

# UN INQUIETANTE FALLO PARA EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA ACTIVIDAD MINERA

**EMILIO PFEFFER URQUIAGA**

**RESUMEN:** La cuarta Sala de la Corte Suprema desestimó sendos recursos de casación en la forma y en fondo y rechazó, en definitiva, las demandas de constitución de servidumbres de ocupación y tránsito solicitadas por concesionarios mineros por situarse estas dentro de un área de propiedad fiscal que se dice reservada por los ministerios de Energía y Bienes Nacionales para el desarrollo de proyectos energéticos que si se llegasen a concretar resultarían incompatibles con la actividad minera para la cual aquellas fueron solicitadas. Con esa decisión se pone en jaque el derecho de propiedad y la actividad minera.

**SUMARIO:** I.- Introducción; II.- Cuestiones jurídicas implicadas en la controversia; III.- Consideraciones generales sobre las servidumbres mineras, reconocimiento constitucional y legal; IV.- Derechos y obligaciones del concesionario minero. La reserva legal reforzada y la propiedad minera; V.- La función social del dominio y la errónea aplicación de este concepto por los jueces en la resolución de la controversia. a) Consideraciones generales sobre la función social de la propiedad. b) Función social y reserva legal. c) La función social faculta para establecer limitaciones y obligaciones, pero no para prohibir el ejercicio de un derecho. d) Los “intereses generales de la Nación”. VI.- No se ha creado ninguna “Área de Reserva” ni el artículo 56 del Decreto Ley N° 1939 faculta, a su amparo, a la autoridad administrativa para establecerla; VII.- Consideraciones procesales; VIII.- Síntesis.

## I. INTRODUCCIÓN

1.- La Corte de Antofagasta negó lugar a una demanda de constitución de servidumbres mineras por situarse estas dentro de un área de propiedad fiscal que se dice reservada por los ministerios de Energía y Bienes Nacionales para el desarrollo de proyectos energéticos que si se llegasen a concretar resultarían incompatibles con la actividad minera para la cual aquellas fueron solicitadas.

Los jueces de segundo grado entendieron que por un “Convenio Marco” suscrito por los citados ministerios –aprobado a través de un decreto y/o resolución exento– se creó lo que denominan un “Área de Reserva”, cuya existencia tendría la aptitud de impedir –en

el terreno abarcado por ella— la constitución de servidumbres mineras.

Para darle sustento jurídico a su decisión, califican como de “interés nacional” el desarrollo de proyectos de energías renovables no convencionales, y como la propiedad debe cumplir una “función social” y el “interés nacional” es componente de aquella, estiman que la autoridad administrativa —al haber creado en el “Convenio Marco” un “Área de Reserva” destinada a tal fin— solo cumple con darle contenido concreto a la función social de la propiedad, lo que la Constitución le permitiría resolver directamente a esa autoridad.

Sin perjuicio de ello, consideran que la administración contaría además con habilitación legal expresa para crear el “Área de Reserva”, en sede de lo dispuesto por los artículos 55 y 56 del Decreto Ley N° 1939, de 1977, que establece “Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Los sentenciadores de alzada revocaron la sentencia de primera instancia desestimando la demanda por los razonamientos que el fallo de la Corte Suprema sintetiza en su considerando 8°, en los siguientes términos: si bien la Constitución consagra el derecho de propiedad, entrega a la ley el modo de adquirir, usar, gozar y disponer, y establece limitaciones en el ejercicio de sus facultades y obligaciones que derivan de su función social —que comprende los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental—, de lo que se desprende que al igual que el dueño del terreno debe respetar la normativa minera en cuanto le impone restricciones en el ejercicio de su derecho de propiedad, el concesionario minero está obligado a ejercer sus derechos respetando las limitaciones impuestas en la legislación minera y las referidas al inmueble superficial que se afectará por dicho ejercicio; que el Tribunal Constitucional (Rol N° 245), indicó que la función social de la propiedad significa que tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y la sociedad, y que el constituyente chileno no ha definido el concepto de función social y ha señalado solo cuáles son sus elementos, a saber, cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental; que como la función social de la propiedad es una limitante en el ejercicio de las facultades de dominio para el dueño del terreno y para los que tienen o pretenden ejercer algunas de estas facultades por separado, se debe resolver si la existencia del área de que se trata tiene la capacidad de sobreponerse a los derechos de servidumbre para las propiedades mineras; que el Decreto Ley N° 1939 entrega las facultades de adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado al Presidente de la República, al Ministerio de Tierras y Colonización, actual Bienes Nacionales, estableciendo que los bienes fiscales pueden ser objeto de destinaciones, concesiones de uso, afectaciones y arrendamientos, y que por las destinaciones se asigna, por el Ministerio, uno o más bienes del Estado a las entidades que conforman la Administración, al Poder Judicial, a servicios dependientes del Congreso Nacional y a la Contraloría, con el objeto de emplearlos exclusivamente en el cumplimiento de sus fines propios; que como la propiedad fiscal que se pretende abarcar constituye un área de reserva destinada a la finalidad señalada

2.- El recurso de casación en el fondo denunció una errada aplicación e interpretación del inciso 2º del número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Esto porque los jueces de segundo grado le habrían reconocido a la Administración del Estado competencia para crear una zona de reserva para proyectos de energía excluyendo de ella al concesionario minero quien quedaría preterido para constituir las servidumbres que su actividad requiere.

La infracción constitucional se agrava si se considera que la zona de reserva para proyectos energéticos fue “estatuida” en conocimiento de la existencia en ella de concesiones mineras con plena conciencia del efecto que la misma originará: impedir el ejercicio de los derechos que emanan de la concesión.

La Administración no puede determinar el contenido de las causas “utilidad pública” e “interés nacional” para darle contenido a la “función social” del dominio. Tal es una competencia privativa del legislador.

La Constitución solo autoriza limitar el derecho de propiedad pero no habilita al legislador para privar del dominio a su titular, que es lo que ocurre cuando se prohíbe constituir servidumbre mineras en el área de reserva. Además, los asuntos energéticos, por más que preocupen a la autoridad, no pueden ser invocados como intereses generales de la Nación. Así habría quedado claro cuando el Consejo de Estado –que participó en la preparación de la Carta Fundamental– excluyó expresamente la idea de incorporar como tal el “mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas al servicio de la colectividad”, justamente por su ambigüedad.

---

por el Ministerio de Bienes Nacionales para el cumplimiento de los objetivos propios del de Energía, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N° 1939, donde está en fase de instalación el Parque Eólico Taltal, se puede concluir que por estar los terrenos destinados al bienestar y beneficio de toda la comunidad nacional, cumple la función social que la Constitución estatuye como limitante al ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, por tratarse de intereses generales de la Nación; y que, sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que el artículo 120 del Código de Minería dispone que desde la constitución de la concesión los predios superficiales están sujetos a los gravámenes y finalidades que indica y que la existencia de la destinación en el terreno pretendido a reserva para el desarrollo de energías no convencionales, desde la perspectiva del interés general de la Nación, las impediría, pudiendo hacer ilusorio dicho gravamen, por lo cual es posible colegir que una servidumbre en tales condiciones carecería de causa.

El derecho a constituir servidumbres legales en favor del concesionario minero procede siempre –con una única y calificada excepción–, y es posible ejercerlo sobre cualquier predio, con independencia de quien es su dueño.

