



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento Derecho Económico

“Sanciones Jurídicas por Efecto de Actuaciones del Perito Mensurador”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Alumno: Pablo Andrés Martel Jachura
Profesor Guía: Cristian Quinzio Santelices

Santiago de Chile, julio de 2016

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CONSIDERACIONES PRELIMINARES: Fundamentos doctrinales y constitucionales del Derecho de Minería.....	11
CAPITULO I: Sanciones de ineficacia del derecho común y su aplicación en el derecho de minería.....	15
1. Los actos jurídicos ineficaces.....	15
2. La caducidad: aspectos generales y en del derecho de minería.....	18
2.1 Consideraciones previas.....	18
2.2 De la caducidad en general.....	19
a) Concepto y fundamento.....	19
b) Características.....	21
2.3 De la caducidad en el Derecho de Minería.....	26
a) Aplicación de la caducidad en el Derecho de Minería.....	26
b) Efectos de la caducidad en materia minera.....	30
c) Prescripción y saneamiento de la caducidad.....	33
d) Regulación de la caducidad en el Código de Minería.....	34
3. La nulidad: en cuanto sanción general y su estudio en materia minera.....	37
3.1 Nociones y concepto de la nulidad en general.....	37
3.2 Fundamentos de la nulidad.....	39
3.3 Características de la nulidad.....	40

3.4 De la nulidad en materia minera.....	42
a) Concepto y características.....	42
b) Causales.....	44
c) Legitimación y requisitos.....	48
d) Aspectos procedimentales.....	51
e) Efectos de la declaración de nulidad.....	52
f) Saneamiento y prescripción.....	54
g) Otras nulidades.....	60
CAPITULO II: Los peritos en el acto concesional minero.....	62
1. Los peritos en la legislación chilena.....	62
1.1 Nociones, concepto y características.....	62
1.2 Algunos aspectos procedimentales del peritaje.....	64
1.3 Valor probatorio de los informes periciales.....	66
1.4 Responsabilidad de los Peritos.....	67
2. Peritos y Derecho Minero: Del perito Mensurador.....	68
2.1 De la mensura y el perito mensurador.....	68
2.2 Obligaciones del perito mensurador.....	72
2.3 Relación entre perito mensurador y el perito civil.....	76
CAPITULO III: Efecto de las actuaciones del perito mensurador: de la nulidad y caducidad provenientes del error y dolo pericial.....	79
1. Nociones de culpa y dolo en el Derecho Civil.....	79
2. Error Pericial.....	84
2.1 Causal que lo contempla.....	84
2.2 Sanciones del ordenamiento frente al error pericial.....	85

3. Dolo Pericial.....	91
3.1 Causal que lo considera.....	91
3.2 Sanciones legales ante el dolo pericial.....	92
CONCLUSIONES.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	104
Bibliografía general.....	104
Fuentes	
Legales.....	105
Recursos Web.....	107

INTRODUCCIÓN

Es innegable que la minería es actualmente una de las actividades económicas más importantes de Chile, llegando a representar un 11,1 % del PIB nacional¹; y revisando las cifras a través de los años esta idea se refuerza. Por ejemplo, hasta 1980 la producción chilena de cobre superaba levemente el millón de toneladas, mientras que en 2014 esta cifra se mueve en torno a los históricos 5,7 millones de toneladas anuales, que representa un aumento de casi cinco veces de producción, una cifra record lograda el año 2013².

En general, nuestro país se caracteriza por la abundancia, diversidad y calidad de sus recursos minerales. A pesar de que abarca menos del 0,6% de la superficie territorial del planeta, y no llega al 0,3% de su población y producto, lidera la minería de diversos minerales en los cuales posee las mayores reservas del globo. Por lo mismo, la minería es el pilar más sólido del desarrollo de Chile³.

Este crecimiento ha provocado que Chile remonte audazmente en la participación mundial, pasando de 13% a 33% de la producción total de cobre en mina, logrando un primer lugar en la materia.⁴

En este contexto, creemos que para nuestro país es en extremo relevante el desarrollo de la institucionalidad y la normativa para un mejor y más eficiente uso de los recursos⁵. Para graficar esta idea, podemos usar como

¹ Información extraída de la página web de la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI). <http://www.sonami.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=221&Itemid=109> (consulta: 16 de marzo de 2015).

² *Ibíd.*

³ OSSA BULNES, *Tratado de Derecho de Minería*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago (2007), p 17.

⁴ Tomado de la página web de la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI). Disponible en: <http://www.sonami.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=214&Itemid=115>, revisado el día 16 de marzo de 2015.

⁵ En este mismo sentido, de PÉREZ OPORTUS, Patricio y JARA, José Joaquín, “*Con buenos yacimientos no alcanza: análisis y evolución de la productividad laboral en Chile*”, documento de Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), Dirección de Estudios y Políticas Públicas. Se encuentra disponible en <

ejemplo a Chile y Zambia, ambos países particularmente ricos en recursos mineros, especialmente cobre. En 1970, ambos tenían similar nivel de producción de cobre, rondando las 700 mil toneladas anuales⁶. Sin embargo, en la actualidad, sabemos que Chile produce 5,7 millones de toneladas, mientras que el país africano mantiene la misma producción. Ante esta situación, surge necesariamente la pregunta: ¿qué produjo una diferencia de esta envergadura? Y la respuesta es precisamente que cada uno de los países estableció diferentes institucionalidades para alcanzar el desarrollo minero.

Ahora bien, en Chile, el punto de partida de este crecimiento, considerando la idea de institucionalidad, fue la Constitución Política de la República de 1980, que junto Código de Minería de 1983 y la Ley Orgánica Constitucional de 1982, constituyen el marco normativo en el cual se ha desarrollado el boom de la inversión minera en las últimas décadas.

Respecto de la Constitución, esta consagró los principios fundamentales que posteriormente alcanzaron a la legislación minera en particular. En primer lugar, se consagra la garantía constitucional del derecho de propiedad. Esta garantía reafirma el dominio del estado sobre todas las sustancias mineras, pero al mismo tiempo asegura a los particulares dueños de concesiones esa misma garantía, la cual no podrá ser vulnerada sin una ley expropiatoria y la correspondiente compensación⁷.

Como segundo principio general, se consagra el principio de subsidiariedad⁸, el cual entrega a los particulares un rol fundamental en la

http://www.cochilco.cl/descargas/estudios/tematico/productividad/091112_Productividad_Final.pdf >, visto con fecha 20 de marzo de 2015.

⁶ Datos del sitio web Red Interactiva de Minería, <<http://redmin.cl/?a=12772>>, al 16 de marzo de 2015.

⁷ Se encuentra reconocido expresamente en el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política Chilena.

⁸ Se señala que este principio está reconocido en los artículos 1 inciso 3 (reconocimiento de los grupos intermedios) y 19 n°21 (materia económica) de la Constitución. Si bien el principio de subsidiariedad es ampliamente reconocido por la doctrina en nuestro país, esto es sin perjuicio de que actualmente existen múltiples discusiones en doctrina acerca de si es efectivo o no la existencia de este en la Constitución, y aun suponiendo que existe, se discute su alcance. En este sentido: VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “*Derribando mitos sobre el estado empresario*”, en Revista Scielo <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci_arttext>, revisado con fecha 30 de marzo de 2015.

exploración y explotación de las sustancias concesibles, prescribiendo además que si el estado quiere explotar, debe hacerlo como particular, es decir, a través del mecanismo de una concesión judicial. De aquí se derivan los principios específicos mineros: de amplia concesibilidad de sustancias minerales y la plena libertad para investigar (catar y cavar) y adquirir derecho mineros.

Posteriormente, los principios de ambas normas generales se materializaron en el nuevo Código de Minería de 1983, sentándose como uno de los pilares fundamentales de la nueva institucionalidad el procedimiento minero de otorgamiento de concesiones mineras. Este nuevo código, vino a modernizar las gastadas instituciones de su predecesor, revitalizando la actividad minera y convirtiéndola en una actividad atractiva tanto para los nacionales como para los extranjeros⁹.

A propósito de esta modernización normativa, tienen lugar las mejoras realizadas en relación a la nulidad y los peritos, entre otros. Ambas figuras son ampliamente estudiadas en las áreas generales del derecho – Derecho Civil y Procesal-, sin embargo a propósito de la normativa minera presentan ciertas características especiales que los distinguen, cuestiones a las cuales nos avocaremos en este trabajo, dada nuestra premisa de la importancia del desarrollo de las instituciones dentro del ámbito minero para aportar precisamente al desarrollo mismo del país.

La presente tesis se centrará, en su primer capítulo, en una revisión acerca de las sanciones de ineficacia en su aspecto general. En particular, nos detendremos en la caducidad y nulidad, revisaremos sus conceptos y su ámbito de aplicación, para luego pasar a su estudio particular a propósito de la

⁹ Esto no implica, en modo alguno, que no existan críticas desde el mundo doctrinal como de la minería tanto en los cambios históricos relativos a la actividad minera (Ver: ACUÑA, Jorge, *Marco Legal Chileno de la Minería del Cobre*, en el sitio web del Archivo Nacional, de la DIBAM < http://www.archivonacional.cl/616/articles-8083_archivo_01.pdf>, al día 30 de marzo de 2015) y a la actualidad del desarrollo minero (en este sentido, ver de la Comisión Chilena del Cobre, *Informe de Gestión 2013*, disponible en su sitio web < <http://www.cochilco.cl/descargas/quienes/informes/IG2013web.pdf>>, con fecha 30 de marzo de 2015).

normativa minera, con el objeto de establecer los elementos tanto comunes como diferenciadores entre ambos.

El segundo capítulo versará netamente sobre los peritos, en su ámbito general, desde la perspectiva procesal civil, como en especial desde la minería, y muy especialmente, nos detendremos en la figura del perito mensurador, sus atribuciones y funciones.

Todo esto permitirá, finalmente, llegar al capítulo tercero, el cual aunará los dos primeros capítulos: de las actuaciones del perito mensurador veremos que pueden surgir nulidades y caducidades, en cuanto a los vicios de error y dolo pericial, cuestiones que consideramos importantes y sobre las cuales la doctrina no se ha detenido en específico.

Por tanto, considerando, primero, la importancia del desarrollo normativo y las instituciones en la actividad minera, y segundo, que, en nuestra opinión es necesario un desarrollo y exposición más profunda respecto de peritos y sanciones vinculadas a estos,, es que pretendemos ofrecer un aporte en el tema mediante el desarrollo de esta memoria.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES:
FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y CONSTITUCIONALES DEL
DERECHO DE MINERÍA

En materia minera, se puede comprobar la existencia de algunas instituciones propias, que enmarcan algunos principios propios; esto es, todo un sistema, que se armoniza a través de esas instituciones y principios. Es la realidad de la industria minera y su regulación jurídica histórica y vigente la que ha moldeado unas instituciones informadas por principios jurídicos perfectamente definibles, y que le otorgan el carácter de sistema jurídico autónomo (como disciplina) al Derecho Minero¹⁰.

Estos principios generales son: riqueza minera publicitada, libre acceso a las titularidades mineras y libre ejercicio de los derechos mineros.

Respecto del primer principio, el primer aspecto de él es la existencia de una generalizada *publicatio* que cubre toda la actividad minera, que actualmente consiste en la existencia de un “dominio” o “propiedad” estatal de todas las minas, pero tal *publicatio* opera, en verdad, sobre la actividad económica minera y consiste en la regulación que el Estado/regulador (legislador) estable para el acceso y reparto de titularidades privadas en todo el sector¹¹.

El segundo principio, de libre acceso a las titularidades mineras, que se traduce en el procedimiento concesional minero, cuyo acto terminal consiste en la institución más típica y caracterizada del derecho minero: la concesión minera, a partir de la cual hoy el Estado/administración “debe” (pues ya ha

¹⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Sistema de Derecho Minero*, Legal Publishing; Santiago (2013), p. 25.

¹¹ VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 26.

dejado de ser un acto discrecional o gracioso como antaño) crear *ex novo* los derechos mineros a favor de los particulares¹².

Por último, el principio de libre ejercicio de los derechos mineros, que se traduce en los derechos mineros, que nacen *ex novo* a partir de la concesión y que posibilitan el aprovechamiento de las sustancias minerales situadas en un sector territorial determinado, ya sea para conocer o reconocer (explorar) o extraer (explotar) tales sustancias minerales publicadas.

Hemos señalado que estos son principios generales, a los cuales agregamos los principios en particular del procedimiento concesional minero, por cuanto nos servirán de guía también en el desarrollo de este trabajo: ése es su contexto.

En esta materia encontramos los siguientes principios: seguridad jurídica y nuevos títulos mineros, exclusividad (incompatibilidad con superposición de concesiones mineras), preferencia de las peticiones mineras y publicidad del procedimiento concesional minero.

Respecto del primer principio enunciado, a través del procedimiento concesional se crean nuevos derechos o titularidades mineras; las ya existentes deben ser respetadas pues ostentan grados adecuados de seguridad jurídica, a raíz de ciertos principios jurídicos, que surgen de la interpretación de contexto de la legislación vigente, como son los siguientes relativos al procedimiento concesional minero: i) exclusividad de los títulos mineros; ii) preferencia de las pretensiones mineras; iii) publicidad de las pretensiones mineras; iv) certeza técnica del objeto de la petición o concesión minera; e, v) incluso, es posible agregar el principio de un justo y racional procedimiento minero¹³.

El segundo principio es el de la exclusividad, es decir, en todo procedimiento minero se debe respetar la exclusividad de los títulos anteriores. La consecuencia es que no es admisible iniciar nuevos procedimientos de

¹² VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 27.

¹³ VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 281.

constitución de nuevas concesiones mineras en aquellos terrenos cubiertos con concesiones anteriores vigentes, y debe considerarse negada *ab initio* toda posibilidad de petición en tales terrenos. En otras palabras, la superposición es en esencia un quebranto a la exclusividad y debe ser rechazada¹⁴.

Tercero, se encuentra la preferencia de las peticiones mineras, que consiste, en el fondo en resolver una cuestión de prioridad, y está dirigido a darle protección jurídica a quien primero solicita una concesión minera: al descubridor. Su fundamento proviene del derecho a adquirir el dominio de la concesión (art. 19 n°24 inciso noveno de la Constitución), con igualdad ante la ley (artículo 19 n°2 de la Constitución), que aquí se concretiza en la prioridad del descubridor¹⁵.

Finalmente, el cuarto principio en esta materia es el de la publicidad del procedimiento concesional minero, que se vuelve un principio complementario a los otros, es un medio que posibilita la mayor eficacia de aquellos principios¹⁶.

A la luz de los principios enunciados anteriormente, y sin perjuicio del carácter especial de las normas que le son propias, el derecho de minería se vincula directamente con el derecho constitucional, en cuanto este sienta las bases del ordenamiento jurídico de la actividad extractiva minera¹⁷.

Es así como los principios fundamentales establecidos en la nueva Constitución se van a ver reflejados directamente en la legislación minera, siendo la “guía de ruta” en la modernización de las instituciones mineras.

Dentro de los principios más importantes tenemos, en primer lugar, la garantía constitucional del derecho de propiedad, garantía que reafirma el dominio del estado sobre todas las sustancias mineras, pero al mismo tiempo

¹⁴ VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 283.

¹⁵ VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 284.

¹⁶ VERGARA BLANCO, ob. cit. (10), p. 286.

¹⁷ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 16. Además, esta afirmación es sin perjuicio de que el derecho minero se relaciona con múltiples otras áreas: legislación laboral, medioambiental, la de energía, la de aguas y la de indígenas.

asegura a los particulares dueños de concesiones esa misma garantía, la cual no podrá ser vulnerada sin una ley expropiatoria y la correspondiente compensación.

Un segundo principio general es el principio de subsidiariedad, el cual entrega a los particulares un rol fundamental en la exploración y explotación de las sustancias concesibles, prescribiendo además que si el estado quiere explotar, debe hacerlo como particular, es decir, a través del mecanismo de una concesión judicial. De aquí se derivan los principios específicos mineros de amplia concesibilidad de sustancias minerales y la plena libertad para investigar (catar y cavar) y adquirir derecho mineros.

No obstante los principios señalados, existe una visión económica que subyace a la nueva constitución en términos mineros, en la forma de un imperativo jurídico-económico de orden público, que considera que la forma en cómo el país puede alcanzar un mayor desarrollo económico es a través de la mayor y más eficiente explotación de los recursos mineros, los cuales constituyen una de las fuentes de riqueza más importantes.

En términos económicos a esto se le denomina desarrollo acelerado, entendido como el valor actual de los bienes futuros y la obsolescencia de las sustancias y recursos para el desarrollo de la sociedad. Es precisamente este fundamento económico el que inspira directamente las normas, pues la rápida constitución de las concesiones para su explotación y aprovechamiento hoy, hace que el procedimiento sea así: rápido y fatal.

Es importante por tanto tener en cuenta este contexto constitucional y económico para poder comprender a cabalidad la normativa y las instituciones que a continuación pasan a estudiarse.

CAPITULO I

SANCIONES DE INEFICACIA DEL DERECHO COMÚN Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DE MINERÍA

En el primer capítulo de esta tesis ahondaremos en ciertas cuestiones básicas en el desarrollo de nuestro tema: hablamos de la ineficacia y algunas de sus principales consecuencias: la caducidad y la nulidad; por supuesto, se observarán desde una perspectiva general del derecho como desde el derecho de minería. Todo esto, para que constituya una base teórica para los siguientes capítulos.

1. LOS ACTOS JURÍDICOS INEFICACES

Uno de los principales temas en los cuales se centra la teoría general del acto jurídico son sus efectos: cuál es la reacción del ordenamiento jurídico en contra el acto que no cumple con los requisitos que aquél establece para la validez o creación del mismo.

Tradicionalmente, la doctrina ha señalado que “un acto jurídico puede ser ineficaz porque se omitió un requisito esencial para su existencia jurídica, lo que determina que el acto no produzca efecto alguno, pues se estima que ni siquiera llegó a constituirse como tal. O bien la ineficacia puede provenir de la omisión de un requisito determinado para la validez del acto. En este caso, si bien el acto produce efectos, dichos efectos pueden cesar por la declaración de nulidad o invalidez. La ineficacia puede, por último, incidir en un acto válidamente formado, pero que por circunstancias o eventos coetáneos o posteriores a su celebración se va a ver privado de efectos. El acto pierde así

la eficacia propia que habría tenido si dichas circunstancias no se hubieren verificado”¹⁸.

Por tanto, el concepto de ineficacia en el derecho Civil, entendido en un sentido amplio, comprende todos los casos en que la reacción del ordenamiento jurídico incide sobre la producción de los efectos del acto disconforme.¹⁹

Desde esta perspectiva, se distinguen tres causales de ineficacia de los actos jurídicos, que a continuación enumeramos. Debemos tener en consideración que en el caso de las dos primeras, son cuestiones intrínsecas al acto y en el último, es una causal extrínseca al mismo el que lo priva de eficacia respecto de sus efectos:

i. Por la omisión de un requisito esencial para su existencia jurídica: hablamos de la omisión de requisitos de existencia del acto jurídico. Parte de la doctrina estima que en esta causal encontramos a la inexistencia como sanción, sin perjuicio de su discusión en cuanto a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico civil²⁰.

ii. Por la omisión de un requisito determinado para la validez del acto: en esta categoría se suscriben todos aquellos actos que existiendo, son inválidos por omisión de algún requisito que verse sobre el valor jurídico del acto mismo en relación a su naturaleza. En este caso, la ineficacia del acto inválido se llama nulidad, la cual debe ser judicialmente declarada.

iii. Por la existencia de circunstancias o eventos coetáneos o posteriores a su ejecución o celebración, por lo que se va a ver privado de efectos: se puede señalar que existen numerosas circunstancias que pueden privar de efecto a un acto jurídico existente y válidamente formado,

¹⁸ VIAL, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*, 1° Volumen, 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (2006), p. 234.

¹⁹ VIAL, Víctor, ob. cit. (18), p.234.

²⁰ VIAL, Víctor, ob. cit. (18), p.237 y ss.

dando una serie de ejemplos (condición suspensiva, resolutoria, etc.), pero debemos detenernos en observar que la ineficacia puede resultar de la omisión de un trámite o diligencia que la ley prescribe para que un acto jurídico produzca efectos con respecto de terceras personas, como ocurre en la omisión de la notificación de la cesión de un crédito a un deudor²¹. Es decir, que será ineficaz el acto jurídico que cumpliendo con todos los requisitos de existencia y validez que le son propios según su naturaleza, y que por consiguiente, debería producir todos sus efectos normales, no los produce o deja de hacerlo, por causas extrínsecas a él, como cuando no se han hecho valer sus efectos por su titular en el plazo establecido por la ley o estipulado por la voluntad de las partes, o cuando no se han realizado ciertas actuaciones o cargas impuestas por la ley y dentro de determinado plazo fatal.

A la luz de este esquema, podemos identificar tanto a la nulidad como a la caducidad como sanciones. En el caso de la nulidad, ésta está enmarcada dentro de sanciones por causales intrínsecas, mientras que en la última hipótesis es donde se enmarca la caducidad, como una sanción a la inactividad del interesado dentro de un determinado periodo de tiempo, tiempo establecido con carácter de fatal por la ley para su realización.

Así las cosas, podemos anticipar que la caducidad y la nulidad, son aquellas sanciones fundamentales que estableció el legislador minero para encauzar y proteger el procedimiento de constitución de la concesión minera. De ahí que, estas sanciones de ineficacia serán precisamente el objeto de estudio los siguientes párrafos, en donde se determinara su naturaleza, característica y alcances en el procedimiento minero de concesión.

²¹VIAL, Víctor, ob. cit. (18), p. 235.

2. LA CADUCIDAD: ASPECTOS GENERALES Y EN EL DERECHO DE MINERÍA

2.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

La caducidad no es una institución que cuenta con una reglamentación sistemática dentro del Código Civil ni otros textos legales. Esta situación trae como consecuencia que existan problemas para determinar su naturaleza jurídica, características y estatuto aplicable.

Respecto de su naturaleza y características, podríamos considerar que se trata de un modo de extinguir las obligaciones, en cuanto sus efectos, pero no está reglamentado a propósito de aquellos; y por otro lado, podríamos pensar que se trata de un efecto de un modo, específico o genérico. Si consideramos lo último, la caducidad no parece tener una fisionomía propia, sino más bien una consecuencia de haber operado alguna otra forma de extinción de las obligaciones. Con todo, no se quiere decir que ella no exista como tal, pero, según observaremos más adelante, no tiene un estatuto propio que sirva de antecedente distintivo.

Teniendo presentes las consideraciones previas, cuando hablamos de caducidad, nos referimos a la extinción de un derecho por no ejercerse en el plazo prefijado por la ley, o por no darse cumplimiento, en un lapso determinado, a una “carga” impuesta al titular de un derecho específico; en otra palabras, el plazo corre inexorablemente, sin que pueda ser detenido por actuación alguna mientras no se ejerza el derecho o facultad. En ambos casos la caducidad aparece vinculada a la inactividad del titular de un derecho, el cual se extingue, sea porque no se ejerció cuando se debía, o porque no se cumplió con una carga impuesta a su titular del mismo.

Se trataría, en general, de derechos con una cierta debilidad, de un “derecho que no tiene la firmeza, el vigor necesario para subsistir, como lo tienen los derechos comunes perfectos”²².

Debemos recordar, sin embargo, que el Código Civil, sin concebir la caducidad como institución autónoma, previó al menos la noción de plazo fatal, en aquellos supuestos en que un acto debe ejecutarse “en” o “dentro de” plazo, de forma que sólo vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo (artículo 49 del Código Civil)²³.

2.2 DE LA CADUCIDAD EN GENERAL

a) Concepto y fundamento

Podemos entender a la caducidad como “aquella figura que determina, de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no se realiza un acto específico dentro del plazo fijado a tal efecto por la ley”.²⁴ En la doctrina nacional, Alessandri la define como “la extinción ipso jure de la facultad de ejercer un derecho o celebrar un acto, por no haberse ejercido o realizado dentro de un plazo de carácter fatal que la ley establece”.²⁵

²² LIRA, Pedro, *Las prescripciones de corto tiempo en el Código Civil*, Santiago, Imprenta Chile (1926), p. 55.

