



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

**LAS AGUAS DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
MINERO Y SU RELACIÓN DE CONFLICTO CON LA
CONCESIÓN MINERA**

Memoria para optar al grado
de Licenciado en Ciencias Jurídicas

ÁLVARO RODRIGO MORA RAMÍREZ

Profesor Guía: Sr. Cristián Quinzio S.

Abogado

Santiago, Chile

2009

RESUMEN

El objeto del presente trabajo “Las aguas dentro del Ordenamiento Jurídico Minero y su relación de conflicto con la concesión minera” es en primer lugar hacer un reconocimiento de la evolución legislativa minera relacionada con las aguas, así como también abordar la normativa general de aguas, manteniendo siempre presentes los principios generales que rigen tanto las servidumbres como los derechos reales de aprovechamiento. Para luego abordar derechamente el posible conflicto entre un concesionario minero en el ejercicio de sus derechos y un concesionario de aguas subterráneas que pretende ejercitarlos en la misma área ocupada por la concesión minera. Para lo cual se hizo un análisis de los considerandos de los fallos pertinentes a la luz de dos legislaciones en aparente conflicto. Se pudo advertir que no existe una jurisprudencia uniforme al respecto y que en todo caso, el delimitar el ámbito de la aplicación de la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República respecto de las facultades otorgada al concesionario minero, tal como lo hizo la Corte Suprema en el fallo de casación analizado en esta obra, es el paso previo para dirimir conforme a Derecho los conflictos de esta índole.

INTRODUCCION

Un determinado conflicto de intereses patrimoniales entre personas, sean estas naturales o jurídicas es por decirlo de una manera simple la materia prima de que se nutre nuestro ordenamiento jurídico privado. Baste decir que el derecho de propiedad sobre una cosa, sus alcances y límites goza en sede civil y constitucional de una abundante regulación.

Cuando dos sujetos reclaman respecto de una cosa igual derecho, la ecuación a resolver por el órgano jurisdiccional resulta en apariencia no tan compleja. Sin embargo en el tráfico jurídico cotidiano dicha ecuación se torna a menudo en un árido camino por el cual transitar. Y en lo que respecta a la disciplina sobre la cual transita esta memoria - el Derecho Minero- podemos aseverar que existe un hirviente e incipiente caldo de cultivo para conflictos de esta índole.

Las minas integran el llamado dominio público. Se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico la afectación expresa de las minas al dominio del Estado. La Constitución Política de la República así lo establece: “no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas”, artículo 19 n° 24, inciso 6°. Aunque a pesar de este dominio eminente del Estado la legislación ha permitido que las sustancias minerales contenidas en las minas puedan ser objetos de actos jurídicos que permitan su exploración, explotación y comercialización. Sobre una determinada porción territorial confluyen, por lo tanto, dos derechos de dominio que recaen sobre objetos distintos. La legislación positiva separa claramente el dominio del predio superficial del dominio sobre las minas¹. Y es más aun diversos intereses pueden trasladarse al subsuelo como al establecerse la primacía de derechos entre un concesionario minero y uno de aguas subterráneas, a efectos de determinar quién cuenta con la preferencia para realizar labores sobre el predio superficial.²

En el primer caso al dueño del suelo se le confiere el derecho de impedir la labor minera por parte del concesionario. Derecho bastante limitado en la letra de la ley donde se faculta al concesionario minero para imponer ciertos gravámenes sobre el predio superficial con el objeto de facilitar su actividad minera. Así las cosas podemos apreciar que la balanza se inclina

¹ José Zañartu Rosselot, “Configuración Espacial de la Concesión Minera”, pagina 91, Revista de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, Volumen I, 1990

² José Zañartu Rosselot, ob. Citada.

ostensiblemente a favor del concesionario minero, en detrimento desde luego del derecho de dominio que es ejercido por su titular sobre el predio superficial.

La actividad minera para desarrollarse requiere muchas veces de un uso intensivo de las aguas que fluyen a través del suelo y subsuelo. Realidad que origina cada vez con más frecuencia conflictos de toda especie debido principalmente a fenómenos externos, como el vertiginoso crecimiento económico experimentado por el país durante el último tiempo que ha generado a su vez demandas cada vez mayores sobre los recursos hídricos. Este crecimiento se produce en un contexto en el cual las aguas superficiales en una buena medida también están comprometidas para el abastecimiento de la también creciente actividad agropecuaria.

Se suma a lo expresado en el párrafo anterior la cada vez más urgente protección medioambiental. Problemática forzosamente instalada en la discusión política y legislativa producto de los ya insoslayables problemas climáticos relacionados con el calentamiento global del planeta. Situación que obliga a que el uso de recursos hídricos subterráneos deba darse en un contexto de máxima eficiencia y con una adecuada gestión de acuíferos a nivel de fuente, basadas en políticas de prevención que permitan actuar sobre las causas que puedan originar problemas derivados de las explotación de aguas subterráneas, puesto que dichos recursos son finitos y más que nunca, de gran vulnerabilidad.³⁻⁴

A efectos de facilitar al concesionario las labores de exploración y explotación propias de la pertenencia minera se estableció por el legislador la imposición de servidumbres con el carácter de obligatorias que además llevan aparejada la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen con motivo de su ejercicio.

Particularmente respecto a las aguas y su aprovechamiento por el minero, el artículo 110 del Código de Minería dispone que “El titular de una concesión minera tiene, por el sólo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de

³ Jaime Muñoz Rodríguez, “Situación de las aguas subterráneas en Chile, demanda, disponibilidad, caudales concedidos. Revista de Derecho Administrativo-Vol./Nº 1-enero-junio- paginas 203-210

⁴ “Las solicitudes de derechos de aprovechamientos de aguas subterráneas ingresadas a la Dirección General de Aguas desde la Región Metropolitana al norte, entre los años 1985 y 1999 , solicitaron un caudal del orden de los 300.000 lts./seg.. Caudal equivalente, por ejemplo, al caudal medio del río Tolten en Villarrica y tres veces el caudal medio del río Maipú en el Manzano” . Jaime Muñoz R. ob. Citada, página 207.

beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”

Las facultades que emanan de una concesión minera no otorgan a su titular ningún derecho sobre los terrenos materia de la concesión, sino sobre las substancias concesibles que existen dentro del perímetro de ella. Aunque paralelamente puede cohabitar un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas sobre los mismos terrenos que abarcan una pertenencia minera.

El tema es de suyo interesante. Se trata de una problemática no muy común en la zona central del país, pero cada día más habitual en el Norte Grande.

Y es así que resultó atractiva la idea de plantear esta memoria de prueba acerca de las aguas dentro del ordenamiento jurídico minero, teniendo claro que la legislación atingente excede por mucho el sólo ámbito minero. Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a las disposiciones de Código de Aguas.

Atendida la multiplicidad de disciplinas relacionadas con el tema, fue necesario realizar primero un reconocimiento de la evolución legislativa minera relacionada con las aguas, así como la normativa general de aguas, manteniendo siempre presentes los principios generales que rigen tanto las servidumbres como los derechos reales de aprovechamiento.

Finalmente, orientado por la estructura del fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del 26 de septiembre de 1996⁵ que motivó mi interés por investigar este tema, analicé los considerandos que estimo como primordiales en la sentencia de ese Tribunal de Alzada respecto del tema que nos ocupa, y de otros fallos posteriores que indican que al respecto no se puede hablar con seguridad de una jurisprudencia uniforme al respecto.

⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta “Sociedad Química Minera Potasio S.A. con Dirección Regional de Aguas de la II Región”, Rol n° 6.494 del año 1996.

CAPITULO I. USOS DEL AGUA EN LOS CÓDIGOS DE MINERÍA CHILENOS

1. CODIGO DE MINERÍA DE 1874

1.1 Generalidades

Hasta el siglo XIX, en Chile la normativa minera estaba contenida en un numeroso conjunto de disposiciones que dificultaban su consulta. Con la intención de unificar la dispersa legislación, se nombraron comisiones en diciembre de 1846 y en 1854; no obstante, no se logró cumplir el objetivo planteado.

En 1871, don José María Cabezón presentó un proyecto de Ley de Minería. Este fue revisado y aprobado por una comisión, quien lo remitió a la Cámara de Diputados, siendo aprobado por ambas Cámaras el 18 de noviembre de 1874, naciendo de esta forma el primer Código de Minería chileno. Comenzó a regir el 1 ° de marzo de 1875, derogando en forma expresa todas las leyes y ordenanzas especiales que existían en la materia, incluidas las ordenanzas de Nueva España que hasta entonces regían, aún la parte que no fueren contrarias a él.

Según lo referido en el mensaje del Código, podemos afirmar que los derechos de los mineros fueron restringidos a favor de la actividad agrícola: “Los gravámenes o servicios impuestos a la propiedad superficial por la legislación vigente (entiéndase las Ordenanzas de Nueva España) generalmente considerados como exagerados y depresivos de la agricultura (...) ha parecido necesario reducirlos a las estrictas necesidades que imponen la investigación, explotación y aprovechamiento de las minas”. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el Código contenía algunas disposiciones que establecían ciertos privilegios para el minero que limitaban en el hecho a la agricultura, según veremos.

Referido al uso de las aguas en faenas mineras, el Código de 1874 incluye sólo los siguientes artículos: 8° y 9° del título I “De las minas i de la propiedad minera”, y 142 y 143 dentro del título XI “De los trabajos de socavón i de los servicios que se deben a las minas”.

Señalaba en su artículo 8°:

“Tanto el fundo superficial como los inmediatos quedan sujetos a las servidumbres de pastaje de los animales necesario para la explotación, mientras dichos fundos no estén cultivados o cerrados, i al uso de las aguas naturales para la bebida de los operarios i animales. Pueden ejecutarse también en ellos obras para proveerse de las aguas necesarias a ese fin, i para el movimiento de máquinas de beneficio y explotación.

Todo lo cual se entiende previa la correspondiente indemnización.

Esta norma tuvo su origen en las ordenanzas de Nueva España⁵ y guardaba relación con las disposiciones del Código Civil que trataban sobre aguas.

De la disposición citada podemos extraer los siguientes aspectos:

- a) Las servidumbres establecidas en el art.8° podían constituirse sobre el predio superficial y sobre los predios colindantes a él.

Tal apreciación deriva directamente del texto del art.8° y se encuentra corroborada por una sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 30 de agosto de 1890, recaída en el juicio entre Guillermo Brown y Federico Rivera sobre servidumbres mineras: “se declara en ella que los fundos superficiales a quienes gravan las servidumbres del art.6° del Código de Minería son aquellos que se encuentran naturalmente sobre la mina que se refieren; pero extendiéndose su ocupación no sólo a la extensión que fija el art.37 a la pertenencia minera, sino a toda la que sea necesaria para la cómoda exploración de la mina, conforme al espíritu de la ley”⁶.

- b) Las limitaciones de las servidumbres a que se refiere el art.8° son a favor de la agricultura (“mientras dichos fundos no estén cultivados o cerrados”). Sin embargo, parece razonable que tal limitación se refiera sólo a la servidumbre de pastaje.

En la práctica, no es posible la subsistencia de personas y animales en las labores mineras y la explotación del yacimiento sin determinadas maquinarias si se aplicara tal limitación a las servidumbres de aguas. La sentencia referida en la letra a) precedente establece que la servidumbre de pastaje gravaría al predio superficial en la medida que éste no estuviera cultivado o cercado, sin hacer extensible la limitación a las servidumbres de aguas establecidas en el art.8°.

- c) Las servidumbres también se extienden a la construcción de toda obra necesaria para obtener las aguas (por ejemplo, acueductos y represas).

En resumen, las servidumbres establecidas por el artículo 8° son las siguientes:

- a) De pastaje, con la limitación indicada a favor de la agricultura,

⁵ Al efecto, véase también, respecto del Código de Minería de 1888, a Santiago Lazo Preuss, “Los Códigos Anotados, Código de Minería, orígenes, concordancias y jurisprudencia, pág. 25, edit. Poblete Cruzat, año 1917.

⁶ Uriondo Baeza Francisco “Breves consideraciones sobre las servidumbres mineras”, pag 54, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1923 y Gaceta jurídica 1890 t2 s 3408.

- b) De uso de aguas para la bebida de operarios y animales,
- c) De uso de aguas para el movimiento de máquinas de explotación y beneficio.

1.2 Uso de las aguas para la bebida

Art.8 inciso 1°:

“Tanto el fundo superficial como los inmediatos quedan sujetos a la servidumbre (...) i al uso de las aguas naturales para la bebida de los operarios i animales”⁷.

Respecto de la servidumbre de uso de las aguas para la bebida, bajo la vigencia del Código de 1874 se favoreció tal uso incluso por sobre la agricultura, pues no se estableció limitación alguna; sin embargo, sólo se extendía sobre las aguas que corren por cauces naturales. Así se desprende de lo señalado por Noemí Rojas: “de atendernos a las normas del Código Civil, era ésta, la bebida, una forma de derecho real de uso y goce sobre un bien nacional de uso público por la cual debía el minero solicitar previamente la merced de aguas para luego constituir la servidumbre”⁸.

El fallo que referimos anteriormente, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago en el año 1890, se expresaba en tal sentido. Del mismo modo, en una sentencia de la misma Corte de Apelaciones, de fecha 26 de octubre de 1906, se señala expresamente: “las aguas naturales a que se refiere este artículo son las que corren naturalmente por cauce no artificial, según las reglas de los artículos 833, 834 y 835 del Código Civil”⁹.

1.3 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio

El Código reconoce al minero el derecho de hacer uso de las aguas para poner en movimiento sus máquinas, tanto de explotación como de beneficio, con preferencia a cualquier otra actividad, aún por sobre la actividad agrícola.

Debido a que inicialmente no existió normativa que regulara específicamente el uso de las aguas como fuerza motriz, debía aplicarse lo dispuesto en el Código Civil: la servidumbre de acueducto podía imponerse según las reglas privadas generales, con la limitación de no torcer o

⁷ Ibáñez Carlos E., ob. Citada, pág. 125.

⁸ Noemí Rojas Llanos, “Aplicación de la aguas en el Código de Minería”, pag 86, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1962.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica 1906 t2 s926.

menoscabar las aguas en perjuicio de los demás usuarios. Esta situación se mantuvo hasta el año 1907, pues con la dictación de la ley N° 2068 se reguló expresamente esta situación.

1.4 Indemnizaciones

Art.8 inciso 2°:

“Todo lo cual se entiende previa la correspondiente indemnización”.

Existía la obligación de pagar al dueño del predio sirviente las indemnizaciones que correspondieran, y que estaban reguladas por el art. 6° del mismo cuerpo legal: debía pagarse por el valor del terreno ocupado y por todo perjuicio causado, y tanto al dueño del predio superficial como a los terceros afectados por la constitución de la servidumbre.

Esta norma es completamente proteccionista de la actividad agrícola frente a la minería.

1.5 Aguas procedentes de las labores mineras

Artículo 9° :

“Las aguas procedentes de los trabajos subterráneos pertenecen a éstas”.

Esta disposición es una novedad respecto de la normativa contenida en las Ordenanzas de Nueva España.

Aunque en el proyecto del Código se contenía como limitación a este derecho el que fuesen “necesarias para los trabajos de explotación y beneficio y para la bebida”, la comisión revisora la eliminó, permitiendo al minero incluso hacer uso de esta agua para fines distintos a los específicamente mineros.

En este sentido, se planteaban los siguientes problemas:

- a) Debido a la amplitud de atribuciones con que contaba el minero respecto de las aguas subterráneas, surge la duda acerca de si podrían utilizarse para el beneficio de los minerales. Sabemos que respecto de las aguas superficiales, no se permitía, según refiere doña Noemí Rojas: “pese a esta protección, a favor del minero, ni los Códigos de 1874 y de 1888 permitieron el uso de las aguas en beneficio de los minerales”¹⁰. Sin embargo la autora no hace mención a las aguas subterráneas.
- b) Observamos entonces que el Código de Minería establecía que las aguas pertenecen a las minas, mientras que el Código Civil indicaba que tales aguas pertenecen al dueño del predio

¹⁰ Rojas Llanos, ob. Citada, pág. 9.

superficial. Entendiendo que la pertenencia minera otorga derechos sobre el subsuelo, resulta lógico preguntarse quién tiene la preferencia en el uso de esta agua.

Según don Luís Claro Solar, primaría el derecho del minero para el uso del agua subterránea respecto de otras actividades, incluida la agrícola: “Aunque la mina se constituye para extraer minerales existentes en las entrañas de la tierra y no para descubrir y alumbrar aguas, éstas son generalmente o indispensables o de una suma utilidad para la explotación de los minerales, independientes para su aprovechamiento para la bebida, caso de ser potables, y en la atribución de su propiedad al dueño de la mina contribuye a facilitar los trabajos mineros cuyo desarrollo interesa a la riqueza pública”¹¹.

c) Parece conveniente señalar además que el uso de las aguas se extiende a las obras, como por ejemplo, un socavón. Esta obra puede atravesar diversos terrenos; si las aguas surgen de un socavón perteneciente a la mina, esas aguas también pertenecen a ella. Así se estableció por sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de fecha 4 de junio de 1902 ¹².

1.6 Servidumbre de socavón

Ya señalamos que el Código de 1874 contemplaba un Título (XI) “de los trabajos por socavón i de los servicios que se deben a las minas”, el que contenía dos preceptos relativos a la servidumbre de socavón.

Artículo 142:

“Los dueños de las minas que desagüen por el socavón o cuya explotación se facilitare, deberán abonar al empresario de dicho socavón, a tasación de peritos, o el valor del beneficio que reciben, o al costo que les demandaría obtener esos beneficios por otros medios.

Es extensiva esta disposición al caso de desagüe por medio de pozos”¹³.

Esta disposición encuentra su origen en las Ordenanzas de Nueva España. Impone la obligación del minero que desagua por socavón ajeno de pagar al dueño del socavón la suma que determinen los peritos y que puede corresponder al valor del beneficio que para el minero reporta la obra, o al costo que para el minero reportaría obtener los mismos beneficios por otros medios.

Art.143:

¹¹ Claro Solar Luís, “Explicaciones de derecho civil comparado”, pág. 234, t VI, Imp. Cervantes, 1930.

¹² Gaceta jurídica 1902 t 1, s 1880

¹³ Ibáñez Carlos E., ob. citada , pág. 154.

“Las minas están sujetas a permitir el paso subterráneo de las aguas de los otros con dirección al desagüe general. En la superficie sufrirán también el tránsito necesario para la labor (...)

Todo lo cual se entiende previo el pago de perjuicios que se avaluarán por peritos”¹⁴.

En este artículo se establece una servidumbre legal de desagüe de aguas subterráneas, manteniendo siempre la obligación previa de indemnizar los perjuicios generados en su ejercicio.

¹⁴ Ibáñez Carlos E., ob. citada, pág. 155.

2. CODIGO DE MINERIA DE 1888

2.1 Generalidades

Este Código fue promulgado el 20 de diciembre de 1888. En materia de aguas, observa idénticas normas a las contenidas en el Código de 1874, incorporando el tratamiento de las servidumbres desde una perspectiva conciliadora entre las actividades agrícolas y mineras.

El origen del Código de Minería de 1888 tiene su razón de ser en la escasa aceptación de su antecesor, el de 1874, que fuera sometido a diversas críticas por parte de la Sociedad Nacional de Minería. Esta entidad elaboró un proyecto que sirvió de base para la redacción del nuevo Código.

Debido a las múltiples similitudes observadas, sólo se indicarán las variaciones más significativas y las leyes atinentes dictadas durante su vigencia.

El art.8° del Código de Minería de 1888 disponía:

“Tanto el fundo superficial como los inmediatos, quedan sujetos a las servidumbres de pastaje de los animales necesarios para la explotación, mientras dichos fundos no estén cultivados o cerrados, i al uso de las aguas naturales para la bebida de los operarios i animales. Pueden ejecutarse también en ellos obras para proveerse de las aguas necesarias a ese fin, i para el movimiento de máquinas de beneficio y explotación siempre que no se les haga inadecuadas par el uso a que se les tenga destinadas”.

Este artículo solucionó en cierta medida las imprecisiones que se observaban en el artículo 8° del Código de 1874. La frase “siempre que no se les haga inadecuadas par el uso a que se les tenga destinadas” pretendió “introducir una limitación a la facultad del minero de hacer uso industrial de las aguas y tiende a que no se las haga inadecuadas para el uso a que se las destinen”¹⁵.

Pese a que pretendió restablecerse un equilibrio en el aprovechamiento de las aguas entre el minero y el agricultor, se observa en la época un rechazo a la limitación, pues algunos sectores estimaron que el “menoscabo del agua que experimentan los fundos superficiales es insignificante y por lo mismo, no produce perjuicios de consideración a la agricultura. Por otra

¹⁵ Fierro Pérez Ruperto, “Servidumbres mineras: comentario de los artículos 6, 7 y 8 del Código de Minas”, pág. 8, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1920

parte, no es razonable dejar al arbitrio caprichoso de un agricultor o dueño del agua, la suerte de toda una industria, como lo es la minera”¹⁶.

El artículo 8° consagra las siguientes servidumbres:

- a) De pastaje,
- b) De uso de las aguas para la bebida, tanto de los operarios como de animales,
- c) De uso de las aguas para el movimiento de máquinas de explotación y beneficio.

La servidumbre de uso de aguas para la bebida es tratada en idéntica forma a lo establecido en el Código de Minería de 1874, por lo que nos remitiremos a lo señalado en su oportunidad.

2.2 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio

Inicialmente, el minero debía obtener la concesión de la merced de aguas de conformidad a la normativa del Código Civil, ya que no existía legislación especial.

En 1907 se dictó el Decreto reglamentario de las mercedes de aguas para uso industrial N° 254, que fue complementado por lo dispuesto por la Ley N° 2068 del 30 de diciembre de 1907 y el Decreto ley N°160 del 18 de diciembre de 1924.

Basándose en esta normativa, se sienta el principio seguido hasta nuestros días de que debe distinguirse, para los efectos del aprovechamiento de las aguas como fuerza motriz, entre aguas que corren por cauces naturales y aguas que corren por cauces artificiales.

2.2.1 Aguas que corren por cauces naturales

La legislación señalada establecía que el minero estaba obligado a restituir este tipo de aguas a su cauce una vez utilizadas. En definitiva, se trataba de la facultad general de que gozaban todos los habitantes de la República para hacer uso de las aguas, exceptuado únicamente por lo dispuesto en el artículo 834 del Código Civil, que establecía un régimen de preferencias.

La merced de agua entonces, era concedida por el Presidente de la República a través del Ministerio de Fomento de la época. Su tramitación era muy semejante a la establecida para conceder las mercedes de agua para regadío, contemplada en el Reglamento sobre la materia del año 1916, y que consistía básicamente en los siguientes trámites:

¹⁶ Letelier Mesa Francisco, “De las servidumbres en nuestra legislación minera”, pág. 28, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1920.

- i. Presentación de una solicitud al Gobernador competente respecto del lugar en que se encontraba la bocatoma.
- ii. Publicación de la solicitud en un periódico del lugar, ordenada por el Gobernador y por cuenta del interesado, por 3 veces.
- iii. Transcurso del término de 30 días para formular oposiciones.
- iv. Remisión de los antecedentes por parte del Gobernador al Ministerio de Fomento, informando acerca de la conveniencia de conceder la merced.
- v. Remisión de los antecedentes por el Ministerio a la Inspección General de Regadío, para que ésta informase acerca de la existencia de las aguas disponibles en las corrientes de donde se deseara extraer el arranque, teniendo en cuenta los aforos de ella y el rol de las mercedes de aguas.
- vi. Pago a la Tesorería General de la República de la suma correspondiente a la concesión de la merced.
- vii. Dictación de un decreto, parte del Gobernador, en que se concedía la merced a título provisional y se fijaba un plazo no mayor de un año para la presentación del proyecto definitivo.
- viii. Emisión del Decreto respectivo por parte del Ministerio de Fomento, con el que el interesado podía ejecutar las obras necesarias.
- ix. Inscripción del Decreto de concesión definitiva en el Registro Conservatorio del departamento en que se encuentre ubicada la bocatoma, según establecía el art.5° de la ley 2.139 del 9 de noviembre de 1908, sobre Asociaciones de Canalistas.

2.2.2 Aguas que corren por cauces artificiales

La ley N° 2068 del 31 de diciembre de 1907, referida expresamente al aprovechamiento de la fuerza motriz de las aguas conducidas por cauces artificiales, estableció un sistema distinto al del Código Civil, facultando al dueño del predio sirviente a hacer uso de las aguas del canal como fuerza motriz, teniendo como único límite no embarazar el goce del dueño del canal.