Enseguida el recurso de casación en el fondo denuncia una errada aplicación e interpretación de los artículos 55 y 56 del Decreto Ley N° 1939, en relación al inciso 2° del número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues si se llegara a estimar que la zona de reserva no fue creada por vía administrativa sino que en virtud de lo establecido en la citada preceptiva, tampoco concurren los requisitos exigidos para aplicar la reserva legal consistente en los intereses generales de la Nación, pues como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional (Rol N° 2299-12), la ley que limite el derecho de propiedad debe contener reglas precisas y explícitas respecto a la limitación, exigencia que no cumplen las referidas disposiciones legales que recurren a fórmulas genéricas cuyos contornos resultan difusos. Esto porque a lo único que habilita el precitado artículo 55, en relación con la administración de los bienes de propiedad fiscal, es a que Estado les dé una destinación específica u otorgue a su respecto concesiones de uso, afectaciones y arrendamientos, pero no por ello la propiedad fiscal queda inmune a ser gravada con servidumbres mineras. Mientras que el artículo 56 del mismo cuerpo legal solo autoriza se destine un bien fiscal por parte del Ministerio de Bienes Nacionales a otro ministerio o institución estatal con el objeto que lo emplee en el cumplimiento de sus fines propios, lo que no se verifica. No existe entonces en la preceptiva legal citada ninguna referencia, ni siquiera abstracta a una limitación al derecho de propiedad ni se menciona tampoco bien jurídico protegido que habilite a la autoridad administrativa para invocar la reserva legal por exigirlo los intereses generales de la Nación. Menos todavía se contemplan especificaciones, contornos ni nada que se asemeje a una descripción de en qué consistiría la limitación, a quienes afectaría y hasta qué punto ella se extendería por lo que se han aplicado con infracción de ley los artículos 55 y 56 del Decreto Ley N° 1939 si se quiere ver en ellos una implícita facultad para que la autoridad administrativa cree un área de reserva con los efectos prohibitivos que para el concesionario minero de ella se derivan.

**3.-** La Cuarta Sala de la Corte Suprema, en votación dividida, no hizo lugar a los recursos de casación en la forma y en el fondo quedando rechazadas las demandas de constitución de servidumbres

mineras solicitadas por Arbiodo Chile Limitada y Minera Pampa Fenix S.C.M.<sup>2 3</sup>.

Para desestimar los recursos de nulidad la Corte Suprema razonó que debía tenerse presente que no se ha decretado la ineficacia o nulidad de los actos administrativos conforme a los cuales el Ministerio de Bienes Nacionales destinó los terrenos de propiedad fiscal en los que se pidió constituir las servidumbres mineras para el desarrollo de proyectos de energía<sup>4</sup>.

Enseguida que la función social de la propiedad es una noción que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad con la satisfacción de las necesidades de la comunidad para su mantenimiento y desarrollo sustentable. Asimismo, que es la Carta Fundamental la que determina los elementos que componen la función social de la propiedad, entre ellos, los intereses generales de la Nación, que se

---

<sup>2</sup> Si bien la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en fondo en tres causas diversas por sentencias dictadas con la misma fecha (5 de septiembre de 2016), caratuladas “Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile”, Rol ingreso Corte Suprema N° 8133-2015, “Minera Pampa Fenix S.C.M. con Fisco de Chile”, Rol ingreso Corte Suprema Rol N° 12.886-2015 y Rol N° 19.081-2015, para los efectos de este comentario solo se hará referencia –en cuanto sea necesario citar algún considerando– al fallo dictado en la causa seguida por Arbiodo Chile Limitada, aunque se advierte –en el hecho– singular coincidencia en las tres sentencias que resuelven esta controversia.

<sup>3</sup> El fallo fue acordado por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Cerda F., Ministro Suplente señor Alfredo Pfeiffer R., y el abogado integrante señor Alvaro Quintanilla P. Los votos en contra corresponden a la ministra señora Chevesich R. y al Ministro Suplente señor Pfeiffer.

<sup>4</sup> La Corte Suprema tuvo por establecidos y como inamovibles los siguientes hechos en la causa Rol ingreso Corte Suprema N° 8133-2015 que es la sentencia que tomamos como referencia para los efectos de este comentario: “1) La sociedad demandante es titular de las concesiones mineras que individualiza en su demanda y el Fisco de Chile es poseedor inscrito del predio en el que se solicita que se constituyan servidumbres mineras de ocupación y tránsito. 2) El predio superficial sobre el cual se pretende la constitución de las servidumbres mineras circunda el Parque Eólico Taltal y abarca 2.478,21 hectáreas del predio de mayor extensión del Fisco de Chile, área de reserva territorial destinada al desarrollo de proyectos de energía renovable no convencional, según convenios de los Ministerios de Bienes Nacionales y de Energía celebrados en el año 2010, de tres años de duración, aprobado por Decreto Exento N° 338, de 2010, y en julio de 2013, aprobado por Decreto Exento N° 1006, de 16 de agosto de 2013. 3) El área en que se emplazarán las servidumbres mineras está alejada de centros urbanos y de otras faenas mineras, pero en el sector inmediatamente aledaño se encuentra en fase de instalación el denominado Parque Eólico Taltal, que no se afectaría. 4) La exploración, explotación y demás faenas mineras que generará la servidumbre minera hará imposible el uso posterior del terreno para los fines a que está destinado desde 2010, y 5) La falta de energía en el país y la política estatal de desarrollo de energías denominadas limpias o no convencionales”.

refiere a todo lo que beneficie y posibilite el desarrollo del país o el progreso de la población, aun cuando se concrete en determinadas zonas geográficas o actividades específicas. También que el artículo 124 del Código de Minería dispone, en lo que interesa, que las servidumbres son esencialmente transitorias y no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento; razón por la que las servidumbres mineras no pueden constituirse en la zona solicitada, pues el fin es distinto e incompatible con el previsto por la autoridad administrativa, que es especial; no pudiendo escindirse la constitución de la servidumbre con su ejercicio, pues resultaría inadecuado que el Estado por medio de su órgano judicial la constituya y, posteriormente, sea la misma entidad, a través de su aparato administrativo, que impida su utilización, por no avenirse con los fines previstos.

Razona además, que el análisis de la controversia no solo puede centrarse en el derecho de propiedad del concesionario minero y en criterios económicos, sino también en la facultad de administrar los inmuebles fiscales por parte del Estado con la finalidad de satisfacer y posibilitar el desarrollo del país, esto es, en función del interés general de la Nación, lo que lo autoriza para destinar propiedades fiscales con dicho propósito, por lo que no puede estimarse infringida normativa alguna al hacer prevalecer –por sobre el derecho particular del concesionario minero– las normas de mayor jerarquía contenidas en la Constitución.

La Corte Suprema concluye que como en la constitución de la servidumbre minera se debe cumplir la normativa legal que la rige debe respetarse la preceptiva sobre la destinación del suelo de que dan cuenta los decretos exentos dictados por la autoridad administrativa y, en tal sentido, la concesión minera también ha de ajustarse a las limitaciones y prohibiciones establecidas en la Constitución, de suerte que si no es posible la explotación de la mina la configuración de la servidumbre respectiva resultará inoficiosa.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS IMPLICADAS EN LA CONTROVERSIA

La controversia resuelta por el máximo Tribunal envuelve, al menos, las siguientes las cuestiones jurídicas que enunciaremos a modo de interrogación:

¿El titular de una concesión minera tiene derecho siempre –a todo evento y sin excepciones– a constituir las servidumbres mineras convenientes a la exploración, explotación y beneficio de las minas?

¿El propietario del predio superficial puede oponerse a la constitución de servidumbres? En la afirmativa, ¿qué órgano debe configurar las hipótesis que impidan del todo el ejercicio de ese derecho o lo restrinjan al cumplimiento previo de requisitos específicos?

¿Esa es una competencia reservada exclusivamente al legislador o puede también ejercerla –directa o indirectamente– la autoridad administrativa?

