineras.

Que lo anteriormente razonado conduce a desechar el carácter absoluto e incondicional que la recurrente le atribuye a la garantía constitucional y derecho que invoca en estos autos y en virtud de lo cual entiende que las servidumbres pretendidas le debieron ser concedidas sobre la base de su sola titularidad como concesionaria minera, por cuanto subyace al gravamen de que se trata su necesidad. No es posible, por lo tanto, a juicio de esta Corte, considerar conculcado el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental cuando la opción del legislador ante la colisión de los derechos de ambos propietarios, el del predio sirviente y el del dominante, como se dijo, lejos de ser categórica, se fundó en la concurrencia cierta de una utilidad o provecho justificante, más allá de la sola titularidad, como se desprende de la regulación que al efecto hizo el Código de Minería en diferentes normas”.

En otras palabras, es posible requerir que el concesionario acredite la existencia de mineral en la zona, la existencia de un proyecto minero, así como la efectiva necesidad de utilizar la servidumbre solicitada para desarrollar dicho proyecto minero.

c) No debe tratarse de algunas de las situaciones que exigen el permiso indispensable del dueño del predio: El predio afectado no necesariamente cuenta con las características suficientes para un desarrollo minero. La propia legislación minera establece algunas excepciones al amplísimo derecho otorgado al concesionario para imponer servidumbres, enumerando aquellos

casos en que el permiso del dueño del predio resulta indispensable para la realización de labores mineras.

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras establece, en su artículo 11, que el concesionario tiene derecho a explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión, sujeto a las limitaciones señaladas en los artículos 7 y 8 de la misma Ley Orgánica Constitucional. Por su parte, el artículo 116 del Código de Minería reitera tal derecho, el que deberá ejercerse con observancia de las restricciones establecidas en los artículos 14, 15, inciso final, 17, en el párrafo 2° del Título IX y en las normas sobre policía y seguridad minera.

El Código de Minería³¹ indica que, *"Se podrá catar y cavar, libremente, en terrenos abiertos e incultos, quienquiera sea su dueño. En los demás terrenos, será necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o de su tenedor. Cuando el dueño sea la Nación o la Municipalidad, el permiso deberá solicitarse del gobernador o alcalde que corresponda."*

En los casos de negativa de la persona o funcionario o quien corresponda otorgar el permiso, o de obstáculo al ejercicio de la facultad señalada en el inciso primero, podrá ocurrirse al juez para que resuelva.

Con todo, tratándose de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales, solo el dueño podrá otorgar el permiso."

En otras palabras, la autorización pende del arbitrio del dueño y no puede ser suplida por ninguna otra persona o autoridad, lo que implica que no pueden imponerse servidumbres mineras.

Por una deficiencia legislativa, el artículo 15 del Código de Minería restringió este impedimento absoluto a los árboles frutales, contradiciendo abiertamente lo establecido por la Ley Orgánica Constitucional.

³¹ Artículo 15 del Código de Minería.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema se ha ocupado de zanjar definitivamente esta contradicción, reconociendo el rango superior de la norma de la Ley Orgánica Constitucional por sobre la norma del Código de Minería³².

d) Debe contarse con el otorgamiento previo de los permisos de la autoridades correspondientes: Similares a la situación anterior, en que el permiso del dueño del bien raíz resulta indispensable, son las situaciones recogidas por el Artículo 17 del Código de Minería, el cual enumera una larga serie de escenarios donde se exige que ciertas autoridades allí indicadas otorguen los permisos necesarios para la realización de labores mineras. Entre ellos se mencionan el Presidente de la República, Intendentes, Gobernadores y Ministerios, entre otros.

En caso de que estos permisos no hayan sido otorgados, tampoco podrán otorgarse servidumbres mineras impuestas por sentencia judicial.