²³ Art. 49 del Código Civil: Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo.

²⁴ GÓMEZ, Bernardo, *La caducidad*, Editorial Nacimiento, Santiago (1942), p. 52.

²⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil: “De las Obligaciones”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, (2005), p. 457.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que “la caducidad es la pérdida de la facultad de hacer valer un derecho como consecuencia de la expiración de un plazo fatal”.²⁶

Si vamos a derecho comparado, el Tribunal Supremo de España, en un concepto bastante descriptivo señala que “hay caducidad o decadencia de un derecho cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho, de modo que transcurrido el término, el interesado queda impedido para el ejercicio de la acción, atendiendo la caducidad sólo al hecho objetivo de la inactividad dentro del término de rigor prefijado”.²⁷

Con todo, conviene recordar que la noción de caducidad sigue siendo imprecisa, a pesar de los intentos de definición, porque es cierto que se trata, al menos entre nosotros, de una creación un tanto artificial, sin contornos precisos, con los más variados fundamentos y, como se ha anotado, sin un apoyo científico sólido ni suficiente criterio dogmático²⁸.

En relación al fundamento y función de la caducidad, existe consolidado consenso doctrinario (y jurisprudencial) respecto a la existencia de esta institución: no hay autores o teorías que se opongan a la misma o la califiquen de injusta. Tampoco se discute si el fundamento es subjetivo u objetivo, ya que nadie duda que sea un criterio objetivo el que la inspira. Así, para De Castro “el fundamento habrá de encontrarse en la especial naturaleza de los derechos afectados por ella. La prescripción comprende casi todos los derechos patrimoniales. La caducidad, en cambio, se refiere a derechos o facultades dirigidas a cambiar un estado, situación o relación jurídica. Desde su

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 19 mayo 1983, Rev. de Der., t. 80, sec. 1ª, pág. 34.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de mayo de 1990.

²⁸ RIVERO, Fernando. *¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles*, Revista de Derecho Privado, Madrid, (2001), p. 467.

nacimiento originan una situación de duda, incertidumbre o amenaza; contraria por ello a la seguridad jurídica”.²⁹

De esas expresiones puede desprenderse el fundamento de la caducidad: se trata de derechos cuyo contenido otorga la facultad de optar entre ejercitarlo o no (modificar o no una situación jurídica); pero mientras esa opción no sea ejercida, produce incertidumbre y, por ende, inseguridad jurídica. Por tanto, para introducir la necesaria certeza que requiere la vida en sociedad, es necesario fijar de antemano –en principio de modo inmutable– cuánto tiempo han de vivir estos derechos, lo que se consigue sometiendo su duración a un plazo extintivo y fatal, es decir, caducidad.

b) Características

A la vista de las nociones de caducidad, es posible llegar a confundirla con la prescripción, ya que existen elementos comunes entre ambas instituciones, en especial, el transcurso del tiempo. Por tanto, consideramos que la mejor forma de caracterizar a la caducidad es partiendo por compararla con aquello que no es.

Lo que ambas instituciones tienen en común es que ambas extinguen ciertas cuestiones por el transcurso del tiempo: la caducidad una posibilidad de ejercicio de un derecho y la prescripción extingue derechos y acciones.

En cuanto a su naturaleza, la prescripción opera como modo de extinguir las obligaciones y también como modo de adquirir derechos, cuestión en que difiere profundamente de la caducidad, la cual es una sanción de ineficacia en sentido estricto. Esta diferencia implica que tienen estatutos jurídicos y reglas diversas en su aplicación.

Dentro de las principales diferencias, desde un punto de vista práctico, es que la caducidad no necesita declaración judicial (de darse, el juez la

²⁹ RIVERO, ob. cit. (28), p.174.

constatará), cuestión que difiera de la prescripción, en que la ley es clara al señalar que requiere declaración del juez correspondiente para que pueda operar, previa solicitud (artículo 2493 del Código Civil).

Por otro lado, la caducidad sujeta los derechos a un limitado plazo de vigencia, mientras que la prescripción los somete a uno indefinido. El plazo de ésta no es fatal, es decir, el final del mismo no ha de llegar necesariamente y su duración tampoco es fija, sino que al admitir causas de interrupción y suspensión, será siempre variable. En la caducidad, por el contrario, la duración de los derechos está rígida y taxativamente señalada por la ley.

Lo que caracteriza a la caducidad es que en ella se ha puesto al derecho un límite y la extinción de él se produce por la propia naturaleza del derecho; en cambio, en la prescripción extintiva el prolongado no ejercicio de un derecho conduce a su extinción; luego, resulta fundamental para distinguir ambas instituciones la existencia de un plazo fatal que limite en el tiempo el derecho de que se trata o no, respectivamente.

Para ello basta examinar la clara definición que los artículos 49 del Código Civil y 64 inciso primero del Código de Procedimiento Civil hacen del término fatal y ver si el legislador está señalando un plazo fatal en que ‘en’ o ‘dentro de’ deba ejercerse un derecho para saber si es un caso de caducidad: “Artículo 64: Los plazos que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo.”

Al observar nuestra legislación podemos encontrar numerosos casos de caducidad claramente establecidos. Así, por vía de ejemplo, tenemos el artículo 1716³⁰ del Código Civil, que consagra una doble causal de caducidad:

³⁰ Artículo 1716 del Código Civil, inciso primero: Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo

la subinscripción de las capitulaciones matrimoniales en la respectiva inscripción de matrimonio y el plazo de 30 días para hacerlo (carga y plazo). Otro caso interesante lo hayamos regulado en el artículo 1879³¹ del mismo Código, conforme al cual, en el pacto comisorio calificado estipulado en el contrato de compraventa, el deudor dispone de un plazo de 24 horas, subsiguientes a la notificación de la demanda, para enervar la acción resolutoria (situación excepcional sólo aplicable al contrato de compraventa). Lo mismo puede decirse de lo previsto en el artículo 769 del Código Civil³², que prohíbe la constitución de usufructos sucesivos o alternativos, extinguiéndose todos los posteriores al momento de entrar en vigencia cualquiera de ellos (“el primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros”).

Demás está decir que las leyes especiales también contemplan y reconocen la caducidad dentro de su regulación, y por supuesto esto sucede en el Código de Minería, que estudiaremos posteriormente con mayor detalle. En este sentido, encontramos la caducidad establecida en varias normas de otras leyes especiales, citando como ejemplo el artículo 64 de la Ley Sobre Matrimonio Civil³³, que extingue el derecho del cónyuge que reclama “compensación económica” si no es pedida en la demanda de nulidad o

de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que esos pactos consten en dicha inscripción. Sin este requisito no tendrán valor alguno.

³¹ Artículo 1879 del Código Civil.: Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.

³² Artículo 769 del Código Civil: Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos.

Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado.

³³ Artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil: A falta de acuerdo, corresponderá al juez determinar la procedencia de la compensación económica y fijar su monto.

Si no se solicitare en la demanda, el juez informará a los cónyuges la existencia de este derecho durante la audiencia preparatoria.

Pedida en la demanda, en escrito complementario de la demanda o en la reconvenición, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la compensación económica y su monto, en el evento de dar lugar a ella, en la sentencia de divorcio o nulidad.

divorcio, o en escrito complementario, o en la reconvencción. También abundan los supuestos de caducidad en materia procesal, laboral, administrativa y por supuesto minera, fruto del afán del legislador por dar estabilidad, seguridad y continuidad a las relaciones normadas por estas ramas del derecho.

Es así, que la caducidad tiene gran importancia en el ámbito de los derechos civil y comercial, y constituye un principio de aplicación general en el campo del derecho procesal. Debido a esto, consideramos que no es exagerado sostener que todo el proceso se desenvuelve sobre la base de la preclusión (entendida como caducidad procesal), que va abriendo y cerrando sus diversas etapas. Es evidente que este tema excede el presente trabajo, de manera que no ahondaremos más en él y sólo lo mencionaremos como un antecedente más en el estudio de la naturaleza jurídica de la caducidad.

Como podemos ver, detrás del establecimiento de la caducidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la defensa del interés general y la seguridad jurídica, razón por la cual es prudente afirmar que la caducidad en nuestro derecho es una institución de orden público. No puede ignorarse que en todas las hipótesis legales comentadas prevalecen la seguridad y estabilidad jurídicas, sea en defensa de la libre circulación de los bienes, del interés de terceros, del buen funcionamiento de la familia, del sistema financiero, etcétera. No se trata, entonces, de amparar el interés privado, sino el interés de la comunidad. Aquí la ley no permite alteraciones y manda perentoriamente que el derecho no exista si no se ejerció con precisión y rigidez oportunamente. “en cierto sentido el plazo de caducidad es más fatal que el de prescripción extintiva”³⁴.

Considerando lo antes mencionado, nos damos cuenta que la concurrencia de la caducidad supone siempre el deber de ejecutar una carga establecida en la norma, dentro de un plazo predeterminado ya sea expresa o tácitamente en la misma. A este deber debemos agregar la concurrencia de una condición resolutoria ordinaria negativa, la cual extingue el derecho por no

³⁴ LIRA, Pedro, ob. cit. (23), p. 35.

ejercerse o por la inejecución de la carga impuesta en la ley dentro del plazo prefijado. Cobra especial importancia lo previsto en el artículo 1482 del Código Civil, según el cual “Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado”. La última parte de este artículo nos describe precisamente lo que estamos diciendo: la condición negativa se considera cumplida (la caducidad supone siempre la existencia de una condición resolutoria negativa) cuando debiendo verificarse en un cierto lapso de tiempo, ello no ocurre.

En cuanto a quién beneficia o quién es el perjudicado con la caducidad, podemos decir que la declaración de caducidad redundará en un perjuicio para el interesado o titular de un derecho sujeto a caducidad, sin que ello provoque un beneficio correlativo contrario en su estructura. En otras palabras la caducidad está establecida en el interés del propio titular del derecho, en el sentido que, si no actúa, se perjudica a sí mismo, pero nadie puede exigirle compulsivamente el cumplimiento de esa actividad, cuya no realización no beneficia directamente a nadie.

Consecuentemente, la idea de caducidad está más cercana al concepto de carga, desarrollado especialmente en el ámbito del Derecho Procesal, que el concepto de obligación. Aunque ello no significa que la caducidad sea un concepto exclusivamente procesal, sino, antes bien, existen caducidades materiales, esto es, que, por el hecho de la inactividad del titular más el transcurso de un plazo establecido en la ley, se extingue un derecho de fondo y no solo una facultad procesal o el procedimiento mismo.

Por lo mismo, es que la caducidad se encuentra integrada con la técnica de los plazos preclusivos, pudiendo dichas preclusiones tener alcances procesales y/o también materiales.

Teniendo presentes todas estas nociones y especiales características sobre la caducidad, es momento de revisarla en particular en las leyes mineras.

2.3 DE LA CADUCIDAD EN EL DERECHO DE MINERÍA

En un primer acercamiento al Código de Minería actual, y en particular a la parte destinada al procedimiento de otorgamiento de la concesión minera, es posible notar que el legislador ha determinado una multiplicidad de plazos en este procedimiento. Se trata de plazos fatales, lo que se traduce –en virtud de las características de las sanciones de ineficacia expuestas anteriormente– en la consagración de la caducidad como la sanción más frecuente dentro del procedimiento constitutivo minero, ya que cualquier demora o inejecución de lo ordenado por la ley dentro de los plazos establecidos, derivará en la caducidad de los derechos y la consecuencial extinción de la concesión. Esta gravísima sanción no es antojadiza ni mucho menos una casualidad dentro del procedimiento, sino que responde, desde su parte más esencial, a los fundamentos e ideas constitucionales que inspiraron e irrigaron toda la legislación posterior a la entrada en vigencia de la constitución de 1980, pero que sin embargo, se aprecian con mayor nitidez en la legislación minera.

a) Aplicación de la caducidad en el derecho de minería

Al observar el procedimiento de constitución de la concesión minera, encontramos casos de caducidad tanto directa como indirecta.

En el primer caso, la caducidad directa, es la caducidad producida por hechos sobrevinientes, por ejemplo el realizar actividades de explotación en una concesión de exploración (Artículo 115 Código de Minería). Por otro lado, la caducidad indirecta es aquella derivada del no cumplimiento de ciertas cargas impuestas por la ley al peticionario de la concesión, así por ejemplo, la inactividad del interesado o de la(s) parte(s) en el juicio de oposición a la solicitud de mensura, la no subsanación de los errores de forma declarados por el juez en la resolución que tiene por presentado el pedimento o manifestación, asimismo la no subsanación de los errores informados por el SERNAGEOMIN

en el informe correspondiente, y en su caso, de la revisión de antecedentes efectuada por el juez de la solicitud de sentencia de concesión de exploración o de la solicitud de mensura.

Considerando lo anterior, entendemos la caducidad en materia minera como una sanción de ineficacia del acto jurídico minero por no verificarse la realización, en tiempo y forma, de ciertas cargas impuestas por la ley minera al solicitante o titular de una concesión minera, o por la realización de actividades no contempladas en el objeto de la concesión o actos derechamente prohibidos por la legislación minera.

Como apreciamos al hacer la revisión de la caducidad en general, esta se fundamenta en consideraciones de orden público, y por tanto se aplica en ámbitos jurídicos de gran importancia para el país. En este mismo sentido, una vez que entendemos qué es la caducidad y cómo opera en materia minera debemos entrar al estudio su aplicación en el ámbito procesal normativo.

Es preciso reiterar que el legislador minero ha inundado de plazos fatales el procedimiento de constitución de una concesión minera. En este sentido, tenemos como norma básica en materia de plazo el artículo 237 del Código de Minería el cual replica lo señalado en las normas del Código Civil y Código de Procedimiento Civil citadas anteriormente señalando que, “son fatales los plazos de que trata este Código, cuando al establecerlos se emplean las palabras “en” o “dentro de””.

Por otra parte, el artículo 86 del Código de Minería³⁵, constituye una de las normas más importantes en materia de caducidad dentro de la legislación

³⁵ Artículo 86.- Si el juez nota, en cualquier momento durante la tramitación de la constitución de la concesión y mientras no se haya dictado la sentencia constitutiva de ella, que no se ha cumplido dentro del plazo cualquiera de los requisitos o actuaciones para los cuales el juez, conforme al artículo 82, o este Código, hayan señalado plazos fatales, dictará sentencia declarando la caducidad de los derechos emanados del pedimento o de la manifestación, y ordenando cancelar las inscripciones correspondientes.

Si cualquiera persona ha hecho presente al juez la circunstancia de que se ha incurrido en alguna de las caducidades a que se refiere el inciso anterior y, no obstante ello, se dicta sentencia otorgando la concesión, ésta no se entenderá constituida sino una vez que la sentencia sea elevada en consulta a la Corte de Apelaciones y sea confirmada por ésta. Si la Corte aprueba la sentencia, quedará constituida la concesión. Si la revoca, declarará la caducidad de los derechos emanados del pedimento o de la

minera, pues es aquí donde el legislador establece el momento para solicitar la caducidad. En efecto, el inciso primero del artículo 86 establece que la oportunidad procesal para solicitar la caducidad de una concesión deberá ser desde que se inicia la gestión de constitución de una concesión minera hasta antes que se dicte sentencia constitutiva de ella, circunscribiendo así la caducidad a la duración del procedimiento constitutivo.

El inciso cuarto complementa esto y señala que una vez dictada la sentencia constitutiva de la concesión, quedan saneados todos los vicios procesales y las caducidades en que se pudo haber incurrido durante la tramitación. Esto es sumamente importante pues el legislador le da a la sentencia la capacidad de “purgar” no solo los vicios del procedimiento propiamente tales sino también específicamente las caducidades. Es así también como la Comisión Redactora del Código de Minería entendió esta situación declarando que “El inciso tercero del artículo 86 extingue el derecho para formular la representación de que se trata (la caducidad), “una vez dictada la sentencia por el juez”. En doctrina procesal, se entiende que los vicios de procedimiento se sanean y no se pueden hacer valer después, una vez que queda ejecutoriada la sentencia definitiva”³⁶.

Respecto a este punto, es necesario mencionar que no obstante las diversas posibilidades que contempla nuestra legislación minera de que

manifestación y ordenará la cancelación de las inscripciones correspondientes. La consulta se verá en cuenta.

El derecho para formular la representación a que alude el inciso anterior se extinguirá una vez dictada la sentencia por el juez.

Dictada la sentencia constitutiva de la concesión, quedan saneados todos los vicios procesales y las caducidades en que se pueda haber incurrido en la tramitación. Sin perjuicio de ello, toda sentencia que resuelva sobre la constitución de la concesión se notificará por el estado diario.

Una vez ejecutoriada conforme a lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia producirá cosa juzgada. Con todo, la excepción de cosa juzgada que emana de una sentencia constitutiva no será oponible respecto de quien haya promovido oportunamente una cuestión en juicio separado, con arreglo al inciso segundo del artículo 34, ni de quien tenga derecho a ejercer alguna de las acciones de nulidad contempladas en el artículo 95.

³⁶ *Historia de la Ley N° 18.248, Código de Minería*. Documento disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en su página web: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37075/7/HL18248CodigoMineria.pdf>>, con fecha 15 de marzo de 2015.

durante el procedimiento de constitución de una concesión nos encontremos en alguna caducidad, o los diversos momentos en que –como señalaremos más adelante- el juez debe estudiar los autos para verificar la tramitación y declarar la caducidad, el Código Minero por sobre todo, atiende a la conveniencia de que el procedimiento minero llegue eventualmente a sanearse y se constituya la propiedad minera, alineándose así, absolutamente con los principios fundamentales del derecho minero como son la seguridad jurídica y la pronta constitución de la propiedad minera para el aprovechamiento de las sustancias minerales.

Como se mencionó anteriormente, los artículos 85 y 86 del Código de Minería³⁷ otorgan facultades al juez para velar por la celeridad y precisión del procedimiento, la norma anteriormente citada nos señala que si el juez que está conociendo de la causa de constitución de una concesión minera advierte que no se ha cumplido dentro de plazo cualquiera de los requisitos o actuaciones para los cuales el Código de Minería ha señalado un plazo fatal, dictará sentencia declarando la caducidad de los derechos emanados del pedimentos o de la manifestación, ordenando cancelar las inscripciones correspondientes. Al respecto, la historia de la Ley del Código de Minería señala que a través de esta norma “se pone término a la actividad de control del juez sobre la legalidad y corrección del proceso y también de sus actuaciones, pues lo faculta para dictar sentencia que declare la caducidad de los derechos emanados del pedimento o de la manifestación, y ordenar la cancelación de las correspondientes inscripciones si, en cualquier momento durante la tramitación y antes de dictar la sentencia constitutiva, verifica que no se ha cumplido,

³⁷ Artículo 85 del Código de Minería: El juez examinará los autos y, si se reúnen los requisitos legales, dictará la sentencia constitutiva de la pertenencia. Si nota faltas o ilegalidades insubsanables, dictará sentencia denegando la constitución de la pertenencia y mandando cancelar las inscripciones respectivas. Si nota, en cambio, faltas o ilegalidades subsanables, ordenará su corrección dentro del plazo que prudencialmente fijará y, hecho, dictará la sentencia constitutiva de la pertenencia. Si la corrección no se efectúa dentro del plazo fijado, el juez, de oficio, procederá conforme al inciso anterior.

dentro de término, alguno de los requisitos o actuaciones para los cuales existen plazos fatales.”³⁸

Otro aspecto importantísimo de la caducidad, y que nos sirve para responder la pregunta acerca de la titularidad de la acción, se desprende del inciso segundo del referido artículo 86. Este señala que cualquier persona tiene derecho y está habilitada para representar al juez la circunstancia de que, en el proceso, se incurrió en caducidad por el hecho de que el interesado dejó de cumplir una obligación, diligencia o actuación cuya omisión o retardo acarrea la caducidad de los derechos que emanan del pedimento o manifestación.

En virtud de esto, se establece una verdadera “acción popular”, ya que no sólo se establece que cualquier persona está facultada para proceder en este caso sino que no será necesario que este tercero denunciante posea interés alguno en el negocio que se está conociendo, al contrario de lo establecido para el caso de otras sanciones civiles como la nulidad.

Respecto a cuándo debe realizarse, es decir, a la oportunidad, la doctrina ha señalado que es evidente que debe hacerse en el mismo expediente³⁹.

b) Efecto de la caducidad en materia minera

La presentación de una solicitud de concesión minera, ya sea de exploración o explotación, obliga al peticionario a desarrollar una serie de actividades necesarias para satisfacer lo ordenado en la legislación para procedimiento minero, pero además para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de una concesión. Estas actividades o gestiones están establecidas tanto por el Código de Minería como por su Reglamento, dando forma al procedimiento el cual tenderá directa o indirectamente a obtener el

³⁸ *Historia de la Ley N° 18.248, Código de Minería*, ob. cit. (36).

³⁹ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 215. El autor hace expresa mención de que esta presentación no transformara el procedimiento en contencioso.

cumplimiento de esas obligaciones. Consecuentemente, estas mismas obligaciones son las que una vez no observadas contemplarán las causales de caducidad, en conformidad con lo señalado anteriormente.

Ahora bien, el efecto específico de la declaración de caducidad es precisamente –basándonos en el artículo 86 del Código de Minería- la caducidad de los derechos emanados del pedimento o la manifestación y la orden de cancelación de todas las inscripciones correspondientes. Esto es, se extinguen los derechos emanados del procedimiento de concesión, perdiéndose todos los derechos adquiridos hasta ese momento y terminándose el procedimiento.

El Código fue bastante preciso y asertivo en esta definición, pues en realidad, teniendo en cuenta la naturaleza de la caducidad y el momento del proceso en el cual es susceptible de declararse, no estamos todavía en frente al derecho real concesión minera propiamente tal, el cual no está consolidado definitivamente pues todavía no existe una sentencia constitutiva, sino que sólo existen los derechos emanados de la presentación de los escritos de pedimento y manifestación.

Conviene preguntarse entonces: ¿cuáles son aquellos derechos, o mejor dicho, cuáles son las características de la concesión minera que se haya todavía en trámite?, según el profesor Ossa Bulnes estas son:

- i. se trata de un derecho real e inmueble (art. 54 Código de Minería)⁴⁰;
- ii. es de carácter temporal, porque obliga a continuar con los tramites tendientes a su constitución;

⁴⁰ Artículo 32 del Código de Minería: el concesionario favorecido podrá anotar al margen de la inscripción de dominio de su pertenencia la existencia de la demasía, previo decreto del juez, dado con citación de los colindantes de ésta, en que la apruebe y ordene archivar un plano que represente la demasía y las pertenencias contiguas.

No habiéndose practicado los trámites a que se refiere el inciso anterior, el concesionario favorecido perderá su derecho a la demasía cuando caduque o se extinga cualquiera de las pertenencias que la encerraban.

La demasía no aumentará el valor de la patente de la pertenencia a que accede, y formará con ella un solo todo.

- iii. es divisible intelectualmente (arts. 29 del Código de Minería⁴¹ y 9° del Reglamento⁴²);
- iv. también es susceptible de ser adquirido por cualquier persona;
- v. es transferible y transmisible, de acuerdo con las mismas normas aplicables a los demás bienes raíces;
- vi. igualmente es condicional, en cuanto a la obligación de ampararlo comienza al solicitarse la dictación de la sentencia constitutiva o la mensura, según la especie de concesión que se trate (art. 144 del Código de Minería⁴³);

⁴¹ Artículo 29 del Código de Minería: La concesión podrá dividirse físicamente, con autorización o aprobación judicial previo informe del Servicio en uno y otro caso. Cada parte resultante deberá tener la forma, la orientación y, a lo menos, las dimensiones de los lados y la superficie, mínimas, que correspondan, con arreglo al artículo anterior. Cada una de las partes resultantes subsistirá como una concesión minera.