Específicamente, el minero necesitaba que el canal en cuestión atravesara o deslindara con su pertenencia (art.1° de la ley). En opinión de los señores Pedro Lira Urqueta y Lorenzo de la Maza, esta circunstancia hacía inaplicable la ley para el minero, pues consideraban que el concepto de “pertenencia”, propio de la legislación minera, no podría considerarse como incluido en el concepto de “predio”, término empleado en el art. 1° de la ley 2068, que se refería

al predio agrícola. En estas condiciones, no era posible cumplir con las condiciones exigidas por la ley¹⁷.

Otros autores, como don Santiago Lazo Preuss, sostenían que la ley 2068 de 1907 tiene perfecta aplicación en la medida que se cumplieran las condiciones contempladas en el artículo 1° de dicha ley, estimando a la pertenencia como un predio, y exigiendo por tanto que ella fuera atravesada por el canal o deslindara con él.

De este modo, bajo la vigencia de la legislación señalada, el minero que requiriese utilizar las aguas que corren por cauces artificiales que atravesaran o deslindaran su pertenencia debía:

1° Llegar a acuerdo con los dueños del cauce, pagando las indemnizaciones correspondientes según lo establecido en el art.5° del Código de Minería.

2° Recurrir al juez competente, para obtener la correspondiente autorización para la constitución forzosa de la servidumbre, presentando una solicitud acompañada de un plano que indicara, entre otros, la clase de motor que pretendía instalarse, el lugar donde iba a instalarse, el lugar donde construirían los puntos de empalme del cauce de desvío en el canal principal, la indicación del medio que se aplicaría para extraer las aguas, etc. (ver art.8° inc.2° de la ley).

Si los dueños del cauce hacían objeciones a la solicitud presentada, el juez debía resolverlas, oyendo el informe de peritos nombrados de común acuerdo por las partes o por el juez en subsidio.

En caso de que los dueños del cauce no formularan objeciones, el juez concedía la autorización para ejecutar las obras conforme al plano acompañado.

2.3 Indemnizaciones

Al referirse a indemnizaciones, el art.6° del Código de Minería de 1888 utilizaba el adjetivo “previa”, lo que podría llevar la errónea conclusión de que era necesario primero indemnizar y, sólo una vez pagado, se tenía el derecho a constituir la servidumbre correspondiente. En la

¹⁷ Los autores referidos señalan en su libro “Régimen legal de las aguas en Chile”, editado por E. Nascimento en el año 1940, que “no obstante no podría sostenerse que respecto del aprovechamiento a que se refiere el inciso 1° del art.88 del Código (se refiere al Código de 1932, siendo la disposición idéntica a la consagrada en el art.8 del Código de Minería de 1888) para efectuarlo solicitar la merced de aguas y que nunca cabría aplicar la ley 2068 estimando que se refiere únicamente a los predios superficiales atravesados o que deslindan con cauces naturales o artificiales y que las pertenencias no pueden ser consideradas comprendidas bajo la denominación “predios” de acuerdo al inciso 2° del art.568 del Código Civil y en el sentido natural y obvio de la palabra heredad”.

práctica, la indemnización previa establecida en el artículo no suspendía el ejercicio del derecho de ocupación que concede el derecho real, o la constitución de la servidumbre como un gravamen permanente. Así lo dispuso la Corte de Apelaciones de La Serena por sentencia de 22 de septiembre de 1890.

La avaluación de los perjuicios a indemnizar se efectuaba conforme al procedimiento establecido en el art.151: por convenio entre las partes o por peritos. Presentados los informes de los peritos, el juez pronunciará sentencia sin más trámite.

2.4 Disposiciones posteriores al Código de Minería de 1888

Entre ellas las más importantes son:

a) Ley de Municipalidades de 1891

Estableció que la facultad de otorgar mercedes de aguas correspondía a las municipalidades si tales aguas corrían “exclusivamente” dentro de su territorio. Si el río corre o divide dos o más territorios municipales, se aplicarán las normas de la Ordenanza General del 23 de enero de 1872. Debido a que la ordenanza no contenía ningún precepto que indicara quien era la autoridad competente para otorgar mercedes de aguas y la ley 1891 tampoco estableció nada al respecto, el minero tenía dificultades para determinar la autoridad que podía otorgarle la merced de aguas.

b) Decreto del 22 de septiembre de 1893

El decreto para las concesiones de aguadas de propiedad fiscal, en las provincias del norte de la República, estableció un procedimiento especial para las provincias de Tacna, Tarapacá, Antofagasta, Atacama y Coquimbo: las personas que desearan usar las aguadas naturales debían presentarse al Gobernador del departamento en que existían las aguas que se pretendía usar, debiendo cumplir con los requisitos indicados en el art.1°.

El permiso se otorgaba por medio de un decreto que entregaba el “uso” de las aguas de un modo intransferible y caducaban si se le daba un uso distinto de aquel para el cual fue concedido.

En todo caso, el uso no era exclusivo: de conformidad con el art.5°, el concesionario no podía impedir a los particulares el libre acceso a la aguada, ni privar el uso de ellos a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan en las inmediaciones.

c) Código de Procedimiento Civil de 1902

En el libro II, título X, se establecía el procedimiento de distribución de aguas. Estas normas fueron más tarde modificadas por la Ley N°3390 de 1918 y luego finalmente derogadas por la ley que aprobó el primer Código de Aguas.

En consecuencia este Código de Procedimiento Civil “no altera en nada los aspectos sustantivos del derecho de aguas sino solo las reglamenta su protección jurisdiccional”¹⁸.

d) Circular ministerial del Ministerio de Obras Públicas del 19 de marzo de 1902

Dictaminaba que mientras no se dictara una ley que fijara con exactitud a quien correspondía otorgar las concesiones de una merced de aguas para usos industriales, ese conocimiento correspondería al Gobernador del departamento en que cuyo territorio se ubicara la toma de agua.

e) Decreto reglamentario de las mercedes de aguas para usos industriales N° 254

Dictado el 8 de febrero de 1907, obedeció al deseo de regular el empleo de las aguas para usos industriales, materia que no estaba regulada anteriormente.

f) Ley N° 2068 de 1907

Dictada el 31 de diciembre de 1907, autorizaba el uso de las aguas como fuerza motriz por parte de los dueños de los predios por donde cruzaran dichas aguas. Ya sea que se tratara de aguas que corren por cauces naturales o artificiales.

g) Ley N° 3.133

Ley sobre neutralización de los residuos provenientes de los establecimientos industriales dictada el 4 de septiembre de 1916, posteriormente fue reglamentada por el decreto N° 2491 del 13 de noviembre de 1916.

Esta ley solucionó el problema del tratamiento de los residuos estériles o relaves, asunto que salvo en el caso de las Ordenanzas de Nueva España, no había sido reglamentado.

¹⁸ Vergara Blanco Alejandro, “Derecho de aguas”, pág. 135 , Editorial Jurídica, 1998

3. CODIGO DE MINERIA DE 1930¹⁹

3.1 Generalidades

Producto de las múltiples críticas que se formularon al Código de Minería de 1888, la Sociedad Nacional de Minería encargó a una comisión especial la formulación de un nuevo proyecto de Código.

El proyecto fue entregado en 1911 al Congreso Nacional, siendo ignorado. Una nueva comisión de la Sociedad Nacional de Minería lo revisó en 1928, y fue este proyecto el que finalmente se convirtió en el Código de Minería de 1930.

El mérito de este Código fue definir el uso del agua para efectos mineros, mediante un párrafo que contenía una serie de disposiciones relativas a la materia.

El art.86 N° 1, establecía una servidumbre de acueducto a favor de las minas que grababa a los predios superficiales. El Art.88 establecía el derecho del minero para aprovechar las aguas corrientes distinguiendo las aguas destinadas a la bebida, las aguas destinadas al movimiento de las máquinas y las aguas destinadas al beneficio de los productos de la mina.

3.2 Aguas para la bebida

Atendido a que este uso no afectaba en manera alguna la calidad del agua, y a que en la práctica constituían idénticos derechos a los reconocidos a cualquier propietario riberano, amplió la autorización concedida a los mineros para su uso, manteniendo el tenor del art.834 del Código Civil.

3.3 Aguas para el movimiento de las máquinas

Para estos efectos, el art.88 equiparaba al minero al propietario riberano, en los usos que le concedía el art. 834 del Código Civil y a lo establecido en la ley 2068 ya analizada, al someterlo a la legislación sobre uso de las aguas para fines industriales. De conformidad a la normativa civil, el minero estaba obligado a devolver el sobrante de las aguas a su cauce original, una vez que se había servido de ellas. El art.92 del Código de Minería, por su parte, establecía que los derechos que se le concedían al minero para el uso del agua tendiente al movimiento de maquinarias no podían extenderse a otros fines distintos, por lo que cesarían una vez terminado el aprovechamiento específico.

3.4 Aguas para el beneficio de los productos de la mina²⁰

¹⁹ Este Código tuvo una nula aplicación, razón por la cual sólo lo trataremos someramente.

3.4.1 Aguas que corren por cauces naturales

El minero que deseaba utilizar las aguas que corren por cauces naturales para el beneficio de los minerales, debía obtener la correspondiente merced de agua, en conformidad lo dispuesto en el Decreto reglamentario N°254 del 8 de febrero de 1907, sobre mercedes de agua para usos industriales en general y lo dispuesto en la Ley N°2068 del 30 de diciembre de 1907. El minero debía observar muy especialmente lo dispuesto en la Ley N°3.133, del 4 de septiembre de 1916, sobre neutralización y depuración de los residuos de los establecimientos industriales y a su reglamento del 13 de noviembre del mismo año, que lo obligaba a evitar la contaminación de las aguas que podían tener un uso posterior.

3.4.2 Aguas que corren por cauces artificiales

Respecto a las aguas que corren por cauces artificiales, y que el minero deseara utilizar, nos remitiremos a lo dispuesto por el Código de Minería de 1932, pues ambas reglamentaciones son idénticas.

Finalmente debemos agregar que el art.88 del Código de 1930, en su inciso final, establecía que el minero podía ejecutar en los predios superficiales, todas las obras necesarias para hacer uso de las aguas.

A su vez, el art.92, estableció, en perfecta conformidad a lo dispuesto en el Código Civil, que los derechos de los mineros son esencialmente precarios y condicionales. Al respecto don Santiago Lazo Preuss opina “que se le confiere un uso determinado y en atención a las cualidades establecidas concurrente en el beneficiario por lo que consecuentemente variando los antecedentes, no existiría un campo de aplicación para el desenvolvimiento de los derechos de aprovechamiento y uso concedido en las aguas corrientes declaradas como bienes nacionales de uso público”²¹.

²⁰ Esta es la primera vez que el Código de Minería reconoce y permite legalmente el uso de las aguas para el beneficio de las minas (ver opinión de Noemí Rojas en obra citada)

²¹ Santiago Lazo Preuss, “Régimen legal de las aguas en Chile”, pág. 120, imp. La Ilustración

4. CODIGO DE MINERIA DE 1932

4.1 Generalidades

El Código de 1932 promulgado por el Decreto Ley N° 448 y publicado en agosto de ese año, en la práctica vino a corregir los errores observados en el Código de 1930, pues el deseo de la comisión redactora era sólo introducir al Código de 1930, algunas enmiendas conservando en general sus disposiciones. Esto reafirmado en el hecho de que se conservó en lo posible, su numeración. Respecto al derecho del minero sobre las aguas, el artículo 88 establecía:

“El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio quedando en esta parte sometido a la legislación sobre uso de las aguas para fines industriales.

Podrá también el minero usar las aguas de los cauces naturales en el beneficio de los productos de su mina, debiendo solicitar la respectiva merced en conformidad a las disposiciones legales.

Si estuvieran agotadas las aguas de los cauces naturales de la región, el minero podrá utilizar, con igual objeto, las que corran por cauces artificiales, siempre que el resto de las aguas no resulte insuficiente para el uso a que están destinadas.

Para el aprovechamiento de las aguas con los fines indicados, podrá el minero ejecutar en los predios superficiales las obras que fueren necesarias.

Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a la disposición respectivas del Código de Aguas”^{22, 22}.

Tal disposición establecía para el minero, un derecho para utilizar o usar las aguas para los fines indicados, tal utilización la podemos dividir en tres ámbitos: aguas para la bebida, aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio, y aguas para el tratamiento de los minerales de las plantas

4.2 Aguas para la bebida

Artículo 88 del Código de Minería de 1932 inciso primero:

²² Inciso agregado con la dictación del Código de Aguas de 1952

“El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para la bebida de los operarios y animales”.

Respecto a tal uso, el derecho que se le concedía al minero constituían, en realidad, una verdadera servidumbre de toma de agua, ya sea de cauces naturales como artificiales, exclusivamente para la bebida de los operarios y/o de los animales, no era por lo tanto una servidumbre de abrevadero, pues no consistía en el derecho de conducir los animales hasta un lugar determinado del cauce o fuente, sino el derecho de tomar y transportar el agua indispensable para el abrevaje hasta la mina o lugar de trabajo de los beneficiarios.

Para estos efectos, el Código concedía al minero, al igual que los Códigos anteriores, el derecho de hacer a su costa las obras necesarias, tales como pozos de toma, acueductos, etc. Sin embargo, la cantidad de aguas extraídas debía limitarse estrictamente a las necesidades para las cuales se otorgaba, debiendo en consecuencia devolver el sobrante, so pena de pagar los perjuicios.

En lo que respecta al ejercicio de este derecho, era preciso distinguir: a) si las aguas corren por cauces naturales; b) si las aguas corren por cauces artificiales.

En cuanto a las primeras, se establecía el libre uso de ellas para dichos fines. Con respecto a las segundas, estas se sometían a las disposiciones de los artículos 91 y 197 N° 1, ambos del Código de Minería.

Art.91: “La constitución de las servidumbres y demás derechos, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados que conste por escritura pública o por resolución judicial”.

Art.197: “Se tramitarán sin embargo, conforme al procedimiento sumario, fuera de los casos ya indicados en este Código las siguientes cuestiones”:

N°1 Las relativas a la constitución, ejercicio y terminación de la servidumbre y demás derechos que reconoce la Ley a favor de la pertenencia y establecimiento de beneficios, las indemnizaciones correspondientes, y a las cauciones que procedan”.

Es decir, al acuerdo previo con los dueños del cauce, o a falta de él, el minero debía recurrir al juez, el cual aplicando un procedimiento sumario, podía autorizar al minero para hacer uso de la servidumbre. Debemos tener presente que, durante la tramitación del juicio, en conformidad a lo establecido en el art.93 del Código de Minería, el juez podía condenar al minero al pago de las indemnizaciones a que hubieren lugar.

No había, por lo tanto, intervención de funcionarios del Estado, no había mercedes de aguas. El derecho de servidumbre de aguas, si se refería a aguas que corren por cauces naturales, se ejercía con libertad, en cambio, respecto de las aguas corren por cauces artificiales, se hacía valer directamente ante sus dueños para que prestaren su acuerdo, en el caso que el titular del canal no prestara su autorización para la constitución de esta servidumbre, el asunto se decidía sumariamente en la justicia ordinaria.

Posteriormente el Código de Aguas de 1952 modificó lo anterior, pues aquel minero que deseara utilizar las aguas que corren por cauces naturales, debía obtener la correspondiente merced de aguas, sometiéndose para estos efectos, al procedimiento establecido en los artículos 248 (257) a 267 (279)²³ de dicho Código.

Como primer requisito para obtener la merced, el minero debía probar en forma fidedigna la efectiva necesidad de agua para la bebida, ya sea para sus animales o para sus operarios, y solo una vez acreditada tal necesidad, se otorgaba la merced, limitada a la cantidad estrictamente necesaria del vital elemento.

El procedimiento establecido en el Código de Aguas constaba de una primera fase que se iniciaba con una solicitud, presentada al Gobernador del Departamento en donde se construirían las obras de captación, que debía ser acompañada de un croquis de las obras, una memoria explicativa y un presupuesto de los costos de las obras.

Recibida la solicitud se notificaba a los interesados lo que se hacía por medio de tres avisos publicados en un periódico de la ciudad cabecera del departamento si lo hay, otro en uno de la capital de la provincia y finalmente en uno de Santiago,²⁴ dentro de un plazo de sesenta días contados desde la resolución del Gobernador, a costa del interesado.

El plazo para oponerse a la constitución de la merced era de treinta días contados desde la última publicación respectiva. Presentadas oposiciones a la constitución de la merced, el Gobernador remitía los antecedentes a la Dirección de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, para que este servicio informara al Director General de Aguas²⁵ sobre la procedencia o improcedencia de otorgar la merced de aguas.

²³ La numeración entre paréntesis corresponde a la que existía en el Código de aguas hasta la dictación de la ley N° 16.640.

²⁴ Hasta la dictación de la ley N° 16.640, sólo era necesario una publicación en el periódico del departamento en donde se otorgaba la merced.

²⁵ Hasta la dictación de la ley N° 16.640, la autoridad que actuaba en lugar del Director General de Aguas era el Presidente de la República.

En caso de ser aceptada la solicitud por parte del Director General de Aguas, este dictaba un decreto de concesión provisoria, con lo cual terminaba la primera fase.

Durante la segunda fase de la tramitación el interesado debía hacer los estudios necesarios y presentar los planos definitivos, que una vez aprobados, lo habilitaban para construir las obras e imponer las servidumbres. La construcción de las obras estaba sujeta a un plazo cuyo incumplimiento era sancionado con la caducidad de los derechos concedidos.

Efectuadas las obras e informada la Dirección de Aguas de su término, se dictaba el decreto de concesión definitiva de la merced y el decreto de aprobación definitiva de las obras (art.265, antiguo 277).

El decreto de concesión definitiva de la merced debía reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador respectivo. Con la inscripción se obtenía la transferencia del derecho de aprovechamiento respectivo, con esto terminaba el procedimiento.

Respecto a las aguas que corren por cauces artificiales, el minero que deseara utilizarlas, debía obtener la servidumbre de abrevadero establecida en el Código de Minería de 1932, la que como vimos anteriormente, era más bien una servidumbre de saca de aguas, que una de abrevadero. Por aplicación del Código de Aguas de 1952, se estableció que dicha servidumbre, debía constituirse y ejercerse de acuerdo a lo dispuesto en dicho Código, así lo dispuso la ley aprobatoria de dicho cuerpo legal en su artículo 11:

“Las servidumbres sobre aguas que establece el Código de Minería se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones del Código de Aguas”.

Y dentro de sus disposiciones lo señala expresamente en su artículo 188 (182):

“Las servidumbres relativas a las aguas que concede el Código de Minería, se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones del presente Código”.

Finalmente, el artículo 219 (215) del Código de Aguas, establecía que la servidumbre de abrevadero gravaba también el fundo superficial y los inmediatos a una mina, en beneficio de las personas y de los animales empleados en el laboreo de éstas.

En materia de procedimiento, el Código de Aguas dispuso que los juicios que se promovieran para la constitución, ejercicio o extinción de esta servidumbre se aplicara un procedimiento sumario, y en consideración a la dificultad que presentaban las cuestiones sobre aguas, en especial para establecer con claridad los hechos y circunstancias del caso, el juez podía dictar de oficio, sin que se hubiere lugar a formular oposiciones, las medidas de inspección personal del

tribunal, nombramiento de peritos e informe de la Dirección General de Aguas. Art. 293 inciso 2° (280 inciso 2°).

La introducción del informe de la Dirección de Aguas, implicó un gran acierto, pues aportó autorizados e importantes elementos de juicio, indispensables para la correcta apreciación de los hechos.

4.3 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio

Artículo 88 inciso 1°:

“El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio quedando en esta parte sometido a la legislación sobre uso de las aguas para fines industriales”.

Estas aguas quedaban, según lo dispuesto en el artículo 88, sometidas a la legislación sobre uso de agua para fines industriales. La comisión redactora del Código de Minería consideró que la frase “sometido a la legislación sobre uso de las aguas para fines industriales”, debía entenderse, como aquella que estuviera vigente al hacer uso del derecho, es decir, a las normas establecidas para hacer uso de las aguas como fuerza motriz.

Por lo tanto, era necesario distinguir entre:

a) Aguas que corren por cauces naturales

Respecto de éstas, el minero debía ajustarse a las disposiciones del decreto reglamentario N° 254 del 8 de febrero de 1907 y al decreto complementario N° 73 del 28 de enero de 1924. Con posterioridad el minero debió someterse a lo dispuesto por el Código de Aguas de 1952, según vimos, por aplicación del artículo 188 (182) para obtener la merced correspondiente.

b) Aguas que corren por cauces artificiales

Estas se sometían a las disposiciones de los artículos 91 y 197 N° 1 del Código de Minería, ya citados, es decir, al acuerdo previo con los dueños del cauce, o falta de él se aplicaba lo dispuesto en la ley N° 2068 de diciembre de 1907 ya estudiada, en virtud de la cual, se confería al juez de letras, la facultad de conceder la autorización (a través de un procedimiento sumario). Posteriormente, bajo la vigencia del Código de Aguas de 1952 (artículo 227) se mantuvo dicho procedimiento sin modificaciones.

Por consiguiente, era necesario para la constitución de dicha servidumbre, el cumplimiento de tres requisitos:

1. Tener la facultad de imponer el gravamen

2. Contar con la autorización del dueño del acueducto o de la justicia en subsidio
3. Pagar o caucionar las indemnizaciones correspondientes.

Era necesario lograr un acuerdo con el dueño del cauce, acuerdo que debía versar sobre los siguientes puntos:

- a) La autorización para el uso de las aguas.
- b) La forma de efectuar el aprovechamiento y la construcción de las instalaciones.
- c) El pago de las indemnizaciones correspondientes.

Sólo en caso de desacuerdo con el dueño del cauce, el interesado podía recurrir al juez competente para obtener de él tal autorización, en conformidad a lo que disponía el artículo 227 inciso 2°. Sin embargo la ley N° 16.640 de 1967 de Reforma Agraria, modificó el procedimiento establecido que en caso de no lograrse acuerdo, el minero debía recurrir a la Dirección General de Aguas, organismo que estaba facultado para conceder la autorización, en conformidad al art.229 del texto refundido.

En caso de desacuerdo, el minero debía recurrir al tribunal competente, presentando, junto con su solicitud, los planos y especificaciones generales y demás detalles de la obra. Una vez comprobado por el tribunal el cumplimiento de los requisitos legales y garantizado el cumplimiento de las demás exigencias para la instalación de la obra, se decretaba la implantación forzosa de la servidumbre.

Durante la tramitación del juicio, el juez podía autorizar al minero para hacer uso de la servidumbre y derechos solicitados, rindiendo caución para responder de eventuales indemnizaciones, según lo dispuesto en el art.93 del Código de Minería, ya citado.

4.4 Aguas para el tratamiento de los minerales en las plantas de beneficio

El Código de Minería de 1932 establecía en su artículo 88 incisos segundo y cuarto:

“Podrá también el minero usar las aguas que corran por cauces naturales en el beneficio de los productos de su mina, debiendo solicitar la respectiva merced en conformidad a las disposiciones legales.”

“Si estuvieran agotadas las aguas de los cauces naturales de la región, el minero podrá utilizar, con igual objeto, las que corran por cauces artificiales, siempre que el resto de las aguas no resulte insuficiente para el uso a que están destinadas”.

Como se observa, el Código sigue en todos los casos la misma lógica, es decir, distingue entre:

a) Aguas que corren por cauces naturales

Para hacer uso de ellas, el minero debía obtener la respectiva merced de aguas para uso industrial (siempre que tal uso no fuera para la producción de fuerza motriz, ni para la energía eléctrica) que se otorgaba conforme al DL 160 de 1924 y N° 313 de 1925.

b) Aguas que corren por cauces artificiales

En general, esta agua no podía destinarse al beneficio de los minerales, salvo en los casos excepcionales contemplados en el art.88 inciso 3°, la norma obedece al criterio de la comisión redactora del Código de Minería que consideró que el uso de las aguas para estos fines, podía resultar nocivo para el objeto a que lo destinaren los canalistas inferiores.

Sin embargo, el minero que hacía uso del derecho en los casos del inciso 3 ya citado, estaba obligado a adoptar todas las medidas tendientes a impedir que las aguas vuelvan al cauce original contaminadas de acuerdo a lo dispuesto en la legislación especial que regía esta materia, es decir, la ley N° 3.133 sobre neutralización de los residuos industriales.