Por su importancia inmobiliaria, adquiere especial interés el permiso establecido en el número 1 del mencionado artículo 17, según el cual resulta indispensable la autorización previa del gobernador respectivo, para ejecutar labores mineras dentro de una ciudad o población, quien antes de pronunciarse, deberá oír al respectivo Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo.

Es decir, no se pueden realizar actividades mineras sin contar con la expresa y previa aprobación del correspondiente gobernador y, en consecuencia, tampoco se podría imponer servidumbres mineras en áreas comprendidas dentro de una ciudad o población. Lo mismo se predica respecto de cualquier otro de los permisos indicados en dicha norma.

En efecto, la Excelentísima Corte Suprema señaló que: *"De esta manera, resulta evidente que si el concesionario desea la constitución de servidumbres (...) y estas pueden afectar terrenos superficiales que están en algunas de las situaciones contempladas en el artículo 17 del Código de Minería, como es del caso, los permisos que exige esta norma deben ser obtenidos con ante-*

³² "Compañía Minera Austral Ltda. con Sociedad Forestal Santa Ester Ltda." (1998): Corte Suprema, fecha 21 de diciembre de 1998, Rol N° 1910-1998, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCV, N°1, 1998, Segunda Parte, Sección Primera.

*rioridad a la solicitud de servidumbre y considerados al determinarse por el tribunal la finalidad de las mismas respecto de una faena real y factible*³³.

e) *Deben existir los permisos ambientales previos*: Nuestros tribunales de justicia han entendido también que es un requisito para el otorgamiento de servidumbres mineras el contar con la aprobación ambiental previa para desarrollar los trabajos.

Dispone el artículo 8° de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente que los proyectos señalados en el artículo 10 de la misma, *solo podrán ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental*. Complementa lo anterior el artículo 9°, al prescribir que los titulares de todo proyecto o actividad comprendidos en el referido artículo 10, deberán presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda.

Examinando el artículo 10, que lista aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, encontramos en la letra i) que se encuentran en tal condición, *“los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas, comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda”*.

El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto N° 30, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 1997, reafirma en iguales términos lo anterior, al incluir expresamente en la letra i) del artículo 3, la prospección minera entre aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, y que deberán someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por lo tanto, el desarrollo de un proyecto minero exige una resolución de calificación ambiental, o bien, un pronunciamiento de la autoridad correspondiente indicando que por sus características técnicas y nivel de desarrollo, el proyecto no requiere ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental.

³³ “Sociedad Contractual Minera Romeralito con Inmobiliaria Puerto Velero Cinco S.A.” (2010): Corte Suprema, 30 de junio de 2010, Rol N°1883-10.

Vale la pena examinar brevemente dos conceptos que emplea el legislador y que revisten en nuestra opinión especial significancia. Nos referimos, en primer término, a la voz “*previa*” que utiliza el artículo 8° de la ley, al aludir a la oportunidad en que debe evaluarse el impacto ambiental de un determinado proyecto o actividad. Tal concepto responde plenamente al principio preventivo que inspira nuestra normativa ambiental. El Mensaje de la Ley trata este principio, señalando que: “1. *El Principio Preventivo. Mediante el cual se pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales. No es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaban superar los problemas ambientales una vez producidos.*” Claramente el mejor y más eficaz instrumento de gestión ambiental preventivo, es la evaluación ambiental previa, exigida al titular de cualquier actividad o proyecto.

La Excelentísima Corte Suprema ha respaldado esta interpretación al señalar que “...se arriba a la conclusión de que previo a solicitar la constitución de la servidumbre minera es necesario que el proyecto sea sometido al sistema de evaluación ambiental”³⁴.

Acceder a una servidumbre minera, sea esta definitiva o provisional, sin que medie previamente el pertinente pronunciamiento ambiental, implicaría que las autoridades solo podrían actuar *ex post*, es decir, en forma represiva, una vez que el daño que se pretende evitar se hubiere producido, lo que vulneraría abiertamente el principio preventivo.