La división se hará en escritura pública o en testamento, en los que deberá indicarse las coordenadas planas universales transversales de Mercator (U.T.M) de los vértices del perímetro de cada concesión resultante, y señalarse la inscripción de la resolución constitutiva de la concesión y, en su caso, la inscripción de la concesión de que proceda; además, se indicará la correspondiente inscripción de dominio a favor de la persona que efectúe la división.

La escritura pública que contenga cualquier título traslativo o declarativo de dominio de una parte de la concesión podrá servir para hacer la división de que trata este artículo.

El testamento o la escritura, y además la resolución que apruebe la división deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Conservador de Minas, debiendo tomarse nota de ello al margen de la inscripción de la sentencia a que se refiere el artículo 87. Se archivará, a la vez, un plano de la división, aprobado también por el juez, previo informe del Servicio.

Mientras no se practique la inscripción a que se refiere el inciso anterior, no se perfeccionará la división física de la concesión.

La concesión, constituida o en trámite, es también susceptible de división intelectual o de cuota.

⁴² Artículo 9° del Reglamento del Código de Minería: Sólo la concesión minera ya constituida es susceptible de la división física a que se refieren los incisos primero a quinto del artículo 29 del Código; y siempre que, con arreglo a dicho inciso primero, todas y cada una de las partes resultantes de la división cumplan con los requisitos indicados en el artículo 28 del Código y, por lo tanto, subsistan como concesiones. Si dentro de los primeros dos años de la vigencia de una concesión de exploración constituida conforme al Código, su titular desea prorrogar su duración por otro período de hasta dos años y quisiera dividirla físicamente, deberá, previamente, cumplir con las obligaciones establecidas en los incisos segundo al quinto del artículo 112 del Código. La pertenencia que se haya constituido o llegue a constituirse conforme a normas legales anteriores al Código, será susceptible de división física sólo una vez inscrita en el Registro Nacional de Concesiones Mineras con arreglo al inciso noveno del artículo 6° transitorio del Código; y siempre que todas y cada una de las partes resultantes de la división cumplan con los requisitos señalados en el artículo 28 del mismo cuerpo legal y, por lo tanto, subsistan como pertenencias. En el caso a que se refiere el presente inciso, la anotación ordenada en el inciso cuarto del artículo 29 del Código se practicará al margen de la respectiva inscripción del acto de mensura.

⁴³ Artículo 144.- La obligación de amparo comienza al solicitarse la sentencia constitutiva de la concesión de exploración, o al solicitarse la mensura de la pertenencia, época en que debe pagarse la primera patente, a que se refiere el inciso siguiente.

vii. se encuentra protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrado en el art. 19 N° 24 y siguientes de la Constitución Política.⁴⁴

Finalmente, respecto al efecto de la caducidad, cabe decir que a diferencia de otras instituciones (como sí sucede con la nulidad minera, según veremos), no existen causales taxativas que desencadenen su declaración. Se trata más bien de una causal genérica que consiste en el no cumplimiento de una carga impuesta por el legislador para el concesionario dentro del procedimiento. A esto se debe agregar que, independiente del caso o causal particular, el efecto siempre será idéntico.

c) Prescripción y saneamiento de la caducidad

La posibilidad de solicitar la declaración de caducidad al juez se extiende durante todo el procedimiento hasta la dictación de la sentencia constitutiva, sin que esta se encuentre necesariamente ejecutoriada. En efecto, la sentencia constitutiva marca la extinción de la facultad de advertir al juez la presencia de caducidades, por lo que al dictarse podemos hablar de una verdadera prescripción de la acción de caducidad de terceros y del saneamiento de las caducidades del procedimiento. Al efecto, el artículo 86 del Código de Minería señala que dictada la sentencia constitutiva de la concesión, quedan saneados todos los vicios procesales y las caducidades en que se pueda haber incurrido en la tramitación.

Si esto no fuera así, la caducidad minera sería una sanción excesivamente severa, atendido que si no se pudiera sanear, mantendría el efecto de hacer perder la concesión minera incluso después de otorgada,

El monto de la primera patente será proporcional al tiempo que medie entre la fecha de la solicitud de sentencia o la de la solicitud de mensura, en su caso, y el último día del mes de febrero siguiente.

Una vez pagada la patente a que se refiere el inciso anterior, se deberá seguir pagando patente anualmente, en la oportunidad y forma prescritas en el artículo anterior.

⁴⁴ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 131.

cuestión que pugna con los principios generales de pronta constitución y explotación de los recursos naturales, que como ya hemos señalado, son propios de esta área del derecho.

d) Regulación de la caducidad en el Código de Minería.

Como apartado final referente a la caducidad, veremos algunas de las principales normas vinculadas a la misma. Sistemáticamente, el Código entiende que la caducidad es una sanción de ineficacia del acto jurídico; en este sentido, cada vez que el Código de Minería o el juez establecen un plazo fatal para el ejercicio de un determinado derecho, se produciría la caducidad.

Específicamente, en la legislación vigente, la caducidad está regulada en las siguientes normas, entre otras, pero siendo éstas las más relevantes y que debemos tener en consideración:

- Artículo 19 N° 24 incisos 6° a 10° de la Constitución Política de la República de Chile de 1980⁴⁵, que trata sobre la caducidad de la concesión minera.

⁴⁵ El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. 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. / Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión. /Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho. / El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número. / La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias

- Artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097⁴⁶, que versa sobre las causales de caducidad de la Concesión Minera.
- Artículo 10 del Código de Minería⁴⁷, que regula la caducidad de oferta de primera opción de compraventa de torio y uranio.
- Artículo 56 del Código de Minería⁴⁸, que trata de la eventual caducidad de la solicitud de exploración.

no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

⁴⁶ Las concesiones mineras caducan, extinguiéndose el dominio de los titulares sobre ellas: a) por resolución judicial que declare terreno franco, si no hubiere postores en el remate público del procedimiento judicial originado por el no pago de la patente, y b) por no requerir el concesionario la inscripción de su concesión en el plazo que señale el Código de Minería. / La concesión de exploración caduca, además, por infracción a lo dispuesto en el artículo 13. / Las concesiones mineras se extinguen, también, por renuncia de su titular, conforme a la ley.

⁴⁷ El Estado tiene, al precio y modalidades habituales del mercado, el derecho de primera opción de compra de los productos mineros originados en explotaciones mineras desarrolladas en el país en los que el torio o el uranio tengan presencia significativa. / Si estos productos se obtienen esporádicamente, su productor deberá comunicar su obtención a la Comisión Chilena de Energía Nuclear a fin de que ésta pueda ejercer aquel derecho por cuenta del Estado, y le señalará la cantidad, calidad y demás características del producto, su precio de mercado y la forma, oportunidad y lugar de su entrega. Esta comunicación constituirá una oferta de venta con plazo de espera y obligará a no disponer del producto durante los tres meses siguientes a la fecha de su recepción. / La Comisión podrá aceptar o rechazar libremente la oferta, en todo o parte. Si la aceptare, indicará un plazo, no mayor de dos meses contado desde la respectiva entrega de productos, en el cual se pagará su precio. / La oferta caducará si no es aceptada dentro de los tres meses de espera. Con todo, la oferta no caducará si, dentro de este plazo, la Comisión pide al juez que, con citación del productor, designe un experto para que éste, como tercero, establezca el precio y las modalidades de la compraventa. La Comisión dispondrá de un mes, desde que el experto le comunique su resolución, para aceptar, en todo o parte, la oferta en los términos establecidos por el experto. Si no lo hace en ese plazo, caducará la oferta. / Si estos productos se obtienen en forma habitual, su productor, a más tardar en septiembre de cada año, comunicará a la Comisión sus programas mensuales de producción estimados para el año calendario siguiente, a fin de que ésta pueda ejercer, por cuenta del Estado, el derecho de primera opción de compra. El productor también dará cuenta a la Comisión, de inmediato, de todas las variaciones que experimenten esos programas. La comunicación, que deberá contener todas las menciones indicadas en el inciso segundo, constituirá una oferta de venta con plazo de espera y obligará a no disponer del producto de cada mes hasta el último día del mes de su obtención. / La Comisión podrá aceptar o rechazar libremente la oferta, en todo o parte. Si la aceptare, el precio de cada entrega se pagará dentro de los dos meses siguientes a ella. / La oferta caducará si no es aceptada dentro del plazo establecido en el inciso sexto. / En lo demás, se aplicarán las normas del inciso cuarto.

- Artículo 60 del Código de Minería⁴⁹, que trata de la eventual caducidad de los derechos del peticionario.
- Artículo 70 del Código de Minería⁵⁰, que trata de la caducidad por inactividad de las partes en el incidente de oposición y su posterior resolución.

⁴⁸ El juez examinará la solicitud y los antecedentes acompañados y, encontrando ambos conforme, ordenará la remisión del expediente al Servicio, para su informe. / Si de este examen aparece que ha dejado de cumplirse cualquiera de los requisitos cuya omisión acarrea la caducidad de los derechos emanados del pedimento, el juez desechará de plano la solicitud y ordenará se cancele la inscripción de aquél, oficiando al efecto. / Si nota, en cambio, omisiones o defectos susceptibles de ser subsanados, el juez los señalará determinadamente y ordenará que se corrijan dentro del plazo de ocho días, contado desde la fecha del decreto que lo disponga. Corregidos oportunamente, procederá conforme al inciso primero; en caso contrario, procederá conforme al inciso segundo.

⁴⁹ El juez examinará la solicitud de mensura y los antecedentes acompañados y, encontrando ambos conforme, mandará publicarla. En la misma resolución dejará testimonio de la fecha en que se haya presentado o se tenga por presentada la manifestación. / Si de ese examen aparece que ha dejado de cumplirse cualquiera de los requisitos cuya omisión o retardo acarrea la caducidad de los derechos emanados de la manifestación, el juez desechará de plano la solicitud y ordenará se cancele la inscripción de aquélla, oficiando al efecto. / Si notare, en cambio, omisiones o defectos susceptibles de ser subsanados, el juez los señalará determinadamente y ordenará que se corrijan dentro del plazo de ocho días, contado desde la fecha del decreto que lo disponga. Corregidos oportunamente, procederá conforme al inciso primero; en caso contrario, procederá conforme al inciso segundo. / Para efectuar la publicación, el secretario dará copia autorizada de la solicitud y de la resolución que dispone publicarla. En el caso del inciso anterior, la copia incluirá, además, el decreto que ordena subsanar las omisiones o defectos y la presentación en que se haya cumplido con lo ordenado. / La publicación comprenderá íntegramente dicha copia y se hará por una sola vez, dentro del plazo de treinta días, contado desde la fecha de la resolución que la ordenó.

⁵⁰ Desde que quede presentada una demanda de oposición conforme al artículo 61, y hasta que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia, las partes no podrán paralizar el juicio por más de tres meses. Si transcurre este término sin que alguna de ellas practique cualquiera diligencia útil destinada a dar curso progresivo a los autos, cualquiera persona podrá solicitar que se declare, con sólo el mérito del certificado del secretario, la caducidad de los derechos de ambas partes, y que se ordene cancelar las inscripciones respectivas. Con todo, la caducidad no afectará en caso alguno la concesión para explorar y a la pertenencia, ya constituidas. / Desde que quede ejecutoriada la sentencia que pone término al juicio de oposición, y hasta que se dicte la respectiva sentencia constitutiva, ninguno de los que fueron parte en él y haya obtenido el reconocimiento del derecho a mensurar, podrá paralizar por más de tres meses los trámites de constitución de su pertenencia o pertenencias. Si transcurre este término sin que el respectivo interesado practique alguna diligencia útil destinada a ese efecto, cualquiera persona podrá solicitar que se declare la caducidad a que se refiere el inciso anterior, en la forma y con los alcances allí indicados. / Cualquier interesado podrá pedir que se notifique al ingeniero o perito para que entregue el acta y plano al juez, para lo cual dicho ingeniero o perito tendrá el plazo que el tribunal señale. / Mientras no se haga uso del derecho a pedir la caducidad, podrá en cualquier tiempo continuarse la tramitación; pero el derecho a pedir la caducidad por la paralización ya producirá subsistir hasta que quede ejecutoriada la sentencia que puso término al juicio o se dicte la sentencia constitutiva, en su caso. / Contra la sentencia que se pronuncie acerca de la caducidad procederán los mismos recursos que contra una sentencia definitiva. La apelación en contra de la sentencia que deseche la solicitud de caducidad se concederá en el solo efecto devolutivo.

- Artículo 115 del Código de Minería⁵¹, que trata sobre la caducidad por explotación de una concesión de exploración.
- Artículo 160 del Código de Minería⁵², que trata sobre la caducidad de las concesiones mineras.

3. LA NULIDAD: EN CUANTO SANCIÓN GENERAL Y SU ESTUDIO EN MATERIA MINERA

En el contexto de las sanciones de ineficacia de los actos jurídicos que influyen en el procedimiento minero, es el turno de analizar y determinar el alcance que tiene la nulidad, una de las sanciones más importantes de todo nuestro sistema jurídico, sino es que la más relevante. Esta sección será considerablemente menor en extensión que la anterior: no porque sea menor en importancia, sino que en relación al mayor tratamiento que esta ha tenido en la doctrina. Por lo tanto, se tratará someramente lo relativo a la nulidad en general para luego pasar a las cuestiones específicas de la nulidad minera.

3.1 NOCIONES Y CONCEPTO DE LA NULIDAD EN GENERAL

⁵¹ Caducará la concesión de exploración cuyo titular establezca, por sí o por interpósita persona, explotación minera en ella o convenga con cualquiera otra persona que efectúe dicha explotación. En estos casos, el juez deberá declarar franco el terreno y ordenar la cancelación de las correspondientes inscripciones. / El titular de concesión de exploración que, en conocimiento del hecho, tolere que cualquier persona establezca explotación minera dentro de los límites de aquélla, será sancionado con una multa de cincuenta a doscientas unidades tributarias mensuales, la que se elevará al doble en caso de reincidencia. El juez decretará, en todo caso, la terminación inmediata de la explotación. / Se concede acción pública para denunciar las contravenciones descritas en los incisos anteriores. / Para los efectos de este artículo, se entiende que se establece explotación minera cuando se arrancan sustancias minerales con ánimo de lucrar con ellas.

⁵² Caducará la concesión minera si la inscripción de la sentencia constitutiva no es requerida dentro del plazo establecido en el artículo 89.

Como se señaló en el principio de este trabajo, la nulidad pertenece al grupo de las sanciones de ineficacia de los actos jurídicos, y se da específicamente para actos que, existiendo, son inválidos por omisión de algún requisito que verse sobre el valor jurídico del acto mismo en relación a su naturaleza. Debido a esto se separa de la inexistencia, pues el acto efectivamente existe, sin embargo, nace con un vicio que le permite producir efectos, no obstante será un acto “anulable” y sus efectos efímeros.

Es así como en nuestro ordenamiento tenemos que la nulidad no está referida a los derechos y obligaciones, ya que, como es opinión común entre la mayoría de la doctrina, la nulidad es la sanción que priva de efectos jurídicos al acto o contrato viciado o nulo, retrotrayendo a las partes al estado en que se encontraban antes de su ejecución, y por lo tanto lo nulo y consecuentemente lo susceptible de ratificación son los actos y contratos y no los derechos y obligaciones que de ellos emanan.

El artículo 1681 del Código Civil define esta institución señalando que “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie, y la calidad o estado de las partes. La Nulidad puede ser absoluta o relativa.”

A su vez el artículo 10 del Código Civil hace mención a esta sanción al decir respecto de la contravención de las leyes prohibitivas, que “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”

Ahora bien, la jurisprudencia no ha presentado mayor controversia al reconocer el carácter de sanción que tiene la nulidad, de verdadero castigo civil, al definirla como “una sanción civil establecida por el legislador que consiste en el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto”⁵³.

En razón de las normas, la doctrina ha conceptualizado a la nulidad como “la sanción para todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos

⁵³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 40, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 485.

que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad y estado de las partes”.⁵⁴

En general, este concepto de nulidad es el que se maneja transversalmente en todas las ramas del derecho, ya que no obstante estar presente en todas las áreas del derecho (derecho procesal, derecho público, etc.), no se ha desarrollado una normativa sistemática ni un estudio tan profundo como en el derecho civil, lo que lleva a aplicar (en virtud del principio de supletoriedad y en su carácter de común) las normas del Derecho Civil para apoyar a las demás ramas.

3.2. FUNDAMENTO DE LA NULIDAD

Como ya sabemos, la nulidad es una institución trascendental dentro del Derecho Civil, materia regida por el principio de la autonomía de la voluntad, donde la libertad de los contratantes se alza como fuente y medida de las obligaciones.

Sin perjuicio de la autonomía de la que se goza en el ámbito privado, esta no puede ser absoluta, quedando importantemente limitada por la nulidad. Esto lo podemos entender cuando consideramos el fundamento: se podrá tener toda la libertad y autonomía, pero sólo hasta el punto en que se afecten ciertas premisas que protege precisamente la nulidad, cuales son el orden público, la moral y las buenas costumbres, que son los criterios que separan lo prohibido de lo permitido, lo válido de lo nulo.

Ahora bien, como sabemos, la clasificación básica de la nulidad dada por el Código Civil en su artículo 1681, distingue entre nulidad absoluta y nulidad relativa. Estas tienen distinto fundamento, lo cual implica que tendrán distintas características y consecuencias jurídicas.

⁵⁴ VIAL, ob. cit. (16), p. 246.

Es así como para la nulidad absoluta, en función de su naturaleza general y como sanción de mayor gravedad, los fundamentos en este caso se confundirán con los de la nulidad general, es decir, son el orden público, la moral y las buenas costumbres. De ahí su irrenunciabilidad, debido a que está consagrada para proteger intereses o bienes jurídicos de primer orden, que no solo afectan a los individuos que concurren al acto sino que afectan a todo el ordenamiento jurídico desde sus bases.

Por otro lado, en el caso de la nulidad relativa, esta tiene una perspectiva más particular, con efectos más acotados que permiten incluso su renuncia (aunque esto es sólo una vez generada, claro está); todo esto dado que su fundamento corresponde, según Alessandri Besa, a “un verdadero beneficio jurídico que la ley ha establecido a favor a favor de ciertas personas, a fin de que no sean perjudicadas por los efectos de un acto o contrato celebrado con un vicio que dice relación con el solo interés de esas personas”⁵⁵.

Todo lo que hemos expuesto hasta aquí se refiere a la nulidad civil; sin embargo, no podemos sino al menos mencionar que existen ciertas nulidades en otras áreas del derecho que pueden presentar características diversas; pero, sin perjuicio de esto, las características principales de esta sanción se repiten: el fundamento último siempre va a corresponder a la protección del interés general, mediante la mantención del orden público, la moral y las buenas costumbres.

3.3 CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD

La nulidad como sanción jurídica tiene ciertas características fundamentales, que comparten en general todos los tipos de nulidades, no importando su naturaleza o la naturaleza de la rama del derecho respecto de la cual se presenta.

⁵⁵ ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2011), Tercera Edición, p. 675.

La primera, es que se trata de una sanción legal de derecho estricto: es decir, sólo puede ser aplicada en los casos en que la ley así lo establece⁵⁶.

Segundo, su naturaleza es sancionatoria: por su misma naturaleza y debido a la gravedad de sus efectos, es preciso que la nulidad esté señalada expresamente en la ley, por lo tanto, su interpretación debe hacerse de forma restrictiva, no admitiendo tampoco el uso de la analogía.

Una tercera característica es que ésta no opera de pleno derecho. Esto se vincula con las anteriores características, puesto que al ser grave y estricta en cuanto sanción, debe ser necesariamente declarada por el juez (art. 1689 y 1687 del Código Civil)⁵⁷.

Finalmente, la nulidad posee una doble función: además de estar señalada en el artículo 1681 del Código Civil como una sanción, se consagra en el artículo 1567 n° 8 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones; sin embargo, cabe destacar que el efecto de la nulidad declarada judicialmente es extinguir el acto o contrato del cual emanan las obligaciones, y consecuentemente se extinguen las obligaciones, cuestión que en las demás ramas del derecho se refleja en la extinción misma de los actos realizados.

⁵⁶ Respecto de esta característica, se debe considerar en todo caso que existen causales determinadas de nulidad (por ejemplo, artículo 1682 inciso 2, relativo a los actos de los absolutamente incapaces) mientras que hay otras que admiten un mayor número de casos y/o mayor interpretación por parte de las mismas partes, doctrina y jurisprudencia (por ejemplo, los supuestos de objeto ilícito regulados en el art. 1464)

⁵⁷ Art. 1687. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho

para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. / En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Art. 1689. La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales.

3.3 DE LA NULIDAD EN MATERIA MINERA

a) Concepto y características

Cuando se pretende reclamar de ciertos vicios de fondo del acto de concesión, que no dicen relación directa con defectos procesales o caducidades (que han quedado saneados con la sola dictación de la sentencia), la ley ha establecido acciones de nulidad del acto de concesión propiamente tal. En este sentido, la nulidad aparece como la única acción contra una concesión que podría estar viciada, debido a que previamente ya ha operado la caducidad con su efecto de saneamiento, como hemos señalado; sin embargo, esta afirmación es sin perjuicio de otros medios generales que establece la legislación común para resguardar la concesión⁵⁸.

Habiendo revisado la nulidad civil en general, debemos decir a priori que la nulidad minera es también una sanción de ineficacia que procede respecto de las concesiones mineras. No existe un concepto legal de nulidad, sin embargo, a partir de su regulación, la jurisprudencia ha señalado es aquella sanción que “persigue dejar sin efecto los derechos emanados de la pertenencia por alguna de las causales que taxativamente establece el artículo 95 del Código de Minería, siempre que se cumplan, además, con los requisitos que al efecto establece los artículos 96 y 97 del mismo cuerpo de leyes”⁵⁹.

⁵⁸ Siguiendo al autor Vergara Blanco, debemos hacer una prevención: estas acciones operan en un estadio posterior al procedimiento de constitución de la concesión, que dicen relación con el derecho real administrativo de aprovechamiento, perfecto, ya constituido y no en mero trámite; además, se trata de acciones que se refieren a los derechos mineros, y no a la concesión propiamente tal, como acto. En este contexto podemos encontrar: acciones generales, que recoge la Constitución, y acciones especiales que están contenidas en el Código de Minería. Respecto de las acciones generales, existe una específica minera, que es de la subsistencia del derecho minero (artículo 19 n° 24 inciso 8 de la Constitución) y otras tres acciones generales, que serían el recurso de protección, inaplicabilidad por inconstitucionalidad y reclamado de ilegalidad en expropiación. Por otro lado, las acciones que recoge la legislación minera son: defensa de derechos mineros (art. 9 Ley Orgánica Constitucional del Código de Minería), internaciones y visita de labores vecinas (art. 9 inciso segundo Ley Orgánica Constitucional del Código de Minería y 140 del Código), acción reivindicatoria y acciones posesorias; todo esto es sin perjuicio de algunas otras acciones especialísimas (VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 622 y ss.).

⁵⁹ Corte Suprema, Rol N°3433-2012, Santiago, cuatro de septiembre de dos mil doce.

Es importante tener en consideración que “dado que las normas que rigen la constitución de la concesión minera son de orden público, la nulidad que la afecta es absoluta”.⁶⁰ En este mismo sentido, las normas del Código de Minería que rigen la constitución de la concesión minera se refieren a los actos de un órgano de Estado, por lo que los efectos de la invalidez o nulidad de sus actos no es sino absoluta⁶¹. Lo principal de señalar que la nulidad minera reviste el carácter nulidad absoluta, es que de inmediato descartamos la aplicación para esta materia de la nulidad relativa del ámbito civil; esto cobra especial importancia en ciertas áreas, cuáles son, por ejemplo: la titularidad (en la nulidad relativa son titulares todos aquellos que sean beneficiarios según la ley, sus herederos y cesionarios; en la absoluta, el titular es el juez, que puede y debe señalarlo, el Ministerio Público, por la moral, la ley y las buenas costumbres y todo aquel que tenga interés en ella); saneamiento (la nulidad absoluta civil se sana transcurrido diez años, mientras que la relativa es de cuatro años, ambas desde la celebración del acto); ratificación (en la nulidad absoluta, no se puede ratificar, y la relativa sí, con la limitación de la condonación del dolo futuro) y por supuesto, en su fundamento (la nulidad absoluta es de interés general, y la relativa está establecida en pos de la protección de ciertas personas determinadas por la ley)⁶².