Es interesante indicar que durante la tramitación del proyecto del Código surgió una polémica acerca del alcance de dicha disposición, pues en opinión del diputado señor Moreno Bruce, al autorizar al minero para hacer uso de las aguas para el beneficio de los minerales, podría producirse un peligro para la actividad agrícola de los predios vecinos a la pertenencia, pues el minero para satisfacer sus necesidades podría eventualmente agotar las aguas del canal. En contraposición a ello, el diputado señor Marambio era de la opinión que tal situación sería muy excepcional, pues el minero debía indemnizar al dueño del suelo de todos los perjuicios, por consiguiente, el minero tendería a limitar dicho uso para no verse obligado a pagar una indemnización muy alta. Don Juan Antonio Ríos para conciliar ambas posiciones propuso agregar la siguiente frase: “Siempre que el resto de las aguas no resulte insuficiente para el uso a que están destinadas”. Posteriormente, el Senado rechazó tal frase final, pues podía limitar el beneficio del minero, en atención a que aparecía como más importante para el desarrollo de la actividad minera. La Cámara de Diputados rechazó tal supresión e insistió en el texto propuesto por el Sr. Ríos, en base a que tal disposición podría producir grandes perturbaciones a la agricultura. Por lo tanto, al minero sólo se le reconocía el derecho al uso de las aguas que corren en exceso, argumento que el Senado aceptó, con lo que una vez más fue evidente el tradicional conflicto entre la agricultura y la minería en Chile.

En resumen, para utilizar las aguas que corren por cauces artificiales se debían cumplir los siguientes requisitos fundamentales:

- a) Que la zona respectiva se encuentren agotadas las aguas de los cauces naturales.
- b) Que el resto que quedara de las aguas de los cauces artificiales no resultare insuficiente para el fin a que están destinadas.

Cumplíendose con estos requisitos, el minero debía pactar con los dueños de los cauces en conformidad a lo dispuesto en los artículos 91 y 197 N° 1 del Código de Minería. A falta de acuerdo, se aplicaba lo dispuesto en la ley N° 2.068, teniendo en tal caso plena aplicación lo señalado en el artículo 93 del Código de Minería.

Las normas señaladas hacen evidentes las dificultades que enfrentaba la legislación minera para facilitar el desarrollo de la industria minera con relación a la agrícola. En efecto, el Código concedía al minero la facultad de utilizar las aguas del canal artificial, sujeto a una condición: a que el resto de las aguas no resultaran insuficientes para el uso a que estaban destinadas por el dueño del cauce, según así lo establecía en el artículo 88 el Código de 1932, lo que implicaba en la práctica, una forma de expropiación de los derechos de agua de que gozaba el dueño del cauce, pues era obvio que esas aguas ya le habían sido objeto de una merced a favor del titular del acueducto. Pero con la dictación del Código de Aguas de 1952 desaparecen estas dificultades, ya que el criterio rector del Código de Aguas era la protección de las aguas para el regadío, como expresa el mensaje del Código, por sobre el uso minero, más aún si se considera que el uso de las aguas que corren por cauces artificiales, ya no procede, ni aún respecto de los sobrantes en beneficio de la actividad minera. En opinión de Noemí Rojas se concluye que el Código de Aguas de 1952 derogó orgánicamente lo dispuesto en el artículo 88 inciso 3° del Código de Minería. “No podía obtener este derecho mediante una merced, por cuanto las aguas que van escurriendo por un cauce artificial ya están concedidas y de la única manera que quizás podría tener cabida el ejercicio del derecho, para el minero, sería solicitar la expropiación de las mismas, beneficio que pudo haber tenido aplicación con anterioridad al Código de Aguas, época en que los derechos del minero preferirían a las finalidades, como la agricultura, la industria, etc.(...). Hoy en día, bajo el régimen del Código de Aguas en que esa preferencia ya no existe, y en cambio la tiene la finalidad de regadío Art.30 del Código de Aguas no creemos que ello sea posible”²⁶.

4.5 Servidumbres de acueducto

²⁶ Rojas Noemí, “Aplicación de las Aguas en el Código de Minería”, pág. 34, Editorial Jurídica, 1965

La finalidad precisa de la servidumbre es conducir las aguas a través de una heredad ajena, lo cual implica que el agua escurra a través del rasgo del terreno convenientemente preparado y ahondado, a fin de que éstas no se escurra o esparza, siguiendo los naturales desniveles que en la tierra existen.

El artículo 68 del Código de Aguas define el acueducto como un “canal o cauce artificial construido por la mano del hombre”, agregando que comprende como tales cauces artificiales a las canoas, sifones, tuberías y demás obras destinadas a conducir agua, incluyendo de esta manera la denominación de canales y cañerías de que habla el art.86 N° 1 del Código de Minería de 1932, cuyo texto dice:

“Desde la inscripción del acta de mensura, los terrenos superficiales están sujetos con el solo fin de facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina, a los siguientes gravámenes”:

N° 1.- El ser ocupados en toda su extensión necesaria (...) por canales, tranques o cañerías”.

Al establecer el gravamen sobre los predios superficiales, con el objeto de permitir una cómoda explotación de la mina, el legislador de 1932 valoró la importancia que tiene la actividad minera para el país y consagró el derecho del minero a establecer esta servidumbre. Sin embargo para utilizar el agua el minero debía constituir la correspondiente servidumbre de acueducto.

En cuanto a la constitución de la servidumbre, el Código de Minería se remitió en su artículo 88 inciso 4°, a lo dispuesto en el art.861 del Código del Código Civil, es decir, se aplicaba un procedimiento sumario en conformidad al art.680 del Código de Procedimiento Civil y, posteriormente, a lo dispuesto en el Código de Aguas, por aplicación del art.188 (182). Consecuentemente, se aplicaba para la constitución, ejercicio y extensión de las servidumbres el art.235 (232) del Código de Aguas, disposición que amplió lo dispuesto en el artículo 680 del Código de Procedimiento Civil, pues no sólo se aplica este procedimiento a las servidumbres naturales y legales, sino también a las voluntarias. Los juicios que a consecuencia de su constitución, ejercicio y extinción se promovieran, se debía aplicar un procedimiento sumario en conformidad a lo dispuesto en el art.293 (289).

En cuanto a las indemnizaciones que el minero estaba obligado a pagar, eran las siguientes en conformidad a lo dispuesto en el art.198 (192) del Código de Aguas:

a) El valor de todo el terreno que fuere ocupado.

- b) El valor de un espacio a cada uno de sus lados del acueducto que no bajará de un metro de anchura en toda su extensión de su curso.- Un 10% más sobre la suma total de los valores indicados en los dos menciones anteriores.
- c) El resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la construcción del acueducto.
- d) El resarcimiento de los daños o desbordes que puedan ocasionarse por las filtraciones y derrames que puedan imputarse a defectos de construcción.

4.6. Servidumbre de socavón

Se entiende por socavón cualquier labor que tenga por objeto dar o facilitar la ventilación, desagüe o acceso a otra concesión minera o a un establecimiento de beneficio. Generalmente el socavón, es una galería o túnel subterráneo con un determinado declive para efectos de desagüe, ya sea del agua proveniente de filtraciones o de las aguas encontradas al efectuar los trabajos de explotación.

Las reglas que regulaban dichas servidumbres, estaban consagradas en el art.94 del Código de Minería de 1932, que en cuanto a su reglamentación, eran semejantes a las normas establecidas para las servidumbres que gravaban los predios superficiales. Por consiguiente, a lo dispuesto en el art.188 (182) y 293 (280) del Código de Aguas de 1952, constituyendo en sí una servidumbre legal que se implantaba y ejercitaba de acuerdo con el dueño del terreno y en caso de desacuerdo, debía recurrirse al Juez competente, el cual aplicaba un procedimiento sumario.

4.7 Indemnizaciones

Finalmente, el minero para el ejercicio de tales servidumbres estaba autorizado por la ley, para ejecutar todas aquellas obras necesarias e indispensables para el uso de las aguas, en consecuencia, podría construir canales, tranques, etc.

Naturalmente, el minero estaba obligado a pagar por el empleo de las aguas, por la ocupación de los terrenos superficiales y a indemnizar por todo el perjuicio que directamente o indirectamente se originare al propietario o a cualquiera otra persona. Así, lo establece el Código en el art.90, cuyo texto expresaba:

“Las servidumbres y demás derechos a que se refiere este párrafo, se constituirán previa indemnización de todo perjuicio que directamente o indirectamente se causare a los dueños del terreno o a cualquier persona”.

Las indemnizaciones debían pagarse en forma previa (54), en conformidad al art.91 del Código de Minería “la indemnización podrá pagarse de una sola vez o en forma periódica” y a lo dispuesto en el art.34 (34) del Código de Aguas, que establecía:

“Las indemnizaciones a que hubiese lugar en conformidad al presente Código de Aguas comprenderán sólo el daño emergente y se pagarán con un 33% al contado y el saldo en 5 cuotas anuales iguales”.

4.8. Principio de la inmutabilidad de las servidumbres de aguas

El art.92 del Código de Minería de 1932 señalaba:

“Las servidumbres de aguas y derechos referidos son esencialmente transitorios; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidos y cesarán terminado este aprovechamiento.

Podrán, además ampliarse o restringirse, de acuerdo con los trabajos mineros”.

Por su parte el Código de Aguas estableció en el artículo 186 (180):

“Las servidumbres legales no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos para los cuales se han constituido, salvo acuerdo de los interesados”.

Ambos artículos establecen la inmutabilidad de las servidumbres establecidas, por la cual el minero no puede utilizar las aguas para fines distintos de aquellos por los cuales se le otorgó la servidumbre (principio de la inmutabilidad de las servidumbres). Se establece además la transitoriedad de las servidumbres, lo que significa que estaban vigentes mientras sean útiles a los fines para los que fueron constituidas.

Por lo anterior, es importante precisar que se entiende por “fin para las cuales se ha constituido la servidumbre”. Consideramos que tal fin sería la razón o motivo inmediato por el cual se ha constituido la servidumbre, así por ejemplo, si el minero constituyó una servidumbre para obtener aguas para destinarlas a la bebida, este es el fin preciso para el cual se constituye, y no podría destinar las mismas aguas obtenidas a otro objeto distinto, como por ejemplo, utilizarlas para el beneficio de los minerales, en cambio, si solicitó una servidumbre de acueducto, su fin preciso es, como todo acueducto, conducir aguas por una heredad sirviente, por lo tanto nada le impediría utilizar las aguas para bebida o bien para el beneficio de los minerales, pues el fin buscado por el minero es el de conducir las aguas por los predios sirvientes, y no la utilización de las aguas para un fin determinado.

4.9 Aguas procedentes de las labores mineras

El artículo 85 del Código de Minería de 1932 establece en su art.85:

“Las aguas procedentes de los trabajos subterráneos de las minas pertenecen a éstas”.

Por consiguiente, el Código de Minería le asignaba a la mina, por el sólo ministerio de la ley, el uso de las aguas subterráneas, que se alumbraren con motivo de los trabajos mineros, propiamente tales, sin necesidad de merced alguna. El modo de adquirir, es la ley. Esta disposición es idéntica a aquellas contenidas en los Códigos de 1874 y de 1888, la Comisión Redactora dejó expresa constancia de su voluntad para mantener el principio de la propiedad de la mina sobre el uso de las aguas subterráneas que surjan a consecuencia de los trabajos realizados en ella, al redactar el artículo recién citado.

El minero, como titular de la pertenencia, tiene el derecho para hacer uso de las aguas que, a consecuencia de los trabajos subterráneos efectuados, emanan de ella, aún cuando corran fuera de los límites de ella.

Posteriormente, el Código de Aguas de 1952 en su art. 67 (54) mantuvo este principio al establecer que:

“Corresponde a los dueños de las pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas, dentro de ellas, el aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias, y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.

La diferencia en los términos empleados en la redacción de ambas disposiciones permitió que surgieran distintas interpretaciones sobre el alcance de ambas normas. El Código de Minería empleaba el término “pertenecen” referido a la mina, mientras que en el Código de Aguas se emplea la expresión “corresponde a los dueños de las pertenencias mineras”.

Los criterios de solución apuntaban a dos alternativas:

a) La interpretación inspirada en el art.299 del Código de Aguas, estimaba que a contar de la vigencia de este cuerpo legal, lo dispuesto en el Código de Minería de 1932 había sido tácitamente derogado.

El artículo 299 del Código de Aguas señalaba que:

“Desde la vigencia de este Código quedarán derogados todas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre materias que en él se tratan, aún en lo que no fueran contrarias a él”.

b) La otra interpretación que postulaba que la expresión “pertenecen”, empleada en el Código de Minería era utilizada como sinónimo de dominio, en forma equivocada, ya que lo que

buscaba el legislador al valerse de ella era “atribuirle una preferencia o exclusividad transitoria al dueño de la pertenencia, dicha preferencia o exclusividad quedaba subordinada a la reglamentación del Código de Aguas”²⁷. Por ello, sostienen los que apoyan esta interpretación, sería más acertado emplear la expresión “corresponden”, ya que esta sería menos ambigua, en atención a que esta expresión estaría en concordancia con la naturaleza de las aguas, que al ser pública sólo puede concederse sobre ellas, un derecho de aprovechamiento sin que corresponda aplicar a las aguas el concepto de “dominio”.

En el hecho, el art.67 del Código de Aguas no modificó lo dispuesto en el art.85, más bien lo complementó, ya que el legislador sólo pretendió restringir el uso de las aguas que surgen de los trabajos mineros a las necesarias para la respectiva explotación y por el tiempo que el minero conserve el dominio sobre su pertenencia, respecto de los sobrantes, es decir, de aquellas aguas no utilizadas, éstas pertenecen al dominio nacional. Lo mismo, respecto de aquellas aguas que salen de los límites de la pertenencia, a diferencia de lo que establecía el Código de Minería de 1932 en su art.55, que señalaba que el aprovechamiento se prolongaba aún por sobre las aguas alumbradas, que salieran de los límites de la pertenencia.

El aprovechamiento era temporal, pues siempre iba unido a la propiedad de la pertenencia. Así lo dice expresamente el Código de Aguas en su artículo 67: “mientras conserven el dominio de su pertenencia” y al hecho de que no se podían enajenar a terceros “puesto de que ello es clara indicación de que no son necesarios para las labores mineras”²⁸.

²⁷ Avilés Córdova María Verónica, “El derecho de aprovechamiento en el Código de Minería”, pág. 49, memoria de prueba Universidad de Chile, 1988

²⁸ Hierra Donoso Ana, “Comentarios al Código de Aguas”, tomo I pág. 189, Editorial. Jurídica, 1960.

5. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 16.640

Conforme a la reforma constitucional de enero de 1971 se estableció que la ley podría reservar para el dominio nacional el uso de las aguas existentes en el territorio nacional, indicando respecto de las aguas que a la fecha pertenecían al de dominio particular, que sus dueños continuarían usándolas, pero en calidad de concesionarios del derecho de aprovechamiento y no de propietarios.

Consecuentemente con lo anterior, la ley 16.640 declaró que las aguas existentes en el territorio nacional son bienes nacionales de uso público (art.94) y para el solo efecto de incorporarlos al dominio nacional las declaró de utilidad pública, para luego expropiar todas aquellas aguas que, a la fecha de la vigencia de esa ley, eran de dominio particular, disponiendo además que sus dueños continuarían usándola en calidad de titular de un derecho de aprovechamiento.

CAPITULO II. EL AGUA EN EL CÓDIGO DE MINERÍA ACTUAL

1 Generalidades

Atendido a que en el Código de la materia no existe un concepto legal de “Agua”, ni en la legislación chilena general, debe recurrirse a la regla de interpretación literal del artículo 20 del Código Civil. El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española define el agua como una “sustancia formada por la combinación de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida, en pequeña cantidad incolora y verdosa o azulada en grandes masas. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y más o menos puro forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales; y, como agua de cristalización en muchos cristales”.²⁹

2 El carácter de bien público de las aguas

De acuerdo con el artículo 5° del Código de Aguas, “las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas en conformidad a las disposiciones del presente Código”. Con esta norma, la titularidad del derecho de dominio de las aguas se radica en el Estado, con un tratamiento semejante al que se da constitucionalmente a las minas.

Esta disposición implica que las aguas se encuentran fuera del comercio humano, situación ratificada por la Contraloría General de la República en su dictamen N° 011090, de fecha 3 de mayo de 1988. Por ello los particulares sólo pueden obtener un derecho real consistente en el uso y goce de las aguas, de conformidad a las reglas y requisitos del Código, y es este derecho real el que sí puede ser objeto de comercio, transferencia, transmisión y prescripción, como se verá.

Por su parte, el Código Civil define los bienes nacionales de uso público como “aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda” y el uso a todos los habitantes (art.589).

La Corte Suprema ha establecido que la noción de bien nacional de uso público excluye la posibilidad de posesión y dominio por los particulares, pues ambas instituciones se contraponen

²⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992

con la naturaleza y condiciones de los bienes en comento³⁰. Las concesiones que para el aprovechamiento de estos bienes que sólo otorgan un título de mera tenencia sobre el bien en cuestión; la titularidad del derecho real se detenta sobre el aprovechamiento

Dada su naturaleza, se entiende que este tipo de bienes es inenajenable. En tanto conserven su carácter, no son susceptibles de enajenación y tampoco podrá llegar a adquirirse, en caso alguno, el dominio de un bien nacional de uso público por la vía de la prescripción. Del mismo modo, no puede desmembrarse los atributos del dominio para constituir derechos reales distintos a los de aprovechamiento a favor de particulares.

Para obtener provecho de los bienes nacionales de uso público se ha establecido el mecanismo de las concesiones, mediante las cuales un particular puede usar de un bien de este tipo, en tanto no impida el uso y goce que corresponda sobre estos bienes a los demás habitantes de la República.

El derecho del concesionario, como generalidad, no está reglamentado expresamente por la legislación; sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se ha establecido que constituye un derecho real de uso, pues se ejerce sin respecto a determinada persona.

Tratándose del derecho de aprovechamiento de las aguas, según el artículo 5° del Código de Aguas ya citado, legalmente se ha establecido que se trata de un derecho real.

El derecho de aprovechamiento es una concesión, un contrato administrativo por el que se obligan recíprocamente concedente y concesionario en razón del interés general que va envuelto en la concesión, esto es, el aprovechamiento de las aguas. Los derechos concedidos se denominan derechos de aprovechamiento, y la propiedad sobre ellos se rige por las reglas de derecho común.

El profesor Luís Claro Solar sostenía que el derecho de aprovechamiento de aguas no puede considerarse como un derecho real, pues carece de contenido patrimonial. Ello, atendida la naturaleza de bien nacional de uso público la materia sobre la cual recaía finalmente el derecho en cuestión.

Don Leopoldo Urrutia sostenía que su naturaleza de derecho real estaba dada por la concesión que la ley contemplaba de los derechos de uso y goce, situación que en los hechos constituye una propiedad utilizable y transferible como cualquier otro tipo de bien.

³⁰ Gazeta. 1921, 2° Sem., N°316; RDJ., t.21, 2ª parte, séc. 1ª, pág.278.

Otros autores son partidarios de considerar el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real administrativo, pues son oponibles a cualquier persona, menos al Estado, quien está facultado a poner término a la concesión en determinadas circunstancias. La ley de reforma agraria, N° 16.640, calificó el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real administrativo, adhiriendo expresamente a esta postura; sin embargo, por el Acta Constitucional N° 3 de 1976, se restableció de pleno derecho la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, que por expresa disposición de la ley se califican y consideran como derechos reales en el sentido general.

3 La Minería frente a la Agricultura

Pese al crecimiento sostenido del área Servicios dentro de la productividad chilena, las actividades económicas primarias mantienen un sitial preponderante. Así lo demuestra el interés de los Gobiernos por relacionarse en forma directa y lo más técnica posible con el sector agrícola y con el sector minero, a través de Ministerios que se enfocan exclusivamente a la solución de la problemática propia de cada sector.

La extensión territorial chilena y su composición permiten la observación de una vasta actividad agrícola, con fuerte diversidad de cultivos.

A partir de la década de 1980, las políticas económicas latinoamericanas de fomento a las exportaciones se orientaron preferentemente hacia los productos primarios, siendo muy destacado el papel asumido por las exportaciones agrícolas. Con la suscripción del acuerdo y tratados de libre comercio con distintos países se hecho aún más patente la necesidad de favorecer y modernizar la agricultura, estableciéndose como objetivo general de gobierno en esta área el de garantizar el abastecimiento alimentario a la población e incrementar las rentas de los agricultores.

Todo lo anterior otorga una ilustración acerca de la situación de cada vez más privilegio que la Agricultura detenta en Chile, y que tenderá quizás a futuro a reflejarse en una legislación proteccionista del sector.

La importancia de la minería, como ya se ha señalado, no es menor. También la extensión territorial contribuye a un fuerte desarrollo de la actividad; aún cuando no se observe la diversidad de productos de la agricultura, la cantidad de focos geográficos en los que puede explotarse cobre, salitre y otros minerales son inmensos.

El Constituyente mantuvo muy claro el concepto de que buena parte de la riqueza chilena se encuentra en sus minerales, y por ello radicó en el Estado la propiedad de todas las minas, reservando a los particulares únicamente la facultad de solicitar a la autoridad el otorgamiento de concesiones, que permitan aprovechar las sustancias concesibles. Y, por cierto, se establecieron como no concesibles los minerales que consideró de una importancia estratégica para el país: los hidrocarburos líquidos y gaseosos, y el litio.

Sobran razones para considerar que el concesionario minero también debe ser protegido por la legislación, favoreciendo, en todo cuanto sea posible, el desarrollo de su actividad.

Como veremos más adelante, el minero cuenta con diversas herramientas para hacerse del agua necesaria para sus faenas; en tanto, la legislación sanitaria le impondrá determinadas limitaciones y obligaciones que disminuyan el impacto de las eventuales externalidades negativas producidas con ocasión de las actividades de extracción de los minerales.

4 Clasificación general de las aguas

El artículo 1° del Código de Aguas distingue entre aguas marítimas y aguas terrestres. Se entiende por agua marítima aquellas que forman los mares, y por aguas terrestres las que se encuentran tierra adentro (en lagos, lagunas, ríos, etc.)

El inciso 2° del mismo artículo establece otra categoría: la de las aguas pluviales, que proceden *inmediatamente* de las lluvias, y pueden ser marítimas o terrestres según el lugar en que precipiten.

Según su ubicación con relación a la superficie, podemos distinguir entre aguas superficiales y aguas subterráneas. Esta clasificación se contempla en términos explícitos en el artículo 2° del Código de Aguas.

Las aguas superficiales son las que se encuentran naturalmente a la vista del hombre, y aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

Dentro de las aguas superficiales, podemos distinguir las aguas corrientes (que escurren por cauces naturales o artificiales, como ríos y esteros), y aguas detenidas (que se encuentran acumuladas en depósitos naturales o artificiales, como embalses y lagos).

Esta clasificación tomará gran importancia para los efectos de nuestro estudio, en lo relativo a las aguas subterráneas encontradas por el minero en el desarrollo de sus faenas.

Finalmente, el artículo 4° del Código distingue entre aguas muebles, que constituyen la regla general, y aguas inmuebles, que son aquellas destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

Todas las aguas, sin excepción, son bienes nacionales de uso público, y por tanto se rigen por las reglas sustantivas generales que se han señalado con anterioridad.

CAPITULO III. CONCESIÓN PARA EL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

1 Generalidades

Como se señaló en el capítulo anterior, se entiende por aguas subterráneas aquellas ocultas en el seno de la tierra y que no han sido alumbradas, oponiéndose por tanto a las aguas superficiales. Su condición de bien público está dada por los artículos 5° del Código de Aguas y 589 del Código Civil, bajo el mismo concepto que las aguas superficiales.

Es por esta circunstancia que el Estado, en calidad de titular exclusivo del derecho de dominio de las aguas, concede a los particulares sólo un derecho de aprovechamiento sobre ellas.

2 El derecho de aprovechamiento de aguas

2.1 Características del derecho de aprovechamiento de aguas

- a) Es un derecho real, que se tiene sobre las aguas sin respecto a determinada persona y sólo se extingue por las causas previstas y en las formas establecidas por la ley.
- b) Es un derecho específico, pues pese a su gran similitud, no puede confundirse con el derecho de dominio.
- c) Tiene como límite a la ley, pues debe sujetarse a las reglas y requisitos establecidos en el Código de Aguas.
- d) Recae sobre un bien nacional de uso público.
- e) Se adquiere en forma gratuita por regla general. Sin embargo, su adquisición será excepcionalmente onerosa en el evento de que se obtenga a través de un remate, según el procedimiento establecido en los artículos 143 y siguientes del Código de Aguas.
- f) Para que se configure el derecho de aprovechamiento, constituye un requisito fundamental que se efectúe la extracción del agua. La Contraloría General de la República, por dictámenes N° 20.284 y 33.602, de fechas 31 de diciembre de 1986, dio por establecido, en interpretación de las normas del Código, que las únicas formas de uso que contempla ley son el consumo total o la restitución de las aguas, y ello sólo es posible a través de la extracción del agua. Por ello, además, son menciones esenciales de la solicitud y de la resolución constitutiva de

aprovechamiento, la indicación del o los puntos donde se captará el agua, el modo de extraerla y los eventuales puntos de restitución.

