

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

"CONTRATOS DE OPERACION O DE RIESGO"

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

XIMENA CASTILLO CANALES.

UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 1006855 138



S A N T I A G O

- 1 9 8 6 -

22240

## I N T R O D U C C I O N

### LA MINERIA EN CHILE

La minería significa para nuestro país el pilar fundamental de su desarrollo socio-económico, dado que constituye una importante fuente de trabajo y además la principal fuente de divisas.

Nuestro país se caracteriza por tener riquezas naturales en abundancia, principalmente riqueza minera, la cual requiere para su exploración, explotación y beneficio la inversión de grandes capitales y de avanzada tecnología y he aquí el problema común de los países latinoamericanos ricos en riquezas naturales y en capital humano formado por obreros, técnicos y empresarios, pero faltos del importante elemento "capital" unido a la tecnología necesaria para transformar las riquezas naturales potenciales en riqueza viva.

Siendo los países latinoamericanos fundamentalmen

te productores de materias primas han debido protegerlas de importantes consorcios económicos extranjeros atraídos por esta riqueza, especialmente por los recursos energéticos principalmente hidrocarburos y materiales atómicos naturales, los cuales han sido reservados al Estado quien ejerce dominio patrimonial sobre ellos.

Sin embargo, en la mayoría de los casos, estos países no cuentan ni con el capital suficiente requerido para una adecuada explotación minera, ni con la tecnología necesaria para ello, razón por la cual no están en condiciones con sus escasos recursos disponibles, de afrontar el riesgo que implica la industria minera.

Es así, que por el marcado desarrollo industrial de nuestros días y la necesidad siempre creciente de nuevas fuentes de energía, ha traído como consecuencia la reglamentación de una nueva institución jurídica, denominada "Contrato de Operación o de Riesgo", el cual pretende ser instrumento efectivo en la colaboración útil y activa entre el Estado y los particulares, sean estos nacionales o extranjeros.

La importancia de este contrato radica básicamente en la obligación del particular llamado contratista, de proporcionar los recursos técnicos y financieros necesarios para la ejecución del contrato, responsabilizándose de manera tal que el Estado no asuma riesgo alguno. Esta normativa representa un importante incentivo para la promoción de las tareas de exploración y explotación de las sustancias susceptibles de ser reguladas por este contrato de operación o de ries

---

go lo que incidirá a su vez con especial efecto multiplicador en los diversos campos industriales y geográficos vinculados con la actividad minera.

En nuestro país se encuentran reglamentados por los Decretos Leyes N° 1.089 de 1975, que fija normas sobre contratos de operación petrolera y el Decreto Ley N° 1.557, que se refiere a los contratos de operación sobre materiales atómicos naturales y de interés nuclear. Los cuales serán el principal objeto de análisis del presente trabajo.

---

C A P I T U L O   P R I M E R O

---

EL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS.

GENERALIDADES:

Antes de pasar a dilucidar quién es el dueño de las minas, es necesario analizar el bien jurídico mina, ya que es el objeto sobre el cual recae el dominio, motivo del presente capítulo.

Se analizarán algunos conceptos de "mina", sobre el particular han existido disparidad de criterios en la doctrina, ya que tanto la ley, la economía y la técnica han tratado de buscar una definición apropiada, pero la disparidad surge porque siempre las definiciones han sido hechas desde el particular punto de vista de cada una de estas disciplinas.

Los geólogos e ingenieros llaman "mena" a un depósito natural de substancias del reino mineral, entendiéndose por "mina" propiamente tal a la construcción que hace posible

la extracción.

Don Julio Ruiz Bourgeois, la define diciendo: "La mina o yacimiento es un depósito natural de substancias del reino mineral susceptibles de apropiación, las cuales se encuentran en él en proporción suficiente para que su explotación reporte ventajas económicas." (1)

Concepto éste que ha sido criticado, porque exige que el mineral se encuentre en cantidad suficiente, es decir, que el valor de los minerales contenidos en el yacimiento sea superior al costo de extracción, lo cual no es posible de determinar en forma anticipada, sino que es necesario proceder a la realización de un prolongado trabajo denominado cubicación del yacimiento, proceso por lo demás bastante largo y oneroso.

Además se le critica la exigencia de que reporte "ventajas económicas", por importar un concepto meramente económico, por cuanto una substancia que ayer no era útil hoy lo es y vice-versa, su utilidad va a depender del progreso científico y de las necesidades humanas de un determinado momento.

Don Enrique Baltra Escala, la define a su vez diciendo: "Conjunto de excavaciones sea de la clase que se quie

---

(1).- Ruiz Bourgeois, Julio. "Instituciones de Derecho Minero Chileno". Tomo I, pág. 11 y 12. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1949.

ra, practicadas con el objeto de arrancar y extraer de la tierra minerales que contengan sustancias de uso y utilidad conocidos, y que por lo tanto tienen un valor venal o de cambio".

(2)

#### CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS MINAS.

1.- Las minas están "ocultas" en el subsuelo, por lo que se hace necesario buscarlas, descubrirlas, mientras no sean descubiertas no son objeto de derecho ni menos bienes. Esta búsqueda se realizará por medio de una actividad llamada "exploración", que corresponde a la primera fase de la industria minera. El mismo hecho de estar ocultas hace que esta actividad sea cara y riesgosa, y es por ello que se han implementado normas jurídicas especiales que van a regir a esta actividad, por no ser conveniente para los intereses generales del país, que el propietario del terreno superficial conforme a las reglas del Derecho Civil, se haga dueño de ella, quién ante la alternativa de una explotación agrícola barata y sin riesgos y la explotación minera cara y aleatoria, obviamente optará por la primera.

2.- Las minas son "agotables", es decir, la cantidad del mineral que contienen es limitada y no dan frutos sino productos. Razón por la cual debe tenerse siempre presente que la explotación desmedida de una determinada sustancia mineral, sin considerar la situación de esta en el mercado mundial, puede conducir a un exceso de oferta en el mercado internacional, con la consiguiente baja del precio que obvia

---

(2).- Escala Baltra, Enrique. "El Dominio del Estado sobre las minas." Pág. 9 Tesis. Edit. Jurídica de Chile. 1965.

mente repercutirá negativamente en la economía nacional.

3.- Por regla general, las sustancias minerales que comprende la mina se encuentran "mezcladas", por lo cual se requerirá de un procedimiento físico y químico que permita la separación del material deseado de otras sustancias.

#### LA INDUSTRIA MINERA.

"Es el conjunto de actividades destinadas a la extracción de las sustancias inorgánicas, en cuanto ellas representen valores como materias primas, o en otra forma para la producción de una riqueza." (3)

#### CARACTERISTICAS.

a.- Es esencialmente una actividad "aleatoria", porque al estar los minerales ocultos, las faenas se ejecutarán normalmente en forma subterránea, búsqueda que puede fracasar, por cuanto puede no encontrarse mineral, o bien encontrarse uno distinto al deseado, o en cantidades tan pequeñas que no se justifique la gran inversión que deberá emplearse en su explotación.

b.- Es una actividad "destructiva", al dar la mina productos y no frutos, y a medida que se va extrayendo el mineral, se va destruyendo, agotando la mina.

---

(3).- Uribe Herrera, Armando. "Manual de Derecho de Minería".

---

c.- Esta actividad requiere para su desarrollo de grandes inversiones, en razón de ser la infraestructura necesaria costosa y de alta tecnología.

Tales características de la industria minera obligan al legislador a adoptar normas que den amplias garantías y seguridad jurídica al inversionista, de lo contrario, nadie arriesgará su capital, si no se establecen condiciones de seguridad económica y jurídica adecuadas para explotar una mina.

Así, por ejemplo, se establecen breves plazos en la prescripción adquisitiva, para consolidar rápidamente los derechos y dar estabilidad jurídica, el art. 93 del Código de Minería de 1983, señala: "El poseedor de una concesión minera puede ganar la misma por prescripción adquisitiva, perdiéndola, así, su dueño.

El tiempo de posesión necesario será de dos años en la prescripción ordinaria y de cuatro años, en la extraordinaria."

También comprende la normativa necesaria para el establecimiento de servidumbres, que permitan el adecuado desarrollo de la actividad minera, reglamentada en el Código de Minería Título IX pf. 2°, arts. 126 y sgtes.

La industria minera comprende tres fases:

1.- La exploración: es la investigación, sea por

medios técnicos o no, de la existencia en el suelo o subsuelo de yacimientos minerales.

2.- Explotación: es la fase más importante de la industria minera, la que constituye su verdadero centro, por - que en ella se separan o arrancan del subsuelo o de la tierra las sustancias minerales que interesan al individuo y a la collectividad en general.

3.- Beneficio: tiene por fin separar las sustancias que interesan de las otras con que se encuentran mezcladas en el yacimiento.

#### SISTEMAS DOCTRINALES QUE EXPLICAN EL ORIGEN DEL DOMINIO MI- NERO.

La apropiación y trabajo de las minas pone en conflicto 3 intereses principales: el del descubridor, el del dueño del terreno superficial y el del Estado, por encon - trarse las minas siempre en terrenos cuya superficie será de propiedad particular o nacional. Por lo tanto, es de gran importancia determinar a quién se puede atribuir el dominio de las minas, con lo cual se va a solucionar el con - flicto que tal dominio crea con respecto al dueño del terreno superficial en cuyas entrañas se encuentran los yacimientos mineros.

- a) El descubridor del yacimiento pretenderá que se le adjudique la propiedad y explotación del yacimiento en vir - tud de la prioridad que le otorga su hallazgo, fundándo-
-

- se en el esfuerzo, tiempo y trabajo empleados en ello.
- b) El propietario del terreno superficial invocará su derecho preferente, alegando que su derecho sobre el terreno superficial se extiende al subsuelo, en virtud del principio de la accesoriedad, toda vez que el suelo es lo principal.
  - c) Por último el Estado, cuyo interés se funda en **su** obligación de satisfacer las necesidades sociales, mediante una adecuada explotación minera.

Para tratar de explicar el origen del dominio minero, las diversas legislaciones y en especial la doctrina, lo han hecho a través de cinco sistemas que son:

- 1) Sistema de la accesión;
- 2) Sistema de la ocupación;
- 3) Sistema del res nullius;
- 4) Sistema regalista o patrimonial;
- 5) Sistema de la libertad de minas o del dominio eminente o radical.

#### 1.- Sistema de la Accesión.

Tiene su origen en el Derecho Romano, durante el Imperio Romano, mediante la conquista de pueblos extranjeros, a sus habitantes los sometió a la esclavitud y a sus tierras conquistadas las consideró botín de guerra y, por lo tanto entendió que las minas de dichos territorios eran del dueño de la tierra, por aplicación del principio de la accesión, por lo que el Estado romano pasó a ser dueño de los productos

---

de dichas minas.

En virtud de este principio, el titular del dominio sobre el yacimiento es el dueño del suelo, y las minas son consideradas como parte accesoria del predio principal.

Con esta doctrina, no existe conflicto entre el minero y el propietario del terreno superficial, ya que son una misma persona, ambos derechos se encuentran en una sola mano.

Este sistema es poco favorable para la minería, al no incentivar su desarrollo. Además, desde un punto de vista económico, en muchos casos, la mina tiene un valor considerablemente superior al del suelo superficial; por ejemplo, el yacimiento cuprífero de Chuquicamata.

El artículo 643 del Código Civil define a la accesión, diciendo "que es un modo de adquirir el dominio por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella."

Técnicamente la mina no es producto del terreno superficial, ni tampoco se junta a él; son dos inmuebles perfectamente separados, como lo señala expresamente el artículo 591 del Código Civil y el inciso 6° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980. En cuanto a la importancia que se le debe dar al desarrollo de la industria minera, este sistema no lo va a satisfacer de manera alguna, porque obviamente el dueño del suelo va a preferir destinarlo a la agricultura, por ser una actividad menos riesgosa que la minería,

---

su costo es más bajo, de más fácil comercialización y rentabilidad a corto plazo, en oposición a la aleatoriedad de la minería, más alta que la de cualquier otra actividad productiva. Por lo demás no fomenta de manera alguna los descubrimientos, ya que nadie se va a interesar en buscar minas, si la propiedad del bien descubierto con su esfuerzo y trabajo va a ser entregada al dueño del suelo.

## 2.- Sistema de la Ocupación.-

Esta teoría pretende explicar el dominio originario de las minas, señalando: que es dueño de la mina aquel que primero la ocupa y trabaja, es decir, a quien la ha descubierto, disponiendo de antemano que no pertenece al propietario del predio superficial. Se fundamenta en que las minas no tienen valor alguno sino en la medida que se descubran y trabajen, y va a ser de toda justicia según este sistema, entregar la propiedad de la mina a aquel que ha transformado una riqueza potencial en una riqueza cierta. Esto implicaría un desarrollo de la actividad minera, considerando que se fomentarían los descubrimientos, lo que obviamente es de gran interés para la nación.

Sin embargo esta teoría tiene graves inconvenientes, al no dar estabilidad para la propiedad minera, porque al no señalarse claramente cuáles son los límites de la ocupación se producirían conflictos de intereses entre los diversos interesados en un mismo yacimiento, al no ser difícil que una misma mina fuese descubierta y ocupada por personas diferentes.

---

De otro lado, desde un punto de vista económico, puede que el descubridor carezca de recursos económicos y de la tecnología necesaria, para emprender la difícil y costosa tarea que implica la actividad minera. Lo que, sin lugar a dudas, no propende a la estabilidad minera, ni satisface el interés social de la Nación.

### 3.- Sistema del res nullius.

Establece que las minas no son de nadie, es decir, no pertenecen ni al Estado, ni al descubridor, ni al dueño del suelo, pero el Estado, como representante de la sociedad, la entregará a aquel de los interesados que le ofrezca las mayores garantías de que la explotación reportará beneficios a la comunidad, es decir, la entregará a aquél que posea los medios económicos y tecnológicos suficientes para una conveniente explotación del mineral.

Este sistema no es adecuado, en atención a que de manera alguna, fomenta los descubrimientos mineros, al no gozar el descubridor de preferencia para obtener su dominio, además al exigirse determinadas condiciones que podrían hacer ver relegados los esfuerzos que ha desplegado para descubrir al aparecer otra persona que ofrezca mejores condiciones.

Esta teoría podría decirse que se aplicó en nuestro país en el caso del carbón, en que el artículo 206 del Código de Minería de 1932, exigía acreditar las facultades económicas del solicitante de concesión en la forma que esta

blecía el reglamento.

4.- Sistema regalista o patrimonial.

Esta teoría señala que el dominio de los yacimientos mineros debe corresponder al Estado como representante de la colectividad. El Estado tiene un dominio patrimonial perfecto sobre las minas, dominio exclusivo, inalienable e imprescriptible.

En este sistema patrimonial, el Estado como dueño de las minas tiene todos los atributos del dominio por lo tanto puede venderlas, explotarlas directamente o celebrar cualquier tipo de acto jurídico sobre ellas. Al ser las minas bienes de dominio patrimonial y exclusivo del Estado, éste las otorga a los particulares exigiéndoles a cambio ya sea un pago o una participación en la producción de la misma.

5.- Sistema de libertad de minas, del dominio eminente del estado o español.

Este sistema surge en el período del feudalismo en que el siervo pasó a tener derecho a cultivar la tierra. Aquí se diferencia claramente el dominio útil del siervo que explotaba la tierra, del dominio eminente del Señor feudal sobre las tierras.

Don Armando Uribe Herrera lo define de la siguiente forma: "Es aquél régimen de propiedad o dominio minero que

---

consiste en atribuir al Estado el dominio de todas las minas, pero sin más atributo que el de entregarlas a los particulares para que éstos dispongan de ellas como dueños bajo las condiciones preestablecidas por las leyes".

Este dominio del Estado es una propiedad eminente, virtual, que sólo lo faculta para otorgar los más amplios de rechos a aquéllos que han cumplido con los requisitos legales exigidos.

#### Régimen legal de las minas en la legislación chilena.

El artículo 591 del Código Civil señala: "El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería".

El citado artículo encuentra su antecedente en las Ordenanzas de Minería de Nueva España, que rigieron a Chile hasta la vigencia de dicho Código. El título V de dicho cuerpo legal se refirió a la propiedad minera del siguiente modo:

"1.- Las minas son propias de mi real Corona, así por su natural<sup>u</sup>eza y origen, como por su reunión dispuesta en la Lei 4º título 13, lib. 6 fr. 1ª Nueva Recopilación. 2.- Sin se-  
pararlas de mi real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad i posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquiera otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos térmi-  
nos que lo posean, i en personas que puedan adquirirlo. 3.- Esta concesión se entiende bajo 2 condiciones: la primera, que hayan de contribuir a mi real hacienda la parte de metales señalada; i la segunda, que han de labrar i disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falte al cum-  
plimiento de aquellas en que así se previniera, i puedan con-  
cedérsele a cualquiera otro que por este título los denunciare".

Los Códigos de Minería que han regido en el país hasta 1932, con excepción del de 1874, han reproducido literalmente el artículo 591 del Código Civil.

Tradicionalmente se sostuvo en Chile en vista de los textos antes citados, que el dominio del Estado sobre las minas era un dominio especial, en doctrina llamada "radical", "eminente" o "alto dominio" y que sólo habilitaba al Estado para conceder las minas a los particulares, a fin de que estos pudieran labrarlas y beneficiarlas y disponer de ellas como dueños.

Sin embargo esta doctrina no fue aceptada por parte de la doctrina que opinaba, que de acuerdo al tenor del artículo 1° del Código de Minería de 1932 y artículo 591 del Código Civil, en ellos se consagraría la teoría del dominio patrimonial del Estado.

Los que señalaban que el artículo 1° del Código de Minería y el artículo 591 del Código Civil consagraban el sistema de libertad de minas se basaban en lo siguiente:

1°) El artículo 591 del Código Civil, en su inciso 1° dice "El Estado es dueño de todas las minas (sin distinguir si habían sido ya otorgadas o no); más en el inc. 2°, comienza adversativa "pero", que une una idea con otra, anticipando que la idea que expresa a continuación es contraria a la ya expuesta precedentemente; esto significa que el Estado es dueño, pero que quién ejerce el verdadero dominio es el particular con arreglo a las normas del Código de Minería; es decir, está facultado para llegar a disponer de la mina misma.

Con lo cual el dominio del Estado sobre las minas es más bien expresión de su soberanía, es decir, el dominio del Estado es "eminente", ya que al particular se le concede la facultad de catar y cavar, la de labrar y beneficiar las minas y la de disponer de ellas como dueño.

2°) Por otra parte, sostienen, que si el Estado fue tan dueño de todas las minas, no habría necesitado reservarse algunas sustancias para tener sobre ellas un dominio

---

completo, y por lo tanto, no debería haber existido nunca el artículo 4° del Código de Minería, ya que, para conservar dicho dominio completo, simplemente bastaría con no haberlas nombrado en la enumeración que hace el artículo 3° referente a las sustancias que se pueden conceder, y ésto porque la autoridad no tiene más atribuciones que aquellas que la ley le confiere.

Por su parte, los que sostenían que era un dominio patrimonial se basaban en que el Estado nunca dejaba de ser dueño de las minas; sencillamente las concedía en uso y goce a los particulares, como un bien cualquiera puede ser otorgado en usufructo sin que por eso se deje de ser dueño.

El fundamento de esta doctrina residía en el carácter exclusivo y excluyente de todo dominio. Y no por el hecho de conceder derechos sobre las minas a particulares significaría que el Estado dejara de ser dueño.

Invocaban a su favor las Ordenanzas de Minería de Nueva España que, después de afirmar que "las minas son propias de mi real corona "agregaban" que éstas se conceden a los vasallos sin separarlas de mi real patrimonio". Luego, las minas, aún después de concedidas, continuaban siendo del Estado. Esto mismo estaría expresado en el artículo 591 del Código Civil con diferente lenguaje.