Además de ser absoluta, presenta ciertas diferencias con la nulidad civil (absoluta) y también ciertas características en particular, a saber:

- i. la nulidad minera no puede ser declarada de oficio por el juez, aunque aparezca de manifiesto; tampoco puede ser pedida por el ministerio público; cuestión con la que discrepa de la nulidad absoluta regulada en el Código Civil;
- ii. no puede ser solicitada por cualquier persona, es decir, tiene un legitimado determinado por la misma ley;

⁶⁰ ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen, *Curso de Derecho Minero*, Editorial Metropolitana, Santiago (2007), p. 239.

⁶¹ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Instituciones de Derecho minero*, Legal Publishing; Santiago (2010), p. 615.

⁶² Considerando los artículos 1680 y siguientes del Código Civil.

- iii. el demandante de la nulidad debe tener interés actual en ella, interés que debe reunir ciertos requisitos especiales; y,
- iv. sólo se puede pedir por las causales establecidas en el art. 95 del Código de Minería⁶³.

En especial las dos últimas características son de relevancia para nuestro trabajo y serán temas analizados con mayor profundidad dentro de este mismo capítulo.

b) Causales

Lo primero que debemos considerar es que el artículo 95 del Código de Minería regula las causales que dan lugar a la nulidad minera. Sin perjuicio de esto, la doctrina, y en particular siguiendo al profesor Ossa Bulnes, considera que también existen causales derivadas del artículo séptimo de la Constitución⁶⁴. “De esta manera, aunque el Código no lo exprese, podrá pedirse la nulidad de un acto de concesión cuando se haya vulnerado alguno de los requisitos que digan relación con ese precepto constitucional”⁶⁵.

Considerando entonces al artículo 7, podrían considerarse causales⁶⁶:

- i. El haberse otorgado la concesión por una persona u órgano carente de jurisdicción: en este supuesto, cualquier interesado puede solicitar la nulidad de la concesión, sea de exploración o de explotación, constituida por una autoridad u órgano carente de jurisdicción, pues

⁶³ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (57), p. 239 y 240. Debemos adelantar que si bien las causales son taxativas, parte de la doctrina agrega la causal del art. 7 de la Constitución, cuestión que se verá a continuación.

⁶⁴ Artículo 7º de la Constitución Política de la República: Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

⁶⁵ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 325.

⁶⁶ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 326.

se estaría atribuyendo una autoridad o derechos que no le han sido conferidos ni por la Constitución ni por las leyes⁶⁷.

- ii. el haberse otorgado por una persona u órgano incompetente absolutamente: en materia minera la competencia está dada a los tribunales ordinarios de justicia, y en particular está radicada en el juez de letras en lo civil que tenga jurisdicción sobre el lugar en que esté ubicado el punto medio señalado en el pedimento o el punto de interés indicado en la manifestación (artículos 37 inciso primero, 38 y 231 del Código de Minería).
- iii. el haberse incluido de modo expreso, en el acto de concesión, sustancias o yacimientos no susceptibles de concesión minera: se trata de sustancias reservadas, que no pueden ser objeto de concesión minera.

El profesor Alejandro Vergara considera además como causal los vicios del procedimiento: se trata de un acto terminal de un procedimiento, viciado en razón de no haberse guardado las formas o reglas señaladas por la ley para ese procedimiento. El ejemplo es la falta de algún trámite esencial del procedimiento contenido en la ley⁶⁸.

El autor señala que inicialmente estuvieron incluidas expresamente dentro del proyecto del Código de Minería, pero que luego se retiraron por considerarse por parte del Ejecutivo que estaban implícitas. Creemos que la importancia de añadir un precepto constitucional a las causales, es que modifica el estatuto aplicable, puesto que pasamos de la nulidad del Código de Minería y Civil, a la nulidad de derecho público, institución que si bien

⁶⁷ En materia minera, esta jurisdicción le corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, si es otorgado por cualquier otra autoridad, es nulo. VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 617.

⁶⁸ VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 617. Es importante señalar que no todos los trámites han sido considerados como esenciales por la jurisprudencia, pues, como se verá más adelante, el juramento del perito con todas las formalidades, no se considera como tal.

coincide en ciertos aspectos con la civil, presenta profundas diferencias, en especial, porque su desarrollo ha sido principalmente jurisprudencial⁶⁹.

Toma relevancia práctica la consideración del artículo 7 cuando pensamos en el requisito de “interés actual” (que se desarrollará más adelante) de la acción de nulidad, puesto que este no resulta aplicable en el caso de impetrarse la nulidad de tal acto por violación del mencionado precepto, lo que se deduce de la simple lectura del artículo 97 inciso primero *in fine*, que circunscribe el requisito de interés actual exclusivamente a las acciones referidas a las causales de nulidad del artículo 95 del Código de Minería⁷⁰.

Teniendo esta causal en consideración, pasamos a revisar las causales del art. 95 del Código de Minería; el cual comienza señalando que sólo las mencionadas se consideran causales.

Con el objeto de lograr una mejor sistematización, clasificaremos las causales entre aquellas que sólo se aplican a las concesiones de exploración y las aplicables a las pertenencias, siguiendo a la autora Carmen Ansaldi⁷¹.

- i. Causales de nulidad que proceden respecto de las concesiones de exploración:
 - Artículo 95 n°3: Haberse constituido la concesión de exploración sin respetar las normas relativas a la forma, orientación, cabida o lados de su cara superior;
 - Artículo 95 n°5: Haberse constituido la concesión de exploración abarcando terreno situado fuera del terreno pedido que fue objeto de la solicitud de sentencia;
 - Artículo 95 n° 8: Haberse constituido la concesión de exploración abarcando terreno ya comprendido, o que quede comprendido, por otra

⁶⁹ En este sentido: CONCHA MACHUCA, Ricardo, *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*, en Revista Scielo. Disponible en su página web, con fecha 07 de mayo de 2015: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200004>.

⁷⁰ VERGARA BLANCO, ob. cit (58), p. 616.

⁷¹ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (57), p. 240 y ss.

concesión de exploración cuyo pedimento haya sido presentado con fecha anterior.

El efecto que tendrá la nulidad que derive de estas causales, conforme al artículo 98, es que el demandado tendrá derecho a corregir la solicitud de sentencia y el plano de la concesión de exploración, cuando los fundamentos de hecho de la sentencia que declara la nulidad así se lo permitan.

ii. Causales de nulidad que proceden respecto de la concesión de explotación o pertenencia:

- Artículo 95 n° 1: Haberse incurrido en error pericial en la mensura de la pertenencia;
- Artículo 95 n° 2: Haberse cometido fraude o dolo en la mensura de la pertenencia;
- Artículo 95 n° 4: Haberse constituido la pertenencia sin respetar las normas relativas a la forma, orientación, cabida o lados de su cara superior;
- Artículo 95 n° 6: Haberse constituido la pertenencia abarcando con su mensura terreno ya comprendido, o que quede comprendido, por otra mensura cuya fecha de ejecución se presuma anterior a la fecha presunta de aquélla, con arreglo al inciso segundo del artículo 72;
- Artículo 95 n° 7 Haberse constituido la pertenencia abarcando terreno ya comprendido por otra pertenencia, salvo lo dispuesto en el número anterior.

Escapa de este trabajo hacer un análisis más detallado sobre cada una de las causales, además, sin considerar que tienen una alta complejidad técnica; sin embargo, dos de estas causales, las que se vinculan con la actividad del perito mensurador, sí constituyen nuestro objeto de estudio y serán vistas con detención en el último capítulo de esta memoria.

c) Legitimación y requisitos

Frente a la pregunta de quién puede solicitar la declaración de la nulidad, la respuesta es que puede hacerlo cualquier persona, con exclusión de su dueño (en concordancia con las causales del art. 95 y 97 del Código de Minería⁷²). En relación con esto, “conservando una disposición que contenía la legislación anterior, el artículo 97 ha excluido al dueño de la concesión del derecho a solicitar la nulidad del acto de concesión, para evitar que se use como medio de modificar la ubicación de la concesión”⁷³.

Sin embargo, esto por sí sólo no es suficiente para ser titular de la acción: la persona que la ejerce debe tener un interés en ello. Entendemos que “el interés consiste en la necesidad de hacer cesar los efectos del acto nulo, para hacer desaparecer la lesión patrimonial efectiva que está experimentando quien pretende ejercer la acción de nulidad”⁷⁴.

Por su parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que se trata de un interés que debe reunir dos características o requisitos: debe ser actual y también de carácter pecuniario.

Se entiende que es actual cuando este existía al momento en que se produjo el vicio en que se fundamenta la acción de nulidad y, además, subsiste a la fecha en que se interpone dicha acción; regla que, atendido el carácter de absoluta de esta nulidad, constituye una repetición de las normas por las que se rigen las nulidades civiles (art. 97 inciso segundo, Código de Minería).

⁷² Artículo 97: Cualquiera persona que tenga interés actual, podrá pedir la nulidad de la concesión minera, con exclusión de su dueño, fundada en alguna de las causales establecidas en el artículo 95.

Para estos efectos, se entiende que el interés es actual cuando éste existía al momento en que se produjo el vicio en que se fundamenta la acción de nulidad y, además, subsiste a la fecha en que se interpone dicha acción.

⁷³ LIRA OVALLE, Samuel, *Curso de Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, 6ta Edición, Santiago (2012), p. 165.

⁷⁴ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 331.

Y debe ser pecuniario también, es decir, “estar subordinado a la acción de nulidad y derivar precisamente del perjuicio de la infracción causante de la nulidad irroga a quien la alega”⁷⁵.

Por otro lado, Ossa Bulnes agrega que debe consistir el interés en hechos concretos; y que él debe ser acreditado por quien demanda la nulidad⁷⁶. Todo esto busca dar estabilidad a la propiedad minera.

La Corte Suprema en relación a este tema ha señalado que “para declarar la nulidad se requiere que el vicio exista tanto al momento en que se fundamenta la acción, como cuando se intenta la nulidad, y en el caso de la causal invocada en autos, el vicio se produce al momento de haberse constituido la pertenencia, para lo cual debe haberse dictado una sentencia constitutiva aprobando el acta de la mensura. Si el informe de SERNAGEOMIN no da cuenta de superposición, como ocurre en el caso sub judice, no existe el vicio, ya que el manifestante lo desconoce”⁷⁷. Este fallo es interesante además por la aplicación de normativa civil; y en la misma causa agrega que “el artículo 97 del Código de Minería efectivamente exige para poder reclamarla que el que lo haga tenga interés actual, determinando que se entiende que éste es el que existía al momento del vicio, y subsiste al momento de interponerse la acción. Sin embargo, la interpretación restringida de esta disposición que intenta el recurrente, por cierto no es aceptable, toda vez que el artículo citado no impide que el peticionario pueda agregarse la posesión de sus antecesores. Efectivamente, al no existir una norma especial al respecto, debemos recurrir a las normas generales que existen en el derecho civil. Así, habiendo adquirido la demandante el dominio de las estacas de autos por un modo de adquirir derivativo, como lo es la tradición, implica que continuó con la posesión inscrita que tenía su antecesor, la que puede agregar a la suya, según expresamente lo autoriza el artículo 717 del Código Civil. De esta forma, habiendo tenido interés actual al momento de constituirse el vicio el

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Corte Suprema, Causa n° 4582/2005 (Casación). Resolución n° 28460, Sala Tercera (Constitucional) de 6 de Noviembre de 2006

antecesor de la actora, agregándose ésta la posesión de aquel, con sus calidades y vicios, resulta entonces que Sociedad Contractual Minera Virginia también tiene el interés actual a que se refiere el artículo 97 del Código de Minería”⁷⁸.

Finalmente destacamos del mismo fallo: “Que de lo contrario resultaría que todo quien adquiriera una concesión minera con posterioridad al momento de producirse el vicio, estaría impedido de solicitar la nulidad, lo que resulta ajeno a la intención que tuvo el legislador cuando estableció dicha exigencia. Es así que, el informe sobre el proyecto del actual Código de Minería, enviado por el Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno al Presidente de la Primera Comisión Legislativa, en lo que se refiere al interés para solicitar la nulidad de las concesiones mineras expresó: El artículo 97 del proyecto confiere la acción de nulidad de concesión a cualquiera persona que tenga interés actual, con exclusión del dueño. Con igual propósito, el inciso segundo define el interés actual como aquel que existía al momento en que se produjo el vicio en que se fundamenta la acción de nulidad y, además, subsiste a la fecha de interposición de dicha acción. Se evita de esta manera que una persona pueda crearse el interés a posteriori, manifestando, por ejemplo, el terreno que ocupa la concesión cuya nulidad se demanda”.⁷⁹

Hay ciertas situaciones además que contempla la legislación en que se puede perder la legitimación activa, que se derivan del artículo 95 n°6 del Código de Minería, a saber⁸⁰:

- i. Cuando una manifestante de fecha posterior (esto es, sin preferencia), solicita su mensura con anterioridad al manifestante de fecha anterior, o que se tenga por anterior (esto es, con derecho preferente), este pierde, en beneficio de aquel la preferencia para

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Corte Suprema, Causa n° 4582/2005 (Casación). Resolución n° 28460, Sala Tercera (Constitucional) de 6 de Noviembre de 2006

⁸⁰ VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 620.

mensurar sino deduce oportunamente la acción de oposición a la que se refiera el artículo 61 n°2 del Código de Minería (artículo 65 inciso 2). Entonces, sin preferencia para mensurar, no podrá interponerse la acción de nulidad por esta causal, que defiende precisamente la preferencia.

- ii. Cuando un manifestante de fecha anterior o que se tenga por anterior (esto es, con derechos preferentes), deduce su acción de oposición y es rechazado, no puede con posterioridad accionar de nulidad (artículo 67 del Código de Minería).

Nótese que para el manifestante cuya fecha se tenga por anterior (esto es, como titular de una concesión de exploración), previamente ha sufrido la manifestación posterior con infracción a los artículo 10 n°2 de la LOCCM, y 114 del Código de Minería, y, a pesar de eso, al manifestante posterior no solo se le considera válida tal manifestación, sino que pudo solicitar mensura; y aún más, destruir la preferencia (artículo 65 inciso primero) o ganar una oposición (artículo 67), incluso por una simple caducidad procedimental (artículo 70 inciso primero). Por cierto, esta situación no parece ni razonable ni justa (art. 84 inciso final del Código de Minería)

- iii. De igual manera, no podrá hacer valer la acción de nulidad el afectado que hizo uso de la acción de oposición a que se refiere el artículo 84 del Código. Este es el caso del titular de un derecho de explotación (pertenencia) ya constituido que eligió facultativamente esta vía. No le afecta la caducidad procedimental (artículo 70 inciso primero *in fine*).

d) Aspectos procedimentales

En cuanto a la oportunidad para ejercer la acción, se puede demandar la nulidad desde que está ejecutoriada la sentencia constitutiva que lleva en sí el

acto de concesión y queda, con ello, constituida la concesión minera que será afectada por la nulidad⁸¹.

El artículo 233 del Código de Minería⁸² señala que se tramitará en procedimiento sumario, conforme las normas de los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

La competencia para conocer de la causa corresponde al juez de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentra ubicado el punto medio señalado en el pedimento o el punto de interés indicado en la manifestación. Es competente también para conocer de todo asunto, contencioso o no contencioso, atinente al pedimento, la manifestación, la concesión de exploración o la pertenencia (art. 231)⁸³.

e) Efectos de la declaración de nulidad

Un primer aspecto a considerar es que la declaración de nulidad afecta a la concesión de exploración y a la pertenencia o pertenencias individualmente consideradas, a cuyo respecto se ha incurrido en algún vicio que autorice tal

⁸¹ Sin embargo, ni aunque la sentencia haya quedado ejecutoriada y la concesión minera constituida, la acción podrá entablarse si el vicio de nulidad no se ha concretado todavía. Así puede suceder, por ejemplo, en el segundo de los casos propuestos en la causal del art. 95 número 6 (OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 332.).

⁸² Artículo 233 del Código de Minería: Todos los juicios en que se ventilen derechos especialmente regidos por este Código o que recaigan sobre el pedimento, manifestación, concesión de exploración o pertenencia y que no tengan señalado otro procedimiento en este cuerpo legal, se tramitarán con arreglo a las normas del juicio sumario.

Iniciado el juicio sumario, podrá pedirse y decretarse su continuación conforme a las reglas del procedimiento ordinario, si existen motivos fundados para ello. La solicitud en que se pida la sustitución del procedimiento se tramitará como incidente.

⁸³ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (49), p. 245.

Artículo 231 Código de Minería: El juez de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentra ubicado el punto medio señalado en el pedimento o el punto de interés indicado en la manifestación, es competente para conocer de todo asunto, contencioso o no contencioso, atinente al pedimento, la manifestación,

la concesión de exploración o la pertenencia. / Lo dispuesto en éste artículo se entiende sin perjuicio de otras normas de este Código o de las especiales que las demás leyes establecen. / Lo dispuesto en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de otras normas de este Código o de las especiales que las demás leyes establecen. /

Sin embargo, será juez competente para conocer de todo asunto, contencioso o no contencioso, atinente a concesiones administrativas o judiciales, en trámite o ya constituidas a la fecha en que entre en vigencia este Código, el de la ubicación de la concesión o, en su caso, el de la ubicación del sitio o punto del hallazgo señalado en la manifestación.

sanción, y no al grupo de pertenencias mensuradas en conjuntos, a menos que a todas ellas alcance el vicio o vicios de que se trate⁸⁴. Esto se entiende porque cada pertenencia constituye una concesión distinta. En este mismo sentido, “aunque se hayan mensurado varias pertenencias en una sola operación, la declaración de nulidad del acto de concesión afecta únicamente a aquella o aquellas a cuyo respecto se haya cometido el vicio que provoca la nulidad; y las restantes pertenencias del grupo no son afectadas”⁸⁵.

Un segundo aspecto es el efecto preciso de la nulidad, cual es el derecho a corregir. El derecho a corregir alcanza a la solicitud de sentencia y el plano de la concesión de exploración, o el acto y el plano de mensura de la pertenencia, según se trate, siempre y cuando los fundamentos de hecho de la sentencia que haya declarado la nulidad así lo permitan (artículo 98 inciso primero Código de Minería).

Sin embargo, este derecho tiene una excepción, cual es la declaración de nulidad del acto de concesión cuando se funda en la causal segunda del artículo 95, es decir, haberse cometido fraude o dolo en la mensura de la pertenencia. En este caso no se puede corregir, puesto que la declaración de nulidad implica la extinción de la pertenencia. Este tema será retomado en el siguiente capítulo de esta memoria, puesto que tiene directa vinculación con la actuación del perito mensurador.

Finalmente, conforme al artículo 98 inciso segundo, al efectuar las correcciones el concesionario vencido debe cumplir dos requisitos copulativos: (i) no puede contrariar la sentencia de nulidad y, además, (ii) debe respetar (no exceder) el perímetro de la cara superior de la concesión de exploración indicado en la solicitud de pertenencia o, en su caso, el perímetro de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas⁸⁶.

⁸⁴ LIRA OVALLE, ob. cit. (57), p. 165.

⁸⁵ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 332. En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia (ver: Corte de Apelaciones de Copiapó, fallo de 03 de noviembre de 1995, apelación rol 4.679-95).

⁸⁶ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 334.

Todo esto sin perjuicio de los efectos que corresponden a la nulidad absoluta, que vimos en el apartado previo.

f) Saneamiento y prescripción

Las acciones de nulidad que confieren los numerales del artículo 95 están sujetas a prescripción extintiva, la cual es de cuatro años contados desde la fecha de publicación del extracto de la sentencia constitutiva, en conformidad con el artículo 96 del Código de Minería. Una vez que transcurre este plazo, no se consideran las suspensiones que la ley establece en beneficio de determinadas personas (artículo 93 del Código de Minería en relación con los artículos 2520 y 2509 del Código Civil)⁸⁷. En general, el Código de Minería no se refiere a normas especiales sobre la interrupción y la suspensión de la prescripción de esta acción, por lo que queda aplicar la normativa civil al respecto.

Entendemos que la interrupción de la prescripción de la acción de nulidad, es “el acto capaz de producir la interrupción civil de la prescripción de la acción de nulidad de que se trata, es la notificación de la demanda realizada en la forma que prescribe la ley, lo que se desprende de lo

⁸⁷ Artículo 93: El poseedor de una concesión minera puede ganar la misma, por prescripción adquisitiva, perdiéndola, así, su dueño. / El tiempo de posesión necesario será de dos años en la prescripción ordinaria y de cuatro años, en la extraordinaria. / La sentencia que declare la prescripción deberá inscribirse en el respectivo Registro del Conservador de Minas. / En lo relativo al saneamiento de los vicios de que pueden adolecer las concesiones mineras, se estará a lo dispuesto en el artículo 96. / Las suspensiones que la ley acuerda en favor de ciertas personas, tanto en la prescripción adquisitiva como en la extintiva, no se tomarán en cuenta transcurrido el plazo de cuatro años.

Art. 2520: La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1. ° y 2. ° del artículo 2509. / Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente.

Art. 2509. La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el

tiempo anterior a ella, si alguno hubo. / Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes: 1°. Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría; 2°. La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta; 3°. La herencia yacente. / No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto

de aquellos que administra. / La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.

preceptuado en el artículo 2518 en relación con el artículo 2503 N° 1, ambos del Código Civil”⁸⁸.

Como el Código de Minería no ha determinado qué sucede con la interrupción, señalamos que se debe aplicar de forma supletoria la normativa civil, lo que ha también señalado la jurisprudencia.

En particular, la Corte Suprema, respecto de la prescripción de la acción de nulidad, ha expresado que “al no establecer el Código de Minería reglas especiales relativas a la prescripción e interrupción de la misma respecto de las acciones que contempla, procede estarse a lo prescrito en la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, la que prescribe que dichas concesiones son derechos reales e inmuebles, y que se rigen por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, por lo tanto, es dable concluir que reciben aplicación las normas contempladas en los artículos 2492 y siguientes del Código Civil (...). Estándose a lo prescrito en el N° 1 del artículo 2503 del Código Civil, que se refiere a los casos en que la interrupción no puede alegarse, norma que debe interpretarse en armonía con la finalidad perseguida por la prescripción, no cabe más que concluir que la demanda y recursos judiciales a que hace referencia el legislador, no están constituidos sólo por el simple escrito que se ingresa a un tribunal, sino que involucran, necesariamente el conocimiento válido, esto es, su notificación, que de ellos debe tener el sujeto pasivo contra el que se dirige la acción respectiva. En relación a la acción de nulidad de concesión minera, en virtud de los artículos 2492 y siguientes del Código Civil, en especial del artículo 2503, y teniendo en vista que el legislador no pudo pretender dejar al arbitrio del titular de una acción, el momento en que hace operar o no la interrupción de la prescripción en su favor, pues atentaría en contra de todo principio de certeza en las relaciones jurídicas de los sujetos del derecho, sólo cabe concluir que no basta la sola presentación de la demanda de nulidad de concesión minera, para interrumpir la prescripción de dicha acción por el transcurso del plazo

⁸⁸ Corte de Apelaciones de Copiapó, 30 de junio de 1995, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-1999, Enero 1999

establecido por la ley, sino que es necesario que ella sea notificada válidamente al sujeto contra el cual se endereza la misma. Reafirman tal conclusión, las especiales circunstancias y características que se producen en la actividad minera, en relación a la cual el espíritu del legislador es, indudablemente, un ejercicio cierto, determinado y preciso tendiente a evitar e impedir las situaciones ambiguas o equívocas, que puedan inducir a error acerca del titular de los derechos cuyo ejercicio se permite y regula en los estatutos respectivos⁸⁹. Esta interpretación gira en torno a la seguridad jurídica, principio absolutamente necesario en la actividad minera, estrechamente vinculado a la caducidad y nulidad.