- g) El titular del derecho de aprovechamiento es dueño del mismo, por lo que puede usar, gozar y disponer de él en tanto que su uso, goce y disposición no sea contraria a la ley o a derecho ajeno. Por ello, la transferencia, transmisión, adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectúa según las reglas del Código Civil (reglas generales), a menos que se encuentren modificadas por el Código de Aguas.
- h) Es susceptible de hipotecarse, aunque sólo en cuanto los derechos de aprovechamiento estén destinados en forma permanente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble (art.110 del Código de Aguas), y en cuanto el derecho esté inscrito. Si el derecho de aprovechamiento no ha sido inscrito, sólo podrá hipotecarse en forma conjunta con el inmueble a que sirven.
La hipoteca debe hacerse por escritura pública, e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que corresponda.
- i) Su ejercicio reconoce algunas limitaciones, como la obligación de construir, a costa del concesionario, una bocatoma con compuertas de cierre y descarga y un canal que permita devolver las aguas o su exceso al caudal de origen (art.38 del Código de Aguas), o la redistribución de las aguas concesionadas en épocas de extraordinaria sequía (art.314 Código de Aguas).
- j) Está gravado de pleno derecho con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen, en garantía de las cuotas que fijan las juntas de comuneros de las comunidades de aguas y que sean fijadas por el Director de Aguas (art.214 Código de Aguas).
- k) Es un derecho inmueble o mueble, según se encuentre o no destinado en forma permanente al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.
- l) Es un derecho divisible, material o idealmente. La división material consiste en el fraccionamiento real del derecho, producido por la división del predio o por la venta de una parte del derecho de aprovechamiento. La división ideal consiste en la generación de cuotas abstractas que dan lugar a una copropiedad.
- m) Está sometido al régimen de propiedad inscrita, de acuerdo a lo dispuesto en artículo 112 del Código de Aguas. El artículo 113, por su parte, establece que los actos y

contratos translaticios de dominio de los derechos de aprovechamiento, así como la constitución de derechos reales sobre ellos, se perfeccionarán sólo mediante escritura pública, por lo que se trata de actos y contratos solemnes.

- n) El derecho real de aprovechamiento se expresa en volumen por unidad de tiempo (metros cúbicos por segundo), según lo dispuesto en los artículos 7, 140 N° 2 y 149 N° 3 del Código de Aguas.
- o) Es un derecho perpetuo. Por regla general, no está sujeto a plazo determinado.
- p) Puede ser embargado u objeto de medidas precautorias.

2.2 Otras facultades que otorga el derecho de aprovechamiento de aguas

El derecho de aprovechamiento de aguas faculta a su titular para usar, gozar y disponer de las aguas, y además para ejecutar todas las obras e imponer las servidumbres necesarias para poder ejercitarlo, por ejemplo:

- Derecho a transitar para obtener agua de fuentes ubicadas en terreno vecino (artículo 8° Código de Aguas).
- Construir las obras necesarias para ejercer el derecho de aprovechamiento, como bocatomas, canales, cañerías, etc.
- Imponer las servidumbres necesarias para su ejercicio, artículo 25 Código de Aguas.
- Concesión de terrenos públicos, artículo 26 Código de Aguas.

Todos los derechos que se han señalado son sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan en contra del titular (artículo 8 Código de Aguas).

Tal como se establece en el sistema civil común, el artículo 22 del Código de Aguas reconoce como límite al derecho de aprovechamiento la protección de los derechos de terceros. Así, por ejemplo, se ha fijado normas que protegen la cantidad y calidad de las aguas que pudieren ser aprovechadas también por la agricultura o en el consumo familiar, evitando su contaminación.

2.3 Clasificación de los derechos de aprovechamiento

- a) **Consuntivos y no consuntivos.**
Son derechos consuntivos los que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad. Son derechos no consuntivos aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obligan a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.
Por ejemplo, las aguas que se destinan a producir energía eléctrica constituyen un derecho de aprovechamiento no consuntivo, pues el agua utilizada es restituida con la calidad y en la forma que se tomen del cauce.
- b) **De ejercicio permanente y de ejercicio eventual.**
Son de ejercicio permanente los derechos de aprovechamiento que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas.
Son de ejercicio eventual los aprovechamientos no permanentes (según el Código de Aguas); aquéllos por los cuales el agua sólo puede ser captada cuando la fuente traiga aguas suficientes como para que se satisfagan primero todos los derechos de ejercicio permanente.
- c) **Continuos, discontinuos y alternados.**
Los derechos de aprovechamiento continuos son los que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las 24 horas del día, y constituyen la regla general. Los derechos de aprovechamiento discontinuos sólo permiten usar el agua durante determinados periodos, en la forma y tiempo fijados en el acto de constitución. Los derechos alternados son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas, que se turnan sucesivamente.
Para que se dé lugar al aprovechamiento alternado de las aguas, es necesario que el uso recaiga sobre las mismas aguas, que el derecho corresponda a 2 o más personas diversas y que en el acto de constitución se precise el tiempo en que cada uno de los titulares puede usar de las aguas. Esta modalidad es habitual respecto de las fuentes que no lleven suficientes aguas para todos los usuarios.

2.4 Modos de adquirir el derecho de aprovechamiento de las aguas

2.4.1 Por vía originaria.

- a) **Por acto de autoridad.**
Constituye la regla general, establecida en el artículo 20 del Código de Aguas.

b) Por ley.

No requiere de resolución por parte de la Dirección General de Aguas. Así sucede con las aguas subterráneas halladas en las labores mineras o los derrames y drenajes respecto del dueño del predio que los recibe; artículos 44, 48 y 110 del Código de Aguas. Otros casos pueden observarse en los artículos 20 inciso 2º partes inicial y final, 10, 11, 56 y 57 del Código de Aguas.

c) Por prescripción.

Debido a que el derecho de aprovechamiento de las aguas es un derecho real, puede adquirirse por prescripción en aplicación de la disposición contenida en el artículo 2498 del Código Civil.

Para adquirir por prescripción ordinaria, tratándose de un derecho de aprovechamiento mueble, el plazo es de 2 años. Si se trata de un derecho de aprovechamiento inmueble, el plazo es de 5 años.

El plazo para adquirir por prescripción extraordinaria es de 10 años.

2.4.2 Por vía derivativa.

a) Por tradición.

Se requiere la suscripción de una escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente.

El título será la escritura pública, y la forma de efectuar la tradición, la inscripción en cuanto se trate de derechos de aprovechamiento inscritos. Tratándose de derechos no inscritos de carácter mueble, bastará cualquiera de las formas contempladas en el Código Civil para efectuar la tradición, artículo 684. Para los derechos inmuebles no inscritos, existe una discusión entre los autores acerca de si la tradición está o no constituida por la inscripción.

b) Por sucesión por causa de muerte.

Esta situación se presenta porque el derecho de aprovechamiento forma parte del patrimonio de su titular, y por tanto se transmite a sus herederos junto al resto de los bienes, derechos y obligaciones que conforman tal patrimonio.

2.5 Limitaciones al derecho de aprovechamiento

Existen limitaciones de carácter genérico, establecidas por la ley y en protección a los derechos de terceros, y de carácter especial, que básicamente se traducen en 3 situaciones.

- a) De acuerdo con el artículo 158 del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas está facultada para cambiar la fuente de abastecimiento, el cauce y lugar de entrega del agua a cualquier usuario.
- b) De acuerdo con el artículo 134, el derecho de aprovechamiento puede ser expropiado en caso de que se declare por decreto zona de escasez, con la finalidad única de satisfacer menesteres domésticos de una población por no existir otros medios para obtener las aguas necesarias para tales fines.
- c) El artículo 304 concede a la Dirección de Aguas la facultad de vigilar las obras de toma en cauces naturales, para evitar perjuicios en obras de defensa, inundaciones o aumentos del riesgo de futuras crecidas, etc. Por su parte, el artículo 305 faculta a la Dirección para exigir a los propietarios de los canales la construcción de obras necesarias para proteger caminos, poblaciones u otros terrenos de interés general.

2.6 Protección del derecho de aprovechamiento

Las acciones de vía directa están contempladas en las normativas que a continuación se señala:

- a) Artículos 132, 126, 127, 181 y siguientes del Código de Aguas, que consagran las acciones posesorias del Código de Aguas y el amparo judicial.
- b) Títulos XIII XIV del Código Civil, que consagran las acciones posesorias; todo, en aplicación del artículo 128 del Código de Aguas.
- c) Artículo 861 del Código Civil, que consagra la acción reivindicatoria. Para los derechos reales.
- d) Artículo 459 del Código Penal, que tipifica la figura de la usurpación. Se refieren a los derechos de aprovechamiento de aguas los números 1º, 3º y 4º, así como las disposiciones de los artículos 280 y 281 del Código de Aguas.

También existen acciones por vía indirecta, a través de la Dirección General de Aguas (artículos 304 y 305 del Código de Aguas) y de la Contraloría General de la República, en aplicación de las normas generales que radican en ella el control de la legalidad de los actos de la administración.

2.7 Protección especial contemplada en el artículo 74 del Código Sanitario en relación con el artículo 17 del Código de Minería

Debido a la naturaleza de los procesos de la actividad minera, el medio ambiente y otras actividades económicas pueden verse afectadas por altos índices de contaminación. Por ello, la legislación se ha ocupado en forma particular y expresa de minimizar los riesgos generados a las fuentes de abastecimiento de agua para la población en el Código Sanitario.

De acuerdo con el artículo 74 inciso primero del citado Código, no puede ejecutarse labores mineras en sitios “donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio Nacional de Salud, el que fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente”.

La norma referida puede prestarse a algunas confusiones, en primer término, porque no acota la expresión “labores mineras”, pudiendo entenderse que toda actividad está considerada (tanto la exploración, como la explotación y el beneficio).

Pese a que no lo señala expresamente, debe entenderse que el imperativo de contar con la autorización del Servicio Nacional de Salud es sólo para el evento de que las aguas hayan sido alumbradas con anterioridad al inicio de las labores mineras, ello para dar una aplicación útil al artículo 110 del Código de Minería.

La norma tampoco aclara en qué situación quedan las aguas que han sido alumbradas en terrenos fiscales o municipales, pues sólo se refiere a los particulares. Parece lógico afirmar que en estos casos, también se requerirá de autorización por parte del Servicio Nacional de Salud, toda vez que el objetivo de la norma es proteger la salubridad de las aguas y ello no variará según el lugar en que las aguas hayan sido alumbradas.

La facultad de la autoridad sanitaria no queda restringida a la sola autorización. El inciso 2° del artículo 74 en comento, faculta al Servicio Nacional de Salud para ordenar la paralización de las obras cuando ellas puedan afectar el caudal o la calidad de las aguas. Además, en el mismo Código se contempla la posibilidad de sancionar a través de multas, clausuras, prohibiciones de funcionamiento, etc., las infracciones a las disposiciones en él contenidas.

La autorización que tramitará el minero debe determinar las condiciones de seguridad y un área de protección adecuada y debe ser expresa, en aplicación del artículo 91, N° 24 del DFL N° 1 de 1989 del Ministerio de Salud.

El propio Código de Minería, en su artículo 17 N° 1, establece la necesidad de contar con autorizaciones expresas:

“Sin perjuicio de los permisos de que trata el artículo 15, para ejecutar labores mineras en los lugares que a continuación se señalan, se necesitará el permiso o permisos escritos de las autoridades que respectivamente se indican, otorgados en la forma que en cada caso se dispone”:

1° Del Gobernador respectivo, para ejecutar labores mineras (...) en sitios destinados a la captación de las aguas necesarias para un pueblo; a menor distancia de 50 metros medidos horizontalmente de cursos de aguas y lagos de uso público y a menor distancia de 200 metros, medidos horizontalmente de (...) obras de embalses”.

Al tenor del Código de Minería, los permisos reseñados deben otorgarse por el Gobernador y por escrito, sin excepción. Sin embargo, atendido lo dispuesto en el artículo 74 del Código Sanitario ya analizado, se presentará una contienda de competencia entre la autoridad de gobierno interior y la autoridad sanitaria.

2.8 Extinción del derecho de aprovechamiento

De acuerdo con lo dispuesto en artículo 129 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento se extinguen en primer lugar por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6°, esto es expresada mediante escritura pública inscrita o anotada según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente y en segundo lugar por las causas y en la forma establecidas en el derecho común, por lo que debemos entender que esas causales son:

- a) La renuncia del titular.(art.6° Código de Aguas)
- b) La prescripción adquisitiva del mismo derecho por un tercero.
- c) La falta de objeto, que este caso se configurará por la desaparición total de las aguas sobre las cuales se constituyó el derecho.
- d) La nulidad de la resolución que otorgó el derecho.

3 Requisitos del concesionario minero para adquirir los derechos de aguas

- a) Debe tratarse de un concesionario minero ya constituido, según dispone expresamente el artículo 53 del Código de Minería.
- b) Las aguas hallarse con ocasión de las labores mineras de la respectiva concesión; corresponde a un elemento fortuito.
- c) Las aguas halladas sólo pueden utilizarse para la exploración, la explotación o el beneficio de los minerales, y sólo en la medida que tales actividades lo

requieran. No pueden beneficiar a otra concesión o con un fin diverso al propio de la concesión, ni en una cantidad mayor a la necesaria para sus fines. Si se requiere un volumen superior de aguas al proporcionado por el caudal hallado con ocasión de las labores de la concesión, el minero debe observar los requisitos y procedimientos generales contemplados en el Código de Aguas.

- d) Los derechos de aguas que nacen de la concesión minera acceden a ella, por lo que una vez extinguida la concesión minera, se extinguirán consecuentemente los derechos de aguas.

CAPITULO IV. DERECHO DEL CONCESIONARIO DE AGUAS PARA OCUPAR TERRENOS SUPERFICIALES

1 Planteamiento del problema

De acuerdo con el Código de Aguas, puede suscitarse 3 tipos de situaciones en el aprovechamiento de aguas subterráneas:

- a) Cuando el propietario del terreno cava en suelo propio con el objeto de abastecer sus necesidades de bebida y domésticas (art.56 inc.1°).
- b) En el caso del titular de una concesión minera, respecto de las aguas subterráneas que hallase en el desarrollo de sus labores y que le compete sólo hasta la medida que sea necesaria para la respectiva explotación (art.56 inc.2°).
- c) La regla general, es que cualquier persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas de la D.G.A. (art.58).

Lógicamente, en el primer caso, la ocupación del terreno superficial para la ejecución de las obras necesarias para el aprovechamiento no reportará ningún conflicto, por recaer sobre un mismo sujeto la titularidad del derecho de dominio sobre el predio y de aprovechamiento de aguas subterráneas.

La situación contemplada por el artículo 58, y que considera un eventual conflicto de intereses, es resuelta por el propio Código, sentando de paso las reglas básicas por las que deberá normarse el minero para el ejercicio de su derecho de aprovechamiento legal. La gran diferencia está dada por la circunstancia de que el particular no minero está obligado a llegar a acuerdo previo, con el dueño del predio o la Dirección General de Aguas, según la naturaleza del predio.

2 Clasificación de los títulos

De la normativa expuesta anteriormente, podemos establecer que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas estará siempre facultado para realizar las obras necesarias para ejercer su derecho en el terreno superficial en diversas calidades, según la situación:

- a) Como propietario.
- b) Como mero tenedor.
- c) Como titular de un derecho real distinto al dominio.

En el evento de recaer sobre un mismo particular el derecho de dominio sobre un predio superficial y la concesión minera de explotación en el subsuelo correspondiente, carecerá de conflicto la instalación de las faenas necesarias.

Por otra parte, si los interesados han pactado un contrato que establezca el título de mera tenencia por el que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas proceda a la ocupación del inmueble, la situación entre ambos se encontrará resguardada. Sin perjuicio de ello, dada la naturaleza del derecho personal que emana del contrato, el titular del derecho de aprovechamiento de aguas se encontrará en una cierta indefensión frente a terceros, que pudieran reclamar determinados derechos que afecten el ejercicio de su facultad.

A este tenor, resulta totalmente lógico el tratamiento que tanto el Código de Aguas y el Código de Minería han dado a la materia, estableciendo servidumbres de tipo legal para los efectos de asegurar al titular del derecho de aprovechamiento de aguas, en general (y por tanto, en particular al de aguas subterráneas) el ejercicio real de dicho aprovechamiento.

Por lo anterior, en este punto se requerirá de un estudio particular de la normativa relativa a las servidumbres.

3 La servidumbre en esta materia

Habiéndose establecido previamente que, tanto al tenor del artículo 25 como del Título VII del Libro I del Código de Aguas, el titular del derecho de aprovechamiento cuenta con la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de la correspondiente indemnización, debe determinarse la normativa aplicable en esta materia.

El Código Civil define la servidumbre como un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño (art.820), denominando predio sirviente al que sufre el gravamen y predio dominante al que reporta la utilidad. La función económica de la servidumbre es procurar algún recurso o ventaja a los predios que carecen de ellos, para hacer posible su adecuada explotación.

Las servidumbres mineras son legales, lo que implica que el dueño del predio sirviente está obligado a tolerarlas incluso contra su voluntad, aunque pueden constituirse por acuerdo de los interesados.

En atención al principio de especialidad en la interpretación de las leyes, y de la supletoriedad del Código Civil establecida en forma expresa por el Código de Aguas, podemos partir de la

base que los cuerpos legales atingentes son el Título VII del Libro I del Código de Aguas y el Título XI del Libro II del Código Civil.

3.1 Normas del Código de Aguas.

Este cuerpo legal parte de la base de que las servidumbres serán de tipo legal, e impone la obligación de que en tal caso se orienten en forma exclusiva al fin para el que se constituyeron. Pese a que en su artículo 70 contempla lo que en principio aparece como una excepción, en realidad sólo sigue las normas generales, por cuanto exige acuerdo de los interesados en lo que dice relación con la extensión del objeto de la servidumbre, constituyendo en esta parte una servidumbre de tipo convencional.

Para los efectos de determinar el monto de la indemnización, según el artículo 71 se siguen las reglas generales: las partes son libres para fijarla; pero, de existir desacuerdo, resuelve el juez, previo informe de peritos.

El Código de Aguas reglamenta en forma expresa la servidumbre de acueducto, a la cual define en el artículo 76 como “aquella que autoriza a conducir aguas por un predio ajeno a expensas del interesado”... y “comprende el derecho de construir obras de arte en el cauce y de desagües para que las aguas se descarguen en cauces naturales”.

Lógicamente, esta norma es de máximo interés en la materia de nuestro estudio, pues siempre se requerirá, en una servidumbre de aprovechamiento de aguas subterráneas, la construcción de obras para encausar y desaguar.

En cualquier caso, el concesionario minero cuenta con una norma expresa en su favor, contenida en el artículo 77 al señalar que “ Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad” . Con el objeto de precaver eventuales perjuicios al dueño del predio superficial, el artículo 78 le impone al minero las obligaciones de impedir filtraciones, derrames o desbordes que perjudiquen el predio sirviente, de no permitir el estanque de agua ni la acumulación de basuras y de contar con las obras necesarias para la cómoda y eficaz administración del predio sirviente.

La servidumbre de acueducto debe ejercerse de la forma más económica, eficiente y menos perjudicial tanto para el predio dominante como para el predio sirviente, razón por la cual se contempla como deber y derecho el guiar el acueducto por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas (que en lo posible prescinda de obras adicionales para su evacuación) y, en principio, por el tramo más corto, dado que se presume que éste implicará el gasto más

razonable para el minero y el menor perjuicio para el dueño del terreno superficial (artículo 79). Si alguna de las partes estima que en definitiva es más conveniente un trazado distinto al más corto, será necesario acreditarlo con la finalidad de llegar a acuerdo o de que la controversia sea resuelta en forma judicial.

De la obligación legal de constituir servidumbre de acueducto sólo se encuentran exceptuados los edificios, las instalaciones industriales y agropecuarias, los estadios, las canchas de aterrizaje y las dependencias de cada uno de ellos (artículo 80).

Para los efectos de la indemnización de los perjuicios que se generen con el ejercicio de la servidumbre de acueducto, el artículo 82 establece ciertas reglas objetivas, que se basan en el terreno ocupado y las mejoras afectadas por la construcción del acueducto, sin perjuicio de otros conceptos indemnizables que correspondan según las reglas generales.

Es importante señalar que el Código de Aguas contempla la posibilidad de que el dueño del predio evite la construcción de un nuevo acueducto en el evento de que tenga previamente construido otro acueducto, sea para su beneficio o en beneficio de otro predio dominante. Ello procederá mediante el ofrecimiento de paso por el acueducto existente, y sólo en tanto no se genere un perjuicio notable al titular de la servidumbre. Esta norma, contenida en el artículo 84, tiene por objeto lesionar en la menor medida posible los derechos que correspondan al dueño del predio sirviente.

En cualquier caso, el dueño del predio sirviente estará obligado a aceptar los trabajos necesarios para las ampliaciones, ensanches, desviaciones o similares.

Además de la servidumbre de acueducto, el artículo 96 contempla la posibilidad de constituir cualquier servidumbre que sea necesaria para el uso, extracción, descarga o división de las aguas, citando como ejemplo la construcción de presas, bocatomas, descargas, estribos, centrales hidroeléctricas, casas de máquinas, etc.

3.2 Normas del Código de Minería

La norma genérica está dada por el artículo 109, que da al concesionario el derecho de imponer las servidumbres contempladas en los párrafos 1° y 2° del Título IX del mismo Código.

Como se ha referido con anterioridad, por disposición del artículo 110, el minero tiene, por el solo ministerio de la ley, “el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración,

de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”.

Este derecho legal tendrá la característica de no consuntivo por regla general, dada la limitación de “necesidad” a que alude el artículo 110, y sólo podrá transformarse en consuntivo en el evento de que el titular de la concesión minera acredite fehacientemente la necesidad de consumir totalmente las aguas halladas en sus labores, lo que en principio parece poco factible.

Sin embargo, dado que no constituye una regla general el hallazgo de aguas en las labores mineras, o bien puede resultar que ellas no fueren suficientes para cubrir las necesidades del minero, se contempla en el artículo 111 la posibilidad de obtener otros derechos de aprovechamiento de aguas con el objeto de explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales, debiendo aplicarse entonces la normativa contemplada en el Código de Aguas y demás leyes aplicables.

En ejercicio de la exploración y explotación mineras, el titular de la concesión cuenta con la facultad de imponer una serie de gravámenes establecidos en el artículo 120, estableciéndose como requisito que el ejercicio de tales derechos tengan por objeto facilitar la conveniente y cómoda explotación mineras.

Se contempla expresamente el gravamen del predio superficial de ser ocupado, en toda la extensión necesaria, por canales, tranques, cañerías, y cualquier otra obra complementaria

Como en todo nuestro sistema normativo, la imposición de servidumbres está vinculada al pago de una indemnización que deberá pagarse al dueño del terreno superficial, al de la concesión sirviente o a cualquier otra persona, determinada convencional o judicialmente.

El artículo 123 establece la obligación de inscribir la servidumbre en el competente Registro de Hipotecas y Gravámenes, pero en calidad de formalidad por vía de publicidad, esto es, para hacerla oponible a terceros.

CAPITULO V. CONFLICTO ENTRE ESTAS DOS ESPECIES DE CONCESIONES

1. Origen de la situación de conflicto

Uno de los tantos conflictos que puede tener un concesionario minero en el ejercicio de sus derechos es una posible colisión con los que pudiera tener un concesionario de exploración de aguas subterráneas que pretende ejercitarlos en la misma área ocupada por la concesión minera. Nuestras autoridades ya se han visto enfrentadas a esta problemática, documentada en diversos fallos que se analizarán en el presente capítulo.