Le Ley N° 17.450, de julio de 1971, dio por terminada la discusión doctrinaria, a partir de esta fecha y en virtud del inciso 4° del artículo 10 N° 10 de la Constitu -

---

ción Política de 1925, el Estado "tiene" el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas.

Las características de este dominio son las siguientes:

1) absolutismo, 2) exclusividad, 3) inalienabilidad, 4) imprescriptibilidad, con las cuales se configura el "dominio patrimonial". Más aún si se considera que dicha frase utiliza la expresión verbal "tiene", en tiempo presente del modo indicativo, que empleada en un texto constitucional, significa "hoy", "ayer", "mañana" y "siempre", porque hoy tiene, pero ayer fue presente del indicativo y mañana será también presente del indicativo.

El propósito de la Reforma Constitucional de 1971 fue dejar claramente establecido, de que en Chile siempre había existido un efectivo derecho de propiedad del Estado sobre las minas en los términos que antes lo consagraba en el Código Civil. Así, por lo demás, nos lo señala la historia fidedigna de la ley.

En el texto se declara que el Estado tiene el dominio "absoluto", tiene el derecho de uso, goce y disposición, en los términos que la Constitución establece, pues disponer no es sólo el derecho de enajenar, sino también el de otorgar concesiones.

Bajo la Reforma de 1971 el derecho del concesionario estaba expresamente caracterizado como un derecho real, y sin que la Reforma lo dijera el concesionario tenía el do

minio de su concesión y tal dominio estaba tutelado por la garantía constitucional que, en ese entonces se refería a la propiedad en sus diversas especies, lo que incluía indudablemente la propiedad de los derechos reales.

- Constitución Política de 1980.

Nuestra actual Constitución establece que el "Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas..."

CARACTERISTICAS.

1°) Dominio absoluto: no tiene limitaciones, no está sujeto ni depende de nadie.

2°) Dominio exclusivo: es el Estado y de nadie más que él, nadie puede tener sobre las minas mayor derecho que el Estado.

3°) Dominio inalienable: el Estado no puede alienar el yacimiento.

4°) Dominio imprescriptible: su posesión ni el goce inmemorial hacen adquirir el dominio al que posee la mina.

El texto constitucional vigente reafirmó el dominio "absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible" del Estado sobre todas las minas y reiteró que la ley determinaría las sustancias sobre las que se podían otorgar concesio-

---

nes (excluidos los hidrocarburos líquidos o gaseosos).

Señaló además que el dominio del Estado sobre las minas era sin perjuicio del dominio de los particulares sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas (las minas), cosa que ya decía el artículo 591 del Código Civil. Pero no caracterizó a la concesión como un derecho real, ta rea que le dejó a la Ley Orgánica Constitucional sobre conce siones mineras.

Añadió también que el concesionario minero tenía el dominio de su concesión y que este dominio estaba amparado por la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Esto no significa que el concesionario es dueño de la mina. Es dueño de su derecho de concesión, el cual, a su vez, le otorga el derecho de beneficiar y labrar la mina y de disponer de la concesión. Si el concesionario es dueño de la concesión, este dominio está necesariamente amparado por la garantía del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, tanto corporales como incorporales y la concesión es un bien incorporal.

---

## C A P I T U L O   S E G U N D O .

### CLASIFICACION DE LAS SUSTANCIAS MINERALES

La legislación en actual vigencia distingue entre sustancias minerales concesibles y sustancias minerales no susceptibles de concesión minera. El legislador al hacer esta distinción persigue como finalidad, el fomento de la industria minera, de manera que signifique un mayor incremento en la riqueza nacional. Para lograr este objetivo deberá tener presente los intereses generales de la nación, de manera que establezca una política económica y minera racional que determine qué sustancias pueden quedar entregadas a la libre denunciabilidad o permanecer bajo la exclusiva exploración y explotación del Estado.

En la ley vigente se distinguen las sustancias concesibles, que son la regla general, y las sustancias no concesibles, que son la excepción.

---

Se entiende por yacimientos mineros concesibles:

"Aquellos que la autoridad pública respectiva, en representación del Estado, puede otorgar a cualquier interesado que lo solicite y que cumpla con las condiciones y requisitos determinados por la Ley". (4)

Por el contrario, son yacimientos mineros no concesibles: aquellos que en virtud de una declaración expresa de no comcesibilidad, no pueden otorgarse a cualquier interesado, quedando en consecuencia bajo la exclusiva exploración y explotación del Estado.

Antes de pasar al análisis detallado de las sustancias susceptibles o no susceptibles de ser otorgadas en concesión, conviene dejar en claro qué se entiende por concesión minera y cómo ésta es tratada en la legislación vigente.

Don Carlos Ruiz Bourgeois la define diciendo: "que es un acto de Derecho Público por el cual la Administración del Estado confiere a una persona ciertos derechos o poderes, que normalmente corresponden a dicha administración -y de los que esa persona carecía- para la utilización, aprovechamiento, disfrute o apropiación privativos de bienes de dominio público".

La Constitución Política de 1980. art. 19 N° 24 inc. 7°, entrega a la ley, que según el Tribunal Constitucional tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional, el determinar qué sustancias minerales, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesio

---

(4).- Ruiz Bourgeois, Julio, Op. Cit. pág. 46.

nes de exploración y de explotación.

A continuación, la Constitución de 1980 establece que la constitución de las concesiones es de exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia, lo cual es complementado por la LOC., en su art. 5º, que señala, que estos serán los Tribunales Ordinarios de Justicia y sin intervención de ninguna otra autoridad o persona, excluyendo de plano a algún Tribunal Especial y a otras autoridades. En consecuencia el concesionario obtendrá sus derechos en forma originaria.

La Constitución de 1980 establece dos tipos de concesión: de exploración y de explotación, cada una de las cuales confieren distintas facultades. Ambas recaen sobre las sustancias minerales concesibles, dan exclusividad y se constituyen judicialmente.

1.- Concesión minera de exploración: artículo 10 LOC.

- a) Otorga el derecho exclusivo de realizar las investigaciones y trabajos tendientes a determinar la existencia de sustancias minerales concesibles, su calidad, valor, etc.
  - b) Derecho exclusivo a iniciar el procedimiento judicial, para constituir concesión de explotación dentro de los límites y plazo de duración de la concesión de exploración.
  - c) Derecho exclusivo a hacer suyos los minerales
-

concesibles que necesite extraer con motivo de las labores de exploración e investigación.

- d) Confiere otros derechos (secundarios); por ejemplo: imponer servidumbres, transferir y transmitir la concesión, hipotecarla, etc.

Sin embargo la exploración no solamente corresponde al concesionario de exploración, ya que la facultad de catar y cavar puede ser ejercida por cualquiera persona, conforme a lo que establece la ley, pero se diferencia de la concesión de exploración ya que no constituye un derecho real -ni siquiera es patrimonial- ni otorga el derecho de exclusividad para la exploración, ni para solicitar la concesión de explotación. De ahí la especial importancia que conlleva el obtener la concesión de exploración en cuanto a la exclusividad en el ejercicio de los derechos ya especificados que otorga.

## 2.- Concesión de explotación: artículo 11 LOC.

Esta confiere las facultades de arrancar, extraer y apropiarse, y de disponer de las sustancias minerales extraídas.

- a) Su concesionario tiene derecho exclusivo para explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión, salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7° y 8° de
-

la LOC.

- b) Derecho exclusivo a hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles a la fecha de quedar judicialmente constituida dentro de los límites de su concesión.
- c) Derecho a ser indemnizado, en caso de expropiación, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado.
- d) También confiere los otros derechos (secundarios) señalados para la concesión de exploración.

- Duración de las concesiones mineras.

El artículo 19 N° 24, entrega a la LOC. la determinación de la duración de las concesiones mineras. Esta duración puede depender de un plazo determinado o del cumplimiento de los requisitos de amparo, sin perjuicio de las causales de extinción que le pongan término.

La Constitución señala que el incumplimiento del amparo da origen a que operen las causales de caducidad o de simple extinción del dominio. En la LOC., se establece que la duración de las concesiones mineras de exploración y explotación puede depender de un plazo determinado o del cumplimiento de los requisitos de amparo, sin perjuicio de las causales de extinción que le pongan término.

En consecuencia las concesiones mineras se extin-

---

guen además; por renuncia de su titular o por no cumplimiento oportuno de los trámites necesarios para el ejercicio de las facultades que dicha concesión le confiere, como es la inscripción de la concesión en el plazo señalado por el Código de Minería. También la propiedad de la concesión puede ser transferida por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. Perdiéndose además el dominio por expropiación que es un modo de adquirir originario del Estado.

La LOC. establece en su artículo 17, que la concesión de exploración dura dos años y es renovable por dos más, y la de explotación tendrá una duración indefinida.

En cuanto a la concesión de exploración, estableció el plazo máximo de 4 años, siendo la exploración una actividad esencialmente transitoria la exclusividad que confiere, no debe en caso alguno prolongarse por largo tiempo, ya que de ser así obstaculizaría la exploración que otras personas desearan hacer.

La concesión de explotación tiene, en virtud de la LOC. (artículo 17) el privilegio de la perpetuidad, no pudiendo ser revocada en caso alguno extinguiéndose por hechos que dependen del propio concesionario o por la extinción del yacimiento.

El fundamento de esta perpetuidad es el siguiente: si se estableciera que la concesión tuviese el carácter de temporal, se produciría el "floreo" de la mina es decir, se

---

procedería a la extracción de las partes más ricas del mineral y de más fácil extracción, produciéndose de tal forma una explotación irracional del yacimiento, sin miras al futuro, dejando en la imposibilidad de explotar el resto del yacimiento.

Además, dado el monto de las inversiones necesarias, nadie haría más inversiones que aquellas que pueda amortizar en el tiempo que dure la concesión.

- Críticas a la perpetuidad. *Tomic*

Se critica porque significa, en definitiva, la enajenación del bien mina, ya que las minas dan productos y no frutos, por lo tanto no se renuevan. En consecuencia, esta perpetuidad es incompatible con el dominio patrimonial, exclusivo e inalienable del Estado sobre las minas que consagra la Constitución de 1980.

- Naturaleza jurídica de las concesiones mineras.

La LOC. en su artículo 2° señala que: "las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño;".

Don José Piñera Echeñique en su "Informe Técnico Fundamento del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras" define a los derechos del concesionario como derechos reales.

Señala: "Son derechos reales, toda vez que establecen un vínculo y se poseen y se ejercen directamente sobre un objeto sin referencia a determinada persona y susceptibles de todo acto o contrato. Se trata además, de derechos inmuebles, pues el objeto sobre que recaen, la sustancia mineral que forma la mina, es un inmueble, que se distingue y se considera separado de la propiedad del terreno superficial.

La naturaleza jurídica de la concesión también es definida por el Ministro de Minería don Samuel Lira Ovalle, señala: "La concesión es un derecho real inmueble, está sujeto a la misma condición que la antes denominada propiedad minera, es transferible y transmisible, da derecho a extraer y hacerse dueño de todas las sustancias minerales concesibles situadas dentro de sus límites; el concesionario no puede ser privado de esos derechos sin la previa indemnización que tal privación le cause y goza de su concesión por tiempo indefinido".

El hecho de tener la concesión de explotación una duración indefinida, fue motivo de requerimiento ante el Tribunal Constitucional, el cual en sentencia de fecha 26 de noviembre de 1981, considerando 12º, señala que: "el hecho de que la concesión de explotación minera pueda tener una duración indefinida no significa que ella carezca de término. Por lo demás, el propio proyecto de ley señala causales de terminación como ser: la caducidad, la renuncia y la expropiación".

De la opinión del Tribunal Constitucional se desprende que la duración indefinida de la concesión de explotación persigue como objeto resguardar a esta de la seguridad jurídica que requiere, sin que ello signifique inalterabilidad en el tiempo, porque la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento, de esta forma el incumplimiento del concesionario del régimen de amparo conducirá a la caducidad de la concesión, esta y otras causales de caducidad se encuentran contempladas en el artículo 18 de la LOC.

- Régimen de amparo.

La Constitución de 1980, artículo 19, N°24, inciso 7°; entrega a la LOC., el establecimiento del régimen de amparo, la cual en su artículo 12, establece como única forma de amparo el pago de una patente anual y anticipada a beneficio fiscal. Quedando de esta forma la concesión de explotación sujeta al evento de perderse en caso de no pagarse la patente. Con lo cual se descarta el amparo "por el trabajo", aduciendo como fundamento de su exclusión, el implicar un alto grado de discrecionalidad administrativa, ya que requiere de reglamentos de difícil determinación y control técnico, lo cual provoca inseguridad jurídica al concesionario.

Y que en cambio el amparo por medio de una patente, resulta un medio indirecto adecuado y justo.

- Garantía constitucional.

Sobre el derecho del concesionario, hay un dominio patrimonial expresamente protegido por la garantía constitucional de la propiedad privada. En consecuencia, los derechos que otorga la concesión, de extraer y hacer suyas y disponer de todas las sustancias concesibles que se encuentren dentro de sus límites, no pueden ser objeto de privación alguna, sin previa expropiación y sin indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

La Constitución Política de 1980, en su artículo 19 N° 24, mantiene los conceptos de sustancias concesibles y no concesibles y señala en su inciso 7°, que "corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquéllas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de explotación o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional."

El considerar la oración: "Corresponde a la 'ley' determinar qué sustancias...." en forma aislada, podría conducir a sostener que la determinación de las sustancias concesibles, correspondería a una ley simple. Sin embargo la "ley" a que alude el texto, es una de carácter orgánico constitucional, (según el Tribunal Constitucional), ya que la si

---

guiente oración del mismo inciso señala "dichas concesiones", se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional.

Este punto controvertido fue resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de noviembre de 1981, que en su considerando 2° señala "que interpretar la ley separando las distintas oraciones de un mismo precepto, prescindiendo de su correspondencia y armonía, no se aviene con clásicos principios de hermenéutica jurídica. Como bien lo ha dicho la Corte Suprema "el sentido de una ley no resulta de un precepto considerado aisladamente, sino del conjunto de prescripciones de la misma naturaleza que se refieren a una misma institución" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1947, Tomo 44, Sección 1° página 186).

El inconveniente, de que el establecimiento de las sustancias concesibles, haya sido determinado por la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, se refiere a los requisitos para su modificación o derogación, ya que se exige un quórum de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio y aprobación del Tribunal Constitucional. Lo que limita la adopción y puesta en práctica de decisiones rápidas respecto de una sustancia mineral, que en un determinado momento haga necesario el cambio de la clasificación a su respecto.

La rigidez de esta norma se fundamenta en la necesiu

---

dad de dar el máximo de garantía al concesionario, es decir impedir que se le saque de su patrimonio una sustancia, por un simple cambio de criterio legal. De este modo la Ley Orgánica Constitucional persigue conciliar los legítimos derechos del Estado con aquellos derechos privados necesarios para que los particulares cuenten con la seguridad jurídica adecuada, para que así arriesguen sus capitales e incorporen la tecnología necesaria, logrando por consiguiente desarrollar la minería chilena.

La Ley Orgánica Constitucional en su artículo 3°, señala qué sustancias minerales son concesibles y cuáles no.

Dice:

"Son concesibles, y respecto de ellas cualquier interesado podrá constituir concesión minera, todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a que se tenga acceso por túneles de tierra.

Las sustancias minerales concesibles contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, son susceptibles de concesión minera junto con las demás sustancias minerales concesibles que pudieren existir en la extensión territorial respectiva.

---

No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional."

Según se desprende del artículo transcrito, las sustancias se siguen dividiendo en concesibles y no concesibles. Se amplían las sustancias denunciables que pueden ser objeto de concesión minera, pudiendo ser objeto de pertenencia los nitratos y sales análogas, el yodo y los compuestos químicos de estos productos, el torio y el uranio, reglamentándose respecto de estos el derecho de primera opción de compra en favor del Estado.

Todas las concesiones mineras se constituirán por resolución judicial, con lo cual se pone fin a las concesiones administrativas que regían para la constitución de concesiones sobre placeres metalíferos, yacimientos carboníferos, covaderas.

En cuanto a las sustancias consideradas por la anterior legislación, como no concesibles, esto es, las arcillas superficiales y las salinas artificiales, las arenas, rocas y

---

demás materiales aplicables directamente a la construcción. Ahora, por disposición expresa del artículo 3, de la Ley Orgánica Constitucional, inciso 5°, dejan de ser sustancias minerales desde un punto de vista legal. Dichas sustancias pasan a regirse por el derecho común o por las normas especiales que a su respecto dicte el Código de Minería.

#### SUSTANCIAS CONCESIBLES.

Son aquellas respecto de las cuales cualquier interesado podrá constituir concesión minera, y estas son, según el artículo 3 de la LOC., "todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas, y en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra".

La LOC. se refiere a la concesibilidad de cualquier sustancia "fósil", entendiéndose esta en el sentido de mineral o roca de cualquier clase, siempre que la ley no la excluya de derechos mineros. Actualmente la Constitución de 1980, establece la concesión judicial como regla única respecto de todas las sustancias concesibles (artículo 19, N° 24, inciso 7°), aboliéndose las concesiones administrativas que contemplaba el Código de Minería de 1932 con respecto al carbón, placeres metalíferos en virtud del DL. 1.090 de 1975, y las covaderas, concesión judicial que es entregada a la competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia, según lo establece la LOC. en su artículo 5, inciso 1°, con lo cual

se excluye expresamente la intervención de Tribunales Especiales.

Respecto a los regímenes de amparo contemplados para estas concesiones, quedaron abolidos por la Constitución Política de 1980, al señalar que el régimen de amparo de la concesión minera deberá ser establecido por la LOC., la cual en su artículo 12 señala como sistema único de amparo el pago anual y anticipado de una patente a beneficio fiscal.

A) El Carbón.

En la actual legislación el carbón se incorpora al régimen de libre denunciabilidad, el cual anteriormente estaba excluido por el artículo 3, inciso 3°, del Código de Minería de 1932, de las sustancias no metalíferas, para ser regido especialmente por las reglas del Título XVI del Código de Minería. Estas normas consideraban al carbón como sustancia de concesibilidad relativa ya que éste no se otorgaba al descubridor como era la regla general, sino que al que acreditaba facultades económicas suficientes. Este requisito era exigido por el alto costo requerido para la explotación de un yacimiento carbonífero. Además, esta concesión era administrativa y no judicial, como que era otorgada mediante un Decreto Supremo del Presidente de la República.

Con respecto al sistema de amparo de la concesión, no se regía por el pago de patente, sino que por el de "producción mínima" fijada en el decreto de concesión. También existía la facultad de establecer la reserva en zonas carboníferas.

feras en favor del Estado, mediante la dictación de un Decreto Supremo.

B) Los placeres metalíferos.

El Código de Minería de 1932, contemplaba a los placeres metalíferos, en la enumeración del artículo 3°. Pero el DL. N° 1.090 de 1975, los excluyó de dicho precepto, y a su vez sustituyó el artículo 9, señalando que la concesión de las arenas metalíferas ubicadas en el mar patrimonial y de los placeres metalíferos ubicados en terrenos de cualquier dominio, correspondía exclusivamente al Presidente de la República quién establecía su forma y duración. Se trataba, pues, de una concesión administrativa.

Este D.L. N° 1.090 de 1975, sustrajo a los placeres metalíferos de la regulación normal del Código de Minería, y los sujetó a una reglamentación especial, con el objeto de que la concesión tuviese una tramitación rápida, económica y expedita, lo que no se logró y sometió a las arenas metalíferas al mismo sistema legal por reconocer estos un origen similar al de los placeres metalíferos, al requerir su explota - ción probablemente prolongarse en tierra.