Una vez que transcurren los plazos, el acto de concesión queda saneado de todo vicio, y además se entiende que la sentencia constitutiva y su inscripción han producido siempre los efectos que para cada una de ellas señala el art. 91 (art. 96 inciso tercero). La sentencia que declare la prescripción de la acción de nulidad en los casos de los numerales 6 y 7 del artículo 95 también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición.

Estas reglas generales admiten una excepción: el artículo 95 n°8, en que la acción de nulidad se extingue si el titular de la concesión de exploración afectada por otra, iniciada por pedimento posterior, no deduce la demanda de oposición a la mensura del artículo 61 inciso 1 en su oportunidad⁹⁰.

Sobre el artículo 96 del Código de Minería⁹¹ que revisamos en este punto, se han presentado algunos problemas que han llegado incluso a sede

⁸⁹ Corte Suprema, 6 de abril de 1999, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-1999, Enero 1999.

⁹⁰ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (57), p. 247.

⁹¹ Artículo 96 Código de Minería: Las acciones de nulidad establecidas en los números 1° a 7° del artículo anterior, se extinguen por prescripción en el plazo de cuatro años, contado desde la fecha de la publicación de extracto a que se refiere el artículo 90. / Transcurrido el mismo plazo, tampoco podrán impugnarse la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90 ni la inscripción de la sentencia constitutiva de la concesión. / Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se entiende que la

sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que, para cada una de éstas, señala el artículo 91. La sentencia que, en los casos de los números 6° y 7° del artículo anterior, declare la prescripción de la

constitucional, debido a los cambios que ha experimentado la normativa minera en esta materia. El problema dice relación con qué sucede con las causales y efectos de las causales de caducidad y nulidad por el cambio legislativo; es decir, si producto de un cambio legislativo podría llegar a afectar una concesión y eventualmente extinguirla. En general, el Tribunal Constitucional lo ha rechazado⁹².

Principalmente los diversos recurrentes al Tribunal Constitucional han planteado la inconstitucionalidad del artículo 96 por contravenir, a su juicio, el artículo 19 N° 24, inciso séptimo, parte final, de la Carta Fundamental⁹³ y el N°26⁹⁴ del mismo artículo, esto en relación a las causales de caducidad y extinción de las concesiones mineras, señalando que: “En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión”. Se ha agregado además: “se ha reclamado que la citada norma establece lo que se denomina “un verdadero principio de irretroactividad de las causales de extinción”, concluyendo que, como las propiedades mineras de su mandante son muy anteriores al año 1983, en que entró en vigencia el Código de Minería, resultaría evidente que la causal de extinción establecida en su artículo 96 no se encontraba vigente al otorgarse las concesiones. Añade que el

acción de nulidad a que dichos números se refieren, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición. / La acción de nulidad establecida en el número 8° del artículo anterior se extingue si, debiendo deducir la oposición a que se refiere el N° 1° del artículo 61, el interesado no lo hace. / Sin embargo, esta prescripción no provocará la extinción de la concesión del titular de la acción prescrita, en la parte no superpuesta y se aplicará lo previsto en el artículo 98, en lo que sea pertinente.

⁹³ Artículo 19 n° 24 inciso 7 Constitución Política: Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión.

⁹⁴ Artículo 19 n° 26 Constitución Política: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

principio de irretroactividad que establece la disposición constitucional citada prima, por su jerarquía y por su carácter especial, sobre lo establecido en el artículo 12 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, conforme al cual, indica, de no mediar la norma constitucional, las propiedades de su mandante, como derecho real, habrían quedado sometidas en cuanto a su extinción a la nueva norma. Agrega que, sin embargo, la aludida norma constitucional sustrajo las concesiones mineras de la aplicación de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes al ordenar imperativamente que las causales de extinción debían estar vigentes al momento de otorgarse las concesiones. Concluye de todo ello que, de aplicarse el artículo 96 del Código de Minería para extinguir las propiedades mineras de su mandante, se vulnera en su esencia la garantía constitucional y, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución”⁹⁵.

Sobre estas argumentaciones, el Tribunal Constitucional se ha mostrado tajante en rechazarlas, pues “ignoran en su razonamiento lo establecido en la disposición segunda transitoria de la Constitución”⁹⁶ y, por lo mismo, el alcance que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido a dicha norma transitoria, lo que bastaría para desechar también esta impugnación. Que, de esta manera, debe precisarse que, en el caso sublite, la propiedad del titular de las pertenencias mineras o estacamentos salitrales en cuestión se encuentra protegida por la Constitución, pues su concesión, como bien incorporal, está amparada por la garantía del derecho de propiedad y el concesionario no

⁹⁵ Sentencia n° Rol 609 de Tribunal Constitucional, 2 de Octubre de 2007

⁹⁶ Disposición transitoria segunda de la Constitución Política: Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al décimo del número 24° del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia esta Constitución, en calidad de concesionarios. / Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería. Este nuevo Código deberá otorgar plazo a los concesionarios para cumplir los nuevos requisitos que se establezcan para merecer amparo legal. / En el lapso que medie entre el momento en que se ponga en vigencia esta Constitución y aquél en que entre en vigor el nuevo Código de Minería, la constitución de derechos mineros con el carácter de concesión señalado en los incisos séptimo al décimo del número 24° del artículo 19 de esta Constitución, continuará regida por la legislación actual, al igual que las concesiones mismas que se otorguen.

podría ser privado de su dominio sobre ella, o de sus atributos o facultades esenciales, sin mediar expropiación, como tampoco está en duda que la ley no puede afectar dicho derecho en su esencia. Pero también habrá de tenerse presente que, sin embargo, y sin perjuicio de la aludida protección, ha sido la Constitución misma, en su disposición segunda transitoria, la que ha determinado, mediante una norma excepcional, especial y precisa, el régimen o estatuto que rige los derechos mineros existentes con anterioridad al Código de Minería de 1983. Tal régimen o estatuto contempla que tales derechos “subsistirán” bajo el imperio del nuevo Código, “pero” en cuanto a sus goces y cargas “y en lo tocante a su extinción”, se sujetarán a lo establecido por el señalado nuevo cuerpo legal. Ha sido así la Constitución, y no la ley, la que ha admitido que las concesiones anteriores al Código de Minería de 1983 se extingan por las causales que dicho Código establece, consagrando de esa manera, como se ha dicho, una excepción, de rango constitucional, al principio general que señala que una nueva ley no puede afectar los derechos adquiridos conforme a un régimen o estatuto jurídico anterior, lo que tiene directa incidencia en la solución de este conflicto constitucional”⁹⁷.

Se rechazan estas alegaciones, en resumen, porque “en virtud de la disposición transitoria segunda de la Carta Fundamental, los titulares de derechos mineros que existían con anterioridad al establecimiento de la nueva legislación, conservaron sus derechos en calidad de concesionarios, pero sus respectivos títulos quedaron regidos en lo sucesivo por un nuevo estatuto constitucional que los sujetó, “en lo tocante a su extinción”, a las normas que establecería el nuevo Código de Minería”⁹⁸.

Ahora bien, todo lo que hemos señalado hasta aquí es en el contexto de la nulidad basada en las causales que contempla el Código de Minería, sin embargo, no podemos dejar de lado la nulidad que deriva del artículo 7 de la Constitución Política. Al respecto, esta es una norma de derecho público, cuyo contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia, donde se ha considerado

⁹⁷ Sentencia nº Rol 609 de Tribunal Constitucional, 2 de Octubre de 2007

⁹⁸ *Ibíd.*

dos opciones: puede ser imprescriptible, según algunos, o de diez años, de conformidad a las reglas generales; o de cuatro años, que es la que se aplica a las concesiones mineras. Es algo que no está señalado especialmente en las normas vigentes⁹⁹, y por tanto queda abierta la discusión.

g) Otras nulidades

En los apartados previos nos hemos dedicado a revisar siempre un supuesto: la nulidad del acto de concesión. Sin embargo, este no es el único supuesto de nulidad – sin perjuicio de ser el más relevante- que contempla la legislación minera a propósito de las concesiones.

Nos parece importante al menos tenerlas en consideración, pues se trata de actuaciones que son posteriores al nacimiento de la concesión y constituyen su complemento indispensable. En este sentido el autor Ossa Bulnes¹⁰⁰ distingue dos otras nulidades vinculadas con el acto de concesión:

- i. Nulidad de la publicación del extracto: dentro del procedimiento, antes de requerirse la inscripción de la sentencia constitutiva, es necesaria la publicación del extracto de esa sentencia en el Boletín Oficial de Minería, en conformidad con el artículo 90 inciso segundo del Código. Si la publicación no cumple con alguno de los requisitos esenciales para su validez¹⁰¹, la publicación adolecerá de nulidad absoluta conforme al derecho común.
- ii. Nulidad de la inscripción de la sentencia constitutiva: se debe requerir la inscripción dentro del plazo de ciento veinte días, de lo contrario, la sentencia deja de producir efectos y la concesión o concesiones mineras caducan (artículo 160 del Código de Minería). Si ocurre

⁹⁹ VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 621.

¹⁰⁰ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 345 y ss.

¹⁰¹ Si se trata de un defecto más grave, como la no publicación, estamos frente a la inexistencia de la publicación. En este sentido, Ossa Bulnes señala que debe ponderarse con especial prudencia, dado que los se podría llegar a considerar que los vicios no podrían nunca sanearse y que podrían llegar a la caducidad de la concesión en cualquier tiempo (Ibídem).

cualquier situación que afecta esta inscripción desde el punto de vista de sus requisitos, estaremos frente a la nulidad de la misma.

Ahora bien, estas nulidades presentan ciertos aspectos comunes. El Código señala que se tramitan conforme al artículo 233, es decir, como procedimientos sumarios, sin embargo, no se regulan otros aspectos. El mismo autor, explica que por extensión o al menos por analogía, deberían aplicarse los mismos criterios que en nulidad del acto de concesión, como el que no pueden ser declaradas de oficio por el juez ni solicitadas por el Ministerio Público, que las personas que ejerzan las acciones tengan un interés actual y pecuniario, que sus plazos de prescripción es de cuatro años, entre otros.

CAPITULO II

LOS PERITOS EN EL ACTO CONCESIONAL MINERO

1. LOS PERITOS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

1.1 Nociones, concepto y características

Hoy en día, una apreciación consciente y razonable de los hechos por parte del juzgador es casi imposible sin la aplicación de algún conocimiento técnico o científico, y la forma más común de acercar este conocimiento al órgano jurisdiccional es a través de la prueba pericial¹⁰².

Cuando hablamos de los peritos en el derecho procesal, estamos en el contexto de los medios de prueba, que adquiere diferentes matices dependiendo de la materia en la que nos encontramos, civil, penal o, como estudiaremos dentro de este capítulo, minero.

En general, desde la perspectiva procesal civil, podemos señalar que la prueba pericial se trata de un medio probatorio que consiste en la presentación de un dictamen por parte de personas que tienen conocimiento sobre las materias o hechos a que dicho dictamen se refiere, y que han sido controvertidos en el juicio mismo. Desde el punto de vista penal, presenta en general las mismas características, sin perjuicio de algunas diferencias (dadas principalmente por la forma de valoración de la prueba en materia procesal penal)¹⁰³, pero por una cuestión de sistematización y por la supletoriedad de las

¹⁰² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil*, p. 335, en revista online Scielo. Disponible con fecha 30 de octubre de 2015 en el sitio web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010>.

¹⁰³ La principal diferencia, además de las cuestiones procedimentales (oportunidad, forma) y las propias de estar en otro ámbito, es que en materia procesal penal, por regla general, el medio de prueba no es el informe pericial en sí, sino la declaración que preste el perito durante la audiencia preparatoria correspondiente, en conformidad con los artículos 314 y siguientes del Código Procesal Penal, y en especial los artículos 315 y 316.

normas, para efectos de nuestro estudio nos quedaremos dentro de la perspectiva civil.

A partir de la noción anterior, podemos entender al perito como una persona, que no es parte ni tiene interés alguno en los resultados del juicio o controversia, que se caracteriza por tener un conocimiento técnico, específico o especial en alguna materia sustancial, pertinente y controvertida. En otras palabras, el perito es “aquel tercero, técnicamente idóneo o capaz, llamado a dar opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador”¹⁰⁴.

Teniendo lo previo en consideración, la prueba pericial se caracteriza principalmente por:

- i. El informe del perito consiste en un dictamen o una opinión, sobre una cuestión controvertida, respecto de la cual el juez necesita un conocimiento particular; y que puede recaer en cuestiones de hecho como en derecho (leyes extranjeras),
- ii. Se trata de un medio de prueba indirecto, en cuanto el tribunal no percibe los hechos por sí mismo,
- iii. el perito se caracteriza por ser un tercero extraño al juicio, que no tiene interés en él, y que es diferente al testigo¹⁰⁵,
- iv. desde una perspectiva formal, este medio puede ser decretado en cualquier estado del juicio, y además puede efectuarse en días y horas inhábiles,
- v. en cuanto a su iniciativa, puede ser decretada de oficio o a solicitud de parte; y,
- vi. puede ser facultativa u obligatoria.

¹⁰⁴ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, ob. cit. (99), p. 336.

¹⁰⁵ Si bien testigos y peritos coinciden en ser terceros ajenos al juicio, se diferencian por diversas razones: respecto de quiénes pueden llegar a ser testigo o perito (testigo: cualquier persona, salvo las inhábiles; perito: quienes tengan el conocimiento determinado, y además debe ser hábil), el cómo se toma conocimiento (antes o durante el proceso), si pueden hacer o no declaraciones sobre derecho, entre otros.

1.2 Algunos aspectos procedimentales del peritaje

Para efectos de su estudio, es necesario tener en consideración que el que sea un medio de prueba la actividad pericial implica que el perito estará sujeto a las reglas generales de la prueba que determina la legislación procesal civil. Un aspecto que queremos destacar por el momento es el respeto por el deber o principio de imparcialidad con que debe desempeñarse en su actividad: tiene especial importancia respecto del perito mensurador y la sanción de nulidad minera a propósito del acto de concesión.

Respeto de los informes periciales, la regla general es que sean de carácter facultativo (artículo 411 del Código de Procedimiento Civil)¹⁰⁶, pero podrán ser también obligatorios para el juez su decreto, como sucede, por ejemplo, en la interdicción por demencia. Esto último es importante porque si es de carácter obligatoria su procedencia y no se hizo, se pueda alegar la nulidad, mediante recurso de casación (artículos 768 n°9 y 796 n°4 del Código de Procedimiento Civil)¹⁰⁷.

El informe puede ser solicitado de oficio por el juez, o bien, a petición de parte¹⁰⁸. Una vez las partes lo hayan nombrado, o bien el mismo juez lo haya hecho, se le notificará al perito el nombramiento, para ver si es que acepta el

¹⁰⁶ Art. 411: Podrá también oírse el informe de peritos: 1°. Sobre puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte; y 2°. Sobre puntos de derecho referentes a alguna legislación extranjera. / Los gastos y honorarios que en estos casos se originen por la diligencia misma o por la comparecencia de la otra parte al lugar donde debe practicarse, serán de cargo del que la haya solicitado; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, y sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre pago de costas. El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios referidos. / La resolución por la cual se fije el monto de la consignación será notificada por cédula al que solicitó el informe de peritos. Si dicha parte deja transcurrir diez días, contados desde la fecha de la notificación, sin efectuar la consignación, se la tendrá por desistida de la diligencia pericial solicitada, sin más trámite.

¹⁰⁷ Art. 768: El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 9a. En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Art. 796: En los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores son trámites esenciales los que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso, y, si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los números 1° y 5° del artículo precedente.

¹⁰⁸ No sólo como medio de prueba, sino también como medida para mejor resolver.

cargo. Puede rechazarlo o aceptarlo, y en este último caso, conforme al art. 417 del Código de Procedimiento Civil¹⁰⁹, prestará el juramento de rigor y quedará investido para efectuar su informe.

Una vez que el perito ha aceptado su cargo, pasará a efectuar un examen previo sobre el objeto respecto del cual recae su dictamen, cuestión que se denomina reconocimiento. A esta actividad tienen derecho a participar las partes de forma facultativa (art. 417 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil).

Respecto de su remuneración, conforme al artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, el pago del peritaje es de cargo de quien lo solicita, salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión controvertida, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el pago de las costas. El tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que previamente se consigne una cantidad prudencial para responder a los gastos y honorarios referidos.

Luego del reconocimiento, el perito queda en condiciones de emitir su informe. El Código de Procedimiento Civil no entrega un plazo para tales efectos, debiendo ser el juez quien lo señale (art. 420 del Código de Procedimiento Civil)¹¹⁰, posterior a lo cual quedan agregados al proceso. En este punto se diferencia esencialmente del proceso penal, en donde el medio probatorio no lo constituye en sí el informe escrito que pueda presentarse, sino que la declaración en juicio que pueda hacer el perito respectivo.

Atendiendo al resultado del informe, podemos clasificarlos en : a) los que se limitan a dar información sobre las máximas de experiencias, esto es, sobre una determinada ciencia o técnica que el perito conoce como experto,

¹⁰⁹ Art. 417: El perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad. / De esta declaración, que habrá de hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, se dejará testimonio en los autos. / El perito encargado de practicar un reconocimiento deberá citar previamente a las partes para que concurran si quieren.

¹¹⁰ Art. 420: Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos.

como por ejemplo, un informe químico; b) los que, partiendo de un hecho conocido, proporcionan las causas de un suceso, como por ejemplo, un informe sobre la causa de la ruina de un edificio; c) los que partiendo de un hecho conocido pueden predecir consecuencias futuras, como por ejemplo, un diagnóstico médico sobre la evolución que tendrá el contagio de una enfermedad; y d) los que después de analizar un hecho conocido, pueden deducir ciertas cualidades o antecedentes, como por ejemplo, el que realiza un cálculo matemático¹¹¹ (como sería el caso del informe del perito mensurador).

1.3 Valor probatorio de los informes periciales

Lo primero a tener en consideración, es que la prueba pericial se enmarca dentro de lo que se denomina la prueba científica, la que goza de un alto poder de fiabilidad¹¹².

Lo segundo en este punto, es que la doctrina tiende a señalar que el sistema de valoración de la prueba en materia procesal civil es legal o tasada, sin embargo, el informe pericial tiene la especial característica de ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica (como sucede en materia procesal penal, conforme al artículo 425 del Código de Procedimiento Civil). La forma de valoración conforme a la sana crítica implica que el juez valorará el medio con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Finalmente, en esta misma línea, si existieren dos o más informes periciales y entre ellos opiniones discordantes, el tribunal podrá ponderar libremente las opiniones de todos ellos, tomando en cuenta los demás antecedentes del juicio (artículo 421 y 422 del Código de Procedimiento Civil).

¹¹¹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, ob. cit. (60), p. 338.

¹¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, ob. cit. (60), p. 340.

1.4 Responsabilidad de los peritos

Los peritos pueden incurrir en responsabilidad de carácter civil o criminal¹¹³:

- i. Respecto de la primera, el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil¹¹⁴ establece que si los peritos no evacuan su informe en el plazo que el tribunal les ha señalado, pueden ser multados. Este apremio para que se les aplique multa debe ser solicitado por las partes, dada la regla de que el proceso funciona por iniciativa de las partes y no de oficio

- ii. Creemos que también el perito puede incurrir en responsabilidad penal. La pena sería la del artículo 209 del Código Penal¹¹⁵, o sea, la de prestar falso testimonio en causa civil, pues el perito, al aceptar el cargo, debe jurar desempeñarlo fielmente; y si al evacuar su informe comete una infidelidad o falsedad a sabiendas, incurre en el delito descrito y penado por la disposición legal citada. Sin embargo, el perito mensurador tiene un tipo especial para esta circunstancia, por lo que no aplicaríamos esta sanción, sino, dándose sus presupuestos, el delito especial.

¹¹³ RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile (2010), p. 257.

¹¹⁴ Art. 420 Código de Procedimiento Civil: Los tribunales señalarán en cada caso el término dentro del cual deben los peritos evacuar su encargo; y podrán, en caso de desobediencia, apremiarlos con multas, prescindir del informe o decretar el nombramiento de nuevos peritos, según los casos.

¹¹⁵ Art. 209 Código Penal: El falso testimonio en causa civil, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. / Si el valor de la demanda no excediere de cuatro sueldos vitales, las penas serán presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

2. PERITOS Y DERECHO MINERO: DEL PERITO MENSURADOR

2.1 De la mensura y el perito mensurador

El procedimiento para obtener una concesión consta de varias etapas, siendo una de las más importantes y características la mensura. En vistas de aquello, para llegar a referirnos al perito mensurador, debemos primero revisar qué es la mensura y cuál es el rol del perito dentro de la misma.

La mensura es hoy una operación privada,¹¹⁶ de carácter técnico y que consiste en la ubicación, en el terreno, de los vértices de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias, indicados con las coordenadas U.T.M. que para cada uno de ellos haya señalado la solicitud de mensura, o se señalen en el acto de la mensura (art. 72 del Código de Minería). Complementando la señalada definición, el artículo 74 inciso final del Código de Minería expresa: “El ingeniero o perito colocará hitos, sólidamente contruidos y bien perceptibles, a lo menos en cada uno de los vértices de la pertenencia o del perímetro del grupo de pertenencias.” El alinderamiento, esto es, la colocación de hitos, denominados habitualmente linderos, a lo menos en cada uno de los vértices, es el complemento indispensable de la mensura (art. 64 inciso segundo)¹¹⁷. Sin perjuicio de otras referencias en el Reglamento del Código de Minería, debe señalarse que su artículo 37 letra c), a propósito del contenido del acta de mensura, señala que la misma debe incluir: “La operación de mensura y la colocación de linderos. Se hará una descripción clara y precisa de la forma en que se ubicaron, en el terreno, los vértices de la pertenencia o grupo de pertenencias, señalándose las orientaciones U.T.M. y distancias

¹¹⁶ El Código de Minería de 1983 suprimió el trámite de fijación de día y hora para iniciar la mensura, e hizo de esta una operación privada, que antes era pública (OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 257).

¹¹⁷ Artículo 64 inciso segundo: Si fueren varias las oposiciones formuladas por la causal segunda del artículo 61 contra una solicitud de mensura, o si a la solicitud de mensura de uno o más de estos opositores se hiciere, a su vez, oposición, el juez se pronunciará sobre todas ellas en una misma sentencia, con arreglo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 69.

U.T.M. Asimismo, se describirán la forma en que se colocaron los distintos linderos.”

Atendida la complejidad técnica de la operación de mensura, es necesario que esta sea ejecutada por una persona calificada para ello y además, que posea las características e investidura señalada por la Ley. Con esa finalidad es que el Código de Minería dispone que debe llevarse a cabo por un profesional elegido por el interesado y presentado ante el tribunal en el escrito de solicitud de mensura (Artículo 59, Código de Minería), el cual debe ser un ingeniero civil en minas o un perito mensurador, este ultimo elegido desde una nómina en la cual anualmente se los designa con tal objeto, por el Presidente de la República, a propuesta del Director Nacional del Servicio de Geología y Minería.

De aquí se desprende que debido a la importancia que tiene la operación de mensura y todas las demás posibles actuaciones del perito dentro del proceso de constitución de la concesión minera, el legislador establece como exigencia legal de validez un reglado procedimiento para la habilitación, designación y aceptación del cargo.