1.1. El conflicto.

A lo largo de este capítulo trataremos de poner en discusión un problema suscitado entre los concesionarios de derechos mineros y los concesionarios de derechos de aguas subterráneas. Este problema nació a la vida judicial en la Dirección Regional de Aguas de la IIª Región, a través de resolución N° 009 de fecha 9 de enero de 1996, que falla una solicitud de exploración de aguas subterráneas rechazándola y la posterior sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 26 de septiembre de 1996³¹, que rechazó el recurso de reclamación de S. Q. M. Potasio S.A. contra la resolución DGA n° 009 que denegó parcialmente la solicitud de permiso para explorar aguas subterráneas impetradas por esa recurrente, sobre la base de que ambos concesionarios tienen un mismo objeto, que son las aguas subterráneas que se encuentran dentro de los límites de una concesión minera, y que las faenas propias de la exploración de aguas subterráneas afectan los trabajos necesarios para la exploración, explotación y beneficios de los minerales que se extraen de una concesión minera.

A continuación, se transcribirán los considerandos del fallo de marras que resultan relevantes para este trabajo:

- a) **Considerando 3°:** “Que S.Q.M. Potasio S.A., representada por don Bernard Descaseaux Aribit, a fs. 10 deduce recurso de reclamación en contra de la resolución señalada en el razonamiento primero, basado en que en la oposición de CORFO fue presentada fuera de plazo, además al renovársele una concesión

³¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta “Sociedad Química Minera Potasio S.A. con Dirección Regional de Aguas de la II Región”, Rol n° 6.494 del año 1996.

de uso gratuito otorgada por resolución exenta N° 132 del Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la II Región a favor de la Corporación de Fomento de la Producción al que se le dio efecto retroactivo hace que no se puede fundamentar el rechazo parcial del permiso de exploración solicitado; también señala que no es efectivo que la pertenencia minera constituya a su dueño en propietario de las aguas subterráneas contenidas en el subsuelo, pues el artículo 110 del Código de Minería consagra por el sólo ministerio de la ley el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas del titular de una concesión minera en la medida necesaria para los trabajos de de exploración, explotación y de beneficio, según la especie de la concesión de que se trata, lo que lleva a concluir que hay otras aguas subterráneas que pudieran extraerse desde un punto de captación situado dentro de la casa superior de la concesión minera que exceda de aquella medida, que no son por tanto del titular de la concesión minera por el sólo ministerio de la ley y por lo tanto dichas aguas se rigen por las normas generales sobre aguas subterráneas y conforme a los artículos 2° y 5° del Código de Aguas son Bienes Nacionales de Uso Público, cuyo derecho de aprovechamiento puede ser otorgado a particulares, por lo que la Dirección de Aguas no puede denegar parcialmente la solicitud para explorar en razón de la oposición presentada por CORFO que aduce su condición de titular de una concesión minera de explotación, sin presentar ningún otro antecedente o circunstancia de hecho que lleve a la D.G.A. a la convicción acerca de la inexistencia de aguas subterráneas que constituyan bienes nacionales de uso público susceptible de constitución de derecho de aprovechamiento por particulares y al hacerlo vulnera la garantía constitucional de libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes pues impone al solicitante un requisito adicional no contemplado en la legislación, cual es el consentimiento del titular de la concesión minera sobre cuya casa superior se encuentra el punto de captación de las aguas que se pretende alumbrar.”

- b) **Considerando 5°.** “ Que atendido lo preceptuado en los artículos 2° del Código de Minería y 2° de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, estos son derechos reales e inmuebles distintos e independientes del

dominio del titular de la concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, lo que también está consagrado en el artículo 6° inciso 1° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y en su inciso señala que la privación de las facultades de iniciar o continuar la explotación, extracción y apropiación que son objeto de la concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio;

- c) **Considerando 6°:** “ Que el artículo 56 inciso 2° del Código de Aguas, señala que corresponde a los dueños de pertenencias mineras el derecho de aprovechamiento de aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias, a la medida necesaria para la respectiva explotación y señala el Código de Minería en su artículo 110 que el titular de la Concesión Minera tiene por el sólo ministerio de la ley el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la concesión, a la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que se puedan realizar, según la especie de concesión de que se trata, derechos que son inseparables de la concesión minera y se extinguen con esta;
- d) **Considerando 7°:** “Que si existen concesiones mineras sobre los terrenos de bienes nacionales en que se desea explorar aguas subterráneas, el Servicio o Dirección General de Aguas, II Región, no puede autorizar tal exploración, pues si lo hiciera podría impedir el inicio o la continuación de la exploración, extracción y apropiación de las sustancias objeto de la concesión, perjudicando en este caso a la CORFO en el derecho de dominio de sus pertenencias y el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida que señala la ley, toda vez que no se sabe si las aguas que pueda hallar en sus labores tendrán la medida necesaria para sus trabajos mineros, y el concesionario de la exploración para alumbrar aguas subterráneas, deberá hacer perforaciones en el suelo y subsuelo de los terrenos de bienes nacionales correspondientes a los límites del permiso, lo que vulneraría atributos o facultades esenciales de dominio de las concesiones mineras que se encuentren dentro de dichos límites;

- e) **Considerando 9º:** “ Que el titular de una concesión minera es dueño de un derecho real inmueble, que está protegido por la Constitución, por el Código de Minería y la Ley N°18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, de tal manera que CORFO al estimar que con la solicitud de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales pedida por la recurrida, puede privársele de facultades esenciales del dominio de su concesión, tiene derecho a oponerse a dicha petición, la que ha sido acogida por el Servicio Legalmente”.

2. Análisis de los considerandos a la luz de dos legislaciones en aparente conflicto.

Los argumentos de los considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Autorizándose la exploración de aguas subterráneas en terrenos en que existan concesiones mineras previas, puede impedirse el ejercicio de esta última, perjudicándose a su titular en el dominio de su pertenencia.
- b) La concesión de exploración de aguas subterráneas perjudicaría el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la concesión minera, pues se desconoce si éstas tendrán la medida necesaria para abastecer los trabajos mineros.
- c) Para ejercitar el derecho de aprovechamiento de aguas que eventualmente se concediese sobre las aguas subterráneas, para alumbrar las aguas deberá perforarse el suelo y el subsuelo de los terrenos correspondientes, con los que se vulneraría inevitablemente las facultades esenciales de dominio de las concesiones mineras otorgadas en el mismo territorio.

De un somero análisis de estos argumentos, al parecer se podría establecer que ambos concesionarios compartirían un mismo objeto: las aguas subterráneas que se encuentran dentro de los límites del predio de una concesión minera. En esta situación, el ejercicio de las facultades de uno de los concesionarios afectará los derechos del otro; en el caso en estudio, sería el minero quien verá afectadas sus posibilidades de exploración, explotación y beneficio de los minerales.

El conflicto dirimido por aquel Tribunal de Alzada nortino que falló a favor de los intereses del concesionario minero arroja, sin duda, interrogantes necesarias de responder conforme a la legislación vigente.

El objeto de ambos derechos analizado desde un punto de vista físico o material es a simple vista coincidente. Pero en el plano jurídico la interrogante es si coincidirán plenamente dichos objetos y si efectivamente generan además un verdadero conflicto de intereses tal como lo establece la sentencia de segunda instancia en estudio de la cual no se dedujo recurso alguno.

Sin embargo la jurisprudencia posteriormente cambió de criterio. En primer lugar, en la misma Dirección de Aguas ³² al rechazar esta vez una oposición a una solicitud de exploración de aguas subterráneas. A continuación se transcribirá la parte resolutive de la resolución DGA II N° 0077 a la que se hace referencia:

“ Recházase la oposición de Minera Yolanda S. C. M. a la solicitud de exploración de aguas subterráneas presentada por Servicios Industriales de Tránsito y Transferencias S.A. sobre 10.000 Hás. ubicadas en la comuna de Taltal , provincia de Antofagasta, II Región... La afectada podrá interponer en contra de esta resolución los recursos de reconsideración y de reclamación establecidos en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas ”

La afectada interpuso Reclamo de Reclamación ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta ³³, la que básicamente mantuvo el mismo criterio de la sentencia de 1996 ya vista. Es decir hace lugar a la reclamación interpuesta por Minera Yolanda S.C.M, y en consecuencia dejó sin efecto y revocó la resolución DGA II N° 007.³⁴

Como se puede apreciar esta vez la D.G.A. adoptó el criterio de que el objeto de los derechos de concesionario minero y del beneficiario del permiso de exploración, son distintos, de suerte que en un principio no existiría incompatibilidad para que en un mismo terreno coexistan ambos. Sin embargo el Tribunal de Alzada de Antofagasta como ya se dijo mantuvo el antiguo criterio al señalar “... En suma, muy por el contrario de lo que sostiene el Director General de Aguas, el objeto es el mismo y los derechos, sea del propietario del inmueble o de quienes gozan de concesiones para exploración y explotación de aguas subterráneas o mineras, convergen en el mismo objeto material y, por lo tanto, su ejercicio debe estar reglamentado conforme a la

³² Ver anexo n° 4

³³ Ver anexo n° 4

³⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta “Minera Yolanda S. C. M. con Dirección General de Aguas II Región”, rol n° 19 de fecha 5 de agosto de 1999.

intención demostrada por el legislador en las disposiciones comentadas, sin que una autorización de la Dirección General de Aguas, genere un conflicto jurídico que la ley no desea. Es por esta razón que en principio son incompatibles los derechos del concesionario minero y del beneficiario del permiso de exploración de aguas subterráneas para ejercerse en un mismo terreno superficial; incompatibilidad que obliga al Director General de Aguas, autorizar una exploración de las mismas sólo en los términos permitidos por la ley, mientras no existan titulares del derecho otorgado por las concesiones mineras en bienes respecto de los cuáles él debe autorizar, o sea, en perjuicio de terrenos de propiedad del Estado de Chile.”

Respecto de esta resolución la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias S.A. deduce recurso de casación en el fondo³⁵ contra el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Aquí se produce un hito importante de la jurisprudencia a este respecto al acoger la Corte Suprema el recurso señalado, a saber³⁵:

“...ha de establecerse, por otro lado, que el minero tiene también un derecho de dominio sobre las facultades que emanan de la concesión minera, pero en cuanto facultades, las que también son susceptibles del amparo constitucional, en la medida que, en el caso, se hubiera acreditado el ejercicio de las mismas, es decir, de la realización de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera y que tales facultades pudieren ser conculcadas por el ejercicio de un derecho para explorar aguas subterráneas, esto es, para investigar la existencia del recurso hídrico en una determinada zona, cuyo no es el caso, por cuanto tal presupuesto no aparece recogido en el fallo impugnado, ni existe antecedente en proceso del que pudiere desprenderse tal circunstancia...Que, de esta forma y en la medida que el artículo 58 del Código de Aguas prescribe: Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas..., reglamentación esta última que aparece cumplida, no puede sino concluirse que la resolución impugnada se ha ajustado a derecho, de manera que, al decidirse lo contrario, los jueces del fondona incurrido en infracción al artículo citado precedentemente y a las disposiciones contenidas en los artículos 19 n° 24 inciso noveno de la Constitución Política de la República de Chile; 2°, 3°, 6°, 8° inciso final, 9° y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre

³⁵ Sentencia de Casación de la Corte Suprema de fecha 20 de junio de 2000, rol n° 3.519-99. Véase también el anexo n° 4.

concesiones mineras y 2º, 110 y 116 del Código de Minería, errores que han influido sustancialmente en lo dispositivo de fallo impugnado, desde que han conducido a dejar sin efecto y revocar la resolución por medio de la cual se había rechazado la oposición de Minera Yolanda a que la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias obtuviera permiso para explorar aguas subterráneas en la comuna de Taltal.. Que en armonía con lo reflexionado sólo cabe acoger el recurso de casación en análisis.” En consecuencia la sentencia de reemplazo rechaza en definitiva el reclamo interpuesto por Minera Yolanda S. C. M. contra la resolución DGA II n° 0077, de 22 de febrero de 1999, dictada por la Dirección General de Aguas II Región.³⁶

Así tenemos que la Corte Suprema acoge los argumentos de la recurrente en cuanto que el artículo 58 del Código de Aguas permite a cualquier persona explorar aguas subterráneas en bienes nacionales, sujetándose a las normas de la Dirección General de Aguas, que tiene la competencia exclusiva para la autorización del permiso, no pudiendo negarse por existir superposición de concesiones mineras, pues dicha autorización no perjudica los derechos de terceros.

Si bien la Corte Suprema no se pronuncia derechamente a establecer que el objeto de ambas concesiones es diverso, si se preocupa de determinar el ámbito de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República relativa al dominio del titular sobre su concesión minera y de la posible existencia de una lesión al amparo constitucional al enfrentarlo al derecho de exploración de aguas subterráneas.

3. Argumentos legales relevantes del fallo de casación de la Corte Suprema.

1. La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

2. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. (Artículo 19, n° 24 C.P.R.)

3. Los derechos que otorga al minero su concesión incluyen el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la pertenencia, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración o explotación y de beneficio que puedan realizarse. (Artículo 110 del Código de Minería)

³⁶ Ver anexo n° 4.

El fallo de casación ya citado concluye en definitiva que el dominio que el constituyente reconoce al minero, lo es sobre las sustancias minerales que extraiga de la tierra y se consideran extraídas, y por ende, incorporadas a su patrimonio desde la separación del yacimiento del que formaban parte o desde la aprehensión, tratándose de desmontes, escorias y relaves. Pero que tales derechos requieren de un ejercicio efectivo, al señalar la Carta Fundamental que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento” Es decir es menester que el minero hubiese acreditado el ejercicio efectivo de las facultades otorgadas por su concesión, que también están amparadas por la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la C. P. R. y que éstas no hayan sido conculcadas por el ejercicio de un derecho para explorar aguas subterráneas, hechos que no fueron acreditados en autos.

Por último el año 2000 la Corte de Apelaciones de Antofagasta en una sentencia que falla un recurso de reclamación en causa caratulada “ Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Director Regional de Aguas II Región”³⁷ cambia su postura expresada en fallos anteriores al rechazar la reclamación deducida por la Sociedad Química Minera de Chile, en contra de la Resolución DGA II N° 0207, de fecha 4 de abril de 2000, emanada de la Dirección Regional de Aguas de la Segunda Región. Compartiendo el criterio de la D.G.A. “ en cuanto que el sólo otorgamiento de una autorización para la realización de faenas de exploración de aguas, no puede en modo alguno entenderse como una restricción al derecho de propiedad emanado de la titularidad de una concesión minera, puesto que se persiguen fines distintos, aun cuando se trate de un mismo terreno; ninguna oposición existe entre ambos derechos que pueden tener titulares distintos y por el contrario, sostener que la sola circunstancia de ser propietario de la concesión minera es causal suficiente como para deducir una oposición como la de autos, llevaría concluir que ella sería excluyente de cualquier otro derecho que se pretendiera hacer efectivo en el terreno que ella comprende, lo que por cierto la ley no ha querido.”

4. Resumen. Los alcances de cada concesión

Concesión de minas.

³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, “ Sociedad Química y Minera de Chile S.A. con Director Regional de Aguas II Región” , rol n° 32 de fecha 14 de agosto de 2000. Véase también anexo n° 5.

La Constitución Política de la República de Chile establece que una ley deberá determinar las sustancias que pueden ser objeto de concesiones mineras, dejando fuera, desde ya, a los hidrocarburos líquidos y gaseosos (art.19 N°24 inc.7°), y posteriormente con la dictación de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras se agregó al litio como sustancia no concesible.

La Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras determina que el objeto de las concesiones mineras está constituido por las sustancias mineras concesibles existentes en la extensión territorial determinada por el Código de Minería, consistiendo ésta en un sólido de profundidad indefinida dentro de los planos verticales que la limitan. El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo a hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles a la fecha de la constitución judicial de la concesión³⁸ (artículos 3° inc.1° y 11 n°2)

De acuerdo con el Código de Minería, la concesión minera tiene por objeto todas las sustancias concesibles existentes dentro de sus límites, considerándose como concesibles las que lo sean a la fecha de la constitución de la concesión y las que lleguen a serlo con posterioridad (artículos 26 y 116).

Puede concluirse, por tanto, que el objeto de la concesión minera son las sustancias concesibles al momento de ser constituida judicialmente, o que llegue a serlo con posterioridad, y que se encuentren en el sólido encerrando en las tres dimensiones de la concesión.

El minero se hace dueño sólo de las sustancias minerales concesibles que se encuentren dentro del sólido que conforma la concesión y que correspondan a su interés extractivo, y no de todo lo que exista dentro de aquél.

Ahora bien, para hacer efectivo el objeto de su concesión, el concesionario minero tiene diversos derechos, como el de efectuar los trabajos necesario para la exploración y explotación de la mina, el derecho a imponer servidumbres y el derecho, por el solo ministerio de la ley, a las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida de que sean necesarias para los trabajos de exploración, explotación y beneficio que pueda realizar.

³⁸ Winston Albuquerque Troncoso, “Conflicto entre el concesionario minero y el concesionario de aguas subterráneas. Revista de Derecho de Minas, Vol. IX, Pág. 20, 1998.

El derecho que el concesionario minero tiene sobre las aguas halladas en las labores de su concesión se encuentra contemplado tanto en el Código de Minería como en el Código de Aguas.

El artículo 110 del Código de Minería señala que: “El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta”.

Puede concluirse que el objeto de los derechos de aguas conferidos directamente por la ley es facilitar el trabajo necesario para ejercitar los derechos que nacen de la concesión minera sobre su objeto, las sustancias concesibles que se encuentran en el sólido de la concesión. Por lo tanto, las aguas no pueden considerarse como un objeto en sí mismo, sino como un medio o instrumento tendiente a la consecución del objeto real de la concesión minera.

El artículo 56 Inc.2° del Código de Aguas expresa: “Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”.

El Código de Aguas sólo contempla el derecho de aprovechamiento de las aguas, al tenor de lo que ahora estudiamos, para la concesión de explotación, dejando fuera la concesión de exploración.

Siempre exige que el uso del agua sea referido a la explotación de la pertenencia, lo que reafirma la conclusión a que se arribó a propósito de la norma del Código de Minería: no se trata de un objeto directo de la concesión minera, sino de un medio o instrumento tendiente a la consecución del objeto real. Facultad que también se encuentra amparada por la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República.

4.1 Concesión de aguas subterráneas.

De acuerdo con el artículo 6° del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento es “un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”.

Ya hemos visto que se entiende por aguas subterráneas aquellas que “están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”.

Las concesiones que recaen sobre esta agua pueden ser de exploración o un derecho de aprovechamiento de las mismas. El objeto de una concesión de exploración de aguas subterráneas es “explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas” (art.58 C.A.). El de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas es el uso y goce a que alude el artículo 6°.

CONCLUSIONES FINALES

1. En relación con la evolución de la normativa en la materia.

Podemos observar una evolución de la regulación jurídica del uso de las aguas en materia minera desde una normativa muy rudimentaria, simplista y poco organizada, que sólo regulaba ciertos aspectos, hasta alcanzar en la actualidad a conformar un cuerpo legal sistematizado, técnico y coherente con nuestro sistema legal. Ello por que, a través del tiempo, surge multiplicidad de necesidades respecto del uso de las aguas, en particular con el desarrollo de sectores productivos esenciales a nivel nacional. Por ello, resultó prácticamente imprescindible establecer un régimen que ordenara y permitiera un uso eficiente del vital elemento, cada vez más escaso y requerido por mayor número de usuarios.

Un paso bastante importante en la materia resultó ser la dictación del primer Código de Minería en el año 1874, texto que contribuyó a aclarar y ampliar los derechos de los mineros para hacer uso de las aguas, otorgando por primera vez al minero el derecho para hacer uso de las aguas que encontrara dentro de los límites de la de su yacimiento, principio que se mantiene hasta nuestros días.

El inicio de siglo XX trajo importantes avances en cuanto a la regulación del uso minero de las aguas, pues se dictaron importantes leyes, entre las que podemos mencionar el decreto ley N°160 y la ley N°2068, que establecieron un marco legal claro y bien definido al cual el minero debía someterse, mediante procedimientos administrativos para la obtención de un derecho de aprovechamiento y el otorgamiento de importantes ventajas al minero por sobre otras actividades, principalmente la agricultura. Parece necesario hacer mención especial a la ley 3.133, que por primera vez se ocupa de establecer herramientas que tiendan a la protección del medio ambiente en relación con los graves perjuicios que producía la contaminación de las aguas, texto que se mantiene, salvo ciertas modificaciones, plenamente vigente hasta la actualidad.

El Código de Aguas de 1952, alteró el marco legal existente a la época, pues sometió al minero a su régimen, no sólo en cuanto a la forma de obtener un derecho de aprovechamiento, sino también en cuanto a la constitución, ejercicio y extinción de las servidumbres de aguas establecidas en el Código de Minería de 1932, con lo que colocó al minero en un pie de igualdad frente a cualquier otro usuario, sin reconocerle ningún tipo de privilegio. Recordemos que este cuerpo legal fue dictado con el claro propósito de proteger y fomentar la agricultura, es así que con este nuevo espíritu derogó la facultad que tenía el minero para hacer uso de las aguas sobrantes conducidas por un canal artificial para el beneficio en donde introdujo y limitó el derecho de aprovechamiento que por el solo ministerio de la ley le era reconocido al minero para hacer uso de las aguas halladas en sus labores, estableciendo que sólo se extendía a las aguas necesarias para su labor y sólo dentro de los límites de ella, cosa que ningún otro cuerpo legal había establecido.

Debemos concluir que la regulación de las aguas en materia minera ha variado del mismo modo que la pugna existente entre la actividad minera enfrentada a la actividad agrícola, pues el legislador ha reglado, en múltiples ocasiones, varios aspectos importantes relativos a las aguas y su uso minero, sobre la base de proteger a una de estas actividades en particular, llegando en algunos casos a beneficiar a una en perjuicio de la otra. Sin embargo, haciendo un balance de la evolución de nuestra legislación, a partir de principios de siglo, aparece de manifiesto que el desarrollo y protección de la actividad minera terminó por imponerse por sobre la agricultura, pero no en términos absolutos, pues si bien es cierto que el legislador estableció una serie de mecanismos para garantizar al minero su acceso a las aguas, al mismo tiempo se preocupó especialmente de impedir uso de las aguas no fuera perjudicial a la actividad agrícola, permitiendo así que ambos usos coexistieran, en lo posible, sin conflictos.

2. En relación con la resolución del conflicto entre el concesionario minero, como titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, y el dueño del predio superficial o el titular de otro derecho de aprovechamiento de aguas sobre un mismo cauce y/o terreno.

Como se señaló en la introducción de este trabajo, la jurisprudencia en torno a esta especie de conflicto no ha sido uniforme en nuestros Tribunales de Justicia, como así tampoco en la propia Dirección General de Aguas. A propósito de esta última se puede evidenciar una evolución del criterio para otorgar o denegar concesiones de exploración de aguas subterráneas. Es así que

tenemos que en un principio la D.G.A. sostuvo que la autorización que ella debe conceder para explorar en bienes nacionales estaría subordinada a que previamente el interesado cuente con la aquiescencia de la persona natural o jurídica que tenga a su cargo la administración o tenencia de ellos. Para luego sostener que se entiende que la existencia de una concesión minera en un bien nacional no constituye un impedimento legal para que la D.G.A. pueda otorgar sobre los mismos terrenos un permiso de exploración para alumbrar aguas subterráneas, por cuanto se trata de derechos que tienen diferentes objetos y que otorgan facultades o prerrogativas que no se contraponen. A similar conclusión arribó la Corte de Apelaciones de Antofagasta el año 2000 luego que desde el año 1996 había sostenido el criterio contrario. O sea de sostener en un principio que si existen concesiones mineras sobre los terrenos de bienes nacionales en que se desea explorar aguas subterráneas, la D.G.A. no puede autorizar tal exploración, pues si lo hiciere podría impedir el inicio o la continuación de la exploración, extracción y apropiación de las sustancias objeto de la concesión minera, para luego sostener que el objeto de ambas concesiones son diversos y no se contraponen de modo alguno.

Estas dos posturas así planteadas pecan de extremas, en especial la última que la declara en forma categórica sin entrar en el fondo del asunto. No es tan simple señalar que tienen objetos distintos la concesión minera y el derecho de aprovechamiento de aguas y que ahí está resuelto el problema. Pues bien, el tema de fondo es delimitar el ámbito de la aplicación de la garantía constitucional del artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República respecto de las facultades otorgadas al concesionario minero. Si goza del derecho de dominio sobre su concesión y las sustancias minerales extraídas, eso no está en discusión hoy en día. Sin embargo tanto la D.G.A. como la Corte de Apelaciones de Antofagasta no repararon en discutir si el concesionario minero tiene el derecho de dominio respecto también de las facultades emanadas de concesión, esto es la de imponer servidumbres o de usar las aguas que se alumbren a propósito de las labores de extracción. Porque si es así, el argumento de que ambos tipos de concesiones tienen objetos distintos y que nunca se contraponen no sería absoluto.