Si solo el legislador tiene competencia para determinar los “casos” en que se prohíbe al concesionario minero constituir servidumbres, y además él es el único facultado para establecer los requisitos que aquel deberá cumplir para imponerlas, ¿con qué “densidad normativa” deberá determinarlo en resguardo de la garantía constitucional de la reserva legal?

¿Constitucionalmente se exige que el legislador señale expresamente el o los casos en que no se pueden constituir servidumbres o puede delegar esa determinación en la autoridad administrativa?

Ahora bien, si el legislador no establece una prohibición, sino tan solo restringe el ejercicio del derecho del concesionario minero a constituir servidumbres, ¿con qué densidad normativa deberán establecerse los requisitos o condiciones a los que se subordinará su ejercicio?

Luego, como los jueces razonan que la autoridad administrativa está facultada para crear lo que denominan “Área de Reserva”, en la que se prohíbe al concesionario constituir servidumbres en toda su extensión, ¿puede la misma justificarse en la “función social” de la propiedad o por el contrario ella conlleva a la privación de una facultad o derecho?

Vinculado a lo anterior, ¿puede la autoridad administrativa invocar y calificar directamente como de “interés general de la Nación” el desarrollo de proyectos de energía renovables no convencionales para justificar el establecimiento de una prohibición que afecta el derecho del concesionario a constituir servidumbres en el “Área de Reserva” sin que medie intervención del legislador?

Finalmente, las normas del Decreto Ley N° 1939, de 1977, ¿le otorgan una habilitación legal expresa y suficiente a la administración para crear una “Área de Reserva”?

### III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS SERVIDUMBRES MINERAS, RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Para responder a las interrogantes formuladas implícitas en la controversia fallada por las sentencias en comentario, parece necesario referirse al marco regulatorio básico de las servidumbres mineras.

Este lo encontramos en el propio texto constitucional, concretamente en su artículo 19 N° 24, que distingue entre las minas y el predio superficial reconociéndose allí dos dominios diferentes, lo que es coherente con la definición de concesiones de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCM)<sup>5 6</sup>.

En la servidumbre minera son interesados el dueño del predio que soporta el gravamen y el titular de la concesión.

La Magistratura Constitucional ha tenido oportunidad de puntualizar que tienen como fundamento “la circunstancia de coexistir, respecto de un mismo terreno o lugar, el derecho del dueño del suelo con las facultades y derechos que confiere la legislación minera sobre las sustancias minerales”<sup>7</sup>.

Para el constituyente los predios superficiales están “sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio” de las minas, lo que se traduce, justamente, en el gravamen que deben soportar: las servidumbres que la ley autoriza establecer.

La ley, claramente, es la fuente formal de derecho llamada a regularlas.

<sup>5</sup> Específicamente en cuanto dispone que sobre las minas el “Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible”, “no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas”.

<sup>6</sup> La LOCCM señala que “son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño” (art. 2°).

<sup>7</sup> Ver, LIRA (2007) p. 175; GÓMEZ NÚÑEZ (1993) p. 234; RUIZ BOURGEIS (1949) p. 22.



El procedimiento de constitución de las servidumbres mineras, lo concerniente a su ejercicio y el monto de las indemnizaciones que se deban pagar al propietario del predio superficial son materias que la Constitución reserva a una pormenorizada regulación legal<sup>8</sup>.

El constituyente las reconoce como un derecho, tal como lo explicita la LOCCM al señalar que “los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras” (Art. 8º).

Las servidumbres mineras que gravan el terreno superficial tienen las características propias de las servidumbres civiles, lo que no implica que no tengan singularidades<sup>9</sup>. Por lo pronto se trata de servidumbres legales –las regula el legislador– y obligatorias, se imponen a quienes deben soportarlas. Enseguida, son esencialmente transitorias, no perpetuas (arts. 19 y 124, C. de Minería)<sup>10</sup>. Luego, no son inmodificables, pueden ampliarse o restringirse, según lo requieran “las actividades propias de la respectiva concesión” (art. 124, C. de Minería), desde que están afectas a un fin determinado<sup>11</sup>, y se pueden imponer “desde la constitución de la respectiva concesión” (art. 120, C. de Minería).

Tanto la LOCCM (art. 8º, inciso segundo) como el Código de Minería (art. 120) regulan pormenorizadamente dos clases de servi-

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, el artículo 123 del Código y el inciso cuarto del artículo 8º de la LOCCM establecen como principio rector, para los efectos de la determinación de la cuantía de la indemnización, el acuerdo de los interesados que conste en escritura pública, y en caso de desacuerdo el monto será determinado por resolución judicial dictada en procedimiento sumario (art. 234, C. de Minería), en el que el juez, mientras se tramite el juicio, puede 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 obligado” (art. 125, C. de Minería).

<sup>9</sup> Las servidumbres mineras son de dos tipos. Las que gravan los predios superficiales en materia minera (arts. 120 y siguientes del C. de Minería) y las que gravan unas concesiones mineras en favor de otras (arts. 126 y siguientes del mismo Código).

<sup>10</sup> El primero dispone que la facultad de catar y cavar permite, de un lado, la facultad “de examinar la tierra y la de abrirla para investigar”; del otro, faculta para “imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales”. “La duración de tales servidumbres no excederá de seis meses, contados desde la iniciación de su ejercicio”. El artículo 124 señala que “las servidumbres son esencialmente transitorias”.

<sup>11</sup> De acuerdo al artículo 124, “no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión (...) y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento (...)”. Lo mismo señala el artículo 8º inciso quinto, de la LOCCM.

dumbres que gravan al predio superficial: de ocupación y de tránsito, sin que en tales cuerpos legales se autorice –en extremo alguno– la intervención regulatoria del administrador.

El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve el interés que existe en descubrir las minas y trabajarlas. “Como la riqueza minera se encuentra, por regla general, oculta, es necesario que sea descubierta. Hay un interés social envuelto en ello desde antiguo –la Nación tiene interés en que estas se descubran y exploten–, pues ello significa prosperidad y trabajo en beneficio del país” (Rol N° 5).

Como se ve, el fundamento constitucional para imponer limitaciones y obligaciones a los predios superficiales no es otro que facilitar la “exploración” y “explotación” de las minas.

Si se observa la regulación legal, apreciamos que existe solo en un caso en que se prohíbe la constitución de servidumbres cuando el propietario del predio superficial exprese oposición. Tal determinación, por exigirle la garantía de la reserva legal –reforzada en materia de propiedad– el constituyente la entrega a la competencia exclusiva del legislador.

El titular de una pertenencia tiene entonces siempre el derecho a gravar con servidumbre el predio superficial, salvo que se trate del único caso en que nuestra legislación lo prohíbe. Por ello el Código distingue tres tipos de terrenos: libre<sup>12</sup>, reglamentado<sup>13</sup> y prohibido.

En relación a estos últimos nuestra legislación establece dos tipos de prohibiciones: absoluta y relativa. La primera un veto que reconoce en beneficio del propietario del predio superficial. La segunda un

<sup>12</sup> Son aquellos en que por ser abiertos e incultos cualquiera persona puede ejercitar la facultad de buscar minas, sin necesidad de permiso alguno del dueño de esos terrenos. Si alguien pone un obstáculo, se puede reclamar ante un juez.