Tal como se señala, esta es precisamente la naturaleza de los peritos mensuradores, los cuales están lejos de ser simplemente peritos judiciales, debido a su rol dentro del proceso, pues su labor va mas allá de solo aportar con su conocimiento para la resolución del juicio, sino que para la legislación minera es fundamental y obligatoria la actuación del perito para la constitución de una concesión minera, es decir, para la legislación minera se establece como un acto necesario e imperativo la intervención técnica del perito. Esto coincidiendo con lo señalado por el profesor Samuel Lira Ovalle.¹¹⁸

¹¹⁸ *Ibíd*em

Ahora bien, el interesado podrá elegir libremente al perito y lo puede reemplazar antes de la ejecución de la mensura; también durante la misma mensura si esta se ve imposibilitada¹¹⁹.

En conformidad con el artículo 71 inciso segundo del Código de Minería, el Presidente elige de una nómina que propone el Servicio Nacional de Geología y Minería, el cual establece un proceso para poder ser perito mensurador.¹²⁰ Este proceso actualmente se hace mediante una postulación vía internet, donde además de contar con la calidad de ingeniero ejecución en geomensura o ingeniero de minas, al postulante se le exige rendir ciertas pruebas de conocimiento sobre determinadas materias, a saber: conocimientos del Código de Minería y sus Reglamentos, conceptos de Geometría Esférica, conocimientos de Geometría Analítica, métodos de Vinculación a la Red Geodésica, conocimientos de Geodesia Satelital, normas GPS para mensuras mineras, reglamentación sobre peritos mensuradores, manejo de costos aplicados a campañas de terreno y servicios profesionales, y circulares de peritos mensuradores.

Es importante destacar que además de las normas específicas relativas a la mensura en sí, que por supuesto debe respetar el perito, este está sujeto a su propia normativa: el Reglamento para la Calificación y la Inclusión en propuesta de Designación de Peritos Mensuradores, del año 2003, que establece en detalle sus requisitos, calificaciones y sanciones en su mal ejercicio, entre otros, cuestiones sobre las cuales volveremos al hablar del error y el dolo en que el perito podría incurrir durante la mensura y sus consecuencias.

Retomando la actividad de mensura; respecto de la oportunidad para efectuar la operación de mensura, se debe distinguir entre dos situaciones

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ En sentido, mayor información disponible en el sitio oficial del SERNAGEOMIN, visitado el 20 de octubre de 2015, en la dirección: <<http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/normativa/ProcesoPostulacionPerito2013.pdf>>.

(conforme a los artículos 61 y siguientes del Código de Minería, relativos a la Oposición a la mensura, y al artículo 71 y siguientes, de la Mensura):

- i. No hubo juicio de oposición a la mensura: si practicada la publicación de la solicitud de mensura en el Boletín Oficial de Minería, transcurren los treinta días corridos y fatales sin que se presente demanda de oposición a la mensura. Esto se realiza una vez vencido el plazo para deducir oposición.
- ii. Si dentro del plazo se presentó demanda de oposición, y fue acogida a tramitación, la mensura se efectuará una vez ejecutoriada la sentencia que se pronuncie sobre el juicio de oposición, sea que rechace la demanda de oposición o que determine la ubicación de las pertenencias, de partes o parte de quienes se haya reconocido el derecho a mensurar.

Luego de haber efectuado la mensura, el titular de la concesión tiene un plazo de 15 meses, de carácter fatal y corrido (como corresponde a los plazos mineros) desde la fecha de la presentación de la manifestación al juzgado, para presentar el acta y el plano al juez (art. 78 inciso primero del Código de Minería).

Ahora bien, cualquiera sea la época en que la mensura se lleve a cabo efectivamente, para los efectos de lo dispuesto en art. 95 n°6, relativo a la nulidad del acto de concesión (causal relativa a la superposición), se presume de derecho que toda mensura ha sido ejecutada en la misma fecha en que se presentó la correspondiente solicitud de mensura (art. 72 inciso segundo del Código de Minería).

2.2 Obligaciones del perito Mensurador

Para poder constituirse como perito mensurador es necesario que la persona habilitada acepte el cargo, jurando fiel desempeño; de esta forma queda legamente habilitado para efectuar la mensura (art. 26 del Reglamento del Código de Minería¹²¹ y 417 del Código de Procedimiento Civil¹²²). De no efectuarse este juramento, todo lo obrado adolece de nulidad¹²³.

¿Qué sucede si el perito no cumple con esta obligación previa de prestar juramento? ¿Se podría invalidar su informe o tener como no presentado por no cumplir estas normas? Para determinar el efecto, en conformidad a lo fallado por la Corte Suprema¹²⁴ (a propósito de un recurso de casación en la forma, en donde se reclama que no habiéndose prestado juramento ante el tribunal competente en la forma dispuesta en los artículos 62 y 417 del Código de Procedimiento Civil queda invalidado todo el procedimiento de mensura de la manifestación), se debe primero observar, considerando el recurso, si este juramento era *decisoria litis* o no, cuestión que difícilmente se dará si es que a pesar de no prestar juramento, sí se ha presentado el informe, por lo que la Corte rechaza el recurso, desestimando la caducidad por no jurar.

Sin embargo, si nos apegamos estrictamente a las normas mineras en este sentido, en teoría sí podría darse lugar a la caducidad, puesto que al no haber juramento, el perito no está habilitado dentro del proceso en virtud de lo señalado en el Artículo 26 del Reglamento del Código de Minería en relación con el 417 del Código de Procedimiento Civil; de ahí que cualquier actuación realizada por este perito, se tendría como no presentada dentro del proceso, ya que esta presentada en tiempo pero no en forma. Y una vez vencido el plazo

¹²¹ Artículo 26. Reglamento Código de Minería: Al aceptar el cargo, el ingeniero o perito encargado de la mensura cumplirá lo prescrito en el inciso primero del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil; y deberá observarse, además, lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo.

¹²² Art. 417 Código de Procedimiento Civil: El perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad. / De esta declaración, que habrá de hacerse verbalmente o por escrito en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, se dejará testimonio en los autos. / El perito encargado de practicar un reconocimiento deberá citar previamente a las partes para que concurran si quieren.

¹²³ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 262.

¹²⁴ Corte Suprema, Rol N° 7740, Santiago, veinticuatro de agosto de dos mil quince, Casación en la forma.

para entregar la mensura, no se podría tener como presentada, dando lugar a una caducidad.

En este mismo sentido la Corte expresó en otro fallo que “Ha de precisarse que, efectivamente, en el nombramiento de perito debería haberse dado cumplimiento a las formalidades establecidas en el artículo 26 del Reglamento del Código de Minería, que se remite al artículo 417 del Código de Procedimiento Civil, esto es, notificación, aceptación del cargo y juramento de fiel desempeño sin embargo, la ausencia de tales formalidades no importó la comisión de vicios que afecten la validez o eficacia de las presentaciones realizadas en tiempo oportuno por el respectivo mensurador”; añadiendo que “de este modo, resulta obvio que para dar cumplimiento a la disposición contenida en la norma en comento, ha bastado la presentación del acta y plano de mensura en el plazo que ella establece, sin que sea atinente entrar al análisis de la validez o invalidez de la investidura del perito que participó en las gestiones pertinentes, desde que el artículo 78 ya citado, no realiza distingo alguno en tal sentido”¹²⁵. Luego, expresa que es necesario ver si se estima como presentadas o no las actas de mensura, lo cual “debió pasarse por una declaración previa de validez o invalidez del nombramiento respectivo, cuestión que no se hizo”.

Por lo mismo, se concluye que “en el fallo impugnado se ha incurrido en infracción de los artículos 78 y 86 del Código de Minería (...). Agrega que si se actuó luego como correspondía según la ley, ha habido una aceptación tácita del cargo: “reseña la jurisprudencia de esta Corte, según la cual es improcedente la caducidad fundada en no existir testimonio escrito de la aceptación del cargo de perito mensurador, si el perito realizó gestiones que suponen el conocimiento de su designación como tal, que reflejan su tácita aceptación del cargo, como es el cumplimiento de la misión encomendada, esto

¹²⁵ Corte Suprema, Causa n° 762/1998 (Casación). Resolución n° 3369, Sala Cuarta (Mixta) de 22 de Marzo de 2000.

es, realizar la mensura respectiva”¹²⁶. Este punto se desarrolla y complementa en Capítulo III N° 2, a propósito del error pericial.

Una vez habilitado en el cargo, el perito deberá realizar la mensura en conformidad a las normas, tanto de forma activa como pasiva (prohibiciones), que están reguladas desde el artículo 71 y siguientes del Código de Minería y desde el artículo 26 de su Reglamento:

- i. Deberá efectuar la operación de mensura, respetando las normas relativas a la forma, orientación, cabida y lados de la cara superior.
- ii. Tiene la obligación de construir un hito o lindero ligado a vértices de la Red Geodésica Nacional, o aprobados por el SERNAGEOMIN, o a hitos que correspondan a pertenencias constituidas con arreglo al Código y al Reglamento. El hito debe quedar ubicado sobre el perímetro de la pertenencia o grupo de pertenencias, o dentro del área encerrada por dicho perímetro, y servirá como punto de partida para ejecutar la operación de mensura.
- iii. La mensura no puede, en ningún caso, abarcar terrenos situados fuera del perímetro, indicado en la solicitud de mensura (art. 73 inciso 2). Si esta prohibición no se acata el juez no declarará constituida la pertenencia, y si lo hace, el acto de concesión quedará viciado de nulidad (art. 95 n°5).¹²⁷
- iv. El ingeniero o perito tampoco puede en caso alguno abarcar con la mensura pertenencias vigentes (art. 72 del Código de Minería). Si se infringe a sabiendas esta prohibición sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.

¹²⁶ Corte Suprema, Causa n° 762/1998 (Casación). Resolución n° 3369, Sala Cuarta (Mixta) de 22 de Marzo de 2000

¹²⁷ El Reglamento profundiza en este punto, en su artículo 27 inciso 1: el ingeniero o perito debe ejecutar la mensura de manera que la pertenencia o el grupo de pertenencias queden comprendidos íntegramente, tanto dentro del terreno manifestado como en el terreno que fue objeto de la solicitud de mensura.

- v. Se prohíbe dejar espacios libres entre las pertenencias, entre las que no puede constituirse otra pertenencia o demasía, aunque se haya pedido en la solicitud de mensura (art. 36 del reglamento).
- vi. De acuerdo al art. 76 del Código, se prohíbe al perito mensurar dos o más pertenencias originadas en una misma manifestación, sin que cada una tenga a lo menos un punto de contacto con otra.
- vii. Durante el acto de mensura no se admite ninguna alegación de terceros, conforme al art. 71 del mismo Código.

Finalmente, terminada la mensura y efectuados los cálculos relacionados con ella, el ingeniero o perito debe levantar un acta que ha de contener la narración precisa, clara y circunstanciada del modo cómo ejecutó la operación y de la forma cómo determinó las coordenadas U.T.M de los vértices (art. 75 inciso primero del Código de Minería). Siempre que sea posible, el acta debe indicar los nombres, ubicación y dueños de las pertenencias colindantes (art. 75 inciso segundo). El acta debe ser suscrita por el ingeniero o perito, todo conforme al art. 37 del Reglamento¹²⁸. La fecha del acta de mensura será aquella en que se realizó efectivamente, sin perjuicio de la presunción de derecho antes señalada para los supuestos de alegación de nulidad.

Además, el perito mensurador está obligado a confeccionar un plano por triplicado de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas, con indicación de las coordenadas U.T.M, de los vértices del perímetro de la pertenencia o del grupo de pertenencias, de las particularidades del terreno y de las pertenencias colindantes (art. 77 inciso primero). Entregados el acta y el plano al juez, este debe remitirlos al Servicio Nacional de Geología y Minería para su informe (art. 79 inciso primero), para luego proseguir el resto del procedimiento de obtención de concesión.

A estas obligaciones, agregamos el deber de imparcialidad y correcto desempeño en su actividad, cuestiones correspondientes a la generalidad de la actividad pericial y que creemos también alcanzan al perito mensurador.

¹²⁸ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 263.

2.3 Relación entre el perito mensurador y el perito civil y naturaleza del perito mensurador

Para poder efectuar una vinculación entre perito regulado en el Código de Procedimiento Civil y la figura del perito mensurador, es primordial tener en vista la normativa correspondiente.

Lo primero, es que el Código de Minería no hace referencia a qué normas se le aplican al perito mensurador, y el Código de Procedimiento Civil tampoco menciona al perito mensurador. Sin embargo el Reglamento del Código de Minería, señala en su artículo 26 que el ingeniero o perito mensurador que “al aceptar el cargo, el ingeniero o perito encargado de la mensura cumplirá lo prescrito en el inciso primero del artículo 417 del Código de Procedimiento Civil; y deberá observarse, además, lo dispuesto en el inciso segundo del mismo artículo”. El artículo 417 se refiere al juramento que se debe prestar para aceptar el cargo y quedar habilitado como perito.

Frente a esta situación, hay dos posibilidades de interpretación. La primera, restrictiva, entendiéndose que si el Reglamento hace referencia a esas normas en particular, no es posible aplicarles a los peritos mensuradores el resto de la normativa sobre el informe de peritos que contempla el Código a partir del art. 409 y siguientes, apartado dedicado a la prueba pericial.

La segunda opción, es entender que sí le son aplicables – en la medida de lo que sea compatible- las normativas generales al perito mensurador, por una cuestión de texto, puesto que el artículo del Reglamento no usa ninguna expresión excluyente, como serían palabras tales como “sólo” o “únicamente”, o “se prohíbe”, y por lo tanto admitiría la aplicación de otras normas procesales civiles.

Sin embargo, no podemos dejar de lado un aspecto importante dentro del procedimiento de obtención de una concesión minera: que es un procedimiento de carácter no contencioso, conforme al artículo 34 del Código de Minería.

Considerando entonces que es un procedimiento no contencioso, se debe hacer concordancia con el artículo 818 inciso primero del Código de Procedimiento, que señala que aunque los tribunales hayan de proceder en algunos de estos actos con conocimiento de causa, no es necesario que se les suministre este conocimiento con las solemnidades ordinarias de las pruebas judiciales. El inciso segundo agrega que así pueden acreditarse los hechos pertinentes por medio de informaciones sumarias, y el tercero añade que se entiende por información sumaria la prueba de cualquier especie rendida sin notificación ni intervención de contradictor y sin previo señalamiento de término probatorio. Por lo tanto, la prueba, e incluyendo el informe pericial, es desformalizado, y por lo tanto, no es necesaria la aplicación del Código de Procedimiento en sus artículos 409 y siguientes.

Considerando lo anterior, coinciden en que son efectivamente terceros ajenos al procedimiento, que cuentan con un conocimiento técnico especial, que serán remunerados por quien solicita su actuación, que deben rendir un informe (de carácter , entre otros; con la principal diferencia de que el perito mensurador tiene sus reglas especiales en razón de su específica actividad, que provocan que no le sean directamente aplicable las normas formales de la actividad pericial del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, esto no implica que queden fuera de los principios generales que rigen la prueba, o de los principios que debe respetar el perito, cualquiera sea, en su actividad, en especial, la imparcialidad y la pericia o experticia en su desempeño; cuestión que toma relevancia cuando revisemos en el siguiente capítulo la relación entre la actividad de perito mensurador y las causales de nulidad analizadas en el primer capítulo.

La Corte Suprema en este mismo sentido ha manifestado que “no cabe sino calificar como perito al mensurador, puesto que ninguna otra calificación

le resulta aplicable a dicho medio de prueba, como lo es el informe que éste debe emitir y, tal como quedó consignado precedentemente, una vez designado, aceptado por éste el cargo respectivo y juramentado, es él quien debe llevar a término la labor encomendada en tal calidad”¹²⁹.

Otra importante materia de la cual creemos que quedan excluidos, a priori, es de la responsabilidad penal que podría afectar a los peritos en general, es decir, en nuestra opinión, no podrían quedar afectos a lo prescrito por el artículo 209 del Código Penal, que sí podría aplicarse al simple perito. Esto, en razón de la especialidad de la materia minera, donde al perito mensurador se le sanciona con un tipo penal especial para la actividad que desarrolla en la medida que se den los requisitos que establece la norma. En otro sentido está el tema de si podría constituir o no prevaricación una actividad del perito. Sobre ambos puntos volveremos en el siguiente capítulo, al analizar en detalle la responsabilidad del perito mensurador.

De forma paralela pero íntimamente vinculado al tema anterior, en doctrina se ha discutido sobre la naturaleza del perito mensurador, sobre si se considera un técnico privado, que proveen las partes, o bien si se considera igualmente como el técnico procesal. Respecto de lo primero (de considerarlo un técnico privado que se incluye por las partes en el proceso concesional minero), parece ser la opinión del autor Lira Ovalle, que considera el cambio legislativo que existió (donde antes claramente no era privada la operación de mensura), al afirma que la mensura es hoy en día una operación privada¹³⁰.

La jurisprudencia no ha sido muy clara en este aspecto. La Corte Suprema, en Causa n° 238/2001, recién vista, primero, da a entender que es un perito procesal; pero, por otro lado, luego expresa que “el perito mensurador no es sino un técnico escogido por el interesado y no por el tribunal, para efectuar un acto estrictamente privado, en la misma sentencia”. Respecto de esto, nuestra opinión se remite a la primera parte de este título.

¹²⁹ Corte Suprema, Causa n° 238/2001 (Casación). Resolución n° 18178, Sala Tercera (Constitucional) de 19 de Noviembre de 2001.

¹³⁰ LIRA OVALLE, ob. cit. (73), p. 134.

CAPITULO III

EFFECTO DE LAS ACTUACIONES DEL PERITO MENSURADOR:

DE LA NULIDAD Y CADUCIDAD PROVENIENTES DEL

ERROR Y EL DOLO PERICIAL

En nuestro primer capítulo revisamos en general las sanciones de caducidad y nulidad, por ser frecuentes y relevantes en materia minera. A propósito de la nulidad, sabemos que sus causales, en relación al acto de concesión, están reguladas en el artículo 95 del Código de Minería. Teniendo esto en cuenta, es necesario ahora volver sobre determinadas causales, que están directamente vinculadas con nuestro segundo capítulo, relativo al perito mensurador, dado que de sus actuaciones podemos llegar a la nulidad del acto de concesión, cuestión que pasamos a revisar en este tercer capítulo.

1. Nociones de culpa y dolo en el Derecho Civil

En términos generales, el dolo y la culpa son elementos esenciales dentro del Derecho Civil, y en especial dentro de lo que es la responsabilidad civil, constituyendo el criterio de imputabilidad; es decir, explican por qué una persona debe responder por ciertas situaciones, ya sea el incumplimiento de un contrato, ya sea la realización de un acto que causa perjuicio a otro. La responsabilidad civil, como ya sabemos, puede ser contractual o extracontractual, pero tienen en común el dolo y la culpa como elementos necesarios para que ésta surja y consecuentemente se dé lugar a una indemnización de perjuicios.

En relación al concepto de ambas instituciones, el artículo 44 del Código Civil, dentro de las palabras de uso frecuente que define el legislador, señala que “el dolo es la intención positiva de inferir perjuicio a la persona o propiedad de otro”; y, además, entiende a la culpa como la falta de diligencia, es decir, como negligencia, estructurándola en tres niveles: culpa leve, grave y gravísima¹³¹; dentro de este artículo además el legislador asimila la culpa grave al dolo: el nivel de negligencia es tan significativo que es equiparable al dolo.

La doctrina, se refiere al dolo como “toda maquinación fraudulenta destinada a obtener una declaración de voluntad que de no mediar éste no se hubiere obtenido o se hubiere obtenido en términos substancialmente diferentes. En este sentido, el dolo es toda maquinación fraudulenta por la cual una parte o el autor de un acto jurídico es inducido a celebrar un acto jurídico (...) que de no mediar el dolo no habría celebrado o lo habría hecho en términos substancialmente diferentes”¹³². Esta concepción del dolo está directamente relacionada con el error, “pero, en el dolo es indiferente la clase de error en que recae la víctima, da igual si el error es obstáculo o sustancial. El dolo presupone un error, en el que lo padece, que afecta a los motivos que llevan a celebrar el acto o contrato”.

La culpa sabemos que se construye desde la idea de negligencia, que “hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de

¹³¹ Art. 44. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹³² DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información*, en Revista online Scielo, revisado con fecha 04 de noviembre de 2015, disponible en el sitio web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000200003&script=sci_arttext>.

cuidado que debemos observar en nuestra vida de relación (...). Son objetivas, porque no atienden a las características individuales y subjetivas de cada cual, sino a un modelo de conducta”. En este sentido, entendemos que la culpa puede ser “concebida como la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros. La culpa civil es esencialmente un juicio de ilicitud acerca de la conducta y no respecto de un estado de ánimo”¹³³.

De lo último, se justifica que en este capítulo revisemos la culpa y dolo: la falta de diligencia o bien, la alteración que implica el dolo, nos llevan directamente al error y dolo pericial que pueden ocasionarse dentro de la actividad de mensura en el procedimiento de concesión minera.

Otro aspecto que debemos considerar, es que, al existir dos órdenes de responsabilidad civil, hay autores que discrepan acerca de cuál de los dos es el régimen supletorio que se extiende a situaciones no reguladas expresamente, como sería la materia minera, cuestión que nos importa porque existen algunas diferencias entre las nociones de culpa y dolo en cada ámbito¹³⁴. Por una parte, hay quienes señalan que el régimen supletorio es el responsabilidad contractual, como don René Abeliuk, que señala que es así “porque el Título 12 del Libro 4° trata de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones”, expresión que las involucra a todas, y se exceptúan los hechos ilícitos por el tratamiento separado que les otorga bastante más adelante”¹³⁵. En este mismo sentido se manifiesta Alessandri Rodríguez, que considera que la responsabilidad

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Entre las principales diferencias respecto del dolo y la culpa entre responsabilidad civil contractual y extracontractual están: en responsabilidad contractual sí se diferencia entre dolo y culpa porque el dolo sirve para agravar la responsabilidad (se responde por daños previstos e imprevistos), en cambio, en extracontractual, la concurrencia de dolo o culpa no altera la responsabilidad, porque siempre se busca la reparación integral, independiente de la intencionalidad con que se cometió el hecho; se señala que la culpa en contractual se gradúa conforme al artículo 44 en relación con el artículo 1547 del Código Civil, y en extracontractual, se utiliza el criterio de la culpa leve, entendiéndose que este es el criterio general de la legislación civil, también conforme al artículo 44; en contractual, respecto de la prueba, la culpa se presume, por lo tanto se altera la carga de la prueba, cuestión que difiere en materia extracontractual, donde se debe probar el elemento subjetivo, para lo cual la legislación prevé algunas presunciones (artículos 2414 y siguientes del Código Civil).

¹³⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial LegalPublishing, Santiago (2014), p. 1069.

delictual y cuasidelictual son de excepción¹³⁶. Por otro, hay autores que consideran que el régimen o estatuto común de responsabilidad es el extracontractual, como Enrique Barros, que en este sentido señala que “sólo excepcionalmente las relaciones de derecho privado se encuentran reguladas por un acuerdo previo del cual emanan obligaciones contractuales que dan lugar a un vínculo obligatorio preexistente. Lo usual es que las personas no se encuentren vinculadas por contrato alguno, y que sus contactos recíprocos se encuentren regulados por deberes extracontractuales, que tienen su fuente en el derecho y no en la convención (...).Dicho de otro modo, el contrato y la obligación contractual son excepcionales; por el contrario, los deberes de cuidado extracontractuales que supone la vida en comunidad son generales y comunes”¹³⁷.

Sin embargo, advierte el mismo autor, no sólo porque no sea contractual será inmediatamente extracontractual: la regla de la analogía es imprescindible para determinar qué estatuto es el correspondiente, y de esa manera, aplicar las normas más cercanas a la naturaleza de la situación jurídica correspondiente. Explica que “en la medida que las obligaciones legales y diversas acciones restitutorias suponen una relación obligatoria preexistente, y la responsabilidad sólo tiene lugar si se incurre en incumplimiento de esa obligación principal, la analogía más fuerte es con la obligación contractual. Por el contrario, desde el punto de vista del importante requisito de la culpa o la ilicitud, la cercanía de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales y de muchas obligaciones restitutorias es mayor con la responsabilidad extracontractual que con la contractual, porque en todas ellas la responsabilidad depende de que se haya infringido una regla de conducta que tiene su origen en el derecho y no en una convención. En circunstancias que las condiciones de la responsabilidad no han sido acordadas, pertenecen al

¹³⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2005), p. 47.