- Régimen de amparo.

Esta reforma estableció un régimen especial de amparo consistente en el beneficio semestral de un determinado número de toneladas de arena por cada hectárea concedida, sin perjuicio de las patentes que corresponda pagar. El tonelaje

---

mínimo, era fijado por el Presidente de la República en el de creto de concesión, previo informe del Servicio de Minas del Estado.

Con respecto a las arenas auríferas, estañíferas y platiníferas y demás que contuvieran sustancias denunciables que se encontraran en el subsuelo de las aguas marítimas so metidas a la jurisdicción nacional y a las que tengan acceso por túneles desde tierra, dejan también de ser objeto de con cesión administrativa.

C) El guano, el salitre, las sales análogas, el yodo y com puestos químicos de estos productos.

La situación de estas sustancias cambia radicalmente en la actual legislación, que las considera dentro de las sustancias concesibles, ya que anteriormente estaban reservadas al Estado.

Anteriormente, el Estado no necesitaba manifestar ni tener concesión sobre dichas sustancias, en cambio actualmente si el Estado desee ejercer la facultad de explo rar con exclusividad y explotar sustancias concesibles, sólo podrá hacerlo mediante concesión constituida bajo las reglas comunes y por las empresas de las que sea dueño o tenga participación y que se encuentren autorizadas para tal efecto de acuerdo a las normas constitucionales vigentes (artículo 5°LOC. inc. 4°).

- El guano. Según el artículo 4° del Código de Mi

nería de 1932, los depósitos de guano ubicados en cualquier terreno, se encontraban reservados al Estado. La razón de esta reserva se debía a la importancia que tiene el guano como abono de los terrenos agrícolas.

- El salitre y sales análogos, el yodo y los compuestos químicos de estos productos.

Según el artículo 4° del Código de Minería de 1932, estas sustancias se encontraban reservadas al Estado, en terrenos del Estado, nacionales de uso público o de las Municipalidades. La LOC. en su disposición 4<sup>a</sup> transitoria, regula la situación en que quedarán estas sustancias que dejan de estar reservadas al Estado.

- El Torio y el Uranio.

Estas sustancias estaban reservadas al Estado en virtud del DL. N° 2.086, de 1979, este cuerpo legal en su artículo 6° señalaba que por exigirlo el interés nacional, estas sustancias atómicas no podían ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos, sino cuando ellos se ejecutasen o celebrasen por la Comisión Chilena de Energía Nuclear con ésta o con su autorización previa.

La LOC. sobre concesiones mineras en su artículo 15, las declaró como sustancias minerales de valor estratégico, sujetas al derecho del Estado de primera opción de compra a precio y modalidades habituales de mercado. Por su parte, el Código de Minería establece la forma, oportunidad y

---

modalidades en que el Estado podrá ejercer este derecho. (Art. 10).

El artículo 15, inciso 3º, de la LOC., señala que son de valor estratégico: los productos minerales en los que el torio o el uranio tengan presencia significativa, entendiéndose que una sustancia tiene presencia significativa dentro de un producto minero cuando es susceptible de ser reducido desde un punto de vista técnico y económico. El artículo 12 del Código de Minería complementa esta definición agregando "...cuando el mayor costo total que impliquen su recuperación mediante procedimientos técnicos de probada aplicación su comercialización y su entrega, sea inferior a su valor comercial. V.

Aclara además en el inciso 2º, qué debe entenderse para estos efectos por "producto minero" es: "toda sustancia mineral ya extraída, aunque no haya sido objeto de beneficio."

La ley ha considerado a estos minerales con valor estratégico, con fines de seguridad nacional, porque al participar el Estado en la comercialización de dichos productos va a reservar lo necesario para el consumo nacional y velará por las exportaciones, para que éstas estén de acuerdo con la política de seguridad nacional del país.

Se fundamenta esta nueva modalidad, en que va a incentivar a los particulares a explorar y explotar estos recursos, con la obligación de respetar el derecho de primera opción de compra por parte del Estado, en las condiciones de

precio y modalidades habituales del mercado de dichas sustancias.

E. - Desmontes escorias y relaves.

Los desmontes son ripios que se han extraído del criadero junto con los minerales de buena ley y que han sido dejados por no contener minerales o por contenerlos en proporción tan baja que no es conveniente su beneficio.

Las escorias y relaves son los residuos o desperdicios que quedan del beneficio de los minerales hechos en los establecimientos correspondientes.

Las escorias provienen del beneficio en que se ha empleado la vía ignea o seca y los relaves provienen del beneficio por vía húmeda o líquida. Las primeras quedan generalmente en las fundiciones; los otros, en las plantas concentradoras o de cianuración. (5)

La situación de estas sustancias no varía mayormente en la actual legislación. Al respecto, la Ley Orgánica Constitucional, en su artículo 3°, inciso 3°, señala: "Las sustancias minerales concesibles contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, son susceptibles de concesión minera junto con las demás sustancias minerales concesibles que pudieren existir en la extensión territorial respectiva."

---

(5).- Ruiz Bourgeois, Julio. Op. cit. pág. 72.

Y el Código de Minería, en su artículo 6°, dispone:  
"Los desmontes son cosas accesorias de la pertenencia de que proceden, y los relaves y escorias lo son del establecimiento de beneficio de que provienen.

Extinguida la pertenencia, o abandonado el establecimiento, podrá constituirse concesión sobre las sustancias minerales concesibles que los desmontes, relaves o escorias contengan, conjuntamente con las demás sustancias minerales denunciadas que pudieren existir dentro de los límites de la concesión solicitada.

Con todo, no se podrá hacer uso de este derecho si no cuando los desmontes, relaves o escorias se encuentren en terrenos abiertos y francos.

"Cuando los desmontes o los relaves o escorias pasen a estar en la situación prevista en el inciso segundo, y se encuentren dentro de los límites de una pertenencia, accederán a esta.

F. - Las arcillas superficiales, las salinas artificiales, las arenas rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción.

En la anterior legislación estas sustancias, dentro de la clasificación de las sustancias minerales, se encontraban clasificadas como sustancias no concesibles y, dentro de éstas, se consideraba como sustancias no concesibles propiamente tales a las arcillas superficiales y a las sal

nas artificiales..

Y como sustancias reservadas al dueño del suelo, a las rocas, arenas y demás materiales aplicables directamente a la construcción.

En la actual legislación, estas sustancias sufren un cambio radical, ya que no se las considera sustancias minerales.

a) Arcillas superficiales. Según el inciso final del artículo 3° del Código de Minería de 1932, sobre las arcillas superficiales no podía constituirse pertenencia, debiendo entenderse que son las arcillas superficiales, las que como tales, no pueden ser objeto de concesión minera, y no las sustancias denunciables que ellas pudieren contener ni los mantos de arcillas profundos.

Esta disposición tenía como fundamento, el que el legislador quiso evitar la destrucción de los terrenos agrícolas, pudiendo ser así aprovechados por el dueño del suelo, como accesorios o parte integrante del terreno de su dominio.

La Constitución Política de 1980 en el art. 19 N° 24, inciso 6°, excluye de la posibilidad de obtener concesiones mineras a las arcillas superficiales porque son una excepción al dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible que el Estado tiene sobre todas las minas, únicas, sobre las que puede otorgarse concesión. La LOC., en

---

su artículo 3° inciso final, establece que éstas no se consideran sustancias minerales y que se van a regir por el derecho común.

Estas arcillas superficiales pertenecen, por lo tanto al propietario del terreno donde se encuentren, sin necesidad de constituir derechos mineros, pudiendo explotarlas por sí mismo o constituyendo derechos a favor de otro, según el derecho común; o mediante contratos o concesiones administrativas, si el dueño fuere el Estado.

b) Las salinas artificiales. Son depósitos formados por la mano del hombre, con los que se obtiene la sal por medio de la evaporación del agua de mar, de lagos o de ríos salados. Al no ser un depósito natural de sal, no constituyen propiamente minas. El artículo 6° del Código de Minería de 1932, señalaba que el derecho a explotarlas corresponde a los propietarios riberaños, dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta el agua, debiendo aplicarse para este efecto el artículo 651 del Código Civil. Daba derecho exclusivo, sin necesidad de concesión alguna, a explotar las salinas artificiales ubicadas en dichos lugares, a los propietarios riberaños.

La Ley Orgánica Constitucional, agregó a las salinas artificiales en su artículo 3° inciso final, a las sustancias excluidas de derechos mineros, al señalar que no se consideran sustancias minerales, las cuales se regirán por el derecho común. Al respecto el Código de Minería de 1983, en su artículo 13, inciso 2°, establece la misma norma del

Código de Minería de 1932, al señalar que el derecho a explotarlas corresponde a los propietarios riberanos, aplicando las reglas que establece el artículo 651 del Código Civil.

c) Las arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción.

Estas estaban reservadas al dueño del suelo, según el artículo 3°, inciso 2° del Código de Minería de 1932. Comprendía a las arenas, piedras y otros materiales que pueden destinarse a la construcción, sin que para ello necesiten tratamientos especiales previos. Por consiguiente, los materiales que requerían de una preparación para ser usados en la construcción, no se comprendían dentro de esta reserva.

Estas sustancias podían o no ser objeto del derecho minero, ya que el dueño podía:

1) Considerarlas accesorias al suelo sobre el cual ejerce dominio,

2) Constituir pertenencia minera sobre ellas.

La Ley Orgánica Constitucional vigente, las excluye de derechos mineros, al señalar, en su artículo 3°, inciso final que no se consideran sustancias minerales, sino como parte del terreno o predio superficial y, por tanto, se regirán por el derecho común. No pueden ser objeto de concesión minera ni aún en favor del dueño del suelo; por consiguiente no puede separarse del dominio del suelo, previamente

---

te a su separación, el dominio de estas arenas, rocas y demás materiales aplicables directamente a la construcción, como podía hacerse antes.

Sin embargo, la LOC., en su artículo 3° transitorio, contempla la situación de los titulares de pertenencias sobre rocas, arenas y demás materiales aplicables directamente a la construcción, constituidas para otra determinada aplicación industrial o de ornamentación, conforme a los incisos 2° y 4° del artículo 3° del Código de Minería de 1932, que se encuentren vigentes a la fecha de la publicación del Nuevo Código de Minería.

#### SUSTANCIAS NO CONCESIBLES.

En la actual legislación las sustancias minerales no concesibles, lo son, por mandato constitucional (artículo 19, N° 24, inciso 7°) los hidrocarburos líquidos o gaseosos, y, por mandato de la Ley Orgánica Constitucional, el litio. Esta Ley Orgánica a su vez, señala que no son concesibles los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, y los yacimientos ubicados en todo o parte, en zonas declaradas, conforme a la ley, como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros.

Cabe hacer especial mención de la gran minería del cobre, nacionalizada por la Reforma Constitucional de 1971. La Constitución Política de 1980, en su disposición tercera transitoria, dispuso que continuará regida por las normas constitucionales vigentes a la fecha de su promulgación, en

---

re las cuales se encuentra la vigésima tercera disposición transitoria de la Constitución Política de 1925, incorporada a ésta por el DL. N° 1.167, de 1975, en la cual se establece que las concesiones mineras de las empresas nacionalizadas "sólo podrán enajenarse si corresponden a yacimientos que no se encuentren actualmente en explotación por la respectiva empresa nacionalizada o por sus continuadores legales siempre que la enajenación sea previamente autorizada por ley." En cambio, las concesiones sobre yacimientos en actual explotación no pueden enajenarse, salvo reforma constitucional.

Respecto de las sustancias no concesibles: hidrocarburos líquidos o gaseosos, litio, yacimientos de cualquier especie existentes en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y yacimientos de cualquier especie situados en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, el Estado tiene una propiedad pública de la que puede gozar por medio de la explotación que de las minas hagan sus organismos o empresas o mediante concesiones administrativas o contratos de operación, con los requisitos y condiciones que el Presidente de la República fije para cada caso por Decreto Supremo.

En el caso de que el Estado participe en la exploración y explotación de las minas por medio de sus organismos o empresas, no es necesaria la autorización de una ley de quórum calificado, exigida por el art. 19 N° 21, inc. 2°, por que el inc. 10° del N° 24, del artículo 19 es especial y por lo tanto prevalece.

- El Litio. La Ley Orgánica Constitucional lo declara sustancia no susceptible de concesión minera, ya que las reservas chilenas conocidas de litio constituyen aproximadamente el 40% de las reservas mundiales de esta sustancia, además su mercado internacional no es competitivo por la compleja e incipiente tecnología de producción y utilización del litio, por tal motivo es de gran interés nacional que el Estado controle la oferta de esta sustancia, para su negociación en el mercado internacional.

Actualmente se encuentra en pleno desarrollo el proyecto para la explotación del litio en el Salar de Atacama, lugar donde se encuentran las reservas más grandes del mundo actualmente conocidas de este metal, esto es, 4,29 millones de toneladas métricas, que representan el 40% de las reservas mundiales de litio.

La inconcesibilidad establecida constitucionalmente sobre el petróleo y por la Ley Orgánica Constitucional respecto del litio, no significa que, el hecho de que un yacimiento las contenga, obste a que se constituyan concesiones mineras sobre otras sustancias (concesibles) del mismo yacimiento, en razón de que el constituyente se refirió a las sustancias no concesibles que puedan existir en todo yacimiento y no a los yacimientos mismos. De lo contrario, al contener un yacimiento una sustancia no concesible, aun en pequeña cantidad, quedaría de exclusiva exploración, explotación y beneficio por el Estado, con lo cual se afectaría a prácticamente todos los yacimientos existentes, que en su casi totalidad, contienen múltiples sustancias.

---

Por tal motivo la Ley Orgánica Constitucional, en su artículo 16, señala que "la circunstancia de que un yacimiento contenga sustancias no concesibles no obsta a la constitución de concesión minera respecto de las sustancias concesibles existentes en un mismo yacimiento".

Pero esto no significa que la constitución de dichas concesiones mineras afecte los derechos que el Estado tiene respecto de las sustancias no concesibles que se extraigan. Al respecto la LOC., en su artículo 16, inciso 2°, señala que "la concesión minera no da derecho a su titular para apropiarse de las sustancias no concesibles, con presencia significativa dentro del producto minero apropiable. El Estado tomará posesión de ellos con arreglo a lo dispuesto en el Código de Minería".

El Código de Minería, en su artículo 9°, regula esta situación: el concesionario que encuentre sustancias no concesibles con motivo de la exploración, la explotación o el beneficio de las sustancias procedentes de su pertenencia, deberá:

1) Comunicar al Estado dicha circunstancia; en el caso de hidrocarburos líquidos o gaseosos, deberá hacerlo al Ministerio de Minería y, tratándose del litio, a la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

2) El Estado podrá exigir a los productores que separen de los productos mineros (o sea, de toda sustancia mineral ya extraída, aunque no haya sido objeto de beneficio,

según el Código de Minería, artículo 12, inciso 2°), la parte de las sustancias no concesibles que tengan presencia significativa en el producto, es decir, que sean susceptibles de ser reducidas o amparadas desde un punto de vista técnico y económico, esto es, cuando el mayor costo total que impliquen su recuperación mediante procedimientos técnicos de probada aplicación, su comercialización y su entrega, sea inferior a su valor comercial, para entregársela al Estado o para enajenarla por cuenta de él.

3) El Estado deberá:

- a. Reembolsar, antes de la entrega, los gastos realizados por el productor para efectuar la reducción y la entrega.
- b. Costear las modificaciones y las obras complementarias que fuere necesario realizar para operar la reducción o separación en el país, y
- c. En el mismo caso, pagará las indemnizaciones de los perjuicios ocasionados con motivo de la realización de las mencionadas modificaciones y obras complementarias. Estas últimas obras serán de propiedad estatal.

4) Establece una presunción de derecho en favor del productor, ya que mientras el Estado no formule la exigencia de separar de los productos mineros las sustancias no concesibles con presencia significativa, se presumirá de derecho que las sustancias no concesibles contenidas en los productos mineros respectivos no tienen presencia significativa en

ellos. (artículo 9°, inciso 2° del Código de Minería).

- Sanciones al productor si no comunica al Estado la presencia de sustancias no concesibles:

1) Impone a los productores una multa a beneficio fiscal, hasta por el valor de mercado de los productos, la que será aplicada por el Juez respectivo con arreglo a las normas del artículo 11 (artículo 9, inciso 4° Código de Minería).

2) Si se enajenaron las sustancias no concesibles, cuya entrega fue exigida por el Estado, el monto de la multa será en todo caso, la cuarta parte del valor de las sustancias enajenadas, sin perjuicio de la obligación de entregarle (al Fisco) su precio sin deducción alguna. (artículo 9°, inciso 5°, Código de Minería).

- Declaración de zona de importancia para la seguridad nacional y yacimientos mineros situados en aguas marítimas de jurisdicción nacional.

Son declarados no concesibles por el inciso 10°, del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política y por la Ley Orgánica Constitucional en su artículo 3°, los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros y respecto de los cuales no preexistiere concesión minera constituida. Su exploración, explotación o beneficio se pue

den efectuar directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos de operación. Esta misma norma rige para los yacimientos de cualquier repecie situados en aguas marítimas de jurisdicción nacional.

La declaración de importancia para la seguridad nacional, que acarrea la no concesibilidad, no afecta a los derechos de concesiones mineras vigentes, ya que de lo contrario, importaría una violación al derecho de propiedad que constitucionalmente se asegura sobre ellos, pues se estaría privando de su libre ejercicio por una vía extraña a la expropiación.

Por esta razón la Disposición 2<sup>a</sup> Transitoria Constitucional y la Ley Orgánica Constitucional en su artículo 1<sup>o</sup> transitorio, señalan que: las concesiones mineras vigentes a la fecha de entrada en vigor del nuevo Código de Minería, subsistirán bajo el imperio de este, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código.

Esta disposición tiene por objeto no darle carácter retroactivo a la declaración de no concesibilidad y con ello permitir al concesionario su derecho a extraer todas las sustancias concesibles a la fecha de su constitución judicial y de hacerse dueña de las que extraiga.

En este mismo sentido el inciso 4<sup>o</sup> del artículo 3 de la LOC. al señalar las sustancias minerales no suscepti-

bles debles de concesión minera, exprese: "..., sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional."

La declaración de una zona como de importancia para la seguridad nacional, no significa que todas estas declaraciones afecten o impidan los derechos mineros en particular, de ser así la autoridad sería reticente a formular dicha declaración por constituir un obstáculo para la actividad minera privada. Una zona puede ser de importancia para la seguridad nacional, y a juicio de la autoridad que la declara no ser necesario impedir la constitución de nuevas concesiones mineras, en razón de las circunstancias que aconsejarán hacer dicha declaración, permiten la constitución de nuevas concesiones mineras que no dañarían los fines que se tuvieron presentes para hacerlo.

Por esta razón la LOC. establece que la declaración legal de una zona de importancia para la seguridad nacional y que produce los efectos de impedir la constitución de nuevas concesiones mineras de exploración y de explotación deberá señalar expresamente esta circunstancia. Así la LOC. dice claramente: "de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros". Sin que por ello afecte de manera alguna a las concesiones mineras de exploración y explotación constituidas válidamente en esa zona con anterioridad a dicha declaración.

Tanto el artículo 19 N° 24, inciso 10 de la Constiti

tución Política, como el Código de Minería, artículo 8°, es establecen, que los yacimientos de cualquier especie existentes en aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional, la exploración, explotación o el beneficio de estos podrá ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije para cada caso concreto por Decreto Supremo.