<sup>13</sup> Son aquellos en que por ser abiertos y cultivados o por ser cerrados, cultivados o no, es necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o tenedor para realizar la actividad de examinar e investigar. Cuando el dueño del terreno sea la Nación o un Municipio, el permiso debe darlo el gobernador o el alcalde respectivo. Si el dueño se niega a darlo, puede ocurrirse al juez. El juez debe respetar ciertas condiciones al otorgar el permiso, que regula el artículo 16 del Código, entre ellas señalar el número de personas que comprenderá la investigación; no puede exceder de seis meses; no puede realizarse la labor si hay frutos pendientes; y el solicitante debe indemnizar “todo daño que cause con las labores o con ocasión de ellas, debiendo rendir, previamente, caución calificada por el juez”.

veto relativo porque si el propietario se opone pueden levantarlo los sujetos que la ley indica.

De la regulación contenida en el Código de Minería se infiere que el dueño del predio superficial puede siempre ser gravado con servidumbres, salvo que su oposición la funde en que se afectan “casas y sus dependencias” o “terrenos plantados de vides o de árboles frutales”. En los demás casos –cuando formule oposición por otros motivos– su voluntad puede ser doblegada, en último término, por el juez<sup>14</sup>.

La Magistratura Constitucional ha puntualizado que el derecho a veto ejercido en relación a la facultad de catar y cavar –en la medida que esta no es un derecho pleno– no genera en principio dificultades, pero respecto de una concesión otorgada el veto produce un efecto distinto: la inviabilidad de la concesión.

De allí que la decisión de imponer servidumbres es reconocida como un derecho del concesionario (art. 109) que este adquiere “desde la constitución de la respectiva concesión” (art.120), porque se entiende que es imprescindible para facilitarle la “conveniente y cómoda exploración y explotación mineras” (art.120).

La única norma de excepción entonces es la que prevé el inciso final del artículo 15, en cuanto establece que “solo el dueño podrá otorgar el permiso” si se trata de “casas y sus dependencias” o de “terrenos plantados de vides o de árboles frutales”, por lo que tratándose de una regla de excepción debe ser interpretada restrictivamente<sup>15</sup>.

Es la Constitución la que dispone que las “concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese”. De allí que solo la ley puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos que confieren las concesiones, y entre ellos el que

<sup>14</sup> La justificación de esa prohibición absoluta radica en que son tan grandes los perjuicios que se pueden ocasionar catando y cavando en esos lugares y tan inseguros los resultados, que solo el dueño del suelo puede consentir tal investigación.

<sup>15</sup> La LOCCM contiene una norma –el artículo 7º– prácticamente igual a la transcrita, aunque se diferencian en algunos aspectos: 1) El permiso lo debe pedir el “concesionario minero” para imponer servidumbre, mientras que en relación a la facultad –de catar y cavar– el artículo 15 se la reconoce a cualquier persona; y 2) Esta última disposición alude a “árboles frutales”, mientras que el artículo 7º de la LOCCM habla de “arbolados”, no distinguiendo si son o no frutales.

pesa sobre del concesionario de pedir permiso al dueño del predio si quiere realizar actividad minera en un terreno en el que se encuentre emplazada una casa y sus dependencias o esté plantado con árboles o vides<sup>16</sup>.

Como contrapartida al gravamen que se le puede imponer el dueño del predio superficial, este tiene cuatro garantías en su favor que eliminan o reducen al mínimo cualquier arbitrariedad: 1) El derecho a ser indemnizado cuando se constituya la servidumbre minera; 2) El hecho que “son esencialmente transitorias”; 3) La facultad del dueño de un terreno en el que se encuentre emplazada una “casa y sus dependencias” o plantado con “árboles y vides” para “vetar” u oponerse a que se constituyan, sin que su permiso pueda ser suplido por el juez u otra autoridad; y 4) La garantía jurisdiccional.

Para concluir con el análisis del marco regulatorio básico de las servidumbres mineras, parece necesario reiterar que si las mismas no se pueden constituir, la exploración y explotación minera se tornará inviable y, con ello, la concesión o pertenencia.

#### IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO MINERO. LA RESERVA LEGAL REFORZADA Y LA PROPIEDAD MINERA

La Constitución de 1980 no reconoce una única propiedad, sino la propiedad “en sus diversas especies”. Asimismo, establece un estatuto de protección unitario tanto para la propiedad sobre “bienes corporales” como para la que recae en “bienes incorporeales” por lo que entre ellas solo cabe hacer las diferencias que resulten ineludibles en virtud de la naturaleza de cada una.

Junto con vigorizar y otorgarle amplia protección al derecho de propiedad, garantiza que solo el legislador puede determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Excluye de esa competencia al administrador.

Como lo ha resuelto la Magistratura Constitucional: “Instituir o establecer tales obligaciones e insertarla en el estatuto jurídico que

<sup>16</sup> VERGARA BLANCO (1993) p. 116.

le es inherente, constituye una misión que la Constitución reserva, con énfasis o vigor especial e ineludible, al legislador en sentido estricto” (Rol N° 370).

El mismo Tribunal, pronunciándose específicamente sobre la reserva legal en materia minera, tuvo oportunidad de precisar: “La Constitución protege al concesionario minero del mismo modo que protege a cualquier propietario”; la “tutela dispensada a todo propietario comprende el derecho de propiedad “en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”; “la propiedad del concesionario minero es de aquellas que se tienen sobre “bienes incorporales”; no es objeto de discusión que “el derecho de propiedad sobre bienes incorporales incluye la tutela de la titularidad y la exclusividad del concesionario, como también la protección ante su privación o inviolabilidad (también conocida como faz subjetiva de la propiedad”, de suerte que el concesionario minero tiene un dominio pleno sobre las facultades, prerrogativas o derechos que su concesión le otorga para el ejercicio de su actividad; “los derechos derivados de la concesión minera se ejercen conforme con lo definido y delimitado por el legislador en el estatuto jurídico que los regula”, pero ello “no significa que el derecho de propiedad, en su formulación general, no ofrezca protección al concesionario minero”; la Carta Fundamental “ha encargado al legislador, de modo explícito, la regulación de las concesiones mineras”, reafirmando que se trata de una materia reservada al legislador, el que al ejercer su potestad puede configurar “el régimen que estime más adecuado para la exploración o explotación de los recursos mineros”, sin que ello signifique “someter cada facultad o derecho conferido a las condiciones de uso, goce y disposición propios de la facultad del propietario sobre cosa corporal”, pues la voluntad del constituyente es la “de permitir al legislador la creación de un régimen especial de propiedad minera, distinto del general y adaptado a las necesidades particulares que tienen su origen en la realidad normada”. (Rol N° 2678-14).

No hay duda que para la Magistratura Constitucional el concesionario minero es titular de la propiedad sobre su concesión, y sobre ella, como un estatuto jurídico unitario, decide con las facultades de todo propietario, aunque respecto de las facultades y derechos que la misma le confiere ha de ejercerlas de acuerdo con lo establecido por la ley minera.

Todo lo concerniente entonces a los derechos que en virtud de su concesión puede ejercer es una materia reservada por el constituyente exclusivamente a la ley. (Véase Roles N° 1284-08 y N° 2678-14.)

La misma Magistratura ha precisado el sentido y alcance del artículo 7° de la LOCCM y del artículo 15 del Código de Minería, señalando que reconocen una suerte de derecho a veto del propietario superficial pero solo cuando este acredite, fehacientemente, que en su terreno está emplazada una casa habitación y sus dependencias o que se trata de terrenos arbolados, con viñedos o plantados de árboles frutales, pero tales hipótesis son las únicas en que se justifica sacrificar y preterir el derecho del minero –que emana de su concesión– para constituir servidumbres por los daños irreversibles que se presume su actividad genera (Rol N° 2678-14).