¹³⁷ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2006), p. 1068 y 1069.

ámbito de aplicación de las reglas generales de cuidado, como es típico de en la culpa extracontractual”¹³⁸.

En vista de lo anterior, adherimos a la posición de que el estatuto general corresponde al de la responsabilidad civil extracontractual, por tratarse de la regla general en la práctica, como bien señala Enrique Barros. Y, en particular aplicando estas ideas respecto del tema pericial, creemos que el supuesto en que cae el perito mensurador no puede calificarse de contractual, puesto que no existe este acuerdo de voluntades destinado a crear efectos jurídicos, propios de un contrato; sin embargo, esto no nos permite inmediatamente asegurar que sea extracontractual su estatuto.

No podemos negar que existe un vínculo entre quien elige al perito de la nómina y el mensurador, que tiene características propias de relación jurídica procesal, dado que el perito mensurador es considerado un perito en general, que siendo un tercero sin interés, queda sujeto a un estatuto particular que regula el Código de Procedimiento Civil, del cual surgen ciertas obligaciones legales, que se complementan a las obligaciones legales que determina el mismo Código de Minería a su actividad de mensura.

En relación con lo anteriormente expuesto, la situación del perito quedaría circunscrita a lo relativo a las obligaciones legales. Barros al respecto señala que “la obligación legal no tiene su fuente en la convención, ni su contenido puede estar determinado por las partes, de modo que no le resultan aplicables las reglas de los contratos, que tienen por preciso supuesto que la obligación emana de un acuerdo voluntario. Ése es particularmente el caso respecto de la limitación de la responsabilidad a los perjuicios previsibles. Eso lleva a suponer que las condiciones y efectos de la responsabilidad son las de responsabilidad extracontractual”¹³⁹.

¹³⁸ BARROS BOURIE, Enrique, ob. cit. (135), p 1070.

¹³⁹ BARROS BOURIE, Enrique, ob. cit. (135), p 1070.

Lo anteriormente expuesto acarrea que a continuación, cuando desarrollemos las consecuencias del error y el dolo pericial, respecto de la responsabilidad en que podría incurrir el perito mensurador, consideramos que el régimen a ser aplicado es precisamente el de la responsabilidad civil extracontractual, cuestión, que como se verá, es también lo que considera la doctrina en la materia.

Teniendo entonces a la vista las nociones de dolo y culpa, y de responsabilidad civil, debemos extender las mismas al ámbito pericial, puesto que el Derecho Civil constituye el derecho común, y no existe en el ámbito minero especial tratamiento en estas materias.

2. ERROR PERICIAL

2.1 Causal que lo contempla

Como punto de partida, es necesario recordar qué nos dice la ley a propósito del error pericial: “Artículo 95: Sólo son causales de nulidad de una concesión minera, las siguientes: 1° Haberse incurrido en error pericial en la mensura de la pertenencia”.

Cuando estamos frente a esta caso, “la ley se refiere al error cometido por el perito al realizar la operación técnica de mensura, error que debe ser de tal magnitud que altere sustancialmente la ubicación de la o las pertenencias en el terreno y que no haya sido cometido “a sabiendas”, o sea con mala fe”¹⁴⁰; esto porque de lo contrario caeríamos en el supuesto del numeral segundo, cuestión no menor porque presentan diferencias relevantes.

En conformidad a lo que vimos respecto de la culpa en nuestro apartado anterior, en este supuesto, el perito, que es una persona experta en la materia, ha desarrollado su actividad de manera poco diligente: ha actuado con culpa,

¹⁴⁰ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (57), p. 242.

es decir, no tenía intención de causar perjuicio, pero de su actividad poco cuidadosa al momento de efectuar la mensura ha creado un perjuicio a la persona que solicita la concesión minera.

No se debe olvidar que esta causal se refiere únicamente respecto de la concesión de explotación y no la de exploración, y no necesita constar en el acta de mensura, sino que está limitada a los errores que el perito cometa en la operación de mensura misma¹⁴¹.

Dentro del Código, el artículo 98, en estos casos señala que el demandado cuya concesión fue anulada, tendrá derecho a corregir el acta y plano de mensura de la pertenencia; esto, siempre que, conforme a las reglas de nulidad minera ya vistas, los fundamentos de hecho de la sentencia que declaró la nulidad así lo permitan.

Existen muchas posibilidades o formas en que se puede cometer un error durante la mensura, sin embargo, la doctrina ha estimado que el error en que ha incurrido el perito en la operación técnica de la mensura debe ser de tal manera que su replanteo sea impracticable o dé un resultado completamente diferente, con lo cual se hace imposible o altera sustancialmente la ubicación de la o las pertenencias en el terreno¹⁴²; es decir, debe ser un error de cierta magnitud o importancia para que dé lugar a la causal en estudio. A propósito de las consecuencias del error veremos algunos ejemplos y cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto.

2.2 Sanciones del ordenamiento frente al error pericial

¹⁴¹ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 327. Se dice que no necesita constar en el acta, porque, como explica el autor, en las legislaciones previas sí era así, es decir, el error tenía que constar en el acta de mensura.

¹⁴² VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 619.

La cuestión ahora a determinar es qué sucede luego de que el perito no haya efectuado de la forma que correspondía actividad de mensura. Esto debemos revisarlo desde dos perspectivas, puesto que hay consecuencias jurídicas desde el punto de vista tanto del procedimiento de concesión, como para el perito mismo.

Respecto de lo primero, ya lo hemos visto: es una causal de nulidad, es decir, la persona que estaba en el procedimiento queda facultada para solicitar la nulidad (salvo el dueño de la concesión, conforme al artículo 97 inciso primero del Código de Minería), mientras cumpla con los requisitos (como por ejemplo, recordemos, tener un interés actual y pecuniario). De acogerse su demanda, surgirá su derecho a corrección, por cuanto es el efecto propio de la nulidad minera. Para poder ejercer este derecho se deben cumplir dos requisitos copulativos: i. no puede contrariar la sentencia de nulidad, y; ii, debe respetar (esto es, no exceder), el perímetro de la cara superior de la concesión de explotación indicado en la solicitud de sentencia, o en su caso, el perímetro de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas (artículo 98 inciso segundo¹⁴³).

Además debemos considerar que la acción debe ejercerse dentro de los plazos y de la forma establecida por la ley, es decir, sino se ejerce dentro del plazo de cuatro años desde la fecha de publicación del extracto de la sentencia constitutiva, en conformidad con el artículo 96 del Código de Minería, expira la posibilidad de accionar de nulidad, quedando saneada por tanto la concesión.

No olvidar que una vez que transcurre este plazo, no se consideran las suspensiones que la ley establece en beneficio de determinadas personas (artículo 93 del Código de Minería en relación con los artículos 2520 y 2509 del Código Civil). Por tanto, al operar esta sanción, caduca la posibilidad de

¹⁴³ Artículo 98 inciso segundo: Al efectuar las correcciones a que se refiere el inciso anterior, no se podrá contrariar la sentencia de nulidad y, además, se deberá respetar el perímetro de la cara superior de la concesión de exploración indicado en la solicitud de sentencia, o el de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias mensuradas, en su caso.

exigir la nulidad, quedando firme y saneado el acto, según corresponde a caducidad.

A pesar de que el error del perito puede tener como consecuencia la nulidad, es decir, que si bien el legislador asume que en la operación de mensura pueden producirse ciertos errores u omisiones, existen algunos que sí pueden ser subsanados y, consecuentemente, no producen los graves efectos señalados. La jurisprudencia ha señalado a propósito que “el artículo 85 del Código de Minería¹⁴⁴ distingue entre faltas o ilegalidades insubsanables, que traen como consecuencia que el juez debe dictar sentencia denegando la constitución de la pertenencia y las faltas o ilegalidades subsanables, que, por el contrario, traen aparejado para el interesado el otorgamiento de un plazo para que pueda corregirlas.¹⁴⁵”

Por ejemplo, si el perito ha incurrido en un error por la colocación incorrecta de los hitos de mensura, este se trata de un error que puede ser subsanado cuando es observado por el Servicio Nacional de Geología o Minería o, excepcionalmente, advertido por el juez del procedimiento constitutivo¹⁴⁶.

A propósito de la caducidad, se ha planteado en jurisprudencia qué sucede si el perito mensurador no ha realizado la mensura¹⁴⁷: ¿se da lugar a la caducidad de los derechos emanados de la manifestación? Esto, según dispone el artículo 86 inciso segundo del Código de Minería¹⁴⁸, en relación con el

¹⁴⁴ Artículo 85.- El juez examinará los autos y, si se reúnen los requisitos legales, dictará la sentencia constitutiva de la pertenencia. / Si nota faltas o ilegalidades insubsanables, dictará sentencia denegando la constitución de la pertenencia y mandando cancelar las inscripciones respectivas. / Si nota, en cambio, faltas o ilegalidades subsanables, ordenará su corrección dentro del plazo que prudencialmente fijará y, hecho, dictará la sentencia constitutiva de la pertenencia. Si la corrección no se efectúa dentro del plazo fijado, el juez, de oficio, procederá conforme al inciso anterior.

¹⁴⁵ Causa n° 528/2011 (Civil). Resolución n° 2069 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 31 de Enero de 2012, considerando décimo tercero. Causa revocada por la Corte Suprema Rol 3428 – 2012.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ En el caso en estudio, se probó que la actividad la realizó una tercera persona.

¹⁴⁸ Artículo 86.- Si el juez nota, en cualquier momento durante la tramitación de la constitución de la concesión y mientras no se haya dictado la sentencia constitutiva de ella, que no se ha cumplido dentro del plazo cualquiera de los requisitos o actuaciones para los cuales el juez, conforme al artículo 82, o este Código, hayan señalado plazos fatales, dictará sentencia declarando la caducidad de los derechos

inciso primero de la misma disposición, que permite a un tercero representar al juez de la causa el incumplimiento de cualquier requisito o actuación para los cuales ese Código haya señalado plazos fatales.

Al respecto, la Corte Suprema determinó que sí caducan, y que, considerando que no se hizo efectivamente el acta de mensura “no puede tenerse por cumplida la exigencia del artículo 78 del Código de Minería de presentar al tribunal esa acta y plano si ellas no fueron llevadas a cabo por el perito designado sin que tenga importancia para estos efectos si la designación nace del tribunal, partes o interesado- sino por un delegado suyo, que viene a ser un tercero totalmente extraño al proceso y por ende, que carece de toda legitimidad para efectuar actuaciones, especialmente una de tanta trascendencia para la constitución de derechos mineros, como lo es la mensura (...), no cabe entonces sino concluir que el manifestante de las pertenencias no cumplió dentro de plazo, que es fatal, con la obligación que le imponía el artículo 78 del Código de la especialidad, por lo que esos documentos quedan desprovistos en tales circunstancias del contenido referencial exigido por la ley, al dar cuenta de un acto que probadamente no fue realizado por quién correspondía. Por lo anterior, debe concluirse que los sentenciadores no han incurrido en error de derecho al entender incumplida en tales circunstancias la referida carga legal de entregar en plazo fatal el acta y plano de la mensura, pues ello presupone documentos que contienen el resultado de la pericia elaborada por quien fue designado para actuar en el proceso (...)”¹⁴⁹.

emanados del pedimento o de la manifestación, y ordenando cancelar las inscripciones correspondientes. / Si cualquiera persona ha hecho presente al juez la circunstancia de que se ha incurrido en alguna de las caducidades a que se refiere el inciso anterior y, no obstante ello, se dicta sentencia otorgando la concesión, ésta no se entenderá constituida sino una vez que la sentencia sea elevada en consulta a la Corte de Apelaciones y sea confirmada por ésta. Si la Corte aprueba la sentencia, quedará constituida la concesión. Si la revoca, declarará la caducidad de los derechos emanados del pedimento o de la manifestación y ordenará la cancelación de las inscripciones correspondientes. La consulta se verá en cuenta. / El derecho para formular la representación a que alude el inciso anterior se extinguirá una vez dictada la sentencia por el juez.

¹⁴⁹ Causa Rol n° 238/2001 (Casación), Resolución n° 18178 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 19 de Noviembre de 2001.

De lo señalado por la Corte Suprema anteriormente, surge otro tema que se vincula con las obligaciones del perito mensurador: ¿es posible considerar que si éste delega la mensura en un tercero, sea válido ese acto? La respuesta dada por la jurisprudencia ha sido negativa, considerándose que este informe como no presentado: “desde que no cabe sino calificar como perito al mensurador, puesto que ninguna otra calificación le resulta aplicable a dicho medio de prueba, como lo es el informe que éste debe emitir y, tal como quedó consignado precedentemente, una vez designado, aceptado por éste el cargo respectivo y juramentado, es él quien debe llevar a término la labor encomendada en tal calidad y no resulta procedente la delegación que se ha probado, se hizo en el caso de autos, por lo que el informe presentado, como muy bien lo resolvieron los sentenciadores, no reúne los requisitos legales y ha de tenerse, en derecho, como no presentado”¹⁵⁰. De todos modos, si bien tratamos este tema a propósito del error pericial, creemos que en esta sentencia en particular, el perito estuvo en el límite de una actuación dolosa, sin embargo, no se logró demostrar en los autos que ello fuera efectivamente así.

También a propósito de la caducidad, y vinculado a las obligaciones del perito mensurador, ¿la normativa vigente prescribe la caducidad de una pertenencia minera solamente en el caso de la falta o atraso en la presentación del acta y plano de mensura? De esta situación surgen dos aristas, una, referente a la caducidad, y otra, previa, respecto de quién es el verdadero obligado a la presentación del acta y plano de mensura.

Sobre lo primero, se debe considerar que el artículo 86 concede la acción de caducidad sólo respecto de las actuaciones del manifestante para las cuales se hayan establecido plazos fatales. Sobre este punto, la jurisprudencia ha señalado que sí caducarían las pertenencias, por haber faltado el acto efectivo de la mensura, siempre y cuando las peticiones se hayan efectuado dentro de los plazos establecidos, es decir, antes de la dictación de la sentencia. Pero esto se deben entender sin perjuicio del artículo 86 inciso

¹⁵⁰ Causa Rol n° 238/2001 (Casación), Resolución n° 18178 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional) de 19 de Noviembre de 2001.

final, que dispone que la sentencia ejecutoriada dictada en el procedimiento de constitución de la concesión produce cosa juzgada, pero no resulta oponible respecto de quien haya oportunamente promovido una cuestión en juicio separado¹⁵¹.

En este caso se planteó la duda respecto de si estas obligaciones recaen sobre el perito o sobre el manifestante, a la cual respondió la Corte señalando que sí corresponden al perito, pero recaen sus efectos en el manifestante: “porque la actuación del perito, si bien se trata de un acto de tercero, se realiza por cuenta e interés del manifestante, quien soporta la carga correspondiente y los efectos de su incumplimiento”¹⁵².

Retomando el esquema planteado inicialmente, en un segundo aspecto, debemos revisar qué sucede al haber error pericial desde la perspectiva del perito mensurador.

Cuando vimos las normas que lo regulan, dijimos que este está sujeto a un Reglamento que implica sanciones para su actividad. En este sentido, el artículo octavo inciso primero señala que “las inhabilidades impuestas por el presente reglamento por infracciones cometidas en el ejercicio de la actividad de perito mensurador, son sin perjuicio del ejercicio profesional del perito o las responsabilidades civiles o penales que provengan de esta”. Luego, el artículo 13 y siguientes regulan el sistema de calificaciones al que están sujetos, donde el SERNAGEOMIN evalúa cada operación de mensura ejecutada, con notas de cero a siete, siendo ésta última excelente.

A la vista de estas normas, si un perito ha efectuado un mensura de forma errónea, es posible que primero, pueda verse afectada su calificación, y segundo, por tanto, pueda perder la calidad de perito.

¹⁵¹ Corte Suprema, 9 de enero de 2001, Casación en el fondo por acción de caducidad de manifestación minera inscrita, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-2001, Enero 2001.

¹⁵² Corte Suprema, 9 de enero de 2001, Casación en el fondo por acción de caducidad de manifestación minera inscrita, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-2001, Enero 2001.

Además, el mismo reglamento nos señala que eso es sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales por su mal desempeño. Si bien no cabe lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Minería (que entrega sanciones penales y que veremos a propósito de la actuación dolosa), sí podríamos pensar que si de su actuación negligente al efectuar la mensura se han provocado daños o perjuicios, estos podrían ser indemnizados conforme a las reglas generales, es decir, conforme a las normas relativas a la responsabilidad civil extracontractual a las cuales ya hemos hecho referencia¹⁵³, donde el perito deberá responder por todos los daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, que deriven directa e inmediatamente de su actuación.

3. DOLO PERICIAL

3.1 Causal que lo considera

En este caso, el número segundo del artículo 95 señala que habrá lugar a la nulidad si “se ha cometido fraude o dolo en la mensura de la pertenencia”. Aquí, el ilícito cometido “consiste en que la operación de mensura se realizó con fraude, esto es, burlando o eludiendo la ley, o con dolo, o sea con la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, acción ilícita que debe ser determinante para el resultado, ya que sin tal fraude o dolo, habría sido imposible constituir la pertenencia o esta se habría constituido en otro lugar”¹⁵⁴. También la doctrina agrega que podrían considerarse en este supuesto las mensuras superpuestas¹⁵⁵.

Al igual que la causal previa, el dolo pericial sólo opera respecto de la concesión de explotación, sin embargo, se diferencia de esta, puesto que en

¹⁵³ En este mismo sentido, ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston y SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena, *La Sobremensura minera no es prevaricación*, Revista Chilena de Derecho, vol. 27, año 2000, p. 565.

¹⁵⁴ ANSALDI DOMÍNGUEZ, ob. cit. (57), p. 242.

¹⁵⁵ VERGARA BLANCO, ob. cit. (58), p. 619.

caso de acogerse la demanda de nulidad, no existe el derecho a corregir el acta y plano de mensura, sino que simplemente queda invalidado el acto.

La pregunta es por qué se hace esta diferenciación en cuanto a los efectos de la nulidad, y en este sentido, Ossa Bulnes explica: “el legislador quiso sancionar duramente al demandado vencido, privándolo tanto de la pertenencia o pertenencias afectadas como de la posibilidad de practicar la corrección a que alude el inciso primero del artículo 98 y constituir nueva pertenencia o grupo de pertenencias sin perder la preferencia que le otorgaba la fecha de la manifestación”; agrega además que “esta deducción se ve confirmada por la circunstancia de que al formular una indicación al artículo 95 del primitivo proyecto de Código de 1983 para separar esta casual de la de error pericial, el Ejecutivo expresó que lo hacía porque la declaración de nulidad produce distintos efectos según sea una u otra la causal invocada”¹⁵⁶.

El dolo en materia civil se presenta en tres ámbitos: como vicio del consentimiento, como agravante de la responsabilidad civil contractual y como elemento subjetivo en la responsabilidad extracontractual. El dolo que se comete en este caso, se refiere a materia extracontractual, siguiendo la idea de que es este el estatuto supletorio. En este sentido, Ossa Bulnes comparte esta visión al señalar que esta causal “está restringida al fraude o dolo extracontractual, contemplado en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, en que se incurra en la operación de mensura misma”¹⁵⁷.

3.2 Sanciones legales ante el dolo pericial

En el dolo pericial podemos estructurar las consecuencias jurídicas de forma semejante a cómo lo hicimos en el error pericial: un aspecto a considerar será el efecto para el mismo acto de concesión y otro será para el perito mensurador en cuanto tal.

¹⁵⁶ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 336.

¹⁵⁷ OSSA BULNES, ob. cit. (3), p. 336.

En primer lugar, algo ya adelantamos. La sanción, en caso de acogerse la demanda de nulidad, será precisamente la nulidad del acto de concesión minero, pero, en este caso no tiene el efecto propio de permitir el derecho a corregir el acta y plano de mensura, por las razones ya mencionadas. Misma situación pasa con la caducidad: corren los mismos plazos (cuatro años desde la fecha de publicación del extracto de la sentencia constitutiva) y mismas consecuencias que a propósito del error pericial (caduca la posibilidad de ejercer la acción).

En general, podemos afirmar que el derecho no puede amparar ni la apariencia ni el fraude procesal y, por tanto, la mera formalidad, desprovista de un contenido sustancial efectivo, no puede constituir en caso alguno, cumplimiento de las obligaciones legales que se le imponen al perito. En este sentido, a modo ejemplar, la jurisprudencia ha señalado que “cuando el legislador exige la presentación, dentro de un plazo determinado, de las actas y plano de mensura, quiere que estos instrumentos constituyan la demostración y representación de una operación de mensura real y efectiva y no la mera apariencia de algo inexistente o bien que no se ha efectuado como lo exige la ley y de la forma en que se expresa en los instrumentos extendidos para acreditarlo”¹⁵⁸; lo que el legislador busca en la regulación del dolo pericial, y en otras normas mineras es la prevención de actos fraudulentos por parte de quienes realizan actividades mineras de explotación.

Por supuesto, la determinación de si hubo una actuación dolosa por parte del perito es una cuestión de prueba que el tribunal correspondiente deberá ponderar y determinar para el caso concreto si es que se da. Por ejemplo, los tribunales han considerado que habrá dolo cuando no se ha

¹⁵⁸ Causa n° 528/2011 (Civil). Resolución n° 2069 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 31 de Enero de 2012, considerando décimo segundo. En este mismo sentido, sobre el contenido de las obligaciones del perito, la Corte señaló que “No se trata, luego, de una cuestión meramente accesoria o intrascendente. Como se dijo, existe la obligación por parte del perito mensurador de efectuar la monumentación y ya dicha obligatoriedad es manifestación de su esencialidad. Por lo demás, como se vio, el propio Servicio Nacional de Geología y Minería define la mensura a partir de la colocación de los hitos vértices demostrando la sustancialidad de la obligación”. Causa revocada por la Corte Suprema Rol 3428 – 2012.

efectuado parte de la actividad de mensura (como la colocación material de los hitos¹⁵⁹) pero se ha afirmado que sí se ha hecho, situación que en la práctica se denomina “mensura de escritorio”: “no sólo se ha incurrido en la omisión de la práctica de una actividad inherente y esencial de la operación de mensura, sino, además, en las actas de mensura se ha señalado expresamente que ella se ha realizado, incurriéndose así en una falta de verdad en la descripción de las actividades efectivamente realizadas por el perito. Tal insinceridad, destinada a provocar error en las autoridades relacionadas con el proceso constitutivo y especialmente en el tribunal, agrava y reafirma el carácter de insubsanable del vicio, pues constituye un acto de mala fe que, siempre, debe ser repudiado por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio que asume una nueva forma de violación de la regularidad del procedimiento de constitución de la propiedad minera, ahora referido a la mendacidad del contenido –reglado- del acta de mensura. Así por lo demás lo reafirma el artículo 98 del Código de Minería pues abre, en todas las hipótesis de nulidad del artículo 95 de este cuerpo legal, la posibilidad de corregir la solicitud de sentencia y el plano de la concesión de exploración o el acta o plano de mensura de las pertenencias, salvo la hipótesis del N° 2 de esta disposición, esto es, cuando se ha cometido fraude o dolo en la operación de mensura (...)”¹⁶⁰. Es decir, de un posible error por parte del perito, podemos pasar a una circunstancia de tipo dolosa: si se ha hecho de forma incorrecta alguna parte de la actividad de mensura o si no se ha hecho y se oculta, se miente al respecto en las declaraciones, o se alteran los datos, estamos ante dolo pericial, que se considera especialmente grave porque precisamente afecta el conocimiento y posterior fallo de cualquiera sea el tribunal.

En segundo lugar, la cuestión es determinar qué sucede con el perito mensurador si es que los tribunales consideran que ha actuado con dolo o fraude al efectuar la mensura.