Cabe tener presente la especial facultad que tiene el Presidente de la República de poner término en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

---

C A P I T U L O   T E R C E R O

ANALISIS DEL ARTICULO 19 N° 24, DE LA CONSTITUCION DE 1980

Dominio Minero.

El problema fundamental para determinar los alcances de la legislación minera, surge de la cláusula interrogante planteada desde antiguo, ¿a quién pertenecen en su origen los yacimientos mineros?

Esta interrogante ha sido resuelta de muy diversas formas a través del tiempo.

Así se señala por algunos autores, que nuestra legislación positiva contenida en el artículo 591 del Código Civil y en el artículo 1, 2 y 3 de los Códigos de Minería de 1888 a 1932, reconocían al Estado un dominio eminente sobre las minas y a los particulares la propiedad de ellas, dominio eminente del Estado que constituye sólo una emanación de la soberanía, y en que se otorgaba las minas en propiedad

---

a los particulares, con facultad de usar, gozar y disponer de ellas, quienes contaban con la garantía del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política.

Este sistema, según los autores, explicaba en forma invariable el dominio minero en nuestra legislación desde la aplicación de las Ordenanzas de Nueva España, y que el comentarista de las ordenanzas de minas del siglo XVIII, don Francisco Javier de Gamboa denominaba "alto dominio que radicado en la corona, permitía a ésta conceder las minas en propiedad y posesión". El Título V de la "Ordenanza de Minería de Nueva España", se refirió a la propiedad minera del siguiente modo: Artículo 1°. "Las minas son propias de mi Real Corona, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la Ley 4° Título 13, libro 6° de la Nueva Recopilación".

Artículo 2°. "Sin separarlas de mi Real patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda, o de cualquier otra manera enajenar el derecho que en ellas les pertenezca en los mismos términos que lo posean, y en personas que puedan adquirirlo".

Artículo 3°. "Esta concesión se entiende bajo dos condiciones: La primera, que hayan de contribuir a mi Real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda que hayan de labrar y disfrutar las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falta el cumplimiento de aquellas en que así se

previniere y puedan concedérsele a otro cualquiera que por este título las denunciare".

En síntesis, este dominio radical o eminente del Estado sobre las minas era entendido sólo como una expresión de la soberanía que radican en el Estado, por lo cual no tenía este último el Jus utendi ni fruendi sobre las minas, sino que sólo una facultad para otorgar los más amplios derechos a aquéllos que hubieran cumplido con los requisitos legales exigidos.

En el año 1971, la Ley 17.450 reformó la Constitución de 1925, nacionalizando la Gran Minería del Cobre, a partir de esta Reforma se reconoce al Estado un dominio "absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible" sobre todas las minas. La historia fidedigna del establecimiento de la ley nos indica que el propósito de la Reforma Constitucional del año 1971, fue el "dejar establecido clara y definitivamente, que el derecho que el Estado tiene sobre las minas, covaderas, arenas metalíferas, salares y depósitos de carbón e hidrocarburos, es un perfecto derecho de propiedad o dominio, con todas las características de la esencia y de la naturaleza del mismo, de modo que los particulares no han podido adquirir sobre esos bienes sino los derechos específicos comprendidos en los términos de la respectiva concesión denominada pertenencia". (6)

---

(6).- Mensaje del ejecutivo, con que inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925.

El Estado tiene un perfecto derecho de propiedad o dominio, tiene derecho de uso, goce y disposición en los términos que la Constitución Política establecía, es decir, disposición no en el sentido de transferir el dominio, sino de otorgar concesiones.

Esta Reforma, alteró además en su articulado permanente la naturaleza de los derechos mineros, razón por la cual fue necesario que su Disposición 16° transitoria, estableciera que los titulares de estos derechos seguían regidos por el Código Minero vigente, hasta que se dictare uno nuevo que conformara sus normas con los preceptos constitucionales.

Sin embargo, no se dictó la ley que haría realidad la Reforma Constitucional, por lo que siguió rigiendo el Código de Minería de 1932.

La Constitución Política de 1980 mantuvo el concepto de dominio patrimonial del Estado, en iguales términos que el texto reformado de la anterior Constitución. Así el Inciso 6° del N° 24 del artículo 19, prescribe: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, los depósitos de carbón e hidrocarburos, y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para el beneficio de dichas minas".

---

Características.

La expresión verbal "tiene" que el texto constitucional emplea, está en tiempo presente del modo indicativo y significa: hoy, ayer, mañana y siempre, o sea, que tuvo, tiene y tendrá.

- a) Tiene el dominio absoluto: es un dominio que no tiene limitaciones, es un derecho sobre las minas que no está sujeto a relación ni dependencia. Comprende todas las facultades que un individuo puede tener respecto de un objeto, sin perjuicio de lo dicho sobre la facultad de disponer (que se limita al otorgamiento de concesiones).
  - b) Es un dominio exclusivo: es el Estado y nadie más el dueño de las minas, y que excluye a todo otro como dueño especialmente al propietario del suelo en cuanto a tal.
  - c) Es un dominio inalienable: el Estado no puede enajenar el yacimiento, lo conserva permanentemente, tanto respecto de las minas otorgadas en concesión minera cuanto respecto de las no concedidas y también de las que se descubran en el futuro.
  - d) Es un dominio imprescriptible: no se pierde por el solo transcurso del tiempo, ni la posesión por tiempo inmemorial permite adquirir dominio sobre las minas. Los particulares ni el dueño del suelo pueden adquirir derechos mineros, ni menos la propiedad, por la sola posesión material.
-

Este dominio del Estado tiene por objeto "todas las minas". El derecho del Estado recae sobre un objeto meramente determinable, esto significa que mientras las minas no sean descubiertas no es posible determinar su composición, valor, importancia y ubicación, razón por la cual el Estado tiene un derecho general y permanente sobre la riqueza minera que le permite explorarla, explotarla y otorgar derechos exclusivos para buscarla y explotarla a particulares.

Este dominio que la Constitución Política atribuye al Estado, no es el dominio patrimonial civil de que trata el Código Civil, si así fuere, el Estado estaría facultado para enajenar las minas a cualquiera persona natural o jurídica, incluso podría transferirlas a otro Estado.

El dominio del Estado es un dominio público, lo que lo diferencia del dominio privado o civil, esto significa que sobre la mina un particular puede obtener su concesión derecho que le va a pertenecer en régimen de propiedad privada constitucionalmente amparada; sin perjuicio del dominio patrimonial del Estado sobre todas las minas.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre las minas?

En relación al dominio del Estado sobre las minas consagrado en la actual Constitución, se han formulado algunas interpretaciones que son contrarias al dominio patrimonial del Estado contemplado en la Constitución.

---

En opinión del ex-ministro de Minería Sr. José Piñera E. en el Informe Técnico de que es autor y que acompañó al Mensaje con que se sometió el proyecto de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras a la aprobación de la Junta de Gobierno, califica el dominio del Estado como un dominio subsidiario. En este sentido, el derecho del Estado sobre las minas se calificaría de dominio tanto para mantener una relación excluyente de toda pretensión que no se funde en una concesión constituida, como para reintegrar al dominio es tatal los atributos que otorga la concesión una vez que ésta se extingue, para los efectos de dejarlos disponibles en la medida que las sustancias pertinentes concesibles a las nuevas concesiones que los particulares puedan constituir. (7)

Este Toría ha sido desechada por don Jorge Precht P., por ser sólo una ficción jurídica que no tendría asidero en la Constitución. (8)

Otra opinión dada sobre esta materia, es la del actual Ministro de Minería don Samuel Lira O., para quien el do minio del Estado sería una especie de tuición sobre la riqueza minera. Opinión que también es contraria al dominio patrimonial del Estado sobre todas las minas.

En mi opinión, la naturaleza jurídica del dominio del Estado sobre todas las minas, es un dominio patrimonial

---

(7).- Piñera E. José. "Legislación Minera. Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras", pág. 34, Stgo. 1982.

(8).- Precht P. Jorge. "Las interpretaciones de la Constitución de 1980 en lo referente al dominio del Estado sobre las minas y la concesión."

que se consagra con rango constitucional a partir de la Reforma Constitucional de 1971 y que mantiene en iguales términos la actual Constitución en el inciso 6° del N° 24 de su artículo 19.

Separación de los derechos del dueño del terreno superficial de los derechos mineros.

La Constitución de 1980 en su artículo 19, N° 24, inciso 6°, establece al igual que el artículo 591 del Código Civil, que el Estado tiene el 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 situados. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

El ordenamiento jurídico se ha visto en la necesidad de crear normas especiales que rijan la actividad minera, con el objeto de incentivar los descubrimientos de los yacimientos mineros, que por regla general, se realizan por personas que no son los dueños del terreno superficial, y que de no existir una norma especial, dichas minas pertenecerían según el derecho común aplicando las normas de la accesión al dueño del suelo.

Se establece de esta forma una clara separación entre los derechos sobre las minas y el derecho del propietario del suelo donde ellas se encuentran.

---

Si el ordenamiento jurídico no contemplará esta separación, no se podría reconocer directamente derechos anteriores al descubrimiento, como las facultades de catar y cavar y de explorar, o posteriores a éste, como lo es el derecho de explotación y apropiación de las sustancias minerales a personas distintas del dueño del suelo.

Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras.

El artículo 19 N° 24, inciso 7°, de la Constitución Política de 1980 señala que "Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquéllas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación.

Esta "ley" a que hace alusión este inciso, a la cual quedó entregada la misión de establecer la naturaleza precisa de la concesión minera, ha sido objeto de discusiones, en cuanto a si se refiere a una ley simple o a una Ley Orgánica Constitucional.

Se señala que no fue la intención del redactor del inciso 7° del N° 24, el entregarle dicha misión a la LOC., quién a esa fecha ignoraba la existencia de leyes orgánicas.

Esta discusión acerca de si la ley a que se refiere este inciso 7° en la parte referente a la determinación por parte de esta, de qué sustancias son susceptibles de concesión minera de exploración y de explotación, tenía el carácter de ley simple o ley orgánica constitucional, fue resuelta

---

por sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de Noviembre de 1981.

El Tribunal Constitucional determinó que se trata de una ley orgánica constitucional, porque se desprende de la estructura gramatical que se trata de una sola ley, es decir que una sola ley debe regular todo lo expuesto en el inciso.

El argumento de fondo, es que sería extraño que las características de las concesiones mineras se establecieran por una Ley Orgánica Constitucional y que el objeto sobre el que recae el derecho, las sustancias minerales, fuera establecido por una ley simple. Puesto que donde existen mismas razones deben existir las mismas disposiciones.

La sentencia del Tribunal Constitucional señaló que la determinación de las sustancias que pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, es de la competencia de la Ley Orgánica Constitucional.

En su considerando 2º expresa: "Que interpretar la ley separando las distintas oraciones de un mismo precepto, prescindiendo de su correspondencia y armonía, no se aviene con clásicos principios de hermenéutica jurídica". Como bien lo ha dicho la Corte Suprema: "el sentido de una ley no resulta de un precepto considerado aisladamente."

- El requerimiento del Tribunal Constitucional se fundó en lo siguiente:

---

"Que el inciso 7 del N° 24 del artículo 19, estatuye la dictación de dos leyes diferentes: una para determinar las sustancias objeto de concesiones, la que tendría el carácter de común y otra diferente que debe versar sobre el régimen legal por el que deben regirse las concesiones mineras, teniendo sólo esta última la calidad de Ley Orgánica Constitucional. Esta distinción se funda en que el inciso en referencia trata separadamente ambas materias en distintas oraciones: la primera, versa sobre las sustancias concesibles, sin calificar la calidad de la ley que las debe regir. La segunda oración se refiere al régimen legal de las concesiones y sólo allí se especifica que esta ley tendrá el carácter de Orgánica Constitucional.

Se impugna la teoría anterior basándose en que la redacción del citado inciso séptimo revela una completa unidad y que un análisis del mismo inciso lleva a considerar que sus distintas oraciones se están refiriendo a una sola ley, que tendría el carácter de orgánica constitucional.

Esta última posición fue la que predominó, ya que el Tribunal Constitucional, señaló: "que la determinación de las sustancias que pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos es de competencia de la Ley Orgánica Constitucional.

Cabe señalar que la primitiva redacción del inciso 7°, no le daba carácter de ley orgánica ni aún a las que iban a regular las concesiones, eso fue agregado después.

Por lo demás se critica que esta materia sea regulada por una ley orgánica constitucional, porque la clasificación de las sustancias minerales se hace con el conocimiento que de ellas se tiene en ese momento. Sin embargo, un descubrimiento u otro hecho, puede aconsejar cambiar de situación a una sustancia. Una ley rígida como la orgánica - lo dificulta.

#### Forma de constitución de las concesiones.

El inciso 7° del artículo 19 N° 24, señala que la constitución de los derechos mineros debe hacerse por medio de una resolución judicial, sin especificar la clase de tribunal competente para dicha materia, como lo hizo en el inciso 8° al entregar a la competencia exclusiva de los Tribunales Ordinarios de Justicia, las controversias relativas a la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión.

La LOC. en su artículo 5°, inciso 1°, especifica que los Tribunales competentes para la constitución de concesiones mineras son los Tribunales Ordinarios de Justicia, excluyendo de tal forma la intervención de Tribunales Especiales.

Las concesiones mineras se constituyen mediante procedimiento seguido ante los Tribunales Ordinarios de Justicia "sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona". Esta disposición persigue evitar cualquier arbitrariedad en la constitución de la concesión minera. En consecuencia la forma de entregar el derecho de concesión a los parti-

---

culares, no va a ser por vía administrativa, sino por medio de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Toda persona puede por lo tanto, adquirir a cualquier título concesiones mineras o cuotas en ellas, sobre las sustancias que la LOC. determina. Esta misma ley, establece una preferencia en favor del descubridor, para incentivar de esta forma los descubrimientos mineros, dado que el descubrimiento constituye un germen de derecho, reconociendo así, el esfuerzo, dedicación y trabajo invertidos en esta importante actividad exploratoria, primera fase de la industria minera.

Sólo se exceptúan aquellas personas que señala el Código de Minería, que, por ejercer ciertos cargos o funciones, intervienen en el procedimiento de constitución de las concesiones mineras.

Al desaparecer la discrecionalidad de la concesión administrativa, el interesado goza del derecho de obtener la concesión minera, el cual se ejerce ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, y que no le puede ser negado si cumple con los requisitos que la ley señala.

- Duración de las concesiones mineras.-

El artículo 19 N° 24, inciso 7°, señala que la concesión tendrá la duración que la ley exprese.

En relación a la duración se planteó el siguiente problema ¿acaso podría o no existir una conceción de duración

---

indefinida?

Algunos señalaron que si se habla de duración, se entiende que debía haber un plazo determinado.

Otros pensaron que la duración podría ser definida o indefinida, puesto que "duración" significa permanencia en el tiempo. Además la palabra "plazo" implica que puede ser determinado o indeterminado.

Este punto controvertido fue motivo de un requerimiento al Tribunal Constitucional, solicitándole su opinión, acerca de si se vulnera algún precepto constitucional, mediante la disposición discutida durante la tramitación de la LOC. sobre concesiones mineras.

- Requerimiento.

El artículo 17 de la LOC., establece que las concesiones de explotación tendrán una duración indefinida.

Se impugna esta disposición por considerarla inconstitucional, en atención a que vulneraría los principios del inciso 6° del artículo 19 N° 24 de la Constitución, que consagra para el Estado el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible sobre las minas, pues otorgar concesiones de explotación de duración indefinida sobre una cosa agotable -como una mina- importa transferir el dominio de la cosa misma, lo que se opone al carácter "exclusivo" e "inalienable" del dominio del Estado.

Se controvierte la tesis anterior sosteniendo que estos principios sin vulnerarlos, están constitucionalmente limitados por la institución de la concesión minera. Consideran que si la Constitución establece que la LOC. debe determinar su duración esta facultad le permite hacerlo indefinidamente, pues este concepto es de mayor amplitud que el plazo.

- El Tribunal Constitucional resolvió:

Que el proyecto de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras en su artículo 17, cumple con la obligación que le impuso la Carta Fundamental, ya que por expresa disposición de dicho precepto éste rige sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 18, el que con relación al régimen de amparo de la concesión que el proyecto establece y que consiste en el pago anual anticipado de la patente fiscal, prescribe textualmente en lo pertinente: "Las concesiones mineras caducan extinguiéndose el dominio de los titulares sobre ellas: a) por resolución judicial que declare terreno franco, si no hubiere postores en el remate público del procedimiento judicial originado por el no pago de la patente".

Que en consecuencia no puede sostenerse que el citado precepto del artículo 17 sea inconstitucional y que atente contra las características del dominio del Estado sobre las minas y, especialmente la de su inalienabilidad, porque ha sido la propia Constitución la que, por razones de interés público, establece el derecho a explorar y explotar las sustancias mineras que en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional respectiva pueden ser objeto de concesión y la que además,

determina la duración de este derecho, vinculándola al cumplimiento del régimen de amparo que por mandato de aquélla dicha ley establece."

Luego cuando la Constitución habló de "duración" quiso referirse a otra cosa que a la "caducidad" que menciona a continuación.

La LOC. en su artículo 17 establece que la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a 4 años; y la de explotación tendrá una duración indefinida.

La LOC., establece que la concesión de exploración no podrá ser superior a 4 años, por su parte el Código de Minería en su artículo 112 señala: que la duración de la concesión de exploración será de dos años contados desde que se dicte la sentencia que la declare constituida.

Antes de expirar el período de dos años, el concesionario de exploración podrá solicitar, por una sola vez, su prórroga por otro período de hasta dos años, contado desde el término del primero y siempre que en la solicitud haga abandono de, a lo menos, la mitad de la superficie total concedida. El objeto de fijar su duración en dos años, renovables por otros dos, es compeler al concesionario a explorar, obligarlo a explorar.

La razón que se tuvo para señalar que la concesión de exploración tenga una duración no mayor de dos años, susceptible de ser renovada por igual período por una sola vez,

---

cumplimiento con los requisitos que establece el Código de Minería, es que la exploración es una actividad que tiene la característica de ser esencialmente transitoria, y por lo tanto la exclusividad que confiere a su titular de hacer dentro de los límites de ella calicatas y otras labores de exploración, no debe en caso alguno, negar la posibilidad a otros de efectuar a futuro labores de exploración, cuando por cualquier motivo el concesionario de exploración no pueda realizar en todo o parte dichas labores.

En cuanto a la concesión de explotación se siguió con la tradición del derecho minero chileno, en que las pertenencias mineras siempre han tenido duración indefinida, sujetas al cumplimiento del amparo. La razón que se tuvo en cuenta para darle este carácter de indefinida, es debido a que los proyectos mineros requieren de grandes inversiones, y las cuales se van a amortizar en períodos más o menos largos de tiempo, por lo demás la explotación minera requiere de continuas y grandes inversiones, por tal motivo si se estableciese un plazo, sería anti conducente por cuanto nadie haría más inversiones de aquéllas que pueda amortizar en el tiempo de duración de la concesión, además la explotación minera no se haría en forma racional, porque se produciría el floreo de la mina, es decir con la cercanía de la llegada del plazo, se trataría de obtener la mayor utilidad posible sacando los trozos de mineral más ricos y de más fácil extracción.

Sin embargo, tomando en consideración las razones antes expuestas, perfectamente se podría establecer un tiempo largo de duración -25 o 30 años, si el concesionario hubiese

hecho una explotación racional.

DERECHOS Y OBLIGACIONES.

La Constitución Política en su artículo 19, N° 24, inciso 7° , deja entregada a la Ley Orgánica Constitucional, el establecimiento de los derechos y obligaciones.

Derechos comunes a ambos concesionarios.

1) Facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión, en conformidad a la LOC. y a las limitaciones contempladas en el Código de Minería.

2) Facultad del concesionario de exploración de hacer suyos los minerales concesibles que necesite extraer con motivo de las labores de exploración e investigación, y del concesionario de explotación de arrancar, extraer y apropiarse y disponer de las sustancias concesibles comprendidas dentro de los límites de su concesión (artículo 10 N° 3 y II N° 2 LOC.)

3) Según la especie de concesión de que se trate, só lo desde que quede constituida el titular podrá efectuar los trabajos que estime necesarios para la exploración y en su caso también para la explotación de la mina, artículo 107 del Código de Minería.

4) Derecho a ser indemnizado en caso de expropiación,

---

por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado. (artículo 10 N° 4 y artículo 11 N° 3, LOC.)

5) Defender la concesión por todos los medios que le franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares. (artículo 9 LOC.)

6) Impetrar del juez competente las medidas convenientes a la conservación y defensa de su concesión (artículo 8 LOC., artículo 109 Código Minería).

7) Tienen derecho al aprovechamiento de las aguas que en su favor establezca la ley, halladas en las labores de su concesión, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración de explotación y de beneficio que puedan realizar. (artículo 8, inciso final LOC. y artículo 110 del Código de Minería).

#### Las obligaciones de los concesionarios mineros.

La obligación más importante es desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento (de la concesión). Esta actividad es "explorar" (en la de exploración) y "explotar" (en la de explotación).

El régimen de amparo es por lo tanto un medio para obtener el cumplimiento de esa obligación de explorar y explotar.

El artículo 19 N° 24, inciso 7° de la Constitución Política señala que: "el régimen de amparo será establecido por la LOC. y tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento por parte del dueño de la concesión minera, de la obligación de desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento".

Don Carlos Ruiz Bourgeois en Actas del proyecto Ortuzar, sesión 181, 13-I, página 3, expresa: "que la palabra actividad puede ser entendida en forma amplísima y al hablar de "actividad" se entiende por tal aquella que conduzca a hacer producir. Ahora bien, se habla de "actividad" para satisfacer la función social del dominio y se hablade "régimen de amparo", porque se entiende que es un sistema complejo, y se busca la expresión que explique que este régimen debe tender, directa o indirectamente, tiende a esa actividad. Esto significa que ello quiere dejar expreso testimonio que la patente es un sistema que, indirectamente tiende a esa actividad".

Esta obligación dice relación con la función social de la propiedad. La concesión minera no da el derecho de "no hacer", la función social recae sobre el concesionario en cuanto es propietario de la concesión, ya que la concesión es un derecho real e inmueble oponible a cualesquiera persona, por lo tanto obliga a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. El régimen de amparo tenderá directa o indirectamente a lograr este objetivo.

Algunos pensaron que con la palabra "interés público". se entendía el amparo por el trabajo, es decir, la obligación permanente de que hubiera actividad minera, por lo cual el objetivo de satisfacer el interés público, se obtendría indirectamente exigiendo cuotas mínimas de producción.

Otros pensaron que con esta frase se estaba dejando a criterio del legislador, la clase de amparo que debía establecerse.

La Ley Orgánica Constitucional estableció como única forma de amparo, el pago de una patente anual y anticipada, de esta manera la vigencia de la concesión no queda limitada a un tiempo determinado, sino sujeta al evento de perderse en caso de no cumplir con el amparo. Pero la Constitución habla de "causales de caducidad para el caso de incumplimiento" (del requisito de amparo). En plural: dos o más causales de caducidad por desamparo. La Ley Orgánica Constitucional establece sólo una por consiguiente no cumple con la Constitución.

El régimen único de amparo contemplado en la LOC. se fundamenta en lo siguiente: "que el régimen de amparo por el trabajo no satisface el interés público, por cuanto obliga a mantener constantemente en operación un yacimiento, incluso en circunstancias económicamente desventajosas, por lo demás la forma de control técnico de su cumplimiento, implicaría un grado de discrecionalidad administrativa que provocaría inseguridad al concesionario, por la posible arbitrariedad de los funcionarios encargados de hacerlo."

---

Por tal razón se estableció el amparo mediante el pago de una patente anual, puesto que resulta un medio indirecto y justo desde el punto de vista del Estado y de los particulares. Por cuanto según la LOC., se establece la imputabilidad de lo pagado por patente a los impuestos que deriven de la actividad minera en la pertenencia, lo cual, incentivará a los concesionarios a trabajar las minas, para lograr un nivel de actividad que produzca rentas e impuestos de los cuales se pueda deducir la patente.

Esta es la manera indirecta de obtener el cumplimiento de la obligación de desarrollar actividad; si no la cumple, soporta la patente.

- Críticas al sistema de amparo mediante el pago de patente.

Se fundan en que el concesionario no queda sujeto a la obligación de trabajar efectivamente la mina, sino que solamente está obligado al pago de una patente, lo que evidentemente no fomentaría en nada a la industria minera chilena y por consiguiente no se estaría cumpliendo con la función social de la propiedad, que obliga a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento, siendo esta obligación una limitación a la propiedad de la concesión impuesta por la Constitución Política.

Se cuestiona si el amparo por la patente tiende de un modo indirecto a obtener el desarrollo por el concesionario de la actividad necesaria para satisfacer el interés público

---

blico que justifica su otorgamiento. Al respecto don Jorge Precht Pizarro, en Anexo Gaceta Jurídica, diciembre de 1983, pág. 14, expresa: "que el adjetivo necesario califica el nivel de la actividad, porque no cualquier laboreo basta, sino el de un nivel o calidad que justifique el otorgamiento de la concesión, satisfaciendo el interés público."

Sin embargo cabe tener presente que el sistema de producción mínima es de difícil aplicación, porque, para ser justo, requiere que sea proporcional a la importancia del yacimiento, y esto, hace necesaria una cubicación previa, que no soporta la gran mayoría de las minas chilenas.

- Caducidad o extinción del dominio sobre la concesión.

La Constitución Política establece que el incumplimiento del amparo da origen a la aplicación de causales de caducidad (en plural), y le entrega a la LOC. el establecimiento de las causales de caducidad para el caso de incumplimiento de los requisitos de amparo sobre la concesión.

La LOC., en sus artículos 12, inciso 2° y 18, inciso 1°, letra a), establece que los concesionarios mineros que no cumplan con el pago de patente serán objeto de la sanción consistente en la caducidad de ellas. Al respecto, el Código de Minería en su artículo 146 señala, que "si el concesionario no paga la patente en el plazo que fija este Código, se iniciará el procedimiento judicial para sacar la concesión a remate público"; y en todo caso, "la ejecución de la obligación de pagar la patente sólo podrá perseguirse

sobre la respectiva concesión".

Si en esta subasta la concesión es adjudicada a otra persona, se produce su transferencia forzada, pero, si no hay postores en el remate, el Juez declarará franco el terreno y se producirá la caducidad de la concesión, es decir su extinción por incumplimiento de los requisitos exigidos para su subsistencia al originarse el título (LOC. art. 18, letra a) y artículo 155 del Código de Minería).

Por lo tanto, del dominio de la concesión minera es condicionada en su vigencia al cumplimiento del sistema de amparo establecido.

Cabe tener presente que la Constitución Política establece que las causales de caducidad para el caso de incumplimiento del amparo, al igual que las de simple extinción del dominio sobre la concesión, y sus efectos, deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión (para que afecten a la concesión otorgada bajo dicha condición). O sea, los nuevos requisitos de amparo que establezca la ley, no tendrán efecto retroactivo para las concesiones ya otorgadas.

- Extinción de las concesiones mineras.

Las concesiones mineras se extinguen:

- a) Por declaración de terreno franco, por falta de amparo, como está dicho.

- b) Por renuncia de su titular, artículo 18, inciso 3°. LOC. y artículo 162 del Código de Minería.
- c) Por no requerir la inscripción de la sentencia constitutiva dentro de los 120 días a la fecha de la sentencia de primera instancia o del "cúmplase" de la segunda instancia. (LOC. inc. 1°, letra b) y art. 4° del Código de Minería).
- d) La de exploración, por infracción del artículo 13 LOC. y 115 del Código de Minería. (Artículo 161 Código de Minería).
- e) También se pierde el dominio por expropiación.

- Controversias producidas respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión.

Su conocimiento es de competencia exclusiva de los Tribunales Ordinarios de Justicia, y en el caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la Justicia la declaración de subsistencia de su derecho. Esta última parte del precepto no tiene aplicación práctica (salvo el artículo 243 del Código de Minería, respecto de concesiones otorgadas antes de la vigencia de éste).

- Causales de extinción de las concesiones mineras.

- a) El artículo 160 del Código de Minería señala, que la concesión minera caducará, si la sentencia constitutiva no

es requerida dentro del plazo establecido en el artículo 89, en tal caso, cualquiera persona podrá solicitar al Juez, que ordene cancelar las inscripciones que se hayan practicado.

- b) El Juez deberá declarar franco el terreno y ordenar la cancelación de las correspondientes inscripciones, cuando el titular de la concesión de exploración establezca, por sí o por interpósita persona, explotación minera en ella o convenga con cualquiera otra persona que efectúe dicha explotación. Para estos efectos se entiende que se establece explotación minera cuando se arrancan sustancias minerales con ánimo de lucrar con ellas. (artículos 161 y 115, inciso 1 y final del Código de Minería).
- c) Si el concesionario renuncia a su concesión minera, está renuncia deberá hacerse por escritura pública y se perfeccionará por la cancelación de las respectivas inscripciones ordenadas por el Juez competente.

- Garantía Constitucional: "derecho de propiedad".

El inciso 9° del artículo 19 N° 24 señala: "El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número". De este inciso se concluye que el derecho de propiedad sobre la concesión minera es una de las especies de propiedad sobre bienes incorporales que, de acuerdo al inciso 1° del art. 19 N° 24, se encuentra protegida por la garantía constitucional del derecho de propiedad. Y de esto se desprende que,

---

si bien el concesionario no es dueño de la mina, sí lo es de su derecho de concesión y, por lo tanto, puede disponer libremente de ella, o sea, venderla, donarla, arrendarla, etc.

Esta garantía constitucional con que la concesión minera se encuentra protegida, es lo que la diferencia en forma trascendente de las demás concesiones.

Esta garantía constitucional de la cual goza el titular de la concesión, se extiende por consiguiente a las facultades que otorga la concesión, las cuales pasan a formar parte del patrimonio del concesionario, no pudiendo ser privado de sus derechos sino en los casos que la ley señala. Uno de estos casos, es la expropiación del derecho de concesión, en virtud de una ley general o especial y por causa de utilidad pública o de interés nacional, siempre y cuando se indemnice por el daño patrimonial efectivamente causado.

Además, queda siempre al expropiado el derecho constitucionalmente consagrado (artículo 19 N° 24, inciso 3°), de reclamar de la legalidad del acto expropiatorio, ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

- Expropiación de las concesiones mineras.

Expropiación: es aquél acto de la administración que en virtud de una ley general o especial y por causa de utilidad pública o de interés general, priva al particular de su derecho de propiedad sobre el bien en que esta recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del do

minio, comensándose la pérdida patrimonial que este acto con lleva, mediante la correspondiente indemnización.

Como consecuencia de estar la concesión minera protegida por la garantía constitucional del derecho de propiedad, ningún concesionario puede ser privado de su derecho si no en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. Por lo tanto, si el Estado expropia la concesión, debe, por mandato constitucional, indemnizar el daño patrimonial que cause mediante este acto.

La LOC. en su artículo II N° 3, establece qué debe entenderse por "daño patrimonial que efectivamente se le haya causado": "consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción de las sustancias que son objeto de la concesión".

Para calcular el valor del daño, a falta de acuerdo, será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Estos para determinar el monto de la indemnización, "establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de las sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión."

- Críticas al sistema de cálculo de la indemnización establecido en la Ley Orgánica Constitucional.

La LOC. impone al Estado, la obligación de pagar

una indemnización completa, ya que la indemnización debe com  
prender el valor de la totalidad del daño patrimonial efec-  
tivamente causado, el cual equivale en el caso de la conce-  
sión de explotación, al valor presente de los flujos netos de  
caja que aquella pueda generar, sobre la base de las reser-  
vas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre.

Se señala que este régimen de indemnización impli-  
caría la enajenación de la soberanía nacional, por cuanto es  
te sistema significa indemnizar al concesionario por el mine  
ral que no es suyo sino del Estado, pues las "reservas de sus-  
tancias concedidas" son la mina misma, de tal forma, para e-  
jercer el derecho a expropiar, el Estado debe pagar anticipa  
damente el valor total del yacimiento hasta su completa ex-  
tinción, con lo cual se menoscaba el dominio patrimonial del  
Estado sobre todas las minas consagrado a nivel Constitucio-  
nal (artículo 19, N° 24, inciso 6°, "El Estado tiene el domi  
nio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de to  
das las minas...").

Al establecerse el dominio patrimonial del Estado,  
el concesionario en caso de expropiación de su derecho a ex-  
plotar, no tendría naturalmente el derecho de recibir una in  
demnización por el valor total de esa riqueza, puesto que es  
contradictorio dar al Estado el dominio patrimonial sobre to  
das las minas y, enseguida, establecer que el minero debe  
ser indemnizado por ese yacimiento que no es de su dominio.  
Por esta razón es injusto reconocer a una persona el derecho  
de recibir una indemnización por el valor total de esa ri  
queza, que puede ser de inestimable valor. Por cuanto la ri

---

queza minera pertenece a la Nación toda y ese minero no ha hecho otra cosa que descubrirla, lo cual le da un derecho que sin lugar a dudas debe ser garantizado con todas las seguridades del caso, para que pueda explorar y explotar su concesión. Pero ello no significa que se le sobreproteja, de modo que se atente contra la soberanía Nacional, estableciendo un sistema de cálculo de indemnización por causa de expropiación, que en definitiva signifique la enajenación del yacimiento, vulnerando de esta forma el principio constitucionalmente contemplado del dominio patrimonial del Estado sobre todos los yacimientos mineros.

Así lo resolvió la Ley 17.450 -aprobada por unanimidad por el Congreso Pleno, al disponer en la 17<sup>a</sup> Disposición Transitoria, letra a), inciso 5°: "Corresponderá al Contralor General de la República determinar el monto de la indemnización que deba pagarse a las empresas nacionalizadas y a sus filiales, conforme a las reglas que se expresan a continuación".

- Forma de exploración, explotación o beneficio de las sustancias no susceptibles de concesión.

El artículo 19, N° 24, inciso 10 de la Constitución Política de 1980, señala: "La exploración, explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la Repúbli-

ca fije para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional".

Estas sustancias no susceptibles de concesión son:

- a) Los hidrocarburos líquidos o gaseosos.
- b) El litio.
- c) Yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, que no tengan acceso por túneles desde tierra. (inc. 2°, art. 3° LOC.)
- d) Yacimientos de cualquier especie situados en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen de importancia para la seguridad nacional, con efectos mineros. (inc. 4°, artículo 3°LOC.)

La exploración, explotación o beneficio de estas sustancias podrá ejecutarse:

- a) Directamente por el Estado.
- b) Por empresas del Estado.
- c) Por medio de concesiones administrativas.
- d) Por contratos de operación.

En cada uno de estos casos, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije

para cada caso por decreto supremo.

En el caso de concesiones administrativas o contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional, el Presidente de la República está facultado para ponerles término en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda.

- Fórmulas establecidas por la Constitución Política para la exploración, explotación o beneficio de sustancias no susceptibles de concesión.

a) Directamente por el Estado.

La Constitución emplea la frase "directamente por el Estado o sus empresas". En ella utiliza la conjunción disyuntiva "o" que implica diferencia, separación o alternativa entre dos cosas o ideas. La Constitución considera posible, explorar, explotar o beneficiar las sustancias inconcesibles, de dos formas distintas:

- que el Estado explote los yacimientos directamente.
- o por medio de sus empresas.

El Estado según la norma constitucional puede explorar, explotar o beneficiar dichas sustancias directamente, es decir, por medio de un Servicio Público estatal existente o creado al efecto. Se trata en este caso de servicios públicos especializados, como el Servicio Nacional de Geología y Minería. También podría ser que el Ministerio de Minería u

otro servicio público adquiriera satélites, mediante los cuales se realizarían labores de prospección que corresponden a la fase de exploración.

b) Empresas del Estado.

Entendiéndose por tales: a un ente descentralizado estatal que cuenta con personalidad jurídica propia y con un patrimonio distinto del Estado mismo.

Esta fórmula es aplicada en la actualidad en Chile con bastante éxito. Estas empresas son por ejemplo: Codelco Chile, en la explotación de la gran Minería del Cobre; Enap, en la explotación del petróleo, Soquimich, en la explotación del salitre y yodo, etc.

c) Concesiones administrativas.

Es un acto típico de la administración para la utilización y aprovechamiento de bienes de dominio público.

Etimológicamente y según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por "concesión" la acción y efecto de conceder, "otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas....". Por su parte "concesión" significa "dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa".

Zanobini, define la concesión como: "el acto que tiene por objeto conferir a una o más personas extrañas a la

administración, nuevas capacidades o nuevos poderes y derechos con los cuales queda amplificada su esfera jurídica". (Zanobini Guido, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 334).

La concesión por lo tanto es un acto creador de derechos para el concesionario, es un acto constitutivo de derechos. Se está frente a una concesión administrativa cada vez que cree un derecho para el administrado del que antes carecía.

= Características.

- a) Es un acto discrecional: por cuanto la administración del Estado aprecia libremente la concurrencia de las condiciones de conveniencia y oportunidad que hagan aconsejable su otorgamiento.
- b) Es temporal: porque al recaer sobre bienes de dominio público, si se otorgase a perpetuidad implicaría la enajenación del bien concedido, en este caso específico del yacimiento minero.
- c) Es revocable: puesto que puede ser revocada mediante una decisión unilateral de la autoridad.
- d) Contratos especiales de operación.

Esta fórmula jurídica, que permite la exploración, explotación o beneficio de las sustancias no susceptibles de

concederse, será objeto de análisis de los capítulos siguien  
tes del presente trabajo.

## C A P I T U L O    C U A R T O

---

### LOS CONTRATOS DE OPERACION O DE RIESGO.

#### - Características Generales.

La energía ha sido desde el comienzo de la humanidad, uno de los elementos básicos para alcanzar mayores y eficientes niveles de productividad y de bienestar económico y social, alcanzando en el presente siglo extrema importancia, puesto que mediante ella se moviliza a los diversos sistemas socio-económicos.

En los últimos años ha pasado a ser el problema que ocupa el primer plano a nivel mundial, ya que la constante innovación tecnológica en su utilización, ha incrementado de manera innegable el progreso económico y social.

En la actualidad la necesidad mundial de energía se ha apoyado principalmente en el uso del petróleo, que a-

---

bastece aproximadamente el 65% de las necesidades mundiales de energía.

La crisis energética, que se desencadena en octubre de 1973, con el inicio del aumento del precio del petróleo crudo en el mercado internacional, creció significativamente a partir de octubre de 1973 y hasta enero de 1974. Así, el precio del crudo de Arabia Saudita, que es uno de los crudos "Tipo" que se toman como base en las transacciones del mercado internacional, de US\$ 2,70, en junio de 1973, aumentó de precio a US\$ 9,70, en enero de 1974; es decir, un 259%, agravándose la situación energética con el embargo que aplicaron los países Arabes a Holanda y U.S.A., iniciado en octubre de 1973 y que se prolongó hasta marzo de 1974.

Este incremento de precios llevado a cabo por la Organización de Países Exportadores de petróleo, OPEP, no respondió a aumentos en los costos de producción, sino directamente a una decisión política de transferir recursos de los países desarrollados a los países de la OPEP. (Revista de Economía, año 1981, Alfredo A. Viscontini).