Como se ve, el único con competencia regulatoria en todo lo concerniente a las servidumbres mineras es el legislador, como lo ha resuelto la Magistratura Constitucional. El único habilitado constitucionalmente “para fijar las obligaciones y limitaciones que gravan a los predios superficiales para facilitar la exploración, explotación y beneficio de las minas”. El único facultado para establecer excepciones –desde luego calificadas– tendientes a posibilitar que el dueño del predio superficial pueda vetar el ejercicio de la facultad de catar y cavar; y con un ámbito incluso de menor discreción, el único facultado para impedir que el concesionario minero constituya servidumbres, lo que resulta indicativo de que para el constituyente las labores mineras prevalecen por sobre los derechos del propietario del predio superficial, en consonancia con el deber constitucional que a este se le impone de “desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”.

## V. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DOMINIO Y LA ERRÓNEA APLICACIÓN DE ESTE CONCEPTO POR LOS JUECES EN LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

### *a) Consideraciones generales sobre la función social de la propiedad*

Se admite que la propiedad tiene hoy un valor individual y social, por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad.

Como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional: “El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades, que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, constituyen entonces la función social de la propiedad” (Roles N°s 245-246).

La Carta Política no la define explícitamente, no señala qué se entiende por función social de la propiedad, ni tampoco exceptúa al dominio público de quedar expuesto a que el legislador pueda imponerle a su dueño –el Fisco– las limitaciones y obligaciones encaminadas a cumplir alguno de los fines propios de ella, y menos establece que el dominio público quede sujeto a limitaciones y obligaciones más gravosas.

No obstante, de su texto se desprende que ella viene a ser la razón o la causa eficiente que justifica la imposición gratuita de limitaciones y obligaciones al dominio con el objeto de ajustar su ejercicio al bien común; gratuidad que no solo se aplica por la matriz filosófica del concepto<sup>17</sup>, sino además por la letra del mismo numeral 24 de su artículo 19, que diseña las privaciones y limitaciones indemnizables en el inciso siguiente, dentro del régimen de la expropiación.

No se trata de un concepto ajeno o exógeno al dominio. Por el contrario, forma parte de su propio contenido esencial. En tal sentido la “función social” no es una categoría conceptual abierta, de libre interpretación entregada al juez para la determinación de su contenido, desde que el constituyente reservó exclusivamente al legislador fijar las limitaciones u obligaciones que, calificadas o encuadradas en alguno de los motivos o causales que taxativamente la preceptiva constitucional enuncia, la configuran.

La función social de la propiedad comprende taxativamente cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental y solo en

<sup>17</sup> “El derecho de poseer bienes en privado no ha sido dado por la ley, sino por la naturaleza y, por tanto, la autoridad pública no puede abolirlo, sino solamente moderar su uso y compaginarlo con el bien común” (SS. León XIII, *Rerum Novarum*, 33); “Ahora bien, cuando el Estado armoniza la propiedad privada con las necesidades del bien común, no perjudica a los poseedores particulares, sino que, por el contrario, les presta un eficaz apoyo, en cuanto que de ese modo impide vigorosamente que la posesión privada de los bienes, que el providentísimo Autor de la naturaleza dispuso para sustento de la vida humana, provoque daños intolerables y se precipite en la ruina; no destruye la propiedad privada, sino que la defiende; no debilita el dominio particular, sino que lo robustece” (SS. Pío XI, *Cuadragésimo anno*, 49).

aras del cumplimiento de alguno de los fines referidos puede el legislador imponer limitaciones y obligaciones a su titular, en relación a algún atributo o facultad esencial del dominio, aunque sin afectar el núcleo esencial de estos, para que la limitación o carga no mude en privación.

Dichas limitaciones y obligaciones deben considerarse entonces necesarias por el legislador para la obtención de los fines que quedan comprendidos dentro de cada uno de esos conceptos, por ello la Constitución emplea la fórmula “cuanto exijan”<sup>18</sup>.

### ***b) Función social y reserva legal***

De lo expuesto se sigue que la limitación u obligación que el dueño habrá de soportar debe establecerla y configurarla solo el legislador, mas no puede el juez directamente crearla, por cuanto de hacerlo vulnera gravemente el principio de reserva legal reforzado que fluye del inciso segundo del numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

No hay duda que la propiedad fiscal debe cumplir, en iguales términos que si se tratase de un dominio privado con las exigencias propias que se derivan de la función social. De allí que independientemente de si el titular es el Fisco o un particular, la función social del dominio obliga por igual a ambos propietarios.

### ***c) La función social faculta para establecer limitaciones y obligaciones, pero no para prohibir el ejercicio de un derecho***

La función social únicamente faculta al legislador para establecer limitaciones y obligaciones al ejercicio de alguna de las facultades esenciales que el dominio otorga, mas no prohibirlas, tan solo restringirlas.

El profesor José Luis Cea Egaña nos señala que “la privación de derechos implica un sacrificio, ablación o destrucción –total o parcial, efímero o permanente– del contenido o sustancia del dominio,

---

<sup>18</sup> Sobre este punto, en el Memorándum de 16 de agosto de 1978 que dirigió la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución al entonces Presidente de la República, se puede leer: “la función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que le es propio y en armonía con los intereses colectivos”.



del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales”<sup>19</sup>.

En igual sentido se pronuncia el tratadista español Eduardo García de Enterría, para quien la privación supone un ataque y una sustracción positiva de una integridad patrimonial, de cuya consideración se parte. La privación, por eso, adviene *ad extra*, es actualizar, en el genuino sentido de la expresión, un despojo (término de filiación etimológica común con “expropiación” y se opone así al concepto de “limitación”, que es un límite inmanente e intrínseco a la propiedad y a todos los derechos”<sup>20</sup>.

Por el contrario, la “limitación” alude al “conjunto de normas de derecho objetivo en cuanto, sometiendo la conducta externa de los individuos a los requerimientos del orden establecido, configuran un obstáculo impuesto al desenvolvimiento espontáneo de su actividad”<sup>21 22</sup>.

La magnitud de la regulación no resulta indiferente. Desde luego porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. Como también ha resuelto nuestra Magistratura Constitucional, a partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que se tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, cuando nuestra Constitución tolera, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. De allí que legitimar cualquiera regulación o limitación,

<sup>19</sup> CEA EGAÑA (1988) p. 62.

<sup>20</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1989) p. 67.

<sup>21</sup> MOHOR ABUAUAD (1989) p. 284.

<sup>22</sup> Un acto de privación, ha sentenciado el Tribunal Constitucional, tiene por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad, facultad o atributo de su titular, mientras que el acto regulatorio tiene por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre el bien o cosa de que se trate. Mientras la privación supone despojar a uno de una cosa que poseía, limitar importa el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales. (Roles N°s 245-146).

En otro fallo ha dicho que no solo se produce privación del dominio cuando se despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno o más de sus atributos o facultades mencionados (Rol N° 334).

sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental (“la limitación tiene sus límites”, para usar una expresión ya clásica del derecho anglosajón). (Rol N° 505).

Dejando atrás las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales que precisan las diferencias entre la limitación y privación de un derecho, resulta evidente que la creación del “Área de reserva” conlleva a la privación de uno de los derechos o facultades que al minero le confiere su concesión, pues no se trata aquella de una simple limitación –razonable, de finalidad legítima y proporcional– desde que se le impide por esa vía la actividad a la que la concesión lo obliga.

Los predios superficiales están “sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio” de las minas, ordena la Constitución. Se trata, como se explicó, de una regla que es lógica consecuencia de la dualidad de dominios que reconoce el constituyente. En iguales términos lo garantiza la LOCCM y el Código de Minería –según se ha visto– que pormenorizan la regulación conforme a la cual deben constituirse las servidumbres mineras, pero tanto la Constitución como la precitada legislación establecen una clara preferencia a favor de la actividad minera y facultan al concesionario, con la única excepción anotada –casa habitación, que se extiende a sus dependencias o terrenos arbolados, con viñedos o plantados de árboles frutales–, para imponer servidumbres y con ello facilitar el desarrollo de su actividad, exigiéndole, incluso –por el beneficio que trae consigo para el país–, que el titular de una concesión explore, explote y trabaje las minas, en señal del interés público que justificó su otorgamiento.