Entonces, de faltar uno o más de los requisitos formales anteriormente señalados, el tribunal debería rechazar la imposición de la servidumbre.

LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA

Una forma ya recurrente de entorpecer proyectos de inversión, tanto inmobiliarios como mineros, energéticos o de infraestructura, es la Denuncia de Obra Nueva. La ventaja que otorga esta acción a su actor, es que la ley habilita al juez para decretar la inmediata suspensión de las obras. Esto ha

³⁴ “Soto González Carlos con Fisco de Chile” (2012): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2012, Rol N° 1518-2012.

producido que sea utilizada como una eficiente herramienta de coacción, tanto a favor como en contra de concesiones mineras.

La Denuncia de Obra Nueva es una acción posesoria, la cual se encuentra regulada por el Código Civil³⁵ y el Código de Procedimiento Civil³⁶, por la cual se busca impedir la realización de tal tipo de obras.

La finalidad de este interdicto posesorio es, "*pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión*"³⁷. En consecuencia, la ley se estaría refiriendo exclusivamente a la posesión del suelo, no así de los derechos reales constituidos sobre el suelo³⁸.

Efectivamente, tendrían legitimación activa el poseedor del suelo sobre el cual se quiere construir una obra que no tiene títulos para construirlas o el titular de una servidumbre en contra de la construcción que pudiere embarazar su goce.

Por su parte, el concesionario minero no es dueño propiamente de la mina, dado que éstas por definición le pertenecen al Estado³⁹. El minero es titular de un derecho real inmueble sobre su concesión. Como la concesión minera no otorga derechos sobre la superficie de la tierra, lo que se haga en el predio superficial no podría considerarse como una amenaza contra la concesión minera de modo que habilite a defenderla mediante esta acción posesoria.

El problema se genera por la redacción del Artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras al señalar que: "*Todo concesionario minero puede defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares; entablar, para tal efecto, acciones tales como la reivindicatoria, posesorias y las demás que la ley señale, y obtener las indemnizaciones pertinentes*".

³⁵ Artículos 930 y siguientes, del Código Civil.

³⁶ Artículos 565 y siguientes, del Código de Procedimiento Civil.

³⁷ Artículo 930, del Código Civil.

³⁸ VARGAS VARGAS, Manuel (1998), *Informe sobre Denuncias de Obra Nueva Deducidas por la Compañía Minera de Tocopilla S.A. contra Gasoducto Nor Andino S.A.*, 16 de abril de 1998.

³⁹ Artículo 19, N° 24 de la Constitución Política de la República de 1980.

En efecto, podría haber posesión sobre la concesión minera, en cuanto derecho real, pero esta sería sustancialmente diferente de la posesión sobre el correspondiente bien raíz. En el sentido inverso, si bien conceptualmente podría alegarse una Denuncia de Obra Nueva para protección de un inmueble contra labores mineras, como señalamos anteriormente, se necesitará un título que habilite al concesionario minero para desarrollar sus labores, por lo que esta acción no sería jurídicamente aplicable.

Nuestra jurisprudencia ha sido abundante en decisiones que señalan que la sola existencia de una concesión minera no basta para invocar una Denuncia de Obra Nueva.

Como ejemplo cabe citar el fallo de la Corte Suprema donde se indicó: "*Que las acciones posesorias tienen por objeto, en general, conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, en la especie, la denuncia de obra nueva es el interdicto o juicio posesorio sumario que se intenta para impedir la ejecución de una obra de semejante naturaleza. Sin embargo, no toda obra nueva es susceptible de esta acción; necesario es que se trate de una obra denunciante al tenor de lo dispuesto en los artículos 930 inciso primero las que se tratan de construir sobre el suelo de que se está en posesión- y 931 incisos primero, segundo y tercero las que construidas en el predio sirviendo embarazan el goce de una servidumbre constituida en él; las construcciones que se tratan de sustentar en edificio ajeno, no estando sujeto a tal servidumbre y las obras voladizas que atraviesan el plano vertical de la línea divisoria de dos predios- ambos del Código Civil y 565 del Código de Procedimiento Civil*"⁴⁰.

La Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta analizó en profundidad el tema de la legitimación activa para solicitar una Denuncia de Obra Nueva, llegando a la conclusión que, "*por tanto es posible concluir que el titular de la pretensión de la denuncia de obra nueva necesariamente debe ser*

⁴⁰ *Compañía Minera de Tocopilla S.A. con Gasoducto Nor Andino S.A.* (2000): Corte Suprema, 13 de junio de 2000, Rol N° 3699-1999.

poseedor de algún bien raíz o derecho real constituido sobre el mismo, presupuesto esencial para acoger la pretensión"⁴¹.

Si bien hay un consenso relativamente amplio de que la Denuncia de Obra Nueva como tal no beneficia a las concesiones mineras, en la práctica es habitual ver la utilización de esta figura y la orden judicial de suspender temporalmente las obras así denunciadas.

En estos casos, adicionalmente a los argumentos jurídicos tendientes a desacreditar la acción por la falta de cumplimiento de los requisitos formales, esto es, la falta de legitimación activa del propietario de una concesión minera, resulta conveniente hacer presente la falta de un proyecto minero real y serio. De esta forma, resulta menos probable que el tribunal otorgue o mantenga la suspensión temporal de las obras, con el consiguiente perjuicio que eso puede causar.

CONCLUSIONES

Hemos revisado la interrelación existente entre los predios y las concesiones mineras.

Al respecto, reiteramos la supremacía del dominio predial respecto del dominio concesional.

De otra parte, el concesionario minero es titular de su concesión, la cual le faculta únicamente para explorar y/o explotar, según la naturaleza de su título, y a hacerse dueño de las sustancias minerales concesible que extraiga que se encuentren comprendidas dentro de los límites de su concesión. En consecuencia, el concesionario minero no tiene propiamente derecho alguno sobre el suelo ni sobre subsuelo, dominio que le compete únicamente al dueño del inmueble correspondiente.

Asimismo, y pese a lo que comúnmente se cree, no basta la mera existencia de una concesión para que su titular pueda desarrollar labores mineras, sino que esta debe necesariamente estar acompañada de un título

⁴¹ *Minera Ricardo Resources S.A. con Codelco Chile* (2004), Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de agosto de 2004, Rol N° 459-2004.

que habilite y permita el acceso y utilización del predio donde se encuentra ubicada. Cualquier uso del predio sin título es ilegal. Entre los títulos más habituales están la autorización de uso, el comodato, el arrendamiento, el usufructo, la servidumbre minera y el dominio pleno.

La servidumbre minera es el título de ocupación predial más propia del derecho minero y encuentra su fuente en la misma Constitución Política de la República de Chile de 1980. Si bien su regulación legal es bastante amplia, la misma establece importantes limitaciones, como que es esencialmente transitoria, no puede ser utilizada para fines distintos a aquellos para los cuales fue constituida y cesa cuando termina su aprovechamiento.

Pese a que su constitución pareciera ser prácticamente automática e inapelable, en la práctica deben darse una serie de condiciones para el otorgamiento de este gravamen. Entre ellos podemos mencionar la existencia de derechos preferentes de las concesiones mineras beneficiarias y de un proyecto minero real, factible y verosímil, el cual deberá ser suficientemente acreditado en juicio, no debe tratarse de algunas de las situaciones respecto de las cuales la misma legislación establece como requisito indispensable la aceptación del dueño del predio o la aprobación previa de ciertas autoridades, y deben existir los correspondientes permisos ambientales.