A partir de esta crisis energética, con la cual los países subdesarrollados se vieron especialmente afectados, manifestándose principalmente en un desequilibrio de la balanza de pagos, porque por regla general los países en vías de desarrollo son principalmente importadores de productos complementarios de la producción nacional, productos que se encarecieron como consecuencia de los efectos directos e indirectos que sobre los precios de éstos ejerce el aumento del

---

valor del crudo. Trayendo como consecuencia una política permanente de devaluación, tendiente a restablecer el equilibrio en la balanza de pagos, unido además al constante aumento del nivel de endeudamiento externo, el reiterado deterioro de los términos de intercambio de América Latina, el constante aumento de los precios internacionales de los productos básicos y la recesión inflación que ha afectado el poder adquisitivo del mundo industrializado.

Por estas razones, la explotación y comercialización de los recursos naturales adquirió, desde el impacto causado en la economía mundial y en especial en los países del Tercer Mundo por la crisis del Petróleo, una notable importancia, por cuanto los gobiernos tomaron conciencia de la imperiosa necesidad de lograr de alguna forma una cierta independencia energética, para evitar las nefastas consecuencias económicas de una futura alza. De tal forma, la mayoría de los países se abocó tanto a la búsqueda de nuevos yacimientos petrolíferos, como a la investigación de sustitutos, para lo cual son indispensables factores como: capital, tecnología y materias primas, encontrándose estas últimas, como hidrocarburos, materiales atómicos, carbón, etc., principalmente en los países en vías de desarrollo, y el capital y tecnología, en manos de las grandes empresas multinacionales.

De ahí nació la necesidad de plantear y llevar a la práctica la búsqueda de nuevas instrumentaciones jurídicas destinadas a reglar en forma justa todo lo relacionado con la exploración y explotación de sus recursos naturales.

Se buscaron fórmulas alternativas al tradicional sistema de las "concesiones", mediante el cual se explotaban los recursos naturales, tratando de encontrar aquella que conjugara adecuadamente el interés nacional y los recursos externos, pues los Estados no siempre son partidarios del sistema de las nacionalizaciones, debido a que esta medida trae como consecuencia una falta de confianza del inversionista extranjero, lo cual es grave principalmente para estos países faltos de recursos económicos y tecnológicos, pero ricos en materias primas.

Es así como, principalmente en América Latina, se han ideado nuevas fórmulas jurídicas, en que se compatibiliza de manera justa y conveniente, la cooperación de los gobiernos o empresas latinoamericanas y la inversión extranjera.

Las concesiones para la explotación de los recursos naturales, caracterizados por la transferencia (definitiva o temporal) al concesionario de la propiedad de los yacimientos y de los minerales, y por prolongados plazos de duración (50 o 60 años), y la asociación meramente financiera del Estado al proyecto, materializada generalmente a través del instrumento de las regalías, han ido quedando atrás.

Están siendo paulatinamente reemplazadas por convenios que reciben variadas denominaciones: "contratos de operación", "contratos de servicio", "convenios de producción", "contratos de riesgo", etc., los cuales cubren una amplia gama de cuestiones, ya sea fiscales, cambiarias, aduaneras,

políticas de empleo, esquemas de fiscalización y control, tecnología, retribución, indemnización, etc.

Estos contratos de riesgo, contratos de servicios, convenios de producción surgen como consecuencia, como una nueva fórmula jurídica, aplicable a la ejecución de actividades de exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos.

Dentro de estos contratos existe una gran variedad de fórmulas. según sea la situación política, económica y social de cada país, pero las diferencias entre cada uno de ellos son de carácter más bien formal que de fondo, porque en su esencia se encuentran inspirados por los mismos principios.

Estos contratos han obtenido gran difusión mundial, siendo adoptados por varios países, logrando amplia aceptación legislativa, especialmente en países latinoamericanos como: Perú, pionero en esta materia, Argentina, Chile, Bolivia, Uruguay, Ecuador, etc.

La característica fundamental de este tipo de contrato, es la retención por parte del Estado del control efectivo y la plena propiedad de todo el petróleo que se pueda descubrir, mediante la relación contractual con un contratista, sea este persona natural o jurídica, de derecho privado o de derecho público, nacional o extranjera, incluso un Estado extranjero o una empresa estatal extranjera, para emprender la exploración, explotación y en ocasiones también la co

mercialización en nombre del Estado o de la empresa petrolera estatal, mediante el pago de una cantidad claramente determinada.

Esta nueva fórmula jurídica permite desarrollar en el país las tareas de exploración y explotación sin que las costosísimas inversiones que deben efectuarse, graviten sobre el erario nacional, el que podrá dedicarse a atender otras áreas de inversión. A estos contratos se les ha tratado de dotar de seguridad jurídica y estabilidad económica, en consideración a que por la índole propia de su objeto, son de muy larga duración.

Su gran importancia se funda en que las inversiones en este campo (minería), serían altamente rentables, considerando las riquezas minerales inexploradas de los países de América Latina. Además, hay que tener siempre presente la necesidad siempre creciente de los países industrializados en especial los europeos y Japón, de importaciones de minerales. Esta dependencia de materias primas los obliga a asegurarse un fluido abastecimiento de estas últimas, lo cual determina su preocupación por alentar las inversiones en los países en vías de desarrollo, como un medio de contribuir a asegurar dicho abastecimiento.

Esta necesidad siempre creciente de materias primas ha hecho incrementar el interés de las empresas extranjeras de realizar grandes inversiones en la minería en forma asociada con inversionistas locales o empresas estatales.

Los beneficios para los países en vías de desarrollo son de una gran magnitud, especialmente por las características de la industria minera, puesto que les permite obviar los siguientes problemas:

a) El riesgo inherente a la exploración y explotación minera, que requiere grandes inversiones y equipos, y sofisticada tecnología.

b) Las cuantiosas inversiones que requiere el desarrollo, exploración y explotación de campos petroleros, sobre todo cuando se encuentran en la plataforma continental.

c) La inevitable demora que significaría formar equipos humanos especializados y adquirir tecnologías y todo el material e instrumentos sofisticados que se emplean en estos trabajos.

Un ejemplo claro para explicar la importancia de estos contratos, es el que se refiere al gas natural que se descubre como complemento de las exploraciones petrolíferas. Por lo tanto, deben preverse instalaciones, sea para transportar el gas a los centros de consumo, o sea para reinyectarlo en los yacimientos. La otra alternativa, que no debería utilizarse nunca dada la actual crisis energética, es el venteo o la quema en antorchas.

El contrato de operación ha tenido gran acogida en las legislaciones latinoamericanas, en relación a la exploración y explotación de hidrocarburos.

---

El primer contrato de operación relativo a la explotación y explotación de hidrocarburos, fue suscrito el 22 de junio de 1977, entre Petróleos del Perú (Petroperú, empresa pública del Estado peruano) y la Occidental Petroleum Corporation of Peru (empresa privada de capitales estadounidenses), para operar en la selva norte del país, en terrenos que, por sus dificultades, representaban un desafío a la tecnología extractiva moderna.

Este contrato de tipo peruano tiene gran importancia, pues ha logrado una amplia difusión, tanto en el ámbito latinoamericano como mundial, por cuanto sobre su esquema se han elaborado diversos modelos, que, aún cuando se diferencian entre ellos por las particularidades propias de cada uno, mantienen sin embargo los lineamientos básicos del tipo peruano de contrato, lo cual permite distinguirlos de otros contratos de servicios.

Dada la importancia del contrato peruano, se analizarán someramente sus principales características.

Las características que dan fisonomía y explican la aparición del contrato de operación peruano fueron expuestas en la Conferencia ofrecida por el General de División E.p. Marco Fernández Baca, presidente ejecutivo de Petróleos Perú (Petroperú), el 29 de marzo de 1973, en el Instituto de Derecho de Minería y Petróleo. Al respecto señala: "La causa de nuestro contrato es ampliamente conocida. Consiste en la apremiante necesidad que experimenta Petroperú como órgano ejecutivo de la política de hidrocarburos del Estado, de contar

con la tecnología y los capitales que pueden aportar las grandes empresas petroleras internacionales para la enorme tarea de explorar, producir y poner en valor los recursos petrolíferos que nos ha otorgado la naturaleza".

"Nuestro objetivo capital ha sido proveernos de un instrumento jurídico eficaz, claro y preciso, limpio de complicaciones y ambigüedades, capaz de garantizar los derechos e intereses del Estado peruano contra cualquier contingencia. También hemos procurado, como es natural, obtener el mayor beneficio para el Estado, dentro de un criterio constructivo que permita al contratista recibir, por sus inversiones y sus riesgos, un beneficio justo y razonable."

"Está claro que el objeto de nuestro contrato de operaciones es obtener, en las mejores condiciones posibles, una prestación de servicios de parte de las empresas contratistas. Cada contratista se obliga, dentro de términos y condiciones muy precisos, a explorar y producir para el Estado peruano el petróleo que pueda encontrar en el área materia del contrato. A cambio de esta operación, Petroperú -actuando en representación del Estado- compensará al contratista con una retribución que varía entre el 44% y el 50% del producto que obtenga."

Las ventajas fundamentales de la fórmula contractual modelo Perú son las siguientes:

"Primera: El Estado no invierte ni arriesga en las operaciones, un centavo. Esto es muy importante en unas ope

raciones tan aleatorias como las de buscar y producir el petróleo, sobre todo en zonas vírgenes como las de la selva.

"Segunda: Todo el petróleo extraído y las reservas encontradas son propiedad de Petroperú, que actúa en representación del Estado. Nuestra empresa compensa al contratista con una parte del petróleo producido, por sus inversiones y gastos operativos.

"Tercera: El Estado, dueño de todos los recursos naturales del subsuelo percibe sus utilidades desde el primer día en que brota el petróleo o desde el momento en que puede sacarlo del área por oleoductos o barcazas de navegación fluvial.

"Cuarta: La fórmula para el reparto del petróleo entre las partes contratantes es extremadamente clara y simple. Elimina la necesidad de mantener engorrosos controles sobre costos, utilidades, depreciaciones, etc., que en esta industria son muy difíciles de fiscalizar."

- Características y aspectos esenciales del modelo peruano:

- La propiedad de todos los hidrocarburos que se extraigan es de la empresa estatal, Petroperú.

- Dicha empresa es titular del área materia del contrato;

- Petroperú encomienda al contratista las operaciones petrolíferas en el área materia del contrato;

- El contratista se obliga a ejecutar todas las operaciones contempladas en el contrato, directamente o a través de subcontratistas;

- El contratista debe proporcionar todos los recursos técnicos financieros, maquinarias y equipos que se requiera para dichas operaciones petrolíferas, siendo de su exclusiva responsabilidad y cargo todos los costos y desembolsos en que deba incurrir por dicho concepto, sin que Petroperú o el Estado asuman riesgo alguno por los resultados de dicho trabajo;

- Petroperú pagará en especie al contratista, con petróleo producido mediante la operación (o gas en su caso) de acuerdo con los porcentajes pactados.

El contrato no otorga al contratista derecho de propiedad sobre aquellas reservas de petróleos in situ que pudiera descubrirse en el área materia del contrato.

Petroperú recauda los impuestos que el contratista debe pagar al Estado, por la vía de considerarlos incluidos en la porción de hidrocarburos que le corresponde a la empresa estatal, la que luego los abona por cuenta del contratista expidiéndole los recibos que acreditan dicho pago.

- El caso Panameño.

El artículo 226 (inciso 6°) de la Constitución Política de Panamá de 1972, dispone "que pertenecen al Estado todos los depósitos de hidrocarburos", aclarando que ellos po-



drían ser explotados directamente por el Estado, mediante em  
presas estatales o mixtas, o bien ser objeto de concesión u  
otros contratos para su explotación por empresas privadas.

Obrando en consecuencia, mediante la Ley 3, del 13  
de febrero de 1975, la República de Panamá aprobó un contra  
to de operación o riesgo celebrado por ella con la empresa  
denominada Panamá Exploration Inc.

Sus características y aspectos esenciales son muy  
semejantes al modelo Peruano lo cual denota la clara influen  
cia de éste en aquél.

Cabe sin embargo hacer especial mención a la inser  
ción de una cláusula en virtud de la cual el contratista asu  
me, de modo expreso, completa responsabilidad por daños cau  
sados por pozos o derrames, responsabilidad que se extiende  
por 5 años después de haber terminado el contrato y que es  
objeto de una garantía bancaria especial.

- El contrato Boliviano.

El DL. 10.170, de 28 de Marzo de 1972, en su títu  
lo III regula el régimen jurídico de los contratos de opera  
ción y servicios petroleros.

Declara que los yacimientos de hidrocarburos son  
del dominio directo, inalienable e imprescriptible del Esta  
do y su aprovechamiento deberá responder a la política de  
altos intereses nacionales y de desarrollo integral del país,

atribuyéndole el carácter de utilidad pública a todas las actividades de esta industria. En su artículo 20, define al contrato de operación como: "aquel por el cual, bajo las condiciones del pacto que el propio contratista ejecutará con sus propios medios y su exclusiva cuenta y riesgo, pero en nombre y representación de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (Y.P.F.B.), las operaciones correspondientes a las fases de exploración y explotación dentro del área materia del contrato, bajo el sistema de retribución a que se refiere la presente ley en caso de ingresar a la fase de explotación".

Cada contrato, en especial, debe ser aprobado mediante decreto supremo y su plazo de duración no puede exceder los 30 años (arts. 22 y 27).

Las diferentes fases de la operación petrolera puede ser objeto de tres figuras jurídicas:

a) Por medio de contratos de servicios petroleros, son aquellos en que la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (Y.P.F.B.), o el contratista de un contrato de operación, estipula con un tercero la prestación de un determinado servicio o la ejecución de una obra específica de índole técnico especializada, con el objeto de coadyuvar a cualquiera de las fases de la industria petrolera.

b) Por medio de contratos de operación definidos en su artículo 20.

---

c) Constituyendo sociedades mixtas para la ejecución de proyectos industriales y de refinación de productos destinados a la exportación.

Esta ley, al igual que la ecuatoriana y la Constitución Política chilena excluye de esta modalidad contractual a los depósitos superficiales de asfalto y exquisitos bituminosos, y no difiere mayormente del modelo peruano.

- El contrato de operaciones uruguayo.

En 1969, por decreto N° 560/569, de 10 de noviembre de 1969, el poder ejecutivo convocó a la licitación pública para la contratación de servicios geofísicos en la plataforma continental y subsuelo de aguas territoriales uruguayas. La licitación fue adjudicada a la Compagnie Générale de Geophysique, de Francia y ANCAP por delegación del poder ejecutivo, asumió el carácter de contraparte, suscribiéndose el contrato el 6 de Julio de 1970.

Los resultados obtenidos señalaron la existencia de zonas de interés exploratorio, es decir, los trabajos realizados permitieron concluir que en el subsuelo marítimo se daban las condiciones en determinadas zonas como para que pudiesen existir hidrocarburos. Por consiguiente, para saber con certeza si los había o no, era necesario proceder a efectuar perforaciones. Fue necesario dar soluciones a dos problemas: 1) La determinación de la jurisdicción marítima. 2) La elaboración de una ley de hidrocarburos.

1) En cuanto a los límites jurisdiccionales marítimos con los países limítrofes, se suscribieron:

- La Declaración conjunta Uruguayo - Brasileña, del 10 de mayo de 1969, complementada por las notas reversales entre ambos países de fecha 21 de Julio de 1972 y 12 de Junio de 1975.

- Respecto de la Argentina se suscribió el 19 de noviembre de 1973, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, ratificado por la Ley uruguaya N° 14.145, de 25 de enero de 1974, y por la Ley Argentina N° 20.645, del 31 de enero de 1974, promulgada por Decreto N° 464 del Poder ejecutivo de ese país.

Este Tratado, puso así fin, con un auténtico espíritu de solidaridad y cooperación, a una larga polémica jurisdiccional entre las dos naciones.

Dicho tratado establece, en cuanto al lecho y sublecho fluvial, una línea geográfica que delimita las zonas y superficies en las que cada Estado ejercerá su voluntad, previéndose para el caso de los depósitos extendidos a ambos lados de esa línea, la explotación de modo tal de permitir que los recursos obtenidos puedan distribuirse entre las partes en proporción al volúmen del mismo que se encuentre a cada lado de dicha línea.

2) El 29 de Marzo de 1974, se promulga la Ley de Hidrocarburos N° 14.181. Mediante ella se establece la propie

dad imprescindible e inalienable del Estado sobre los depósitos de hidrocarburos y las sustancias que los acompañan. En su virtud, ANAP puede ejecutar (directamente o por medio de terceros) cualquiera de los pasos de la operación petrolera, con o sin transferencia de riesgo minero, pudiendo la retribución del contratista ser en especie o en moneda nacional.

Este esquema de contrato, establecido por la Ley N° 14.181, no difiere sustancialmente de los contratos ya mencionados. Cabe si, hacer especial mención, el que una de las obligaciones del contratista, es minimizar los inconvenientes para la navegación y para la pesca, y tomar todas las medidas que sean apropiadas para evitar la contaminación de las aguas o de las playas, conviniendo en efectuar las tareas consiguientes de limpieza que eventualmente (de suceder un accidente) se pudieran requerir.

Además, debe el contratista tomar las medidas necesarias para evitar la contaminación atmosférica y adoptar todos los resguardos necesarios para no dañar la flora, la fauna y demás recursos naturales.

- Contrato de riesgo Argentino.

El 17 de abril de 1978 se sancionó y promulgó la Ley N° 21.778, mediante la cual se faculta a las empresas estatales a convocar a licitaciones y celebrar contratos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos.

Características principales.

a) Su artículo 1° faculta a las empresas estatales a convocar a licitaciones y celebrar contratos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos.

b) Las empresas contratistas deberán asumir todos los riesgos inherentes a la exploración y explotación, y aportarán a su exclusivo cargo la tecnología, capitales, equipos y demás inversiones necesarias para el desarrollo de las operaciones correspondientes al área objeto del contrato.

c) Las empresas contratistas no adquieren derecho minero alguno sobre los yacimientos que se descubran en el área del contrato, ni en consecuencia el dominio de los hidrocarburos extraídos.

d) Se estipulará el pago a las empresas contratistas en dinero efectivo, en base a la unidad de medida que corresponda a la naturaleza del hidrocarburo extraído (líquido o gaseoso) y entregado a la empresa contratante.

e) Sólo podrán percibir el pago en especie, cuando se encuentran satisfechas las necesidades internas con la producción nacional y exista un adecuado margen de reservas, para lo cual se requiere declaración expresa por decreto del Poder Ejecutivo.

f) Se reglamenta el procedimiento de licitación y contratación y las condiciones que deberán cumplir las empre

sas contratistas, garantizando los compromisos de inversión y el cumplimiento de los planes de trabajo incluidos en sus ofertas respectivas, sometiendo los contratos correspondientes a la aprobación por decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

g) En cuanto al régimen impositivo, las empresas contratistas signatarias de contratos de riesgo, quedan sujetas a las normas tributarias que resulten de la aplicación general. Sin perjuicio de que podrían optar, previamente a la formulización de cada contrato, porque les sea aplicable dicho sistema general con las siguientes modificaciones:

- Desgravaciones para la etapa de exploración, permitiéndose la amortización en el primer ejercicio en que se afecten a la actividad el 100% del valor de los bienes amortizables utilizados en la etapa de exploración del respectivo contrato de riesgo, imputando dichas amortizaciones solamente contra beneficios impositivos derivados del mismo contrato.
- Exención de derechos de importación y de todo otro gravamen para la introducción de bienes y equipos destinados a la ejecución de estos contratos, con la obligación correlativa de reexportar los mismos a la finalización de los convenios.
- Facultad para reajustar los precios en función de las variaciones de la carga impositiva, teniendo en cuenta la necesidad de mantener la ecuación económica de estos contratos de larga duración.