Por consiguiente la creación administrativa de la llamada “Área de Reserva” importa una prohibición –más no una restricción– de constituir servidumbres mineras en toda su extensión desde que representa para el concesionario un impedimento absoluto para el ejercicio de su derecho a gravar al propietario del predio superficial con los gravámenes que su actividad requiere.

Aún mas, el efecto que de ella se deriva no se contrae simplemente al de una restricción, desde que al impedírsele del todo el ejercicio de un derecho –que el constituyente claramente le reconoce, de gravar con servidumbres al predio superficial– la misma trae consigo una segunda consecuencia: priva o despoja al titular minero, en el

hecho, de su concesión, porque al no poder constituirlas la actividad a la que el constituyente lo obliga –para merecer amparo– no podrá realizarla. De ese modo los derechos, facultades o prerrogativas que la concesión le otorga devienen en ilusorios, se tornan irrealizables.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad por lo demás de resolver esta cuestión: “Debe considerarse que un derecho a veto a la facultad de catar y cavar, en la medida que esta no es un derecho, no genera dificultades. En cambio, tratándose de una concesión otorgada, el veto produciría la inviabilidad de la concesión. No hay que olvidar que la posibilidad de imponer servidumbre es un derecho que tiene el concesionario y que se adquiere “desde la constitución de la respectiva concesión” (art. 120); siendo su propósito “facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras” (Rol N° 1284).

No hay duda entonces, por las implicancias que ello trae consigo, que el establecimiento de la denominada “Área de Reserva” que se dice creada por los ministerios de Bienes Nacionales y de Energía representa para el concesionario minero, en cuanto a los efectos impeditivos que de la misma se derivan no solo una limitación, carga u obligación, sino una directa prohibición para desarrollar su actividad. En suma, una privación de las facultades propias que al amparo de su concesión el titular puede ejercer para constituir las servidumbres que su actividad le reclama, con el agravante de que la vía escogida para su establecimiento además no resulta constitucionalmente admisible desde que la prohibición surge por efecto indirecto de una decisión –que en verdad tampoco es tal– que adoptó la autoridad administrativa que no pudo ser validada jurisdiccionalmente por las sentencias en comentario.

#### ***d) Los “intereses generales de la Nación”***

El “interés general de la Nación”, componente de la función social de la propiedad, es un concepto erróneamente aplicado por los sentenciadores para justificar la creación administrativa de la denominada “Área de Reserva” y, con ello, validar la prohibición que para el concesionario minero de la misma deriva<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> “Los intereses generales de la Nación” expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se vincula, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política

Los jueces no pudieron invocar directamente la función social que debe cumplir la propiedad para justificar la supuesta creación administrativa de la zona reservada, desde que no ha mediado la intervención previa del legislador. No pudieron reconocerle al administrador la facultad de crearla y menos permitirle calificar el motivo que justificaría su establecimiento por corresponder, estos extremos, a una competencia privativa del legislador.

Con su decisión los sentenciadores permiten que la autoridad administrativa se arrogue facultades que no posee. De una parte consideran que está habilitada para establecer el “Área de Reserva” y, de otra, autorizan para que califique el motivo que la justificaría como propio de un “interés general de la Nación” por exigirlo “la política estatal en materia de energía de desarrollo de energías denominadas limpias o no convencionales” sin que exista prueba al efecto.

No hay duda que resulta deseable promover el desarrollo de energías renovables no convencionales, pero de allí a estimar que por exigirlo alguna de las causales que le dan sustancia a la función social de la propiedad se debe privar al minero de la facultad que su concesión le otorga de constituir las servidumbres que requiere su actividad representa una evidente extralimitación de la autoridad administrativa que los sentenciadores con su fallo validan.

Por lo pronto no advertimos ninguna relación entre una política pública encaminada a ese fin –que se puede materializar por otros medios– con los intereses generales de la Nación, tanto más si ello conduce al sacrificio de los derechos del concesionario, desde que en el hecho –en términos operativos– no podrá desarrollar su actividad al impedírsele que constituya las servidumbres mineras que requiere, lo que a su turno contradice la exigencia constitucional que lo obliga a “desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”. Si el constituyente le exige desarrollar la actividad en razón de habersele otorgado la concesión no es lícito constitucionalmente que se le impida llevarla adelante al negarle las servidumbres mineras que resultan imprescindibles a tal fin, todo ello con la agravante de que la prohibición viene impuesta por una autoridad administrativa.

---

globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. (Informe de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, Sesión de 27 de junio de 1975, pág. 68.)

Tampoco se observa que la creación del “Área de Reserva” destinada a la finalidad lícita antes indicada pueda ser justificada en los “intereses generales de la Nación”, expresión que si bien cae dentro de la nomenclatura de los denominados conceptos jurídicos abiertos tiene un sentido y alcance preciso que permite descartar que para el resguardo de ese fin deba privarse a un concesionario minero de la facultad exclusiva que le otorga el dominio que sobre esa concesión detenta de solicitar las servidumbres que requiere, precisamente para satisfacer –como se dijo– la obligación que la Constitución le impone<sup>24</sup>.

#### VI. NO SE HA CREADO NINGUNA “ÁREA DE RESERVA” NI EL ARTÍCULO 56 DEL DECRETO LEY N° 1939 FACULTA A SU AMPARO A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA ESTABLECERLA

Nadie discute que el dueño puede reservar o destinar el bien de su dominio al cumplimiento del propósito que defina, todo ello, evidentemente, dentro del marco fijado por las normas constitucionales y legales que regulan el estatuto del dominio, aunque con pleno respeto de los derechos y legítimos intereses de terceros.

El Ministerio de Bienes Nacionales, encargado de gestionar los bienes de dominio fiscal debe administrarlos y disponer de ellos ajustándose estrictamente a los términos y condiciones que establece el Decreto Ley N° 1939. De allí que si ha resuelto celebrar un Convenio con el Ministerio de Energía para identificar ciertas zonas del territorio nacional como aptas para el desarrollo de proyectos de ERNC ello no exime a esa Secretaría de Estado de asignar

<sup>24</sup> “...la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello solo procede cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales u otros, son muy valiosos y podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones y obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional». (“Los Derechos Constitucionales», Ed. Jurídica de Chile, Tomo II, pág. 378).

la propiedad fiscal que gestiona utilizando solo los instrumentos o medios que la referida legislación autoriza: venta, transferencia gratuita, arriendo, concesión de uso, destinación de acuerdo al artículo 56 del precitado decreto ley, servidumbres, permisos de ocupación, desafectación de bienes nacionales de uso público, fiscalización del uso de los inmuebles fiscales, entre otras modalidades.

En parte alguna de la referida legislación –dictada precisamente para regular cómo el Estado debe adquirir, administrar y disponer de la propiedad fiscal–, se faculta a la autoridad administrativa para crear una “Área de Reserva” con los efectos prohibitivos que los sentenciadores le atribuyen.

Yerran estos cuando interpretan que los terrenos superficiales abarcados por ella no pueden ser gravados con servidumbres por el titular de una concesión minera y que de la zona reservada surgiría una especie de inmunidad territorial en donde la actividad minera no podría desarrollarse.