Por su parte, la denuncia de obra nueva, la cual se ha convertido en una efectiva arma de extorsión por su habilidad para decretar la inmediata suspensión de las obras, no sería jurídicamente utilizable por los titulares de concesiones mineras, dado que busca proteger la posesión del suelo y no así los derechos reales constituidos sobre este. En este sentido, hay abundante jurisprudencia que indica que la sola existencia de una concesión minera no bastaría para invocar una denuncia de obra nueva. Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica es habitual ver la utilización de esta figura y la suspensión temporal de las obras así denunciadas.

BIBLIOGRAFÍA

BAMBACH, Juan Paulo (2003), "Conflictos de los Concesionarios Mineros con los Propietarios del Suelo", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen 2003, N° 1, pp. 65-74.

- CLARO SOLAR, Luis (1932), *Explicaciones de Derecho Civil*, (Santiago: Imprenta Cervantes), tomo sexto, p. 468.
- CLARO SOLAR, Luis (1932), *Explicaciones de Derecho Civil*, (Santiago: Imprenta Cervantes) tomo séptimo, p. 481.
- NOVOA, Laura y BAMBACH, Juan Paulo (2003), "Uso Inadecuado del Régimen Legal Minero", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen 2003, N° 1, pp. 49-56.
- NÚÑEZ GÓMEZ, Sergio (1993), *Manual de Derecho de Minería*, (Santiago: Editorial Jurídica), pp. 19-30; 235-244.
- OSSA BULNES, Juan Luis (2007), *Tratado de Derecho de Minería*, (Santiago: Editorial Jurídica, cuarta edición), tomo I, p. 126.
- OSSA BULNES, Juan Luis (2007), *Tratado de Derecho de Minería*, (Santiago: Editorial Jurídica, cuarta edición), tomo II, pp. 459-474.
- ROZAS VIAL, Fernando (2004), *Los Bienes*, (Santiago: LexisNexis, tercera edición), pp. 75-95.
- LIRA OVALLE, Samuel (2007), *Curso de Derecho de Minería*, (Santiago: Editorial Jurídica, cuarta edición), pp. 78; 175-180.
- VARGAS VARGAS, Manuel (1998), *Informe sobre Denuncias de Obra Nueva Deducidas por la Compañía Minera de Tocopilla S.A. contra Gasoducto Nor Andino S.A.*, 16 de abril de 1998.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República de 1980: Artículo 19, N° 24, inciso 6°.
- Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras: Artículo 8°.
- Código Civil: Artículos 571, 582, 626, 820, 821, 825 y siguientes, 885, 930 y siguientes, 942, 1962, 2174 y siguientes.
- Código de Minería: Artículos 2°, 15, 116, 120 y siguientes, 124, 125, 235
- Código de Procedimiento Civil: Artículos 565 y siguientes.

JURISPRUDENCIA CITADA

- "Liliana Hauyon Román con Administradora de Fondos de Inversión Absal S.A." (2012): Corte Suprema, 11 de enero de 2013, Rol N° 6296-2012.
- "Dictamen N° 38.161" (2005): Contraloría General de la República, 17 de agosto de 2005.

- "Cristi Scheggia Juan con Megaridos Ltda." (2009): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2009, Rol N° 5615-2009.
- "Compañía Minera Austral Ltda. con Sociedad Forestal Santa Ester Ltda." (1998): Corte Suprema, 21 de diciembre de 1998, Rol N° 1910-1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, N° 1, 1998, Segunda Parte, Sección Primera.
- "Sociedad Contractual Minera Romeralito con Inmobiliaria Puerto Velero Cinco S.A." (2010): Corte Suprema, 30 de junio de 2010, Rol N° 1883-2010.
- "Soto González Carlos con Fisco de Chile" (2012): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2012, Rol N° 1518-2012.
- "Compañía Minera de Tocopilla S.A. con Gasoducto Nor Andino S.A." (2000): Corte Suprema, 13 de junio de 2000, Rol N° 3699-1999.
- "Minera Ricardo Resources S.A. con Codelco Chile" (2004), Corte de Apelaciones de Antofagasta, 27 de agosto de 2004, Rol N° 459-2004.