- Desgravamen especial para las sumas que se invierten en empresas locales de capital nacional, con el destino específico de su inversión en contratos de riesgo.
- Precisión explícita de las normas legales aplicables, para garantizar la seguridad jurídica y estabilidad de este tipo de contratos.

Este contrato de operación tampoco difiere mayormente del modelo adoptado por las diversas legislaciones latinoamericanas.

- Contratos de operación en Chile.

En nuestro país estos contratos se encuentran reglamentados a través de dos textos legales que son el decreto ley N° 1.089, de 1975, que fija normas sobre contratos de operación petrolera, y el decreto ley N° 1.557, de 1976, sobre materiales atómicos naturales. Los cuales poseen las características que permiten incluirlos también dentro del modelo peruano. Ambos textos legales serán objeto de un análisis más profundo en el capítulo siguiente, motivo por el cual se hará referencia, en esta parte del presente estudio, a experiencias concretas efectuadas a nivel nacional, en especial, en materia de hidrocarburos.

Dentro del sector minero, la industria petrolera, es sin lugar a dudas la más importante después del cobre.

Proyecto Costa Afuera.

En los últimos años como consecuencia de los grandes adelantos científicos y tecnológicos que se han producido, se han abierto alentadoras perspectivas para el aprovechamiento de los recursos naturales del océano, especialmente en lo que dice relación con la explotación de las sustancias orgánicas y riquezas minerales.

Estudios geológicos y de factibilidad económica señalan que, en la próxima década, el petróleo submarino representará alrededor de un tercio de la producción mundial de este recurso.

Chile es productor de petróleo desde 1949, llegando la producción a su máximo en 1968 con 2.177.000 m<sup>3</sup>, a partir de entonces fue disminuyendo hasta alcanzar un mínimo en 1978, en que sólo se produjeron 928.000 m<sup>3</sup>. Las razones de esta disminución fueron:

- a) declinación natural de los yacimientos.
- b) las nuevas reservas encontradas fueron inferiores a la razón de producción.

El alza del precio del crudo a partir de noviembre de 1973, motivó a los países a intensificar la búsqueda de hidrocarburos, y es así como la ENAP vio la necesidad y conveniencia de iniciar la exploración de las posibles reservas de hidrocarburos existentes bajo las aguas del Estrecho de Magallanes.

Gracias al apoyo de las Naciones Unidas se efectuaron en 1970 y 1971 estudios de factibilidad y levantamiento sísmicos de detalle que confirmaron las conjeturas previas, estimándose entonces que las reservas alcanzaban a 25 ó 50 millones de metros cúbicos de petróleo y 75 ó 100 millones de metros cúbicos de gas natural.

A pesar de haberse dado el carácter de prioritario a las perforaciones necesarias, ellas debieron esperar hasta 1974, pues en el lapso comprendido entre 1970 y 1973 no logró disponerse de los recursos indispensables para tal empresa.

Luego de un levantamiento batimétrico e hidrográfico de la zona, ejecutado a comienzos de 1974, se aprobó el 15 de mayo de ese año un contrato con Diamond M. Western para el alquiler de la plataforma autoelevatriz Nugget". (9)

Antes de traer la plataforma se realizó un estudio del fondo marino y mecánico de los suelos en la zona de operación el cual quedó concluido en marzo de 1976. En estas faenas actuaron la firma Fugro - Gulf, especialista en el trabajo, y la barcaza "Elicura" de la Armada Nacional, especialmente adaptada para tal efecto.

La finalidad de este estudio consistía en calcular la penetración probable en el subsuelo marino de las colum-

---

(9).- Según la Real Academia batimetría es el "arte de medir las profundidades del mar y estudio de la distribución de la fauna y flora en sus diversas zonas.

nas soportantes de la plataforma y también para el diseño del sistema de pilotaje de las estructuras de producción, que sería preciso instalar más adelante.

La plataforma inició su viaje desde Port Arthur Texas, el 28 de Mayo de 1976, unida al remolcador de bandera sudafricana "Wolrad Woltenmade", uno de los más poderosos del mundo, para arribar a aguas del Estrecho el 18 de Agosto de 1976. Luego de una breve etapa de preparación iniciaron las operaciones el 11 de septiembre de 1976.

El 5 de enero de 1979, marcó el inicio de una nueva etapa en la historia de la ENAP, al ponerse en producción la primera plataforma de extracción de petróleo desde el subsuelo marino, en el yacimiento Ostión, Estrecho de Magallanes.

De acuerdo a este nuevo esquema legal que permite celebrar contratos de operación o de riesgo con empresas privadas, para la exploración y explotación de hidrocarburos, se han celebrado varios contratos como:

- Por decreto del Ministerio de Minería N° 108, Diario Oficial N° 29.921 de fecha \_\_\_\_\_, en virtud del cual se aprueba el contrato de operación petrolera que la ENAP, por sí, y en representación del Estado de Chile, ha suscrito con las Compañías Arco Petróleos de Chile S.A. y Amerrada Hess Petróleo Chile S.A.
- Por decreto del Ministerio de Minería N° 165 de fecha \_\_\_\_\_  
Diario Oficial N° 30.245, del 21 de diciem-

bre de 1978, en virtud del cual se aprueba el contrato de operación que la ENAP , por sí y en representación del Estado de Chile, ha suscrito con las compañías Phillips Petróleos Chile S.A., Amerada Hess Petróleos Chile S.A. y Arco Petróleos Chile S.A.

#### Nódulos Marinos.

Estos contratos de operación adquieren vital importancia, en la exploración y explotación de la minería submarina, en yacimientos situados dentro de las 200 millas, debido a la tecnología y alto costo de las inversiones requeridas por la naturaleza misma de su ubicación. Por tales razones, se hace necesario negociar con las grandes empresas transnacionales que poseen el capital y la tecnología necesaria para la realización de proyectos de tal envergadura.

Aún de mayor importancia que el petróleo, es la posibilidad de extraer de las profundidades del mar, nódulos de manganeso que contienen una cantidad apreciable de cobre, cobalto, níquel y otros metales.

De ahí que algunos estados y especialmente ciertas empresas privadas de países industrializados, hayan emprendido exploraciones en los fondos oceánicos que permitirán una pronta explotación de esos nódulos de manganeso.

Es así como la Unión Soviética y varios países de Europa oriental han establecido un centro internacional destinado a coordinar sus esfuerzos en materia de aprovechamien

to de minerales submarinos.

A la vez, numerosas empresas de varios países industrializados han estado realizando exploraciones de yacimientos de nódulos, especialmente en el Océano Pacífico. Todo esto ha sido tomado en consideración por los países en vías de desarrollo, entre los cuales se encuentra Chile, que se disponen a poner el mayor énfasis en proyectos que les permita beneficiarse de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas. Este espacio marítimo -que permitirá un racional aprovechamiento de los recursos naturales marítimos de los estados ribereños, permitiéndoles lograr un desarrollo económico y social es el llamado "mar patrimonial", definido por don Edmundo Vargas Carreño como: "el espacio marítimo en el cual el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacente a sus costas y del suelo y subsuelo del mismo mar, así como, en general, a ejercer todas las competencias que resulten de su soberanía permanente sobre tales recursos".

Los yacimientos de nódulos marinos situados un poco más al sur de las costas de Juan Fernández, figuraría entre los 28 sitios de más alto interés descubiertos hasta el momento en el mundo y dentro de las 200 millas de su límite territorial a Chile pertenecería aproximadamente un 14% de su superficie total.

El proyecto para concretar la explotación de este mineral submarino tiene especiales ventajas comparativas para nuestro país, ya que las costas están relativamente cerca,

lo que permitiría un rápido traslado de nódulos a tierra, haciendo posible luego su inmediato procesamiento.

Además, a diferencia de la mayoría de otros depósitos, pertenece parcialmente a un país determinado, evitándose de esta forma negociaciones dilatorias en estas áreas de propiedad internacional.

### Conclusión.

El contrato de operación se estructura sobre dos bases fundamentales:

1) Por la obligación del contratista de proporcionar a todos los recursos técnicos y financieros requeridos para la realización de las tareas de exploración o explotación que él toma a su cargo, sin que el Estado o las empresas estatales asuman riesgo alguno respecto de esas tareas o su resultado.

2) El contratista no adquiere derecho de propiedad alguno sobre los yacimientos o reservas que en su actividad pudiere descubrir, respetando de este modo el mandato legal o constitucional (según el país de que se trate), de que los depósitos de hidrocarburos son bienes que pertenecen a la Nación, en forma imprescriptible e inalienable por lo general, y por consiguiente la administración de esta riqueza corresponde al Estado.

Características generales.

a) Estos contratos son propios y específicos de la industria petrolera, nacieron y se desarrollaron en gran medida por la crisis energética del año 1973.

b) Su objeto se refiere a la exploración y explotación de depósitos de hidrocarburos (salvo casos como el de Chile, en que también se aplican a sustancias inconcesibles como el litio, y a yacimientos de cualquiera especie ubicados dentro del mar patrimonial o en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional con fines mineros). En algunos casos su objeto se amplía también a la comercialización.

c) Las partes que intervienen son: el Estado, generalmente por intermedio de una empresa estatal, como contratante, y una empresa (por lo general, extranjera), como contratista, a la que suele exigírsele personalidad jurídica y domicilio locales.

d) El contratista en retribución por su trabajo recibe un pago, que puede ser en especie, es decir, una porción de la producción obtenida en el área materia del contrato, o en dinero, como es en el caso de los contratos de tipo peruano.

e) En latinoamérica esta nueva fórmula jurídica se adoptó para lograr la afluencia de capitales y tecnología extranjera y suprimir de esta forma el riesgo de inversiones

en actividades preponderantemente aleatorias, como es el caso de la industria minera en sus diversas fases.

f) Pertenecen al Estado los derechos de exploración, explotación y el contenido de la producción, el contratista actúa a nombre del contratante en la mayoría de los casos. El Estado actúa generalmente representado por una empresa petrolera estatal.

g) La determinación del ritmo y volumen de la producción se efectúa en acuerdo con el contratista, dando prioridad a las necesidades del país.

h) Para controlar el ritmo y volumen de la producción pactada, como asimismo los programas y actividades, se crea por lo general una comisión o comité paritario con representantes de ambas partes.

i) En el caso que se estipule el pago de la retribución en especie, se establece un derecho de preferencia del Estado para adquirir, de la porción de hidrocarburos que el contratista recibe como retribución, los volúmenes necesarios para cubrir o complementar el abastecimiento del mercado interno.

j) El pago de impuestos y regalías obedece al cumplimiento de obligaciones fiscales y no tiene por lo tanto el carácter de renta o contrapartida contractual de equivalencia con relación a los beneficios que el contratista obtiene de la explotación.

---

k) Suele estipularse o determinarse por ley, que los contratistas, equipos, tecnologías y demás necesarios para las operaciones petroleras, que el contratista debe aportar, deben quedar sin cargo alguno a beneficio del Estado o de la empresa estatal, a la terminación del contrato.

l) El plazo del contrato no suele exceder de los 30 ó 35 años.

De lo anteriormente expuesto puede darse como definición descriptiva del contrato de operación o de riesgo la siguiente: "Es una convención por la cual el Estado, actuando por sí o por intermedio de una empresa estatal u otro organismo público, en carácter de contraparte, conviene con una persona jurídica pública o privada, nacional o extranjera, en carácter de contratista, la ejecución en nombre del contratante de la exploración o explotación de hidrocarburos u otras sustancias minerales, en área determinada, siendo el riesgo minero de exclusivo cargo del contratista, quien debe aportar el capital, los medios y la tecnología necesarios y adecuados, recibiendo en compensación el pago en dinero o en especie, mediante la entrega de una porción de hidrocarburos o del mineral de que se trate, provenientes del área materia del contrato, cuando se encuentre en la fase de explotación de un yacimiento."

Normativa Legal y constitucional aplicable a los contratos de operación en Chile.

Esta fórmula jurídica que permite la exploración, ex

plotación o beneficio de las sustancias no susceptibles de concederse, se encuentra regida por el decreto ley N° 1.089 de 1975, que regula los contratos de operación petrolera y el decreto ley 1.557 de 1976, referente a dichos contratos, sobre materiales atómicos.

En el capítulo siguiente se analizarán detalladamente las normas de estos cuerpos legales que han mantenido su vigéncia con posterioridad a la dictación del mandato contenido en el art. 19 , N° 24 inc. 10 de la Constitución Política de 1980, el cual radica en forma privativa en el jefe de Estado la facultad de fijar los requisitos y condiciones de los contratos de operación que suscriba el Estado de Chile, debiendo ejercer dicha potestad mediante decreto supremo y en cada caso en particular.

---

C A P I T U L O   Q U I N T O

---

ANALISIS DEL DECRETO LEY N° 1.089 de 1975 Y SUS MODIFICACIONES Y DEL DECRETO LEY N° 1557 de 1976.

En el capítulo precedente, se han analizado diversas leyes de países latinoamericanos que rigen los contratos de operación, y algunas de sus principales características y rasgos comunes.

En este capítulo se analizarán las experiencias legislativas chilenas en esta materia, es decir, las normas sobre contratos de operación petrolera contenidas en el D.L. 1.089 de 1975, modificadas por la Ley N° 18.482, de 28 de diciembre de 1985, y el decreto ley N° 1557, de 1976, referente a dichos contratos, sobre materiales atómicos.

Antes de entrar al análisis específico de cada uno de estos cuerpos legales, parece conveniente definir algunos términos que se usarán con frecuencia a lo largo de este análisis. Estas definiciones han sido extraídas del contrato de operación petrolera celebrado entre ENAP con Phi-

---

llips Petróleos Chile S.A., Arco Petróleos Chile S.A. y Ame rada Hess Petróleos Chile S.A. perfeccionado por escritura pública de 21 de diciembre de 1978, Notaría Azócar de Santiago de Chile.

DEFINICIONES:

- a) Hidrocarburos gaseosos: aquéllos hidrocarburos y otras sustancias que, bajo condiciones atmosféricas normales de temperatura y presión, se encuentran en estado gaseoso en el lugar de su medición.
- b) Hidrocarburos líquidos: petróleo crudo y líquidos de petróleo cabecera de pozo.
- c) Petróleo: todo petróleo crudo, gas natural, condensados y cualesquiera otras sustancias minerales extraídas en asociación con los mismos.
- d) Operaciones de explotación: todo trabajo ejecutado por el contratista o sus subcontratistas dentro o fuera del área original del contrato, que se requiera para determinar la presencia y el potencial económico del petróleo que pueda contenerse en ella. Dicho trabajo incluirá, sin que ello importe limitación y dondequiera que se ejecute, investigación geológica y geofísica; estudios, mensuras, procesamiento y evaluación de datos y actividades científicas relacionadas con los mismos, tales como, la perforación, prueba, muestreo, extracción de testigos y mantención de registros de pozos situados dentro del área

original del contrato.

- e) Operaciones petroleras: todas las operaciones de exploración y operaciones de desarrollo, extracción, producción, separación de líquidos en el terreno, transporte y comercialización del petróleo, incluyendo sin que ello importe limitación, perforación de pozos, construcción de plataformas de perforación y producción, sistemas de cañerías y recolección e instalaciones de almacenamiento y de carga de petróleo, relativas al área original del contrato y generalmente asociadas con la exploración y producción del petróleo.
  
- f) Actividades complementarias: todas las actividades necesarias para la adecuada ejecución de operaciones petroleras, tales como, sin que ello importe limitación, la construcción de campamentos, oficinas, almacenes, ferrocarriles, líneas telefónicas y telegráficas, muebles, diques, espigones, canchas de aterrizaje o cosas similares.
  
- g) Retribución: la recompensa recibida por el contratista por sus servicios.
  
- h) Gastos de puesta en marcha: todos los costos y gastos de cualquiera naturaleza, en que incurra el contratista durante el período de puesta en marcha.

Disposiciones del Decreto ley N° 1.089 de 1975 que fija normas sobre contratos de operación petrolera, que han mantenido su vigencia con posterioridad a la dictación del mandato contenido en el art. 19, N° 24, inc. 10 de la Constitución de 1980.

- Historia.

El régimen legal aplicable a los hidrocarburos con anterioridad a la dictación de la ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, se encontraba establecido en el art. 4° del Código de Minería de 1932, en el cual se establecía en favor del Estado, la reserva de los depósitos en estado líquido y gaseoso, y en la ley N° 9.618, de 16 de junio de 1950, la cual en su art. 1° señalaba, que: "El Estado tiene la propiedad absoluta, inalienable e imprescriptible de los yacimientos de petróleo que se encuentren en el territorio nacional". En su art. 2°, crea a ENAP, empresa comercial con personalidad jurídica propia, que ejercerá las funciones y derechos que corresponden al Estado respecto a la exploración y explotación de yacimientos petrolíferos...".

Estas disposiciones tienen carácter meramente legal, en consecuencia podían ser alteradas por simples disposiciones legales, puesto que la Constitución Política de 1925 nada decía al respecto.

Esta situación varió sustancialmente mediante la dictación de la Ley N° 17.450, de 16 de julio de 1971, por medio de la cual se reformó la Constitución y elevó el carácter de precepto constitucional, el relativo al dominio del Estado so

bre todas las minas , terminando de esta forma con la interpretación de alguna parte de la doctrina, que señalaba que el texto del art. 591 del Código Civil y el art. 1° del Código de Minería de 1932, consagraban el dominio eminente del Estado sobre las minas.

En consecuencia, quedaron incorporados con carácter constitucional, principios que sólo estaban reconocidos en la legislación positiva del Código Civil y del Código de Minería.

La reforma constitucional introdujo el inc. 4° del art. 10 N° 10, de la Constitución de 1925, señalando lo siguiente: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas...", en su inc. 5° dejó a la ley la misión de determinar qué sustancias podrán ser objeto de concesiones de exploración y explotación, sin embargo en este mismo inciso preceptuó que los hidrocarburos líquidos o gaseosos no pueden ser objeto de concesiones de exploración y explotación". En consecuencia sólo pueden ser explorados o explotados por el Estado.

Esta facultad monopólica de exploración y explotación del petróleo, que corresponden al Estado, en virtud del art. 2° de la ley N° 9.618, fueron delegados en ENAP, la cual ejerce estas facultades como empresa comercial con personalidad jurídica propia, con amplia autonomía de administración.

Por su parte, la Constitución de 1980 mantuvo el concepto de "dominio patrimonial del Estado" introducido por la Reforma constitucional de 1971. Así se desprende del art.

19, N° 24, inc. 6°, estableciéndose expresamente, en su inc. 7°, la inconcesibilidad de los hidrocarburos líquidos o gaseosos.

En lo tocante al organismo que debe actuar en la celebración del convenio, debe tenerse presente, que la Constitución de 1980 no ha reglado directamente este aspecto; por lo tanto, ello ha quedado encomendado al legislador, y en consecuencia, según la normativa legal vigente, es competente para ese objeto la ENAP u otro organismo estatal, toda vez que el art. 56 de la ley N° 18.482, en su letra b), señala: "Sustitúyese la primera parte del inc. 2°, del art. 2° (de la ley N° 9.618), hasta el punto seguido, por la siguiente: "La Empresa Nacional del Petróleo podrá ejercer actividades de exploración y explotación de hidrocarburos dentro y fuera del territorio nacional". De lo cual se deduce que ENAP ya no posee el monopolio exclusivo en el ejercicio de dichas actividades.