En primer término, porque el Convenio que se invoca para darle sustento jurídico no establece ni crea en rigor una zona reservada con los efectos prohibitivos que se afirma de la misma surgen, pues la finalidad de ese tipo de convenios es otra y los ministerios implicados carecen de habilitación legal expresa para establecerla.

El “Convenio” y las “Órdenes Ministeriales” mediante las cuales se “Imparte Normas en Materia de Concesión de Inmuebles Fiscales para el Desarrollo de Energías Renovables No Convencionales” representan actos administrativos que exteriorizan solo la intención unilateral del Ministerio de Bienes Nacionales de destinar –a futuro y vía licitación pública– la propiedad fiscal para emplazar en ella eventuales proyectos de ERNC, lo que no exime a los particulares que decidan desarrollarlos de optar luego a las concesiones de uso onerosas que al efecto requieran.

Yerran también los jueces cuando creen ver en el artículo 56 del precitado Decreto Ley la fuente legal habilitante para que la autoridad administrativa reserve determinada área de la propiedad fiscal a fines o destinos específicos. Como la Contraloría General de la República ha dictaminado, el Ministerio de Bienes Nacionales, en ejercicio de la prerrogativa que esa disposición le otorga solo puede destinar o asignar uno o más bienes del Estado a la institución que

lo solicite con el objeto de que los emplee en el cumplimiento de sus propios fines específicos directos, y ocurre que en este caso los terrenos fiscales se dicen reservados en favor de particulares que eventualmente podrían en ellos desarrollar un proyecto de energía, a lo que en ningún caso esa norma autoriza.

La figura de la “destinación” –que es la regulada en la precitada disposición legal– obliga dar a los bienes fiscales asignados “un uso determinado acorde con los fines propios de la entidad pública que los recibe lo que implica, a su vez, la administración del bien por el destinatario en los términos y bajo las condiciones que prevé la normativa sobre la materia, así como en el acto administrativo de destinación.” (Dictamen 073045N14, de 23 de septiembre de 2014).

Los sentenciadores no repararon que no hay destinación, desde que Ministerio de Energía jamás solicitó al Ministerio encargado de la adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado que los terrenos que se dicen comprendidos en la denominada “Área de Reserva” le fueran asignados para el cumplimiento de sus fines directos y propios, que es a lo que la disposición legal, erróneamente aplicada, faculta.

## VII. CONSIDERACIONES PROCESALES

El voto en contra suscrito por la ministra señora Chevesich y el ministro suplente señor Pfeiffer, exhibe interés –desde un punto de vista procesal– en tres aspectos.

En primer término, porque tiene por configurado el vicio de casación en la forma de *ultra petita* al estimar conculcado el principio de la congruencia que busca vincular a los litigantes y al juez al debate.

La pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, como se sabe, quedan determinados al inicio del procedimiento por lo planteado en el periodo de discusión, y si bien el tribunal no queda limitado por los argumentos jurídicos sostenidos por las partes, ello no aminora la exigencia conforme a la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas formuladas por aquellas. Dicho principio otorga seguridad y certeza a las partes al impedir una posible arbitrariedad judicial,

por lo que constituye un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley<sup>25</sup>.

El voto disidente, luego de citar la clasificación doctrinaria de *ultra petita*: a) incongruencia por *ultra petita*; b) incongruencia por *extra petita*; c) incongruencia por *infra petita*; y d) incongruencia por *citra petita*, llamada también omisiva o *ex silentio*, observa que por la vía de la apelación —que persigue que el tribunal superior enmiende, con arreglo a derecho, la decisión del inferior—, no se pueden plantear nuevas defensas para obtener que se corrija la decisión del inferior desde que los fundamentos y postulaciones del escrito respectivo deben estar vinculados con los argumentos que fueron esgrimidos en la etapa de discusión para obtener una resolución favorable del juzgador. Admitirlo le provoca a la contraparte un estado de indefensión al verse privada de la posibilidad de replicar y de rendir pruebas en relación a las nuevas alegaciones que se pretenden introducir a la discusión, incluso de deducir el recurso de apelación en el evento que el tribunal de alzada las acoja para obtener que se revierta dicha decisión<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> La *ultra petita* por incongruencia se produce al otorgar más de lo pedido, lo que puede darse tanto respecto de la pretensión como de la oposición; b) La *extra petita* por incongruencia se produce al extenderse el pronunciamiento a cuestiones no sometidas a la decisión del tribunal, e incluso puede estar referida a negar lo que no ha sido solicitado por vía de pretensión u oposición; c) La *infra petita* por incongruencia es un defecto cuantitativo que se genera cuando se decide sobre una pretensión en extensión menor de lo solicitado, sea que se conceda o niegue y en el entendido que se ha requerido una cantidad determinada y no otra. También concurre si se otorga menos de lo reconocido por el demandado; y d) La *citra petita* por incongruencia se verifica al omitir la decisión de un asunto cuya resolución forma parte de la contienda y no existir autorización legal que permita así decidirlo, falta de pronunciamiento que puede ser total o parcial; igualmente al expresarse que no se decide una acción o excepción por incompatibilidad, la que es inexistente, o reservar el pronunciamiento para otra etapa u otro juicio, en circunstancias que no fue solicitado en tales condiciones y no lo ordena la ley.

<sup>26</sup> El demandado solicitó el rechazo de la demanda porque los predios sobre los cuales se pretende se constituyan las servidumbres se encuentran destinados a proyectos de desarrollo energético, incompatibles con el uso pretendido, destinación que es una expresión concreta del derecho de dominio que le asiste y en razón de la función social que dichos predios deben cumplir para el sustento y ejecución de tales proyectos, siendo una expresión de ella, los intereses generales de la Nación, aludiendo a lo que disponen los artículos 55 y 56 del Decreto Ley N° 1939 y el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental.

Pues bien, dichos términos fijaron la controversia sobre la cual las partes rindieron las probanzas concluyendo la sentencia de primera instancia que concurren los requisitos



En segundo lugar, el voto de minoría exhibe interés en lo referido a las normas que reglan el medio de prueba de las presunciones judiciales, desde que los sentenciadores las construyen en base a un indicio que no es cierto y está cuestionado al no encontrarse acreditado que exista una superposición entre el área que abarcarán las servidumbres y aquella requerida para la instalación de parques eólicos o solares que no existen ni tampoco están en desarrollo en la misma área geográfica de las servidumbres. El fallo da así por acreditados hechos a través de la prueba de presunciones sin que se cumpliera con su estructura propia, la del silogismo, afirman los disidentes.

---

de la demanda, y en lo que atañe a la defensa del demandado, que por la naturaleza de las servidumbres mineras y de los juicios para constituir las, no corresponde establecer si las labores que se pretenden realizar se enmarcan o no dentro de aquellas autorizadas en las zonas solicitadas, tampoco si en ellas existen otros proyectos públicos, medioambientales, energéticos o de cualquier naturaleza, aprobados o en tramitación, que pudieren verse afectados, lo que deberá determinarse, en su oportunidad, por la vía y autoridades que correspondan.

El demandado al apelar cuestionó que el análisis se centrara en el derecho de propiedad del concesionario minero y en el ejercicio de la actividad económica, sin considerar que el Estado como dueño puede ejercer todos los atributos del dominio: uso, goce y disposición, citando, al efecto, lo que disponen los artículos 55 y 56 del Decreto Ley N° 1939, en cuanto autoriza la destinación de uno o más bienes a la institución que los solicita para que lo emplee en sus fines propios. También aludió a lo que previene el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, que establece la limitación al ejercicio del derecho de propiedad que impone la “función social”, siendo una de sus expresiones los intereses generales de la Nación, que afirma ser aplicable al caso de autos, porque los predios respecto de los cuales se solicita la constitución de servidumbres son útiles o necesarios para la ejecución de proyectos de desarrollo energético. Y, por último, que el grave déficit de energía que presenta el país, hecho público y notorio, ha obligado al Estado a realizar esfuerzos para diversificar la matriz energética, dando especial énfasis a las energías eólica y solar.