Así lo entendió la Corte Suprema, lo que parece la correcta jurisprudencia aplicable a este caso en particular. Es decir no podrían coexistir sobre un mismo predio una concesión minera y un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas siempre y cuando se acredite el ejercicio efectivo del derecho otorgado al concesionario minero y que sus facultades de aprovechar las aguas alumbradas con ocasión de las faenas mineras se hallarían conculcadas por la existencia de un permiso de exploración de aguas subterráneas. Caso contrario podrían perfectamente

cohabitar ambos derechos. Esto es, prevalece el principio de que se pueden ejercer libremente los derechos mientras no se vulneren los adquiridos legítimamente por terceros.

BIBLIOGRAFIA

1. **PATRICIO AGURTO TAPIA**, “Comentarios a la Modificación del Código de Aguas de 1992, en materias de Aguas Subterráneas”, Revista de Derecho de Minas y Aguas, U. De Atacama, Volumen III, 1992.
2. **WINSTON ALBURQUENQUE TRONCOSO**, “Los derechos de aguas del minero”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen II/N°1, 2000.
3. **CARMEN ANSALDI DOMÍNGUEZ**, “Código de Minería, Anotado, Concordado y Jurisprudencia”, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992.
4. **PATRICIO ARIAS HARDOY**, “Derechos de aprovechamiento en el marco de la política nacional de recursos hídricos”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen II/N°1, 2000.
5. **LUIS SIMON FIGUEROA**, “Determinación de aguas disponibles subterráneas”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen II/N°2, 2000.
6. **SERGIO GÓMEZ NUÑEZ**, “Principios Generales que informan la legislación minera” Revista de Derecho de Minas y Aguas, U. De Atacama, Volumen I, 1990.
7. **SAMUEL LIRA OVALLE**, “Manual de Derecho Minero”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
8. **GONZALO MUÑOZ ESCUDERO**, “Facultades Del titular de un derecho de aprovechamiento de aguas para su ejercicio”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen II/N°1, 2000.
9. **JUAN LUIS OSSA BULNES**, “Derecho de Minería”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
10. **CARLOS PIEDRA CORREA**, “Las Servidumbres Mineras”, Santiago, Editorial Universitaria, 1992.
11. **JULIO RUIZ BOURGEOIS**, “Instituciones de Derecho Minero”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956
12. **FRANCISCO SAAVEDRA GALLEGUILLOS**, “Las Servidumbres Mineras y su Alcance”, Revista de Derecho de Minas y Aguas, U. De Atacama, Volumen IX, 1998; “Colisión de derechos entre un concesionario minero y un concesionario de explotación de aguas

subterráneas”, Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen II/N°2, 2000.

13. ALEJANDRO VERGARA BLANCO, “Principios y sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico-Dogmático”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

14. JOSÉ ZAÑARTU ROSSELOT, “Configuración Espacial de la Concesión Minera”, Revista de Derecho de Minas y Aguas” U. De Atacama, Volumen I, 1990.

INDICE

<u>INTRODUCCION</u>	1
<u>CAPITULO I. Usos del agua en los Códigos de Minería chilenos</u>	4
1. Código de Minería de 1874	4
1.1 Generalidades	4
1.2 Uso de las aguas para la bebida	6
1.3 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio	6
1.4 Indemnizaciones	7
1.5 Aguas procedentes de las labores mineras	7
1.6 Servidumbre de socavón	8
2. Código de Minería de 1888	10
2.1 Generalidades	10
2.2 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio	11
2.2.1 Aguas que corren por cauces naturales	11
2.2.2 Aguas que corren por cauces artificiales	12
2.3 Indemnizaciones	13
2.4 Disposiciones posteriores al Código de Minería de 1888	14
3. Código de Minería de 1930	16
3.1 Generalidades	16
3.2 Aguas para la bebida	16
3.3 Aguas para el movimiento de las máquinas	16
3.4 Aguas para el beneficio de los productos de la mina	17
3.4.1 Aguas que corren por cauces naturales	17
3.4.2 Aguas que corren por cauces artificiales	17
4. Código de Minería de 1932	18
4.1 Generalidades	18
4.2 Aguas para la bebida	18
4.3 Aguas para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio	22

4.4 Aguas para el tratamiento de los minerales en las plantas de beneficio	23
4.5 Servidumbres de acueducto	25
4.6 Servidumbre de socavón	27
4.7 Indemnizaciones	27
4.8 Principio de la inmutabilidad de las servidumbres de aguas	28
4.9 Aguas procedentes de las labores mineras	29
5. Reformas introducidas por la ley N° 16.640	31
<u>CAPITULO II. El agua en el Código de Minería actual</u>	32
1. Generalidades	32
2. El carácter de bien público de las aguas	32
3. La Minería frente a la Agricultura	34
4. Clasificación general de las aguas	35
<u>CAPÍTULO III. Concesión para el aprovechamiento de las aguas subterráneas</u>	36
1. Generalidades	36
2. El derecho de aprovechamiento de aguas	
2.1 Características del derecho de aprovechamiento de aguas	36
2.2 Otras facultades que otorga el derecho de aprovechamiento de aguas	39
2.3 Clasificación de los derechos de aprovechamiento	39
2.4 Modos de adquirir el derecho de aprovechamiento de las aguas	40
2.4.1 Por vía originaria	40
2.4.2 Por vía derivativa	41
2.5 Limitaciones al derecho de aprovechamiento	41
2.6 Protección del derecho de aprovechamiento	42
2.7 Protección especial contemplada en el artículo 74 del Código Sanitario en relación al artículo 17 del Código de Minería	42
2.8 Extinción del derecho de aprovechamiento	44
3. Requisitos del concesionario minero para adquirir los derechos de aguas	44

CAPITULO IV. Derecho del concesionario de aguas para ocupar terrenos superficiales

	46
1 Planteamiento del problema	46
2 Clasificación de los títulos	46
3 La servidumbre en esta materia	47
3.1 Normas del Código de Aguas	48
3.2 Normas del Código de Minería	49

CAPITULO V. Conflicto entre estas dos especies de concesiones

1 Origen de la situación de conflicto	51
2. Análisis a la luz de dos legislaciones en aparente conflicto	54
3. Argumentos legales relevantes del fallo de casación de la Corte Suprema.	57
4. Resumen. Los alcances de cada concesión.	58
4.1 La concesión minera	58
4.2 Derecho de aprovechamiento de aguas	60

CONCLUSIONES FINALES

1. En relación con la evolución de la normativa en la materia	61
2. En relación con la resolución del conflicto entre el concesionario minero, como titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, y el dueño del predio superficial o el titular de otro derecho de aprovechamiento de aguas sobre un mismo cauce y/o terreno	62

BIBLIOGRAFIA

INDICE

ANEXO N° 1

RESOLUCIÓN DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS
D.G.A. N° 009.

RESOLUCIÓN DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (*)

D.G.A. N° 009

Deniega parcialmente solicitud de permiso para explorar aguas subterráneas impetrada por S.Q.M. Potasio S.A., en la comuna de Sierra Gorda Provincia, Provincia de Antofagasta, Segunda Región.

Antofagasta, nueve de enero de mil novecientos noventa y seis.

Con esta fecha el Director Regional de Aguas II Región ha resuelto lo que sigue,

Vistos:

La solicitud de S.Q.M. POTASIO S.A.; las oposiciones de CORFO y CONAF; Los Oficios Ord. N° 207 de 1983; las atribuciones que me confieren las Resoluciones DGA N° 207 DE 1983; las atribuciones que me confieren las Resoluciones DGA N° 501 de 1989, 141 de 1993; el Oficio Ord. N° 584 del 30 de octubre de 1990, del señor Director General de Aguas; la Resolución N° 55 de 1992 y el dictamen N° 30.635 de 1992, ambos de la Contraloría General de la República; lo establecido en el Art. 58 del Código de Aguas; y

Considerando:

- A) Que S.Q.M. POTASIO solicita con fecha 02 de julio de 1993, a las 08:30 horas, autorización para explorar agua subterránea en una extensión de 99.897,5 Hás. de Bienes Nacionales de la comuna de San Pedro de Atacama;
- B) Que CORFO se opone con fecha 11 de agosto de 1993, con la idea de cautelar diversas pertenencias mineras a su favor, y que se superponen con el área solicitada por S.Q.M. POTASIO S.A., sin estar dispuesto a autorizar el permiso como tenedor del subsuelo;
- C) Que CONAF se opone a la solicitud, con fecha 13 de agosto de 1993, con la idea de cautelar los efectos que se provocarían en la Reserva Nacional Los Flamencos.

D) Que, esta Dirección Regional, motivada por el tenor de la opción de CORFO mencionada, y otros casos similares en otras solicitudes, elevó consultas al Depto. Legal de nuestra Dirección, mediante el Oficio Ords. N 152 de 1995 para que se pronunciara respecto del peso legal de los derechos territoriales tales como las concesiones mineras, sobre los permisos de exploración.

E) Que el Depto. Legal respondió la consulta señalada en D) a través el Ord. N° 162 de 1995, que en lo principal:

“De conformidad con lo prescrito en el artículo 2° del Código de Minería y en el artículo 2° de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles, distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño oponibles al Estado o a cualquier persona.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 19 N° 24 inciso 9° de la Constitución Política de la República, el dominio del título sobre su concesión minera está protegida por la garantía constitucional del derecho de propiedad. Igual regla consagra el artículo 6° inciso 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

Cabe agregar, que el inciso 2° del artículo 6° citado establece que la privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que a objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio.

El titular de una concesión minera es dueño de un derecho de inmueble, que además está garantizado por la Carta Fundamental de manera tal que si estima que una solicitud de exploración de bienes nacionales, puede privarle e las facultades esenciales de dominio de su concesión puede perfectamente, educir oposición a dicha presentación es legalmente procedente”.

F) Que posteriormente, mediante Ord. N° 245 del 23 de mayo de 1993, el señor Abogado Jefe del Depto. Legal, instruye en parte los siguiente:

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 55 del Decreto N° 1.939, de 1977, en relación con su administración los bienes del Estado o fiscales podrán ser objeto de destinación de concesiones de uso y arrendamiento.

El artículo 56 del citado Decreto Ley dispone, que mediante destinación se asigna uno o más bienes del Estado o fiscales a la institución que lo solicita para que los emplee en el cumplimiento de sus propios fines.

Agregando, que las destinaciones solo se dispondrán a favor de los servicios y entidades que conforman la Administración del Estado, el Poder Judicial, los servicios dependientes del Congreso Nacional y la Contraloría General de la República.

Puntualizando lo anterior, es dable hacer presente que la autorización que debe conceder la D.G.A. para explorar en bienes nacionales, está subordinada en ciertos casos a que previamente el interesado cuente con la aquiescencia de la personal natural o jurídica que tenga a su cargo la administración o tenencia de ellos.

Esta materia la regula el artículo 10 de la citada Resolución D.G.A. N° 207, expresa que cuando la exploración recaer en bienes nacionales, cuya tenencia ha entregado el Estado a cualquier título a personas naturales o jurídicas, deberá previamente obtenerse el acuerdo de estas.

Recordemos, que como se señaló los bienes del Estado o fiscales, en relación con su administración, concesiones de uso y arrendamientos.

Seguidamente, según se infiere de los artículos 56, 57 y 66 del Decreto Ley N° 1.939, las destinaciones, concesiones y arrendamientos de los bienes del Estado o fiscales implican la tenencia de tales bienes por parte del destinatario, concesionario o arrendatario.

Es importante tener presente que de acuerdo con el artículo 714 inciso 1° del Código Civil, se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.

Termina expresando el inciso final del citado precepto legal, que lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

De lo expuesto se tiene que cuando se desee explorar en bienes nacionales del Estado o fiscales que el Ministerio de Bienes Nacionales haya destinado, concedido o arrendado a personas naturales o jurídicas, el interesado previamente a la autorización de la Dirección General de Aguas, deberá necesariamente obtener el acuerdo de aquellas.

- G) Que los derechos territoriales de concesión minera, al referirse al subsuelo, incluyen el agua subterránea contenida en él, y por lo tanto están directamente relacionados también con la exploración de este recurso.
- H) Que es necesario optimizar la eficiencia de la gestión pública;

Resuelvo:

D.G.A. N° 009.

1. Deniégase parcialmente la solicitud de S.Q.M. POTASIO S.A. de autorización para exploración subterránea en una extensión de 99.897,, 5 ha de Bienes Nacionales de la comuna de San Pedro de Atacama, provincia de El Loa, Segunda, en todo lo que se superponga a las pertenencias del opositor CORFO.
2. Designase Ministro de Fe a la funcionaria Señorita Jeannette Murillo Leyton, para los efectos de la notificación de la presente Resolución en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Código de Aguas.
3. La afectada podrá interponer en contra de la resolución los recursos de reconsideración y reclamación establecidos en los arts. 136 y ss. del Código de Aguas.
4. Comuníquese la presente resolución a los actores CORFO y CONAF, mediante carta certificada a la dirección postal indicada en su escrito.

Anótese, tómesese razón, notifíquese y comuníquese.

ANEXO N° 2
JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS.
D.G.A. N° 2781.

JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (COMO TRIBUNAL ESPECIAL: EN OPOSICIÓN A SOLICITUD DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS)

Compañía minera El Bronce con Río Algom Exploration Chile Limitada
(Acción de oposición a solicitud de exploración de aguas subterráneas)

Santiago, 29 de octubre de 1999.

D.G.A. N° 2781.

Con esta fecha el Director General de Aguas ha resuelto lo que sigue.

Vistos:

El recurso de reconsideración deducido por Compañía Minera El Bronce; la Resolución D.G.A. II N° 213 (Exenta), de fecha 14 de mayo de 1998; el oficio Ord. N° 1425 de fecha 21 de septiembre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos; lo establecido en los artículos 136 y 139 del Código de Aguas; y

Considerando:

Que, mediante Resolución D.G.A. II N° 213 (Exenta), de fecha 14 de mayo de 1998, se rechazó la oposición deducida por Compañía Minera El Bronce, en contra de la solicitud de autorización para explorar aguas subterráneas presentada por Río Algom Exploration Chile Limitada, en la comuna de Sierra Gorda, provincia de Antofagasta, II Región.

Que, la referida oposición fue rechazada toda vez que una solicitud de exploración se enmarca dentro de un procedimiento de investigación del recurso hídrico y no de la constitución de derechos sobre las aguas que se alumbren.

Que Compañía Minera El Bronce interpuso con fecha 1 de julio de 1998, argumentando, en síntesis, que su oposición se fundamentó principalmente en cautelar el correcto ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de Pampa Lina, además de proteger su derecho sobre pertenencias mineras del lugar y un terreno arrendado al Fisco de Chile.

Que, señala que una pertenencia minera es un derecho real que debe ser respetado por la solicitante.

Que, agrega que en cuanto al arriendo de los terrenos del Fisco de Chile, corresponde aplicar el artículo 5 letra e) de la Resolución D.G.A. N° 186, de 1996, en el sentido que la recurrente debe necesariamente autorizar a la peticionaria para poder explorar en dichos terrenos.

Que, finalmente indica, que la peticionaria no acompañó en su oportunidad el informe correspondiente a la Protección del Acuífero, acorde con el artículo 5 letra d) de la Resolución DGA N° 186, de 1996, y por lo tanto, su no presentación no acredita la cautela del acuífero que se pretende explorar.

Que, el recurso de reconsideración deducido debe ser rechazado, en atención a las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se exponen.

Que, debe tenerse siempre presente que, la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales de uso público, tiene por finalidad alumbrarlas, esto es, sacarlas desde el seno de la tierra.

Que, el permiso para explorar aguas subterráneas no implica autorización para explotarlas una vez alumbradas, para ello es necesario que el beneficiario solicite la constitución originaria del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas de acuerdo con el procedimiento establecido en el Título I del Libro II del Código de Aguas, y que la autoridad se lo otorgue, según lo dispuesto en el artículo 19 de la Resolución DGS N° 186, de 1996.

Que, este Servicio puede constituir originariamente por acto de autoridad, el derecho de aprovechamiento cuando exista disponibilidad del recurso hídrico, la petición sea legalmente procedente y no se lesionen o menoscaben derechos de terceros.

Que, por otra parte, durante la exploración la Dirección General de Aguas puede establecer todas aquellas condiciones y medidas que estime pertinentes para resguardar el entorno ecológico y la calidad de las aguas contenidas en el acuífero explotado, de acuerdo a o establecido en el artículo 18 de la Resolución DGA N° 186, de 1996.

Que, como ya se señaló precedentemente, el objetivo de conceder a un petionario un permiso de exploración en una determinada es precisa y justamente el alumbrar nuevos recursos hídricos que se encuentren en ella.

Que, en cambio, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2º inciso final y 26 del Código de Minería, la concesión minera tiene por objeto la exploración y explotación de todas las sustancias concesibles que existen dentro de los límites de la extensión de terreno otorgada en concesión.

Que, respecto del permiso de exploración de aguas subterráneas, éste confiere a su beneficiario, en primer, la exclusividad para efectuar los trabajos de exploración dentro de los límites que se le hayan fijado y segundo, la preferencia, para la constitución originaria del derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso.

Que, por su parte, el titular de una concesión de exploración tiene derecho dentro de los límites de ella, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración, y de manifestar pertenencia, según lo disponen los artículos 113 y 114 del Código del ramo.

Que, además, el concesionario de exploración se hará dueño de todas las estancias que extraiga dentro de los límites de su pertenencia y que sean concesibles a la fecha de su constitución o lleguen a serlo posteriormente.

Que, la concesión minera a diferencia del permiso de exploración no otorga a su titular ningún derecho sobre los terrenos materia de la concesión.

Que, de lo anteriormente expuesto, se colige que la existencia de una concesión minera en un bien nacional no constituye un impedimento legal, para que la Dirección General de Aguas pueda otorgar sobre los mismos terrenos un permiso de exploración para alumbrar aguas subterráneas, por cuanto se trata de derechos que tienen diferentes objetos y que otorgan facultades o prerrogativas que no se contraponen.

Que de acuerdo al Informe de Recurso de Reconsideración N° 163, de fecha 16 de junio de 1999, los terrenos arrendados al Fisco de Chile y las partencias mineras sobre las cuales la recurrente tiene derechos, no se superponen con el área solicitada para explorar

Que, en relación al Informe de protección del Acuífero no acompañado por la solicitante, cabe señalar que este tiene el carácter de un antecedente complementario a la solicitud de exploración, por lo cual, su no presentación en forma conjunta con la solicitud no constituye una causal de denegación de ella, como claramente se deduce de la lectura del artículo 5 de la Resolución DGA N° 186 de 1996.

Que a mayor abundamiento, este antecedente puede ser acompañado hasta antes del otorgamiento de la autorización de la exploración por parte de la Dirección General de Aguas. Que, en consecuencia, procede rechazar el recurso de reconsideración deducido en contra de la Resolución DGA II N° 213 (Exenta), de 1998.

Resuelvo:

Exenta

1. Recházase el recurso de reconsideración interpuesto por Compañía Minera El Bronce en contra de la Resolución DGA II N° 213 (Exenta), de fecha 14 de mayo de 1998, que le rechazó la oposición en contra de la solicitud de autorización para explorar aguas subterráneas presentada por Río Algom Exploration Chile Limitada, en la comuna de Sierra Gorda, provincia de Antofagasta, II Región.
2. La presente resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación, toda vez que de conformidad a lo señalado en el artículo 139 del Código de Aguas, la recurrente no designó domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funciona la oficina en que efectuó su presentación.

Anótese y comuníquese.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento y fines pertinentes.

Jaime Muñoz Rodríguez
Director General de Aguas (s)

ANEXO N° 3
SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA
ROL N° 6494 DEL AÑO 1996
SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA POTASIO S.A CON DIRECCIÓN
REGIONAL DE AGUAS DE LA II REGIÓN

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

ROL N° 6494 DEL AÑO 1996

SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA POTASIO S.A CON DIRECCIÓN REGIONAL DE AGUAS DE LA II REGIÓN

Antofagasta, veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y seis.

Vistos:

A fojas 10 de autos don Bernard Descaseaux Aribit en representación de S.Q.M. Potasio S.A. deduce recurso de reclamación en contra de la resolución D.G.A. II N° 009 del Señor Director Regional (S) Dirección General de Aguas II Región, de fecha 9 de enero de 1996, que denegó parcialmente la solicitud de permiso para explorar aguas subterráneas, impetradas por S.Q.M. Potasio S.A., en la comuna de San Pedro de Atacama, Provincia del Loa , II Región y tramitada en el expediente N° .E. 11-1011 de la Dirección General de Aguas II Región, debiendo dejarse sin efecto atendido que la renovación de una concesión de uso gratuito otorgada por resolución exenta N 132 del Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la II Región a favor del Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), no puede fundamentar el rechazo parcial del permiso de exploración solicitado, por haber sido invocado en forma extemporánea, por ser inoponible a S.Q.M. Potasio S.A. el presunto efecto retroactivo del acto administrativo que otorgó renovación de la concesión de uso gratuito que esgrime el opositor.

Con fecha 16 de julio de 1993 S.Q.M. Potasio S.A. realizó la publicación ordenada por el artículo 131 de Código de Aguas y a contar d ese día comenzó a correr el plazo de 30 días para que terceros que se sientan afectados puedan presentar su oposición, lo que hace que esta esté fuera de plazo, por lo que debió rechazarse por haber precluido su derecho , en subsidio señala que la resolución a favor de CORFO, carece de efecto retroactivo, ya que la concesión de uso gratuito se la da bienes nacionales, contado desde el 1° de enero de 1993, dándole efecto retroactivo a dicha resolución lo que es inconcebible ya que no se entiende como podría ejercerse el derecho de uso correspondiente a una época anterior al acto jurídico que constituye ese derecho de uso; tampoco es efectivo que la pertenencia minera convierte en propietario del agua subterránea contenida en el subsuelo, como afirma la resolución recurrida, ya que ello es en la medida en que tales aguas, sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y

de beneficios que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate, de manera que las aguas que excedan de la medida señalada, no son de propiedad del titular de la concesión minera por el sólo ministerio de la ley y dichas aguas se rigen por normas generales sobre aguas subterráneas y según lo prevenido en los artículos 2º y o del Código de Aguas, pues son bienes nacionales de uso público cuyo derecho de aprovechamiento puede ser otorgado a particulares y si el titular de la concesión minera presentara una oposición a la solicitud de permiso de exploración o de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas alumbradas en virtud de una exploración previa, deberá fundamentarla probando que el caudal que el solicitante pretende extraer lo privaría de aquella medida necesaria para los trabajos e exploración, de explotación y beneficio que pueda realizar del que es dueño por el sólo ministerio de la ley, de manera que la Dirección General de Aguas no puede denegar la solicitud en razón que CORFO únicamente aduce su condición de titular de una concesión minera de explotación minera sin presentar ningún otro antecedente y al acoger la oposición la Dirección General de Aguas, vulnera la garantía constitucional de libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, según los artículos 19 No 23 de la Constitución Política de la República de Chile, pues el dominio del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas se adquiere por medio de una resolución de la Dirección de Aguas que constituye dicho derecho a favor del solicitante que reúna los requisitos exigidos por la ley y, especialmente por el Código de Aguas y por la resolución No 207 de 1983 de la Dirección General de Aguas, y esta al imponer el requisito del consentimiento del titular de concesión minera sobre cuya casa superior se encuentre el punto de captación de las aguas que se pretende alumbrar vulnera lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política; termina pidiendo por las razones señaladas, tener por presentado recurso de Reclamación en contra de la resolución No 009 de fecha 9 de enero de 199 de la Dirección General de Aguas II Región y en definitiva, dejarlo sin efecto, rechazando la oposición presentada por CORFO a la solicitud presentada por CORFO a la solicitud de permiso de exploración tramitada por S.Q.M. Potasio S.A.