¹⁵⁹ Si se vincula con el error pericial, hasta este punto podríamos caer en ese supuesto: la actividad de mensura se ha hecho de manera incorrecta, sin embargo, si no se ha hecho (o se ha hecho mal) y se alteran esas circunstancias, podríamos estar en el supuesto del dolo.

¹⁶⁰ Causa n° 528/2011 (Civil). Resolución n° 2069 de Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 31 de Enero de 2012, considerando décimo cuarto. Causa revocada por la Corte Suprema Rol 3428 – 2012.

En este caso, por supuesto que se verá afectada su calificación y luego su mismo cargo de perito mensurador. Estamos frente a una persona técnicamente calificada que ha faltado gravemente a ciertos deberes propios de su actuación, cual es la imparcialidad.

Recordemos que en, general, a través de la garantía de la imparcialidad se busca que no se desdibujen en el ánimo del juez su carácter de tercero, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha de que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados¹⁶¹. La exigencia de un actuar imparcial se hace extensiva a todo aquel que de una u otra forma intervenga en el proceso, es decir, la regla se hace extensiva a los testigos, a los peritos, etc., quienes se verán afectados por causales de inhabilidad en el evento que dicho requisito falte (el artículo 358 n° 6 del Código de Procedimiento Civil establece que son inhábiles para declarar como testigos, "los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y norma similar existe en materia procesal penal, en el artículo 314 inciso final del Código Procesal Penal).

La imparcialidad debe ser en el peritaje un atributo esencial e indispensable, ya para evitar errados fallos de los tribunales, como entorpecimientos en la administración de justicia. "De aquí que las leyes procesales de los diversos países consagren disposiciones o normas encaminadas a inhabilitar a los peritos cuando sus actuaciones adolecen o puedan adolecer de parcialidad u otro vicio que constituya causa suficiente para alejarlos de sus funciones"¹⁶².

¹⁶¹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, ob. cit. (99). No debe ser confundida con la independencia, ya que esta última se refiere a una cuestión previa, de organización, a través de la cual se pretende liberar al juez de toda subordinación que no sea la que el juez deba estrictamente al Derecho.

¹⁶² SOTO NORAMBUENA, Serapio, *La Prueba Pericial en Materia Civil*, Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago (1953), p. 55.

Considerando la importancia de esta imparcialidad y el efecto que acarrea su inobservancia, es que tanto el Código Orgánico de Tribunales como el Código de Procedimiento Civil contemplan la posibilidad de excluir a un perito o no considerar su informe como medio de prueba cuando exista alguna circunstancia que afecte su imparcialidad. Creemos que esta lógica pueda aplicarse también en materia minera conforme a lo señalado en el capítulo previo, respecto de la aplicación de ciertas normas generales de prueba pericial al perito mensurador. Sin embargo, cuando estamos frente al dolo pericial en la actividad de mensura, estamos en una situación posterior, donde el acta y planos respectivos han dado lugar a una concesión que estará viciada. Por lo mismo, en la actualidad, la forma como nuestra legislación procesal civil protege la imparcialidad de la prueba pericial, es haciendo aplicable al perito las normas sobre inhabilidades de los testigos, y de forma posterior, mediante la declaración de nulidad.

En relación con la imparcialidad, el Primer Juzgado de Letras de Copiapó determinó que el hecho de que un perito mensurador hubiera prestado declaración de favor de una de las partes (en el caso, el Fisco de Chile, y donde no se planteó oportunamente la tacha correspondiente), no afecta el informe correspondiente a la mensura: “se estima que el momento para incidentar en virtud de esta situación y para hacer valer el Derecho que le asistía a la parte demandante precluyó, no siendo pertinente alegar la doble condición del perito-testigo cuando el informe pericial ya se encuentra elaborado y agregado a estos autos; razones todas por las que habrá de rechazarse la objeción al peritaje promovida por la parte demandante(...), sin perjuicio del valor probatorio que en definitiva y en virtud de las reglas de la sana crítica, pueda asignarse al informe evacuado (...) función privativa de este Tribunal”¹⁶³.

Debemos tener en consideración que para que se configure esta causal y por lo tanto lleguemos a la nulidad minera, el dolo en el actuar deberá

¹⁶³ Sentencia n° C-1122-2008 de 1° Juzgado de Letras de Copiapó, de 25 de Junio de 2013.

probarse ante el tribunal. Si se prueba y se establece el dolo pericial, por supuesto habrá nulidad y luego sanciones administrativas para el perito, sin embargo, a pesar de que la legislación contempla un delito doloso vinculado al perito mensurador, no es suficiente por sí sólo que el dolo pericial que da lugar a la nulidad para configurar el tipo penal, como pasaremos a ver.

Además de las sanciones administrativas que pudieran recaer en el perito, el artículo 73 del Código de Minería, contempla en sus dos primeros incisos expresa que: “el ingeniero o perito no podrá en caso alguno abarcar con la mensura pertenencias vigentes. El ingeniero o perito que a sabiendas infringiere la prohibición del inciso precedente sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo, y la accesoria de suspensión de cargo u oficio público o profesión titular”; es decir, el perito, además de perder la calificación y su puesto y tener eventualmente que pagar alguna indemnización de perjuicios, podrá verse alcanzado por una sanción de carácter penal, que no hace sino reflejar la gravedad y relevancia de su actividad dolosa o fraudulenta durante el proceso de constitución de una concesión minera, esto en el supuesto de la superposición de concesiones minera resultante de su actividad mensuradora¹⁶⁴.

Ahora bien, existen ciertos temas relevantes a propósito de la sanción penal al perito, en especial, desde el punto de vista de la dogmática penal.

En un primer momento, como la ley no contemplaba expresamente el delito, parte de los tribunales a comienzo de los años noventa aplicaron por analogía el delito de prevaricación, que contempla el Código Penal en su

¹⁶⁴ En todo caso, la superposición de concesiones mineras es un tema complejo que se critica en doctrina. En este sentido, el profesor Alejandro Vergara expresa que si bien el Código de Minería es “cuerpo legal de varias virtudes, (...) las ambigüedades de su texto y sistema concesional parecieran seguir propiciando las superposiciones de concesiones mineras. He venido denunciando, doctrinariamente, esta situación desde hace dos décadas (...) Este fenómeno de las superposiciones tiene su causa en un defecto del Código de Minería de 1983; es que, a pesar de algunas reformas que se le han realizado, y a 30 años de su dictación, aún sigue manteniendo algunas disposiciones incoherentes y contradictorias, respecto de lo estipulado en la Ley Orgánica Constitucional; Ley esta última que sí protege los títulos mineros del fenómeno corrosivo de la superposición de concesiones”. Disponible en <<http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-alejandro-vergara-qvigorosa-reaccion-jurisprudencial-en-superposicion-de-concesiones-minerasq.html>>, con fecha 10 de febrero de 2016.

artículo 224 y siguientes, justificándose en que la mensura de terrenos ya mensurados era una violación de normas claramente prohibitivas¹⁶⁵. Sin embargo, la Corte Suprema expresó que “la otra conclusión arribada en el fallo que se impugna, esto es, que la actuación del perito no podría encuadrarse en la figura de prevaricación resulta acertada, porque si bien el artículo 22 n° 3 del Código Penal hace aplicable las penas con que en los artículos anteriores se sancionan diversos casos de prevaricación a los peritos que se hallaren comprendidos en ellos, y en el sesión 26 del 12 de mayo de 1871 de la Comisión Redactora del Código Penal se dejó constancia del parecer de los comisionados de sancionar a los peritos cuando con sus dictámenes influyeran en que la justicia se tuerza (...) lo cierto del caso es que contrariamente a lo que se pretende en el recurso, no se puede aplicar la ley penal por analogía, principio de la ciencia penal que consagra nuestra Carta Fundamental cuando en el inciso final del n°3 del artículo 19 expresa “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se menciona esté expresamente descrita en ella. De esta forma, forzoso es concluir que no puede aplicarse por analogía a los peritos los casos previsto en el n° 1 del artículo 224 del Código Penal, pues el fallo de las causas y el control de la substanciación de los juicios corresponde a quienes ejercen jurisdicción. De esto modo, a los peritos no se les puede aplicar por analogía los casos que contengan conductas ilícitas en que solo pueden incurrir funcionarios judiciales, sino, únicamente aquellos casos en que no se requiere tal calidad para realizar una conducta delictual”¹⁶⁶. Por supuesto, concordamos con la postura de la Corte Suprema, dado que no sólo se trata principios propios del ámbito penal, sino que estos están contemplados en la misma Constitución, que sabemos irradia su supremacía sobre todo el ordenamiento.

Durante comienzo de los años noventa, dentro de la normativa minera se daba un problema mayor, cual es el de la superposición. “En ese instante se

¹⁶⁵ ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston y SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena, *La Sobremensura minera no es prevaricación*, Revista Chilena de Derecho, vol. 27, año 2000, p. 567.

¹⁶⁶ ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston y SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena, *La Sobremensura minera no es prevaricación*, Revista Chilena de Derecho, vol. 27, año 2000, p. 567.

comenzó a ver la necesidad de una modificación, a raíz de una amplia crítica académica, según la cual había que perfeccionar y mejorar el Código de Minería, para evitar las superposiciones¹⁶⁷, para que los títulos fuesen más seguros. Y el modo fue potenciando el tipo penal, según el cual, el perito mensurador podía ser juzgado por el hecho de mensurar una pertenencia superpuesta sobre otra”¹⁶⁸.

Debido a estas circunstancias, con la ley 19.573, que reformó el Código de Minería, se buscó crear un tipo específico para el perito mensurador, cuando mensura terrenos que ya lo han sido. “La creación de esta figura punible en un código distinto al punitivo, obedece a la especialidad de la materia de que se trata, que hace necesaria la creación de delitos en el código que regule la materia, en este caso, el Código de Minería”¹⁶⁹. Fue así como se llegó al artículo con el cual comenzamos a hablar de la sanción penal.

Ahora bien, aunque se creó el tipo para el perito mensurador, han surgido aun así ciertos problemas en doctrina. Para estos efectos, seguiremos el esquema planteado por los profesores Alburquenque Troncoso y Santibáñez Torres¹⁷⁰, que analizan los siguientes temas en relación a este delito:

- i. Bien jurídico protegido: la propiedad que tiene el titular de una concesión minera sobre la concesión (en conformidad con el artículo 19 n°24 inciso 9 de la Constitución Política). No podemos olvidar que si se constituye una concesión superpuesta a otra y la afectada no interpone la acción de nulidad dentro de los cuatro años contados

¹⁶⁷ En relación al tema de la superposición y los peritos, que son los que finalmente incurrir en este error, la jurisprudencia ha señalado que aunque se haya dado una superposición de pertenencias, si una de las partes no actuó cuando debía hacerlo, allanándose sin reclamar esta superposición, la misma queda firme y caduca la acción, quedando la segunda pertenencia legítima; es decir, se sana el error en que incurre el perito mensurador (Sentencia n° C-211-2012 de 2° Juzgado de Letras de Copiapó, de 29 de Agosto de 2013).

¹⁶⁸ VERGARA BLANCO, Alejandro, *Vigorosa reacción jurisprudencial en superposición de concesiones mineras*, revisado el 10 de febrero de 2016, disponible en la página web: <<http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-alejandro-vergara-qvigorosa-reaccion-jurisprudencial-en-superposicion-de-concesiones-minerasq.html>>.

¹⁶⁹ ALBURQUENQUE TRONCOSO y SANTIBÁÑEZ TORRES ob. cit. (160), p. 567.

¹⁷⁰ ALBURQUENQUE TRONCOSO y SANTIBÁÑEZ TORRES, ob cit. (160), p. 568 y ss.

desde la publicación del extracto de la sentencia constitutiva de la concesión superpuesta, la sentencia que declare la prescripción de la acción de nulidad declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición (artículo 96 Código de Minería).

- ii. Clase de delito: se trata de un delito de mera acción y no de resultado; es un delito de peligro (se pone en riesgo el derecho de propiedad del titular de la concesión, toda vez que puede llegar a extinguirse por la declaración de prescripción de la acción de nulidad). Es, además, de tipo activo y no puede configurarse por omisión.
- iii. Conducta típica: el perito a sabiendas abarca con su mensura pertenencias mineras vigentes. La expresión “a sabiendas” es clara referencia a la actuación dolosa, por lo tanto se excluye la comisión culposa. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “(...) para absolver al acusado razona de que no existió dolo en su actuar al desempeñar su cometido como perito mensurador, labor para la que fue designado, pues los elementos de convicción allegados al proceso no permiten concluir que hubiere existido de parte de éste intención dolosa; que es necesario en el proceso penal determinar concreta y singularmente el hecho punible y que en la especie y a mayor abundamiento la conducta del perito mensurador no se encuentra contemplada en la ley penal, por lo que, en ausencia de normas específicas, no se podría condenar por analogía”¹⁷¹.
- iv. Sujetos: el sujeto activo es calificado, es decir, en este caso “cualquier ingeniero civil de minas que escoja el interesado o un perito elegido por este de entre las personas que anualmente designe con tal objeto, para cada región, el Presidente de la República, a propuesta del Director Nacional del Servicio (art. 71 inciso segundo del Código de Minería). Por otro lado, el sujeto pasivo es el titular de la pertenencia vigente afectada por la superposición

¹⁷¹ Corte Suprema, 8 de abril de 1996 Casación forma y fondo. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-1996, Enero 1996.

- v. *Iter criminis*: para aplicar la penalidad es necesario que se presente ante el tribunal el acta y el plano, constituyéndose como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo, si no se constituye la concesión superpuesta, igualmente se configura el delito.
- vi. Acción penal: es de acción penal privada, permitiéndose la renuncia incluso.
- vii. Penalidad: trae aparejada dos sanciones, la primera, principal, privativa de libertad, de reclusión menor en su grado mínimo; y, la segunda, accesoria, de suspensión para cargo u oficio público y profesión titular.

Agregamos que la jurisprudencia, a propósito de cuándo se considera que la actuación ha sido dolosa, ha expresado que “de este modo, no puede estimarse que la actuación del perito fuera dolosa, pues aun cuando no observó estrictamente las disposiciones del Código de Minería que le impedían mensurar sobre terreno ya mensurado, cabe apreciar que su proceder fue motivado por las controversias judiciales existentes entre los interesados en las pertenencias aludidas que incluso llevaron al organismo técnico a estimarlo factible, porque correspondería en definitiva a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la superposición y precisar las áreas que comprendería, sin que en estas condiciones pudiera concluirse que existió un propósito preciso de cometer un ilícito penal, pues habría sido ejecutado con conocimiento del organismo supervisor en materia minera y del propio Tribunal que concedió la fuerza pública para efectuar la operación, lo que resulta difícil de aceptar”.

En conclusión, respecto de la sanción penal al perito mensurador, si bien se discutió su aplicación, actualmente cuenta con un tipo penal que sí cumple con las exigencias básicas exigidas en materia penal. Este tipo se caracteriza principalmente por ser de acción privada, y proteger la propiedad privada (con lo cual se aleja de la prevaricación, que busca proteger la correcta administración de justicia), y en especial, porque no considera su comisión culposa (error pericial), sino que sólo admite la aplicación de las penas cuando se logre probar que el perito ha actuado a sabiendas de la

superposición al momento de realizar la mensura de las pertenencias, situación que tanto la doctrina como legislación rechazan y buscan evitar, considerando cómo afecta a los principios generales del Derecho Minero.

CONCLUSIONES FINALES

Iniciamos este trabajo teniendo en consideración ciertas premisas, cuales son, la trascendencia de la actividad minera en el desarrollo de nuestro país, y la necesidad de contar con un desarrollo doctrinal e institucional respecto de la normativa minera para lograr precisamente un mayor desarrollo de esta área. Podríamos considerar que en el contexto actual de nuestra economía, donde hay una tendencia a la baja del valor del cobre y otras exportaciones¹⁷², cobra aún mayor importancia el desarrollo de temas relativos a la minería.

El objetivo de esta memoria fue aportar en relación a dos temas que consideramos no habían sido tratados ni sistematizados en profundidad por la doctrina, e incluso, por la normativa. Estos son las sanciones de caducidad y nulidad minera, y la figura del perito mensurador, todas las cuales están íntimamente vinculadas.

Nuestro primer capítulo se dedicó a tratar la nulidad y la caducidad, haciendo un repaso desde la perspectiva del derecho común, hasta el prisma del Código de Minería, donde pudimos constatar diferencias y puntos en común, y por sobre todo, la lógica o fundamento de las normas.

¹⁷² En este sentido: Directorio Minero de Chile (DIRECMIN): <<http://www.direcmin.com/noticias#>>, <<http://www.mch.cl/2015/01/12/baja-del-cobre-lleva-grandes-mineras-realizar-ajustes-y-hay-mas-de-10-000-empleos-en-riesgo-en-2015/>>, disponible en su sitio web oficial, revisado con fecha 20 de marzo del año 2016.

En el segundo capítulo ahondamos en el perito, por supuesto, desde la perspectiva procesal general hasta la normativa minera. En esta materia no quisimos detenernos en la actividad técnica de la actividad de mensura, sino en las características de un perito mensurador, figura que es indispensable para el desarrollo y final constitución del acto de concesión minera.

Por último, el tercer capítulo tomó precisamente los dos primeros para determinar en especial cuáles son las consecuencias de la actividad pericial de mensura cuando ésta se ha alejado de ciertos criterios: hablamos del error y dolo pericial. La actividad de mensura que efectúa el perito es de tal relevancia que de su mal desempeño se puede ver viciado el acto de concesión, que tiene causales muy específicas por las cuales puede verse afectado pero que aun así considera dos sólo para la actividad pericial. Es tal la trascendencia de la mensura en el proceso constitutivo que de hacerse con dolo o fraude, pasamos incluso a sanciones de carácter penal.

En el avance del trabajo en general, muchas veces faltaba desarrollo por parte de la doctrina respecto de los temas más específicos (por ejemplo, el perito mensurador) y la misma legislación en muchas ocasiones no mencionaba las normas de carácter supletorio, o bien no regula todas las situaciones que hipotéticamente podrían darse.

Por esta razón, esperamos que, al haber tratado ciertos temas específicos con mayor profundidad y haber ofrecido respuestas a algunas de las interrogantes que se plasmaron durante el desarrollo de este trabajo, esta tesis se constituya como un aporte precisamente al desarrollo minero y por tanto, de nuestro propio desarrollo económico.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía General

ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Tomo II, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2014

ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston y SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena, *La Sobremensura minera no es prevaricación*, Revista Chilena de Derecho, vol. 27, año 2000

ALESSANDRI BESA, Arturo, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Santiago, 2011

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil: “De las Obligaciones”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005

ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen, *Curso de Derecho Minero*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2007

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006

GÓMEZ, Bernardo, *La caducidad*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1942

LIRA, Pedro, *Las prescripciones de corto tiempo en el Código Civil*, Santiago, Imprenta Chile, 1926

LIRA OVALLE, Samuel, *Curso de Derecho de Minería*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, 2012

OSSA BULNES, *Tratado de Derecho de Minería*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago, 2007

Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 40, 2ª parte, sec. 1ª

RIVERO, Fernando. *¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso? Necesidad de un régimen diferente para las relaciones jurídicas e intereses disponibles*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 2001

RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio, *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, 2010

SOTO NORAMBUENA, Serapio, *La Prueba Pericial en Materia Civil*, Memoria para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1953

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Instituciones de Derecho minero*, Legal Publishing; Santiago, 2010

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Sistema de Derecho Minero*, Legal Publishing; Santiago, 2013

VIAL, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*, 1º Volumen, Quinta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006

Fuentes legales

Código Civil

Código de Minería

Código de Procedimiento Civil

Código Penal

Código Procesal Penal

Constitución Política de la República

Ley de Matrimonio Civil

Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras

Reglamento del Código de Minería

Reglamento para la Calificación y la Inclusión en propuesta de Designación de Peritos Mensuradores

Sentencia de la Corte Suprema, 19 mayo 1983, Rev. de Der., t. 80, sec. 1ª

Sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de mayo de 1990

Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 528/2011, 31 de Enero de 2012

Sentencia Juzgado de Letras de Copiapó, Rol N° C-1122-2008 25 de Junio de 2013

Sentencia Corte Suprema, 6 de abril de 1999, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-1999, Enero 1999

Sentencia Corte Suprema, 08 de abril de 1996, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-1996, Enero 1996

Sentencia Corte Suprema, 09 de enero de 2001, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales - Núm. 1-2001, Enero 2001

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 238/2001, 19 de Noviembre de 2001

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 3433-2012, 04 de septiembre de 2012

Sentencia Corte Suprema Rol N° 3428 – 2012, de 02 de mayo de 2012

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 4582/2005, 06 de noviembre de 2006

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7740, 24 de agosto de 2015

Sentencia Corte Suprema, Rol N° 762/1998 (Casación). Resolución n° 3369, Sala Cuarta (Mixta) de 22 de Marzo de 2000

Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 609, 02 de Octubre de 2007

Recursos Web

ACUÑA, Jorge, *Marco Legal Chileno de la Minería del Cobre*, en el sitio web del Archivo Nacional, de la DIBAM <http://www.archivonacional.cl/616/articles-8083_archivo_01.pdf> (al día 30 de marzo de 2015)

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil*, p. 335, en revista online Scielo. Disponible con fecha 30 de octubre de 2015 en el sitio web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010>.

Comisión Chilena del Cobre, *Informe de Gestión 2013*, disponible en su sitio web <<http://www.cochilco.cl/descargas/quienes/informes/IG2013web.pdf>> (con fecha 30 de marzo de 2015)

CONCHA MACHUCA, Ricardo, *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*, en Revista Scielo. Disponible en su página web, con fecha 07 de mayo de 2015: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000200004>

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información*, en Revista online Scielo, revisado con fecha 04 de noviembre de 2015, disponible en el sitio web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000200003&script=sci_arttext>

Directorio Minero de Chile (DIRECMIN): <<http://www.direcmin.com/noticias#>>, <<http://www.mch.cl/2015/01/12/baja-del-cobre-lleva-grandes-mineras-realizar-ajustes-y-hay-mas-de-10-000-empleos-en-riesgo-en-2015/>>, disponible en su sitio web oficial (revisado con fecha 20 de marzo del año 2016)

Historia de la Ley N° 18.248, Código de Minería. Documento disponible en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en su página web: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37075/7/HL18248CodigoMineria.pdf>> (con fecha 15 de marzo de 2015)

PÉREZ OPORTUS, Patricio y JARA, José Joaquín, “*Con buenos yacimientos no alcanza: análisis y evolución de la productividad laboral en Chile*”, documento de Comisión Chilena del Cobre (COCHILCO), Dirección de Estudios y Políticas Públicas. Se encuentra disponible en <http://www.cochilco.cl/descargas/estudios/tematico/productividad/091112_Productividad_Final.pdf> (visto con fecha 20 de marzo de 2015)

Red Interactiva de Minería, <<http://redmin.cl/?a=12772>> (al 16 de marzo de 2015)

Sociedad Nacional de Minería (SONAMI), <http://www.sonami.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=221&Itemid=109> (consulta: 16 de marzo de 2015)

Sociedad Nacional de Minería (SONAMI). Disponible en: <http://www.sonami.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=214&Itemid=115> (revisado el día 16 de marzo de 2015)

SERNAGEOMIN, visitado el 20 de octubre de 2015, en la dirección: <<http://www.sernageomin.cl/pdf/mineria/normativa/ProcesoPostulacionPerito2013.pdf>>

VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “*Derribando mitos sobre el estado empresario*”, en Revista Scielo <

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000100006&script=sci_arttext > (revisado con fecha 30 de marzo de 2015)

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Vigorosa reacción jurisprudencial en superposición de concesiones*, disponible en <<http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-alejandro-vergara-qvigorosa-reaccion-jurisprudencial-en-superposicion-de-concesiones-minerasq.html>>, con fecha 10 de febrero de 2016.