La sentencia de segunda instancia revocó la de primer grado conforme los razonamientos ya indicados, que reproduce, de lo que se concluye que se excedió de los términos de la controversia que fue fijada en la etapa de discusión, en la medida que se basó en los efectos que en un proyecto energético específico podrían generar las servidumbres mineras solicitadas, tema que incide en una cuestión de hecho de carácter técnico; sin perjuicio de que, además, aceptó una alegación que no fue materia de discusión y prueba, a saber, el grave déficit de energía que presenta el país, que habría obligado al Estado a realizar esfuerzos para diversificar la matriz energética, dando especial énfasis a las energías eólica y solar, que solo es una mera afirmación que no puede ser considerado como un hecho público y notorio.

La sentencia es así incongruente por *extra petita*, pues se extendió a cuestiones que no fueron materia del debate que fue fijado por el tenor de los escritos de demanda y de contestación.

También estos consideran conculcadas las normas reguladoras de la prueba porque se da por establecido un hecho notorio que no es tal<sup>27</sup>. Estos, como es sabido, no requieren de prueba por tener una existencia pública, general y evidente, requisitos que no cumple la afirmación de la falta de energía en el país y sobre la política estatal de desarrollo de energías denominadas limpias o no convencionales para superarla. Estos presupuestos fácticos no se sustentan en otros surgidos de la prueba rendida por los litigantes, afirman los disidentes, debido a que ellos no fueron materia de la controversia, por lo que la notoriedad a la que los sentenciadores aluden solo está basada en su particular percepción o conocimiento personal, lo que impide configurar un hecho como notorio.

La conclusión que se cuestiona –razonan los disidentes– liberó al demandado de probar hechos que necesariamente debían acreditarse y que fueron introducidos de manera irregular por el demandado, pues este solo aludió a ellos en el recurso de apelación privando así al demandante de la posibilidad de ofrecer y rendir prueba en contrario, lo que importa conculcar también lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1698 del Código Civil.

---

<sup>27</sup> La doctrina admite que un hecho notorio presenta las siguientes características: a) puede serlo sin necesidad de ser conocido por todos. Se puede hablar de hechos notorios solamente en relación con un determinado círculo social: los habitantes de una ciudad, los que ejercen una profesión; b) la regla dada no puede ser entendida en términos absolutamente rígidos: los hechos tenidos como notorios pueden ser objeto de prueba en contrario, pues del desmoronamiento de las máximas de la experiencia y de hechos evidentes está hecho el progreso científico y técnico, por lo que una prohibición de probar lo contrario de los hechos tenidos por evidentes carecer de toda justificación científica; c) la notoriedad del hecho respecto del juez no debe ser confundida con el conocimiento personal que del mismo pueda tener (ciencia privada). No corresponde que el juez tenga como determinados a los fines del proceso hechos que conozca al margen del proceso. Permitirlo atentaría contra la imparcialidad del tribunal que daría por establecidos hechos relevantes para el proceso con su personal conocimiento. En este caso actuaría como un testigo que siempre recuerdan parcialmente los hechos y, en consecuencia, tienden a ser parciales; y d) la recepción de este concepto solo está en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, al señalar: “Si se promueve un incidente, se concederán tres días para responder y vencido este plazo, haya o no contestado la parte contraria, resolverá el tribunal la cuestión, si, a su juicio, no hay necesidad de prueba. No obstante, el tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución”; sin embargo, no existen razones para no considerar la exclusión de prueba de hechos notorios tratándose de la resolución del asunto principal. (BORDALÍ y otros (2013) p. 190-192).

### VIII. SÍNTESIS

La Constitución, la LOCCM y el Código de Minería obligan al minero a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justificó el otorgamiento de su concesión. Por ello le reconocen el derecho para imponer las servidumbres que su actividad requiere con independencia de que el propietario del terreno superficial sea el Fisco o un particular. Y si bien ese derecho no es absoluto, las excepciones solo puede determinarlas el legislador, en casos debidamente calificados, mismo órgano que es único llamado también a establecer las normas que regulen todo lo concerniente a las servidumbres, pues así lo exige la garantía de la reserva legal reforzada que rige esta materia por mandato constitucional.

La autoridad administrativa carece de competencia para a través de un “Convenio Marco” crear un “Área de Reserva” con el efecto de prohibir la constitución de servidumbres mineras en ella.

Para el titular de una concesión minera ello se traduce en el despojo de un derecho sin que previamente medie expropiación. De allí que la invocación que la sentencia hace a la función social del dominio resulta excedida en los términos en que constitucionalmente se encuentra autorizada puesto que esta solo habilita para que el legislador establezca límites u obligaciones a alguna facultad esencial del dominio, pero jamás puede conducir a una privación, menos de un derecho esencial –a constituir servidumbres– que emana directamente de la concesión.

La referencia que la sentencia hace a los “intereses generales de la Nación” excede igualmente el contenido de esta causal propia de la función social del dominio, tanto porque esa determinación no la ha efectuado el legislador, como en razón de que no está acreditado el fundamento fáctico esgrimido para darle sustento.

Y erran así los sentenciadores al invocar la función social de la propiedad para darle sustento a la creación de un Área de reserva, en un triple sentido: no reparan que es el legislador exclusivamente quien tiene competencia para determinar cuáles son los límites y obligaciones que en aras de la función social del dominio debe soportar el titular de la concesión en relación a alguna de las facultades que de ella emanan. Tampoco consideran el hecho de que no se trata de una limitación u obligación, sino que de una prohibición

surgida de la creación de lo que se dice “Área de Reserva” por efecto solo de un Convenio aprobado administrativamente que para el concesionario representa el despojo del derecho indubitado que la Constitución y el orden legal le reconocen a constituir servidumbres sobre el predio superficial. Finalmente, sin tener competencia para ello, validan la calificación que hace la autoridad administrativa para encuadrar como un “interés general de la Nación” la zona territorial que se reserva lo que está constitucionalmente vedado, con el agravante de que la causa invocada es de dudosa verificación.

Yerran también al aplicar el artículo 56 del Decreto Ley N° 1939, de 1977, desde que esta norma no faculta a la autoridad administrativa para crear el “Área de Reserva” sino tan solo para otorgar concesiones de uso sobre la propiedad fiscal.

Todo lo anterior demuestra que los fallos en comentario vulneran el principio de reserva legal, en relación al estatuto constitucional de la propiedad, y la función social del dominio, con manifiesta infracción de los derechos constitucionales del concesionario minero.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ Andrés, CORTEZ Gonzalo y PALOMO Diego, *Proceso Civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Chile, Legal-Publishing, 2013.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980*, 18ª Jornadas de Derecho Público, Concepción, Chile, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los Principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*; Civitas, Madrid, 1989.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio, “Manual de Derecho de Minería”, Edit. Jurídica, Santiago, 1993.
- LIRA OVALLE, Samuel, “Curso de Derecho de Minería”, Edit. Jurídica, Santiago, 2007
- MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización*; Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N° 2, julio-agosto 1989.

RUIZ BOURGEIS, Julio, "Instituciones de Derecho Minero Chileno", T. II, Edit. Jurídica, Santiago, 1949.

VERGARA BLANCO, Alejandro, Explotación minera en bosques y arbolados: inconstitucionalidad del artículo 15, inciso final, del Código de Minería, en Revista de Derecho de Minas, Vol. IV, 1993.