A fojas 20 de autos informando el Director General de Aguas, Segunda Región, expresa que sólo puede otorgar el permiso e exploración, cuando los terrenos cuya exploración se pretende, se encuentren disponibles y siempre que con ello no se perjudique o lesionen derechos de terceros y atendido el artículo 2º del Código de Minería y el artículo 2º de la ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y lo establecido en el artículo 19 No 24 inciso 9º de la Constitución Política de la República de Chile el dominio del titular sobre su concesión minera,

está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, idéntica regla consagra el artículo 6° inciso 1° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y el inciso 2° de esta disposición previene que la privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio, y en consecuencia si sobre todo o parte de los terrenos nacionales en que se desea explorar, existen concesiones mineras vigentes, el servicio no podrá autorizar tal exploración, pues hacerlo podría impedir el inicio o continuación de la exploración, extracción y apropiación de las sustancias, objeto de la concesión del minero y conforme al inciso 1° del artículo 10 de la Resolución D.G.A. No 207, cuando la exploración recae en bienes del Estado o Fiscales que el Ministerio de Bienes Nacionales haya entregado en concesión de uso, ya sea a título oneroso o gratuito a personas naturales o jurídicas, el interesado deberá necesariamente obtener el acuerdo de aquellas, y si no obtiene su solicitud de autorización, deberá ser rechazada, así por resolución exenta No 132 del 6 de diciembre de 1993, del Ministerio de Bienes Nacionales se renovó a contar del 1° de enero de 1993 hasta el 1° de enero de 1998 la concesión de uso gratuito otorgada a la CORFO sobre una parte de los terrenos de Bienes Nacionales en que se pretende explorar S.Q.M. Potasio S.A. y a pesar de su retroactividad la Contraloría General de la República tomó razón D.G.A. II No 9 de 199, pronunciándose acerca de su legalidad. También agrega que de conformidad al artículo 6° inciso del Código de Aguas, corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores y en la medida necesaria para la exploración, explotación y beneficio de la concesión y la denegación hecha es parcial y se refiere únicamente a la superficie pedida que se superpone o traslapa con las concesiones mineras de la CORFO.

Considerando:

1°) “Que por resolución del 09 de enero de 1996 el Director Regional de Aguas II Región ha denegado parcialmente la solicitud de permiso para explorar aguas subterráneas, impetrada por S.Q.M Potasio S.A. en la Provincia de Antofagasta, II Región, en Bienes Nacionales de la Comuna de San Pedro de Atacama, provincia del Loa en todo en lo que se superponga a las pertenencias del opositor CORFO.

2º) Que de conformidad a los antecedentes de fojas 36 del expediente traído a la vista, CORFO se opuso a la solicitud de permiso ya señalando con fecha 11 de agosto de 1993, es decir, dentro del plazo legal de conformidad al artículo 132 del Código de Aguas, en su calidad de tenedora de diversas pertenencias mineras vigentes de su dominio, acompañando los planos respectivos, el pago de las patentes mineras de dichas pertenencias y plano de superposición con relación al permiso para explorar aguas subterráneas;

3º) Que S.Q.M. Potasio S.A., representada por don Bernard Descaseaux Aribit, a fojas 10 deduce recurso de reclamación en contra de la resolución señalada en el razonamiento primero, basado en que en la oposición de CORFO fue presentada fuera de plazo, además al renovársele una concesión de uso gratuito otorgada por resolución exenta N° 132 del Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la II Región a favor de la Corporación de Fomento de la Producción al que se le dio efecto retroactivo hace que no se puede fundamentar el rechazo parcial del permiso de exploración solicitado; también señala que no es efectivo que la pertenencia minera constituya a su dueño en propietario de las aguas subterráneas contenidas en el subsuelo, pues el artículo 110 del Código de Minería consagra por el sólo ministerio de la ley el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas del titular de una concesión minera en la medida necesaria para los trabajos de de exploración, explotación y de beneficio, según la especie de la concesión de que se trata, lo que lleva a concluir que hay otras aguas subterráneas que pudieran extraerse desde un punto de captación situado dentro de la casa superior de la concesión minera que exceda de aquella medida, que no son por tanto del titular de la concesión minera por el sólo ministerio de la ley y por lo tanto dichas aguas se rigen por las normas generales sobre aguas subterráneas y conforme a los artículos 2º y 5 º del Código de Aguas son Bienes Nacionales de Uso Público, cuyo derecho de aprovechamiento puede ser otorgado a particulares, por lo que la Dirección de Aguas no puede denegar parcialmente la solicitud para explorar en razón de la oposición presentada por CORFO que aduce su condición de titular de unja concesión minera de explotación, sin presentar ningún otro antecedente o circunstancia de hecho que lleve a la D.G.A. a la convicción acerca de la inexistencia de aguas subterráneas que constituyan bienes nacionales de uso público susceptible de constitución de derecho de aprovechamiento por particulares y al hacerlo vulnera la garantía constitucional de libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes pues impone al solicitante un requisito adicional no

contemplado en la legislación, cual es el consentimiento del titular de la concesión minera sobre cuya casa superior se encuentra el punto de captación de las aguas que se pretende alumbrar.

4°) Que el rechazo de la petición para explorar aguas subterráneas presentada por el recurrente, se basó únicamente en razón de que ella superpone a las pertenencias de CORFO y sólo en dicha extensión, por lo que la reclamación sería analizada al tenor de lo resuelto;

5°) “ Que atendido lo preceptuado en los artículos 2° del Código de Minería y 2° de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, estos son derechos reales e inmuebles distintos e independientes del dominio del titular de la concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad, lo que también está consagrado en el artículo 6° inciso 1° de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras y en su inciso señala que la privación de las facultades de iniciar o continuar la explotación, extracción y apropiación que son objeto de la concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio;

6°) Que el artículo 56 inciso 2° del Código de Aguas, señala que corresponde a los dueños de pertenencias mineras el derecho de aprovechamiento de aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias, a la medida necesaria para la respectiva explotación y señala el Código de Minería en su artículo 110 que el titular de la Concesión Minera tiene por el sólo ministerio de la ley el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la concesión, a la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que se puedan realizar, según la especie de concesión de que se trata, derechos que son inseparables de la concesión minera y se extinguen con esta;

7°) Que si existen concesiones mineras sobre los terrenos de bienes nacionales en que se desea explorar aguas subterráneas, el Servicio o Dirección General de Aguas, II Región, no puede autorizar tal exploración, pues si lo hiciera podría impedir el inicio o la continuación de la exploración, extracción y apropiación de las sustancias objeto de la concesión, perjudicando en este caso a la CORFO en el derecho de dominio de sus pertenencias y el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida que señala la ley, toda vez que no se sabe si las aguas que pueda hallar en sus labores tendrán la medida

necesaria para sus trabajos mineros, y el concesionario de la exploración para alumbrar aguas subterráneas, deberá hacer perforaciones en el suelo y subsuelo de los terrenos de bienes nacionales correspondientes a los límites del permiso, lo que vulneraría atributos o facultades esenciales de dominio de las concesiones mineras que se encuentren dentro de dichos límites;

8º) Que el proceder en la forma que lo hizo la recurrida, no ha infringido garantía constitucional alguna del derecho de adquirir el dominio de toda clase de bienes, sino que ha ejercido las facultades propias del Servicio;

9º) Que el titular de una concesión minera es dueño de un derecho real inmueble, que está protegido por la Constitución, por el Código de Minería y la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, de tal manera que CORFO al estimar que con la solicitud de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales pedida por la recurrida, puede privársele de facultades esenciales del dominio de su concesión, tiene derecho a oponerse a dicha petición, la que ha sido acogida por el Servicio Legalmente.

Por estas consideraciones, atendido lo dispuesto en el artículo 137 del Código e Aguas y Resolución N° 207 de 1983 de la Dirección General de Aguas que establece normas sobre exploración y explotación de Aguas subterráneas, se rechaza el recurso de reclamación interpuesto en contra de la Resolución DGA II N° 009 de la Dirección General de Aguas.

Devuélvase los expedientes traídos a la vista.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Presidente Titular de la Segunda Sala, don Manuel Zañartu Vera

Rol 6.494.

ANEXO N° 4

FALLO DE CASACIÓN EN EL FONDO
“MINERA YOLANDA S.C.M CON DIRECTOR REGIONAL DE
AGUAS II REGIÓN; SERVICIOS INTEGRALES DE TRÁNSITOS Y
TRANSFERENCIAS S.A.” ROL 3519-1999

Tribunal : Corte Suprema
Fecha : 20/06/2000
Rol : 3519-1999

Partes : Minera Yolanda SCM con Dirección Regional de Aguas II Región; Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias SA

Ministros : José Benquis Camhi; Marcos Libedinsky Tschorne; Mario Garrido Montt; Patricio Novoa Furnzalida; Urbano Marín Vallejo

Descriptor : Recurso de Casación en el Fondo, Acogido. Recurso de Reclamación, Procedencia. Solicitud de Exploración Aguas Subterráneas, Oposición. Derecho de Propiedad Sobre Pertenencia Minera, Determinación. Dominio sobre Concesión Minera, Determinación.

Doctrina

El dominio que el constituyente reconoce al titular de una concesión minera lo es sobre las sustancias minerales que extraiga de la tierra, las cuales se consideran incorporadas a su patrimonio. Asimismo, el minero tiene el derecho de dominio sobre las facultades que emanan de su concesión, las cuales por emanar de este derecho de propiedad sobre su concesión también se encuentran amparadas por la garantía constitucional del artículo 19 N° 24, pero siempre que se hubiera acreditado el ejercicio efectivo de las mismas, es decir, realizar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión y que tales facultades puedan verse conculcadas por el ejercicio de un derecho de exploración de aguas subterráneas.

Áreas del Derecho : Derecho Constitucional Derecho Constitucional; Derecho de Aguas y Minas Derecho de Aguas y Minas; Derecho Procesal Derecho Procesal;

Legislación aplicada en el fallo : Código de Aguas art 58; CDA_AR-58 Código de Minería art 110; CMIN_AR-110 Código de Minería art 2; CMIN_AR-2 Código de Procedimiento Civil art 764; CPC_AR-764 Código de Procedimiento Civil art 765; CPC_AR-765 Código de Procedimiento Civil art 767; CPC_AR-767 Constitución Política art 19 n° 24; CPE_AR-19 Ley N° 18097 Año 1982 art 11; LEY_18097_AR-11 Ley N° 18097 Año 1982 art 2; LEY_18097_AR-2 Ley N° 18097 Año 1982 art 3; LEY_18097_AR-3 Ley N° 18097 Año 1982 art 6; LEY_18097_AR-6 Ley N° 18097 Año 1982 art 8; LEY_18097_AR-8 Ley N° 18097 Año 1982 art 9; LEY_18097_AR-9

Texto completo de la Sentencia

SENTENCIA

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Antofagasta, 22 de febrero de 1999.

Vistos:

La solicitud de don Segisfredo Hurtado Guerrero en representación de Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencia S.A., de fecha 18.05.98; la oposición de don José Manuel Carvallo Torres en representación de Minera Yolanda S. C. M. de fecha 24.06.98; el Ord. N° 223 de fecha 04.11.98 del abogado Jefe del Depto. Legal; la resolución DGA N° 186 de 1996; las atribuciones que me confiere la resolución DGA N° 501 de 1989, N° 571 de 1992 la resolución N° 520 de 15.11.96 y el dictamen N° 30.635 de 1992, ambos de la Contraloría General de la República, y Considerando:

A) Que con fecha 18.05.98 Servicios Industriales de Tránsito y Transferencias S.A., solicitó autorización de exploración de aguas subterráneas, en la comuna de Taltal, provincia de Antofagasta, II Región, materia del expediente NE 11 1633.

B) Que, Minera Yolanda S. C. M. representada por don José Manuel Carvalho Torres deduce oposición por cuanto el área solicitada se superpone parcialmente con terrenos cubiertos por pertenencias mineras constituidas, concesiones de explotación en trámite y derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas constituidas incluidas sus áreas de protección.

C) Que, este Servicio tiene facultades para autorizar exploraciones de aguas subterráneas sólo en terrenos de Bienes Nacionales, que no hayan sido entregados a terceros.

D) Que, en la eventualidad que se accediera a lo solicitado los derechos de agua subterránea constituidos, invocados por la opositora, serán debidamente respetados según lo establece el art. 1º, letra b), de la Res. DGA N° 186/96.

E) Que, el objeto de los derechos del concesionario minero y del beneficiario del permiso de exploración, son distintos, de suerte que en un principio no existiría incompatibilidad para que en un mismo terreno coexistan ambos.

F) Que, la existencia de una concesión minera en un bien nacional no constituye un impedimento legal, para que este Servicio pueda otorgar sobre los mismos terrenos un permiso de exploración para alumbrar aguas subterráneas, por cuanto se trata de derechos que tienen diferentes objetos y que otorgan facultades o prerrogativas que no se contraponen.

G) Que, por lo tanto, no existe en la especie presentada por la opositora, argumentos que impidan acceder a lo solicitado.

Resuelvo:

DGA II N° 0077 (exenta)

1. Recházase la oposición de Minera Yolanda S. C. M. a la solicitud de exploración de aguas subterráneas presentada por Servicios Industriales de Tránsito y Transferencias S.A. sobre 10.000 Hás. ubicadas en la comuna de Taltal, provincia de Antofagasta, II Región.

2. Desígnese Ministro de Fe a la funcionaria de este Servicio sra. Jeannette Murillo Leyton, para los efectos de notificar la presente resolución en conformidad con lo dispuesto en el art. 139 del Código de Aguas.

3. Notifíquese la presente resolución a la opositora Minera Yolanda S. C. M. en calle Sucre N° 220 oficina ¿?, Antofagasta, domicilio designado por su representante sr. José Manuel Carvalho Torres.

4. La afectada podrá interponer en contra de esta resolución los recursos de reconsideración y de reclamación establecidos en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas.

Anótese y notifíquese.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Antofagasta, 5 de agosto de 1999.

Vistos:

La presentación efectuada a fojas 10, por el Abogado Carlos Marín Salas, domiciliado en calle Sucre 220, oficina 507, de esta ciudad, en representación de Minera Yolanda S. C. M., de su mismo domicilio, sobre una reclamación en contra de la resolución DGA II 0077, de 22 de febrero de 1999, de la Dirección Regional de Aguas, II Región, para que se someta a tramitación y previo informe de la Dirección Regional de Aguas, se acoja en todas sus partes, declarando que se deje sin efecto y revoque dicha resolución en lo que respecta a Minera Yolanda S. C. M., haciéndose lugar en forma plena a la oposición por ella deducida, de la solicitud de permiso de exploración de aguas subterráneas, presentada por Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencias S.A., respecto de terrenos ubicados en la Comuna de Taltal, provincia de Antofagasta II Región, que fue materia del expediente EN II 1.633 y, en definitiva, se deniegue el permiso pedido en las áreas territoriales que colisionan con pertenencias o concesiones de explotación minera constituida y en trámite y con derechos de aprovechamiento de aguas

subterráneas, incluidas su respectiva área de protección, de los cuales es dueña exclusiva Minera Yolanda S. C. M.

A fojas 21, el Director Regional de Aguas informa, pidiendo el rechazo de la reclamación en todas sus partes, por ser absolutamente improcedente.

En la vista de la causa alegó a favor de la reclamante, el abogado Carlos Marín Salas.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que Minera Yolanda S. C. M., ha interpuesto reclamación en contra de la resolución N° 77, de 22 de febrero de 1999, de la Dirección Regional de Aguas de esta región, que rechazó la oposición presentada en el ejercicio del derecho establecido en el artículo 132 del Código de Aguas, en relación con la resolución N° 186, de 11 de marzo de 1996, para lo cual indica que la solicitud formulada por Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencias S.A. comprende terrenos cubiertos por pertenencias mineras constituidas, concesiones de exploración en trámite y derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, incluidas sus áreas de protección, de las que ella es propietaria, sosteniendo que el 31,25% de los terrenos comprendidos en la solicitud de autorización de exploración de aguas subterráneas pedida por Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencias S.A., se encuentra sobre las pertenencias mineras y las concesiones de su propiedad, las que cubren, además, terrenos comprendidos en la autorización de exploración de aguas subterráneas pedida por la recurrente, como también las áreas de protección de dichos terrenos y de otros que se encuentran en trámite y que necesariamente debieran ser excluidas de una eventual autorización. En cuanto a las concesiones de exploración constituida y perjudicada, se refiere a las denominadas Pampa Portezue, 1 500; 1 600; 1 575; 1 60; y Escalerilla 2, 1 20, más las concesiones de explotación en trámite Quebrada 6, 1 30; 7 1 300; 8 1 300 y 9 1 300; perjudicando también al Pozo Pique 3, según se expuso en el escrito de oposición. Señala que tanto las disposiciones constitucionales como la de la Ley Orgánica Constitucional, sobre concesiones mineras y el Código de Minería, establecen un derecho real inmueble sobre las concesiones mineras, reconociéndose que el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho de dominio que permite a su titular usar, gozar y disponer de él y le corresponde a los dueños de las pertenencias mineras cuando se trate de aguas halladas en sus labores, respecto de la cual hay jurisprudencia y transcribe, parte de ella, por lo que estima que su solicitud debió haber sido acogida en la medida que la concesión del derecho de exploración de aguas subterráneas afectara a las facultades esenciales del dominio de sus concesiones mineras y derechos de aprovechamiento de aguas, por todo lo cual pide dejar sin efecto y revocar la resolución de la Dirección de Aguas, en lo que respecta a Minera Yolanda S. C. M., haciéndose lugar en forma plena a la oposición por ella deducida de la solicitud de permiso de exploración de aguas subterráneas presentada por Servicios Industriales y de Tránsitos S.A., respecto de terrenos ubicados en la comuna de Taltal, provincia de Antofagasta II Región, que fue materia del expediente EN II 1.633 y, en definitiva, deniegue el permiso pedido en lo que dice relación a las áreas territoriales que colisionan con pertenencias o concesiones de explotación minera constituida y en trámite, con derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, incluidas su respectiva área de protección, de lo cual es dueña exclusiva Minera Yolanda S. C. M.

Segundo: Que el Director Regional de Aguas II Región, ha solicitado en su informe de fojas 21, el rechazo del recurso, por ser absolutamente improcedente, sobre la base de las consideraciones de hecho y derecho que expone y a su juicio, no contradichas por prueba alguna, con costas. Primeramente, estima que las disposiciones invocadas se refieren al dominio sobre las concesiones mineras y no al dominio sobre las minas, como en el caso del Estado, porque el titular se hace dueño de las sustancias mineras sólo una vez que ellas son extraídas, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 116 del Código de Minería, debiendo reconocerse que el

dominio de los particulares, sobre su concesión minera, a diferencia del dominio del Estado sobre las minas, está sujeto a extinción, debido a que dicho dominio está supeditado al cumplimiento de determinadas obligaciones, entre las cuales está la obligación de desarrollar una actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. En este sentido, sostiene que de las normas constitucionales se desprende que el dominio de su titular sobre la concesión minera, no le otorga el dominio del terreno donde ésta recae y si bien está protegido por la Constitución, no se trata de un derecho de propiedad perpetuo, ya que puede extinguirse ya que así lo establece la Ley Orgánica Constitucional, en el sentido que las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan el mismo dueño, oponibles al estado de cualquier persona, transferibles y transmisibles, susceptibles de hipoteca y de otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato, que se rigen por las mismas leyes civiles que los otros inmuebles, salvo en la parte que son contrarias a la Ley Orgánica o al Código de Minería, de lo que puede colegirse que es errónea la afirmación del recurrente en el sentido de que el otorgamiento de una autorización de exploración de aguas subterráneas constituye una privación de los derechos del titular de la concesión, porque el dominio sobre la concesión es independiente sobre el terreno superficial y además porque la autorización de exploración de aguas subterráneas sólo faculta a investigar la existencia del recurso en un determinado territorio, por lo que considera que ambas condiciones tienen objeto distinto y, aun cuando se ejercen en un mismo territorio, no se obstaculizan, lo que se confirma por el hecho de que el caso en cuestión el terreno superficial tiene el carácter de bien nacional.

En relación con las concesiones de explotación en trámite, esgrimidas por la recurrente, debe tenerse presente que si la concesión de explotación constituida no otorga a su titular el derecho alguno sobre el terreno superficial, menos aun lo hará aquella que todavía no ha completado su tramitación, haciéndose aplicable el adagio jurídico de quien puede lo más, puede lo menos, lo que ratifica el inciso segundo del artículo 53 del Código de Minería, en cuanto a que el derecho para extraer sustancias minerales no nace mientras no se constituye la concesión. También aclara que el inciso segundo del artículo 56 del Código de Aguas, no otorga un derecho al titular de la pertenencia minera por ese sólo hecho, como tampoco sobre todas las aguas existentes dentro del terreno en el cual se ejerce el dominio de la propiedad, sino que para ejercer el derecho, debe cumplirse copulativamente las condiciones que la ley establece y en ese caso, se tendrá derecho sólo al aprovechamiento del agua necesaria para la realización de las faenas mineras.

Sobre la aplicación del N° 1 del artículo 13 de la resolución N° 186 de 1996, de la Dirección General de Aguas, según lo expresado anteriormente enfatiza que no existe derecho alguno del concesionario minero, sobre el terreno superficial, por lo que no se produce perjuicio alguno y sobre la existencia de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas constituidas dentro del terreno solicitado explorar, serán plenamente respetados, según lo dispuesto en la resolución recurrida.

Tercero: Que el Director Regional de Aguas de la II Región, por resolución N° 77 (exenta), de fecha 22 de febrero pasado, ha rechazado la oposición del recurrente a la solicitud de exploración de aguas subterráneas presentada por Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencias S.A., sobre diez mil hectáreas ubicadas en la comuna de Taltal, provincia de Antofagasta, II Región, fundando el rechazo en el razonamiento de que los derechos del beneficiario de un permiso de exploración de aguas subterráneas son distintos al objeto de los derechos del concesionario minero, por lo que en principio no existe incompatibilidad para que en un terreno coexistan ambos; como también que la existencia de la concesión minera en un bien nacional, no constituye un impedimento legal para que el servicio pueda otorgar sobre

los mismos terrenos, un permiso de exploración para alumbrar aguas subterráneas, porque se trata de derechos que tienen objetos distintos y otorgan facultades o prerrogativas que no se contraponen.

Cuarto: Que tanto el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional, sobre Concesiones Mineras, N° 18.097, como el artículo 2° del Código de Minería, establecen que las concesiones mineras constituyen derechos reales e inmuebles, distintos e independientes del dominio del predio superficial, oponibles al Estado y a cualquier persona como también susceptibles de ser objeto de otros derechos reales de conformidad a las disposiciones de ese Código y de las leyes civiles.

Quinto: Que el legislador en las disposiciones citadas, ha establecido que las concesiones mineras constituyen un derecho real e inmueble distinto del predio superficial, de manera que cualesquiera de las acciones realizadas en el terreno superficial que perjudiquen la iniciación o el desarrollo de la exploración, explotación, extracción y apropiación de sustancias mineras, debe considerarse como una privación de los atributos de tales derechos, inherentes o esenciales al dominio de las pertenencias mineras o de los derechos reales de servidumbres, constituidas sobre ellas. Y es por esta razón, que el artículo 56, inciso segundo, del Código de Aguas establece que corresponde a los propietarios de las pertenencias mineras el derecho de aprovechamiento de aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación, lo que guarda perfecta concordancia con el artículo 110 del Código de Minería, en cuanto a que el titular es dueño por el solo Ministerio de la ley del derecho de aprovechamiento de aguas halladas en las labores de su concesión.

Sexto: Que de las disposiciones transcritas, es posible colegir que el legislador ha establecido al reconocer las pertenencias mineras, un derecho real e inmueble distinto del derecho de propiedad sobre el predio superficial, cuyo objeto se encuentra necesariamente con las facultades del propietario del predio, como también con cualquier otro derecho real cuyo ejercicio pleno tenga como finalidad necesaria la utilización del predio superficial, aunque sea temporalmente y, por lo mismo, el Director Regional de Aguas ha incurrido en una ilegalidad que deberá ser declarada, en la medida que los derechos del concesionario minero se ven perturbados con el ejercicio del derecho del beneficiario para explorar aguas subterráneas, que el legislador ha querido evitar con las disposiciones transcritas. Por ello, en el Código de Aguas, se estableció, en su artículo 58, la prohibición de explorar en terreno o suelo ajenos sin acuerdo del dueño, lo que se reafirma con lo dispuesto en el N° 1 del artículo 13 de la resolución 186, dictada por el propio Director General de Aguas y publicada en el Diario Oficial de 15 de marzo de 1996.

Séptimo: Que si bien la ley y la resolución 186, utilizan el término de inmueble, en él debe entenderse comprendido todo derecho real e inmueble que pueda ejercerse sobre un predio en términos del suelo o superficie, o su contenido, porque ello constituye el objeto material donde deben ejercerse en plenitud los derechos de quienes ostentan el dominio o propiedad de un permiso de exploración de aguas subterráneas a una concesión minera de exploración o explotación.

En suma, muy por el contrario de lo que sostiene el Director General de Aguas, el objeto es el mismo y los derechos, sea del propietario del inmueble o de quienes gozan de concesiones para exploración y explotación de aguas subterráneas o mineras, convergen en el mismo objeto material y, por lo tanto, su ejercicio debe estar reglamentado conforme a la intención demostrada por el legislador en las disposiciones comentadas, sin que una autorización de la Dirección General de Aguas, genere un conflicto jurídico que la ley no desea. Es por esta razón que en principio son incompatibles los derechos del concesionario minero y del beneficiario del permiso de exploración de aguas subterráneas para ejercerse en un mismo terreno superficial; incompatibilidad que obliga al Director General de Aguas, autorizar una exploración de las mismas sólo en los términos permitidos por la ley, mientras no existan titulares del derecho

otorgado por las concesiones mineras en bienes respecto de los cuales él debe autorizar, o sea, en perjuicio de terrenos de propiedad del Estado de Chile.

Octavo: Que, por lo razonado, aparece acreditado que la resolución del Director Regional de Aguas, es contraria y perjudica al derecho de terceros, plasmados en la circunstancia de ser titular de derechos reales e inmuebles de servidumbres en concesiones mineras, de derecho de aprovechamiento de aguas y de pertenencias mineras.

Noveno: Que, habiéndose establecido que la concesión minera en un bien nacional constituye un impedimento legal para que la Dirección General de Aguas, otorgue un permiso de exploración para alumbrar aguas subterráneas, sin que los titulares de la concesión minera hayan autorizado o permitido el permiso de exploración pedido, deberá accederse a la reclamación y, en consecuencia, se dejará sin efecto la resolución aludida, en lo que respecta a las pertenencias mineras de la reclamante, debiendo denegarse el permiso pedido en la parte que dice relación con las áreas territoriales que colisionan con las concesiones de la Minera Yolanda S. C. M.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Aguas, se declara:

Que se hace lugar a la reclamación interpuesta por Minera Yolanda S. C. M., en contra de la resolución N° 77 (exenta), de 22 de febrero de 1999, rolante a fojas 157, del cuaderno administrativo tenido a la vista, dictada por el Director Regional de la Dirección General de Aguas de la Segunda Región y, en consecuencia, se deja sin efecto y se revoca dicha resolución en cuanto concedía el permiso de exploración de aguas subterráneas a Servicios Industriales de Tránsitos y Transferencias S.A., en la comuna del Taltal, provincia de Antofagasta, II Región, materia del expediente NE II 1.633, en lo que dice relación con las áreas territoriales que colisionan o convergen con las servidumbres y pertenencias o concesiones mineras de la que es titular la reclamante, incluida el área de protección.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Titular señor Óscar Clavería Guzmán.

Pronunciado por los Ministros señorita Marta Carrasco Arellano, señor Óscar Clavería Guzmán y el Abogado Integrante señor Eduardo Julio Contreras.

Rol N° 19.

SENTENCIA DE CASACION

Santiago, 20 de junio de 2000.

Vistos:

Ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, causa Rol N° 19, la Minera Yolanda S. C. M., representada por Carlos Marín Salas, deduce reclamo en contra de la resolución N° 0077, de 22 de febrero de 1999, dictada por la Dirección General de Aguas II Región, por medio de la cual se rechaza la oposición formulada por la misma sociedad contra la solicitud de exploración de aguas subterráneas presentada por la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias sobre 10.000 hectáreas ubicadas en la comuna de Taltal, Antofagasta, II Región, argumentando que no se ajusta a derecho ni al mérito de los antecedentes proporcionado puesto que dicha solicitud de alumbramiento de aguas subterráneas comprende terrenos cubiertos por pertenencias mineras de aprovechamiento de aguas subterráneas incluidas sus áreas de protección, de las que la oponente y reclamante es titular.

Se agregó el informe de la Dirección General de Aguas, la que expresa que ha actuado conforme a derecho, por cuanto debe considerarse que ambas concesiones tienen objetos distintos, por lo que, aun cuando se ejerzan en el mismo territorio, no se obstaculizan, a lo que une que el terreno superficial es un bien nacional de uso público.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de cinco de agosto del año pasado, que se lee a fojas 47, acogió el recurso de reclamación deducido por la sociedad indicada y, en consecuencia, deja sin efecto y revoca la resolución N° 0077 en cuanto concedió el permiso de exploración de aguas subterráneas a la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias de la comuna de Taltal, materia del expediente NE II 1.633 en lo que dice relación con las áreas territoriales que colisionan o convergen con las servidumbres y pertenencias o concesiones mineras de explotación de la que es titular la reclamante, incluida el área de protección.

En contra de esta última resolución, la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias ha presentado recurso de casación en el fondo, estimando que en ella se ha incurrido en errores de derecho que han influido sustancialmente en su parte dispositiva, a fin que esta Corte la anule y dicte una sentencia de reemplazo por medio de la cual se rechace la reclamación, con costas.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurrente denuncia el quebrantamiento de las normas contenidas en los artículos 58 del Código de Aguas 2 y siguientes y 13 N° 1 de la resolución DA 186/96, sosteniendo que los permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales requieren de la autorización de la Dirección General de Aguas y debe el peticionario sujetarse a las normas que ésta establezca, básicamente contenidas en la resolución 186/96 que, además, se remite al procedimiento del título I del Libro II del Código de Aguas.

Añade que los requisitos generales y restricciones se contienen en los artículos 2° y siguientes de la citada resolución y, aún cumplidos, la Dirección General de Aguas, de acuerdo al artículo 13 de la señalada resolución debe denegar o limitar mediante resolución fundada, una solicitud de exploración de aguas subterráneas en los siguientes casos: cuando sea contraria o perjudique el derecho de terceros; signifique grave peligro para la vida o salud de los habitantes; afecte el desarrollo nacional, regional, comunal o local; en general, por cualquier circunstancia debidamente acreditada por un acto fundado en virtud del cual se comprometa gravemente el manejo y desarrollo de un determinado acuífero.

Agrega el recurrente que si se hubieran aplicado correctamente las normas citadas, el fallo no podría haber acogido la reclamación porque: a) el artículo 58 del Código de Aguas permite a cualquier persona explorar aguas subterráneas en bienes nacionales, sujetándose a las normas de la Dirección General de Aguas; b) al aplicar correctamente esa norma la sentencia no habría impuesto la prohibición de explorar en terrenos o suelos ajenos sin permiso del dueño, en el caso de autos, porque el permiso a que se refiere tal artículo y la resolución 186/96 es la del dueño del terreno superficial, que no es el caso de Minera Yolanda y porque la autorización del permiso en cuestión es de competencia de la Dirección General de Aguas, no pudiendo negarse por existir superposición con concesiones mineras, pues tienen objetos distintos y c) la correcta aplicación de los artículos 2° y siguientes de la resolución 186/96 se debió dar por establecido que la solicitud de que se trata, no incurría en la hipótesis de esa norma porque no es contraria ni perjudica a terceros.

Termina indicando la influencia que los errores de derecho que denuncia, habrían tenido, en su concepto, en lo dispositivo del fallo atacado.

Segundo: Que en la sentencia impugnada, se estableció como hecho el relativo a que la resolución de la Dirección General de Aguas, II Región, contra la cual se reclama, perjudica el derecho de terceros, plasmado en la circunstancia de ser estos terceros titulares de derechos reales e inmuebles de servidumbre en concesiones mineras, de derechos de aprovechamiento de aguas y de pertenencias mineras.

Tercero: Que sobre la base de tal hecho, los jueces del fondo, haciendo aplicación de los artículos 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, 2° y 110 del Código de Minería, 56 inciso segundo del Código de Aguas y la normativa contenida en la resolución 186/96 de la Dirección General de Aguas, concluyen que la recurrida ha cometido una ilegalidad en la dictación de la resolución impugnada en la medida que los derechos de los concesionarios mineros se ven perturbados con el ejercicio del derecho del beneficiario con la exploración de aguas subterráneas, desde que el objeto material de ambos derechos es el mismo. Por tal razón acogen el reclamo interpuesto y dejan sin efecto y revocan la resolución N° 0077 de la Dirección General de Aguas, II Región, en los términos que expresan en lo dispositivo del fallo impugnado.

Cuarto: Que atendido lo expuesto, dirimir la controversia planteada en estos autos importa determinar el ámbito de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, relativa al dominio del titular sobre su concesión minera y, conforme a ello, la existencia de una posible lesión a tal amparo al enfrentarlo al derecho de exploración de aguas subterráneas, cuyo otorgamiento se prevé en el artículo 58 del Código del ramo, en circunstancias que se pretende ejercer las facultades que ambos derechos confieren en terrenos comunes y que constituyen bienes nacionales de uso público.

Quinto: Que, en primer lugar, ha de precisarse que en la Constitución Política de la República y demás leyes pertinentes, se consagra, por un lado, el dominio exclusivo del Estado sobre todas las minas y, por otro, el sistema de la libre concesibilidad. Es decir, el Estado es el dueño de todos los yacimientos mineros y deja a los particulares como simples concesionarios, pero, a la vez, asegura y consolida, a través de la protección constitucional, el derecho real que emana de una concesión válidamente otorgada, la que puede tener por objeto toda sustancia fósil susceptible de ser denunciada, constituyendo la libre denunciabilidad la regla general.

Sexto: Que la garantía constitucional referida se encuentra consagrada en los siguientes términos: La Constitución asegura a todas las personas: ... N° 24 el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales... y su inciso noveno prescribe: El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

A su vez, el artículo 6° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras establece: El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad protegido por la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

Séptimo: Que, en consecuencia, para los efectos de determinar el ámbito o la cobertura de la garantía constitucional en la materia en estudio, deben recordarse algunas otras disposiciones atinentes. Así el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, ya citado, dispone: ... dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese... La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento... A su vez, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, en su artículo 3° establece: Las facultades conferidas por las concesiones mineras se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias minerales concesibles que existen en la extensión territorial que determine el Código de Minería....

Octavo: Que en conformidad a lo que se ha razonado, se hace indispensable, entonces, definir los derechos que otorga al minero su concesión, en la especie, de explotación, por cuanto, precisados éstos, podrá establecerse el objeto de la protección constitucional. Al respecto, de acuerdo a los artículos 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 2° del Código de Minería, resulta que la pertenencia es un derecho real inmueble, y conforme a la disposición contenida en el artículo 91 del mismo Código, es la sentencia judicial inscrita la que crea ese derecho real que, separado e independiente del dominio del suelo, permite ejercer a su titular los derechos pertinentes. Ahora, tales derechos se encuentran consagrados en los artículos 8° inciso final, 9° y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 94, 110 y 116 del Código de Minería. Tales son, en términos generales: derecho exclusivo a explorar y explotar, con las limitaciones pertinentes; derecho a imponer servidumbres sobre los predios superficiales y sobre otras concesiones mineras; derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la pertenencia, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración o explotación y de beneficio que puedan realizarse; derecho a ser indemnizado; derecho a visitar labores mineras que puedan afectar los del concesionario y derecho a defender su concesión.

Noveno: Que en este orden de ideas, es posible concluir que el dominio que el constituyente reconoce al minero, lo es sobre las sustancias minerales que extraiga de la tierra y se consideran extraídas y, por ende, incorporadas a su patrimonio desde la separación del yacimiento del que formaban parte o desde la aprehensión, tratándose de desmontes, escorias y relaves. Es respecto a estos fósiles que el legislador le ha otorgado el dominio al concesionario, y el derecho de propiedad que sobre tales sustancias ejerce se encuentra amparado constitucionalmente. Ello por cuanto las actividades de exploración y explotación, que deben entenderse como la búsqueda de yacimientos o minas y como la extracción de las sustancias minerales, por medio de diversas labores, etapas ambas de la industria minera que culminan con el beneficio, ... se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias minerales concesibles que existen en la extensión territorial que determine el Código de Minería..., como ya se dijo, y tales derechos requieren de un ejercicio efectivo, desde que la Carta Fundamental establece perentoriamente: La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento..., según también se asentó en los motivos precedentes.

Décimo: Que siguiendo la línea de análisis consignada precedentemente, ha de establecerse, por otro lado, que el minero tiene también un derecho de dominio sobre las facultades que emanan de la concesión minera, pero en cuanto facultades, las que también son susceptibles del amparo constitucional, en la medida que, en el caso, se hubiera acreditado el ejercicio efectivo de las mismas, es decir, de la realización de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera y que tales facultades pudieran ser conculcadas por el ejercicio de un derecho para explorar aguas subterráneas, esto es, para investigar la existencia del recurso hídrico en una determinada zona, cuyo no es el caso, por cuanto tal presupuesto no aparece recogido en el fallo impugnado, ni existe antecedente en proceso del que pudiera desprenderse tal circunstancia.

Undécimo: Que, de esta forma y en la medida que el artículo 58 del Código de Aguas prescribe: Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas..., reglamentación esta última que aparece cumplida, no puede sino concluirse que la resolución impugnada se ha ajustado a derecho, de manera que, al decidirse lo contrario, los jueces del fondo han incurrido en infracción al artículo citado precedentemente y a las disposiciones contenidas en los artículos 19 N° 24 inciso noveno de la Constitución Política de la República; 2°, 3°, 6°, 8° inciso final, 9° y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 2°, 110 y 116 del Código de

Minería, errores que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, desde que han conducido a dejar sin efecto y revocar la resolución por medio de la cual se había rechazado la oposición de Minera Yolanda a que la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias, obtuviera permiso para explotar aguas subterráneas en la comuna de Taltal.

Duodécimo: Que en armonía con lo reflexionado sólo cabe acoger el recurso de casación en el fondo en análisis.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 771, 772, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido en representación de la empresa Servicios Integrales de Tránsitos y Transferencias S.A. a fojas 68, contra la sentencia de cinco de agosto del año pasado, que se lee a fojas 47, la que, en consecuencia, se invalida y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y en forma separada.

Regístrese.

Pronunciado por los Ministros señores Mario Garrido M., Marcos Libedinsky T., José Benquis C. y Urbano Marín V. y el Abogado Integrante señor Patricio Novoa F. No firma el Ministro señor Garrido, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse en comisión de servicios.

Rol N° 3.519 99.

SENTENCIA DE REEMPLAZO

Santiago, 20 de junio de 2000.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la parte expositiva y los fundamentos primero, segundo, tercero y cuarto del fallo de cinco de agosto del año pasado, escrito a fojas 47 y siguientes, no afectados por la sentencia de casación que precede.

Y teniendo, además, presente:

Los fundamentos del fallo de nulidad que antecede y lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Aguas, se decide que se rechaza el reclamo interpuesto por Minera Yolanda S. C. M., representada por Carlos Marín Salas a fojas 10, contra la resolución DGA II N° 0077, de 22 de febrero de 1999, dictada por la Dirección General de Aguas, II Región.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Pronunciado por los Ministros señores Mario Garrido M., Marcos Libedinsky T., José Benquis C. y Urbano Marín V. y el Abogado Integrante señor Patricio Novoa F. No firma el Ministro señor Garrido, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por encontrarse en comisión de servicios.

Minera Yolanda S.C.M.

Casación Fondo Civil.

Rol N° 3.519 99 (Antofagasta)

ANEXO N° 5

FALLO CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA
“SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON DIRECTOR
GENERAL DE AGUAS II REGIÓN” ROL N° 32-2000

Tribunal : Corte de Apelaciones de Antofagasta

Fecha : 14/08/2000

Rol : 32

Partes : Sociedad Química y Minera de Chile S.A.; con Director General de Aguas II Región;

Ministros : Carlos Gajardo Galdames; Enrique Alvarez Giralt; Juan Escobar Zepeda

Descriptores : Recurso de Reclamación, Rechazado. Concesión Minera, Solicitud de Exploración de Aguas Subterráneas. Solicitud de Exploración de Aguas Subterráneas, Oposición de Dueño de Concesión Minera. Derecho de Propiedad, Solicitud de Exploración de Aguas Subterráneas. Solicitud de Exploración de Aguas Subterráneas, Compatibilidad con Otros Derechos. Exploración de Aguas Subterráneas, Procedencia. Exploración de Aguas Subterráneas, Oposición.

Doctrina

La oposición deducida por la reclamante, se sustenta en la circunstancia de que la solicitud de exploración de aguas subterráneas se haría efectiva en los terrenos comprendidos por la concesión minera de que es titular, lo que implica una restricción al derecho que la ley ha consagrado en su favor; sin embargo la recurrente no aporta antecedente concreto alguno tendiente a demostrar en qué forma se produciría tal lesión a su derecho constitucional, circunscribiéndose sólo a comentar una resolución anterior de la Dirección General de Aguas o fallos judiciales dictados por esta Corte en relación con la misma materia

En atención a lo expuesto precedentemente, debe resolverse la reclamación, sobre la base de las normas legales invocadas por ambas partes desde que ningún hecho controvertido ha surgido de lo expuesto por ellas

Se comparte el criterio de la reclamada en cuanto que el sólo otorgamiento de una autorización para la realización de faenas de exploración de aguas, no puede en modo alguno entenderse como una restricción al derecho de propiedad emanado de la titularidad de una concesión minera, puesto que se persiguen fines distintos, aun cuando se trate de un mismo terreno; ninguna oposición existe entre ambos derechos que pueden tener titulares distintos y por el contrario, sostener que la sola circunstancia de ser propietario de la concesión minera es causal suficiente como para deducir una oposición como la de autos, llevaría a concluir que ella sería excluyente de cualquier otro derecho que se pretendiera hacer efectivo en el terreno que ella comprende, lo que por cierto la ley no ha querido, como fluye claramente de los mismos textos legales hechos valer

Áreas del Derecho : Derecho de Aguas y Minas; Derecho de Aguas y Minas; Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo) Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo);

Legislación aplicada en el fallo : Código de Aguas art 58; CDA_AR-58 Código de Minería art 2; CMIN_AR-2 Constitución Política art 19 n° 24; CPE_AR-19 Ley N° 18097 Año 1982 art 2; LEY_18097_AR-2

Texto completo de la Sentencia

SENTENCIA

Antofagasta, 14 de agosto de 2000.

Vistos:

Primero

: Que la Sociedad Química y Minera de Chile dedujo reclamación en contra de la resolución D.G.A. II N° 0207, de fecha 4 de abril de 2000, emanada de la Dirección de Aguas y mediante la cual se rechazó la oposición que ella presentara a la solicitud del permiso de exploración de

aguas subterráneas formulado por don Claudio Líbano Manzur. La oposición se fundamenta en que el área solicitada se superpone superficialmente con terrenos cubiertos por la cara superior de pertenencias mineras de su propiedad, situación que permite dar lugar a su oposición según lo resolviera la propia Dirección General de Aguas en resolución D.G.A. II N° 009, de fecha 9 de enero de 1996, que denegó parcialmente una solicitud de autorización para explorar presentada por S.Q.M. Potasio S.A., a raíz de una oposición deducida por la Corporación de Fomento de la Producción y en la cual se señala que el titular de una concesión minera es dueño de un derecho real e inmueble, que además está garantizado por la Carta Fundamental, de manera tal que si se estima que una solicitud de exploración en bienes nacionales puede privarle de las facultades esenciales del dominio de su concesión, puede perfectamente deducir oposición y dicha presentación es legalmente procedente. Argumenta que en igual sentido se pronuncian sendas sentencias de esta Corte de Apelaciones de fecha 22 de julio y 5 de agosto de 1999, respectivamente, y cuyos argumentos reproduce.

Señala que la eventual concesión de permiso de exploración en el presente expediente, implica necesariamente la restricción y en su caso la supresión del ejercicio de los atributos inherentes al derecho de propiedad sobre la concesión minera de Soquimich S.A., conforme a lo dispuesto en el artículo 6°, incisos 1° y 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, por lo que a fin de evitar el perjuicio y menoscabo de sus derechos, debe acogerse el recurso de reclamación, dejándose sin efecto la resolución recurrida y acogiendo la oposición, denegarse en definitiva la solicitud de permiso de exploración en lo que se refiere al área cubierta por concesiones mineras de la opositora.

Segundo: Que, informando a fojas 34, la Dirección Regional de Aguas, solicita el rechazo del recurso, señalando en primer lugar que el artículo 19 N° 24 inc. 1° de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho de propiedad, en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales; a su vez el inciso 6° del número anterior establece que el Estado tiene dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas; de esta norma se desprende que el derecho de propiedad sobre las minas es independiente del terreno superficial en que éstas se encuentran. Asimismo, el inc. 9° del artículo 24 de la Carta Fundamental, prescribe que el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la Garantía Constitucional del derecho de propiedad, es evidente entonces, que esta disposición se refiere al dominio del titular sobre concesión minera y no al dominio sobre las minas, el que está sujeto a extinción pues está supeditado al cumplimiento de determinadas obligaciones.

Por otra parte, la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, en su artículo 2° establece que las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferibles y transmisibles, susceptibles de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rigen por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de esta ley o del Código de Minería.

Agrega la Dirección Regional de Aguas que dicha norma, repetida por el artículo 2° del Código de Minería, establece explícitamente la idea señalada anteriormente, en el sentido que la concesión minera otorga un derecho distinto e independiente del dominio del predio superficial; afirmación que se encuentra reforzada por el artículo 3° de la ley N° 18.097 que en su inciso 1° establece que las facultades conferidas por las concesiones mineras se ejercen sobre el objeto constituido por las sustancias mineras concesibles que existen en la extensión territorial que determina el Código de Minería; mientras que el artículo 6° establece que la privación de las

facultades de iniciar o continuar la exploración extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

Atento a lo expuesto precedentemente, no puede sostenerse, como lo hace la recurrente, que el otorgamiento de una autorización de exploración de aguas subterráneas constituya la privación referida, porque el dominio sobre la concesión es independiente del dominio sobre el terreno superficial, y, porque la autorización de exploración de aguas subterráneas sólo faculta a investigar la existencia del recurso en un determinado territorio.

Explica que el inciso 2° del artículo 58 del Código de Aguas prescribe claramente que en suelo ajeno sólo se podrá

explorar aguas subterráneas previo acuerdo con el dueño del predio, y en Bienes Nacionales con autorización de la Dirección General de Aguas; el artículo en referencia habla de suelo ajeno, lo que implica la propiedad del terreno superficial, circunstancia que no necesariamente concurre en caso del concesionario minero. En efecto, la concesión minera sólo otorga a su titular el derecho de aprovechamiento de las sustancias minerales concesibles existentes dentro del terreno en que ella recae, pero por sí sola, no lo hace dueño, bajo ningún aspecto, del terreno superficial.

Tercero: Que, como ha quedado expuesto, la oposición deducida por la reclamante, se sustenta en la circunstancia de que la solicitud de exploración de aguas subterráneas se haría efectiva en los terrenos comprendidos por la concesión minera de que es titular, lo que implica una restricción al derecho que la ley ha consagrado en su favor; sin embargo la recurrente no aporta antecedente concreto alguno tendiente a demostrar en qué forma se produciría tal lesión a su derecho constitucional, circunscribiéndose sólo a comentar una resolución anterior de la Dirección General de Aguas la N° 009 de 9 de enero de 1996 o fallos judiciales dictados por esta Corte en relación con la misma materia.

En atención a lo expuesto precedentemente, debe resolverse la reclamación, sobre la base de las normas legales invocadas por ambas partes desde que ningún hecho controvertido ha surgido de lo expuesto por ellas.

Cuarto: Que, estos sentenciadores, como ya lo han sostenido causa Rol N° 22 comparten el criterio de la reclamada en cuanto que el sólo otorgamiento de una autorización para la realización de faenas de exploración de aguas, no puede en modo alguno entenderse como una restricción al derecho de propiedad emanado de la titularidad de una concesión minera, puesto que se persiguen fines distintos, aun cuando se trate de un mismo terreno; ninguna oposición existe entre ambos derechos que pueden tener titulares distintos y por el contrario, sostener que la sola circunstancia de ser propietario de la concesión minera es causal suficiente como para deducir una oposición como la de autos, llevaría a concluir que ella sería excluyente de cualquier otro derecho que se pretendiera hacer efectivo en el terreno que ella comprende, lo que por cierto la ley no ha querido, como fluye claramente de los mismos textos legales hechos valer.

Conforme a lo expuesto, necesariamente deberá rechazarse la reclamación interpuesta a fojas 12. Por estas consideraciones se rechaza la reclamación deducida a fojas 12 por la Sociedad Química y Minera de Chile, en contra de la Resolución D.G.A. II N° 0207, de fecha 4 de abril de 2000, emanada de la Dirección Regional de Aguas de la Segunda Región.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Titular don Juan Escobar Zepeda.

Pronunciada por la Primera Sala, constituida por los Ministros Titulares, don Juan Escobar Zepeda, don Enrique Alvarez Giralt y don Carlos Gajardo Galdámez.

No firmó el Ministro Titular don Carlos Gajardo Galdámez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por encontrarse en comisión de servicio. Rol N° 32