Mediante el decreto ley N° 1.089, de 9 de julio de 1975, se fijan las normas sobre contratos de operación petrolera, y en los considerandos de este decreto ley, se contemplan los fundamentos que se tuvieron presente para sancionar jurídicamente a esta nueva institución jurídica.

Como razones se dan las siguientes:

a) Dada la gran importancia que tienen los combustibles en el desarrollo de la economía nacional se hace necesario incrementar la exploración y explotación de hidrocarburos.

b) La Constitución Política, establece el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado sobre los depósitos de hidrocarburos; como sobre todas las minas. Además los hidrocarburos quedan expresamente excluidos de las sustancias susceptibles de concederse, lo que no obsta para que el Estado pueda ejecutar su exploración, explotación o beneficio por medio de contratos de operación. Así lo señala expresamente la Constitución de 1980 en su art. 19 N° 24, inc. 10, y el decreto ley N° 1.089, siempre y cuando se establezcan las debidas limitaciones y resguardos, de manera tal que no se dañe o menoscabe los derechos que al Estado corresponden sobre los hidrocarburos.

c) El marco dentro del cual se acuerden estos contratos debe tener la flexibilidad necesaria, de manera que se adecúe al gran dinamismo que en el último tiempo ha adquirido el mercado de combustibles.

Disposiciones del decreto ley N° 1.089, de 1975, que han mantenido su vigencia con posterioridad a la dictación del mandato contenido en el art. 19 N° 24, inciso 10 de la Constitución Política de 1980.

Esta materia fue motivo de consulta a la Contraloría General de la República, dado que, del estudio del actual régimen constitucional y legal aplicable al dominio y aprovechamiento de los yacimientos de hidrocarburos, se originaron dudas respecto de la vigencia del decreto ley N° 1.089, de 1975, que impone condiciones rígidas para llevar a cabo la celebración de contratos de operación petrolera. Las dudas

se originaron en razón de que el precepto constitucional contemplado en el art. 19 N° 24, inciso 10, autoriza al Jefe de Estado en forma privativa y absoluta, para fijar en cada caso por decreto supremo, los requisitos y condiciones pertinentes, de manera que podría entenderse que el ejercicio de dicha prerrogativa no se encuentra sujeta a normas de rango legal actuales o futuras que lo limiten. Por esta razón surgió la necesidad de determinar si ciertos preceptos del decreto ley N° 1.089, de 1975, se encuentran derogados.

El art. 19, N° 24, inc. 10, de la Constitución Política señala que la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión entre las que se cuentan los hidrocarburos líquidos o gaseosos-, podrían ejecutarse directamente por el Estado o sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente fije, para cada caso, por decreto supremo.

De esta forma, la norma constitucional presenta la particularidad de regular directamente una atribución de la autoridad administrativa en relación con el régimen jurídico especial de los hidrocarburos instituido en la misma Constitución, radicando en forma privativa en el jefe de Estado la facultad de fijar los requisitos y condiciones de los contratos de operación petrolera que suscriba el Estado de Chile, debiendo ejercer dicha potestad mediante decreto supremo y en cada caso en particular.

---

En lo relativo a qué disposiciones del decreto ley N° 1.089, de 1975, han mantenido su vigencia o han sido derogadas con posterioridad a la dictación del mandato constitucional, la Contraloría, por medio del dictamen N° 33.716 y del dictamen N° 2.952, concluyó que debían estimarse derogadas, en virtud del art. 19, N° 24, inc. 10 las disposiciones del decreto ley N° 1.089 que regulaban requisitos o condiciones de los contratos de operación petrolera, por cuanto ellas resultaban inconciliables con la facultad privativa que la Constitución Política ha conferido al Presidente de la República para ese objeto.

El dictamen N° 33.716 mencionó entre las disposiciones derogadas por la norma constitucional, los artículos 1°, 4, 5, 8, 9, 10, este último en cuanto regula las obligaciones del contratista en caso de terminación del contrato.

La Contraloría, mediante dictamen N° 2.952, de fecha 29 de enero de 1974, señaló con mayor precisión los artículos del decreto ley N° 1.089, de 1975, que se encontraban derogados: los artículos 1°, 4, 5, 7, 8 y 9, en su totalidad, los incisos tercero, cuarto y séptimo, octavo y noveno del artículo 6°; la frase "previo informe favorable del Comité de Inversiones Extranjeras" contenida en el inciso noveno del artículo 6, los incisos primero y segundo del artículo 10, los incisos finales de los artículos 14 y 16; la frase: "así como las readquisiciones que Enap efectúe con el contratista en conformidad con el inciso séptimo del artículo 6°", comprendida en el artículo 17, y el inciso cuarto del artículo 18.

No obstante el decreto ley 1.089, contempla normas acerca de otros órdenes de materias en relación con dichos contratos, como son los arts. 2 y 3, 12, 13, 14 a 19, disposiciones que se refieren a materias propias de ley y que no quedan comprendidas en la facultad prevista en el inc. 10, del N° 24 del art. 19 de la Constitución Política.

Con fecha 28 de diciembre de 1985, se publicó la Ley N° 18.482, la cual introdujo fundamentales modificaciones al régimen jurídico de los contratos de operación.

A) En su artículo 55, letra a), sustituyó el art. 1° del decreto ley 1.089, que facultaba a la ENAP para suscribir en representación del Estado de Chile contratos de operación con el objeto de explorar y explotar yacimientos de hidrocarburos, contratos que se regirán por las normas que señalaba dicho decreto ley.

Esta derogación se funda en el hecho que dicha disposición permitía a ENAP suscribir convenios de operación prescindiendo de la dictación previa de un decreto supremo en cada caso y sujetaba dicha contratación a los requisitos y condiciones que establecía el propio cuerpo legal.

El nuevo art. 1°, se compone de cuatro números, cada uno de los cuales define los siguientes términos: 1) contrato especial de operación, 2) contratista, 3) retribución, 4) contrato de trabajo específico.

1).- Contrato especial de operación: Aquél que el

---

Estado celebre con un contratista para la exploración, explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos, con los requisitos y bajo las condiciones que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso décimo número 24 del art. 19 de la Constitución Política, fije por decreto supremo el Presidente de la República.

De acuerdo con esta nueva definición queda derogado el art. 2° del decreto ley 1.089, que definía al contrato de operación.

Diferencias:

a) El nuevo texto no contempla a la ENAP, como organismo que deba actuar en la celebración del convenio en representación del Estado, de lo cual se deduce que ENAP ya no posee el monopolio exclusivo en la celebración de dichos convenios. Ello queda corroborado en la modificación que el art. 56 de la ley N° 18.482 introduce a la ley N° 9.618, mediante el cual sustituye la primera parte del inciso 2° de dicha ley, por el siguiente: "La ENAP podrá ejercer las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos...". El hecho de que el Estado y sus organismos participen en la celebración de dichos convenios, no significa que sea necesaria la autorización de una ley de quórum calificado exigida por el art. 19 N° 21, inc. 2 de la Constitución, porque el inc. 10 del N° 24 del art. 19 es norma especial y por lo tanto prevalece.

b) En la segunda parte de este N° I, se establece expresamente que los referidos contratos deben celebrarse con los requisitos y bajo las condiciones que, de conformidad

a lo dispuesto en el inc. 10 del N° 24 del art. 19 de la Constitución Política, fije por decreto supremo el Presidente de la República.

En consecuencia, a diferencia de lo establecido en los arts. I y 2 derogados, que sujetaban a ENAP en la suscripción de los contratos, a los requisitos y condiciones que establecía el propio cuerpo legal (decreto ley 1.089). En la actualidad si ENAP interviene en la celebración de estos contratos, sólo podrá hacerlo una vez que el Presidente de la República haya procedido a establecer mediante un decreto supremo para cada caso en particular, los aludidos requisitos y condiciones.

2).- Contratista: A diferencia de lo contemplado en el decreto ley 1.089 primitivo, en este número se define expresamente al contratista, señalándolo como: "La persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que suscriba con el Estado un contrato especial de operación.

En relación a lo expresado en el número anterior, en este número también se excluye a ENAP como una de las partes contratantes, señalando en su reemplazo al Estado.

3).- Retribución: En este número se define a la retribución que recibe el contratista por sus servicios como: "los pagos en moneda nacional o extranjera, y los hidrocarburos, que el contratista recibe con motivo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que realice en las condiciones que se estipulen en el contrato especial de

operación".

A diferencia de lo contemplado en el art. 6º, inc. 1º, del decreto ley N° 1.089 de 1975, esta definición no comprende la frase: "se entenderá que dicha retribución cubre todos los costos e inversiones en que incurra el contratista y la utilidad correspondiente; por consiguiente no dará derecho a esta a pedir una modificación de dicha retribución fundado en las variaciones que sufrieren los factores señalados". La razón de esta derogación se debe a que esta frase fijaba el contenido de dicha prestación contractual y niega al contratista el derecho a pedir su modificación, en consecuencia estos últimos aspectos representaban condiciones del convenio que, como tales, compete determinar al Presidente de la República.

4).- En este número se define al "contrato de trabajo petrolero específico", en términos similares a lo señalado por el derogado art. 11 del decreto ley 1.089. El N° 4 del art. 55 de la ley 18.482 señala: "Contrato de trabajo petrolero específico: Aquél por el cual el contratista de un contrato especial de operación encarga a un tercero la prestación de un servicio o la ejecución de una obra, específicos; mediante el pago de una remuneración, con el objeto de que este tercero coadyuve en la ejecución de trabajos especiales de exploración o explotación de hidrocarburos. La persona que presta el servicio o ejecuta la obra se denomina subcontratista".

Características:

a) Se celebra entre el contratista y un tercero llamado subcontratista.

b) Tiene por objeto la prestación de un determinado servicio o la ejecución de una obra específicos, para coadyuvar en la ejecución de trabajos especializados de exploración y explotación de hidrocarburos.

c) A cambio de las prestaciones a que se obliga, el subcontratista recibe una remuneración.

B) En virtud de la letra b) del art. 55, se deroga el art. 2 del D.L. 1.089 de 1975 que definía al contrato de operación. Las diferencias entre la derogada y la nueva definición ya fueron explicadas en el N° I de la letra A) del presente análisis.

C) Esta misma letra b), del art. 55 que derogó al art. 2 del DL. 1.089 de 1975, sustituye en el art. 3 de este decreto ley que pasa a ser art. 2°, "contratos de operación" por "contratos especiales de operación", quedando el nuevo texto del art. 2 de la siguiente forma: "Los contratos especiales de operación no afectarán en caso alguno el dominio del Estado sobre los yacimientos de hidrocarburos y demás elementos y compuestos químicos que los acompañan, no constituirán concesiones, no conferirán ningún derecho sobre dichos hidrocarburos, elementos y compuestos, ni concederán facultades de apropiación o aprovechamiento sobre los mismos".

Este artículo concuerda plenamente con el dominio patrimonial del Estado que contempla la actual Constitución, por cuanto las empresas contratistas no adquieren derecho minero alguno sobre los yacimientos que se descubran en el área del contrato, ni en consecuencia el dominio de los hidrocarburos extraídos.

D) La letra c), del artículo 55 de la ley 18.482, derogando los artículos 4 y 5 del decreto ley 1.089, de 1975, en razón de regular ambos preceptos la misma materia de que trata el inciso 10 del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, esto es, los requisitos y condiciones de los contratos especiales de operación. El artículo 4 señalaba las formalidades necesarias para su celebración. Es decir, requería para su perfeccionamiento los siguientes requisitos copulativos:

- a) debían ser aprobados por decreto supremo fundado, el cual requería para ser dictado del informe favorable del Comité de Inversiones Extranjeras.
- b) informe favorable del Comité de Inversiones Extranjeras, cuya competencia se limitaba a aquellas materias del contrato de operación que, de no mediar éste, habrían sido materia de un contrato de inversión extranjera.
- c) no se perfeccionaban mientras no se hubieren otorgado por escritura pública en la cual debía insertarse tanto el decreto supremo como el informe favorable del Comité de Inversiones Extranjeras.

Todas las modificaciones al contrato quedaban sujetas a los mismos requisitos formales exigidos para su celebración.

El artículo 5° del decreto ley 1.089, de 1975, determinaba las obligaciones que debía asumir todo contratista, esto es, las que debían estar siempre contempladas en todo contrato de operación que se celebrare. Lo dicho se desprende de la expresión "a lo menos" que contemplaba el inc. 1° de este artículo, la cual significaba que, además de las obligaciones comprendidas en este artículo, el contratista podía obligarse a todas aquellas que se consignaran en el contrato.

De estas obligaciones merecen destacarse: las que permitían la adquisición por parte de ENAP de las tecnologías adecuadas en materia de exploración, explotación y beneficio de hidrocarburos (N° 3 y 4), las que tenían por objeto el resguardar la seguridad nacional (N° 9), las que tendían a caucionar el cabal cumplimiento del contrato por parte del contratista (N° 3 y II relativo a la obligación de rendir caución a ENAP a título de indemnización de perjuicios, si el contratista no cumpliera la totalidad o parte de sus obligaciones), obligaciones referentes al área materia del contrato (art. 5 N° 4), obligaciones relativas a la preservación de los recursos naturales (art. 5 N° 10) esta obligación revestía gran importancia, puesto que si bien es cierto, es fundamental para el desarrollo económico y social del país la explotación de un recurso energético tan importante como el petróleo, esto no significa de manera alguna que deban sacrificarse a su costa otros recursos naturales que también forman parte del patrimonio nacional. Por esta razón el contratista debía tomar las medidas que fueren necesarias para preservar la flora, la fauna y demás recursos naturales.

E) La letra d) del art. 55 de la ley N° 18.482, inc. I°, señala lo siguiente: "En el art. 6, que pasa a ser art. 3, deróganse los incisos: primero, tercero, cuarto, octavo, noveno, décimo y sustitúyense las expresiones: "".

El Inciso I° del art. 6 del decreto ley 1.089, definía lo que debía entenderse como retribución, diciendo: "que es aquello que el contratista recibe como compensación de sus servicios", pudiendo estipularse en moneda nacional o extranjera. La segunda parte de este inciso primero, señalaba, que la retribución estipulada no podía ser modificada, por cuanto se entendía que dicha retribución cubría todos los gastos e inversiones en que incurriera el contratista y la utilidad correspondiente y por lo tanto, éste no tenía derecho a pedir una modificación de dicha retribución, fundado en las variaciones que sufrieren los costos, inversiones y utilidad que correspondiere.

Este inciso primero fue derogado, porque, en su segunda parte, fija el contenido de la prestación contractual (retribución) y niega al contratista el derecho a pedir su modificación, pues estos aspectos representan condiciones del convenio que, como tales, compete determinar en la actualidad al Presidente de la República.

El inciso 3 y 4 del artículo 6 del D.L. 1.089 de 1975, facultaba a la ENAP, para que, con la anuencia del contratista pueda dar hidrocarburos en pago de todo o parte de la retribución. Este acuerdo quedaba supeditado a la autorización, tomando en consideración el adecuado abastecimiento

del mercado interno fijando las condiciones, cantidades y lugares de entrega que estimase convenientes.

Este precepto fue materia de consulta a la Comisión Constituyente que presidió don Enrique Ortúzar Escobar, porque hubo dudas acerca de su constitucionalidad.

La facultad del Ministerio de Minería en orden a autorizar el pago de la retribución en hidrocarburos, dice relación directa con el resguardo del interés nacional, porque debe dar prioridad al abastecimiento del mercado interno.

El D.L. 1.089, de 1975, facultaba a ENAP para dar hidrocarburos en pago de la retribución.- nótese que se trataba de una "dación en pago"-, porque del mismo modo iba a tener que enajenar los hidrocarburos extraídos por el contratista para pagar a éste en moneda nacional o extranjera.

El decreto ley 1.089, modificado por la ley 18.482, no contempla esta facultad de ENAP, para dar hidrocarburos en pago de todo o parte de la retribución convenida. No obstante permite la retribución al contratista en hidrocarburos, siempre y cuando así se estipule en el contrato especial de operación, art. 1° N° 3 y art. 3 inc. 2 del nuevo texto del decreto ley 1.089.

En cuanto a la exportación de los hidrocarburos que el contratista reciba por su retribución, podrá hacerlo, siempre y cuando así se estipule en el contrato especial de operación, en este caso no quedará sujeto a las normas que rijan

las exportaciones, art. 3 inc. 2 del nuevo texto del decreto ley 1.089.

En lo relativo a las divisas que el contratista obtenga por concepto de las exportaciones de hidrocarburos recibidos en pago de su retribución, el Estado le garantiza su libre disponibilidad, art. 3 inc. 3 del nuevo decreto ley 1.089.

El inciso 7 del artículo 6 del decreto ley 1.089, de 1975, permitía a ENAP readquirir del contratista los hidrocarburos que le hubiere dado en pago. El art. 3 inciso 4 del nuevo D.L. 1.089, amplía esta facultad, puesto que establece, que "el Estado, directamente o por intermedio de sus empresas podrá readquirir del contratista los hidrocarburos que le haya dado en pago. Para ello podrá pactar y pagar estas adquisiciones en moneda extranjera, para estos efectos el Banco Central de Chile otorgará las divisas necesarias debiendo registrarse en dicha institución el respectivo contrato especial de operación." (art. 3, inc. I).

Los incisos 8, 9 y 10 del artículo 6° del decreto ley 1.089, de 1975, fueron derogados por el art. 55 letra d) de la ley 18.482, porque también contienen una regulación de los términos, cuya inclusión en el acuerdo de voluntades debe decidirse por medio del correspondiente decreto supremo.

El inciso 8 señalaba "que el contratista no tendrá otros derechos que los expresamente estipulados en el contrato respectivo."

El inciso 9, señalaba que "los derechos que para el contratista emanen de los contratos de operación no podrán enajenarse a ningún título ni ser objeto de acto jurídico alguno..".

El inciso 10, señala que "los mencionados derechos serán inembargables por terceros.

Por consiguiente el contenido de estos incisos del artículo 6° solamente va a formar parte del contrato especial de operación, cuando se encuentren incluidos en el decreto supremo del Presidente de la República que fije los requisitos y condiciones del contrato.

F) El art. 7° del decreto ley 1.089, de 1975, fue derogado por el art. 55, letra e) de la ley 18.482.

En este artículo se señalaba que "ENAP no contrae más responsabilidades que aquéllas que específicamente aparecen estipuladas en el contrato".

Fue derogado por ser una norma relativa a los requisitos y condiciones de los contratos de operación.

G) El art. 8 del decreto ley 1.089, fue derogado por la letra e), art. 55 de la ley 18.482. Esta norma fijaba los límites de los plazos para las fases de exploración y explotación.

El art. 9 del decreto ley 1.089 de 1975, fue derogado por la letra e), art. 55 de la ley 18.482, Este artículo

establecía normas sobre el precio de yacimiento.

H) El art. 10 del decreto ley 1089, de 1975, en sus incisos primero y segundo fue derogado por la letra e) de la ley 18.482. La razón de esta derogación, es que él regulaba lo concerniente a las obligaciones del contratista en caso de terminación del contrato. Establecía la obligación de entregar a ENAP, sin costo, condición o limitación y en buen estado de producción, los pozos e instalaciones anexas que en tal momento estuvieren en actividad.

Señalaba además que cualquiera que fuese la causal por la cual terminase el contrato de operación para explotación o para beneficio y siempre y cuando se hubieren iniciado las operaciones de explotación, distinguiendo dos situaciones:

- a) Bienes adquiridos durante los cinco últimos años de vigencia del contrato art. 10 letra b), respecto de estos bienes el contratista estaba obligado a transferirlos a ENAP, previo pago de su valor residual al momento de la entrega, el cual se determinaba según la forma establecida en el respectivo contrato.
  
- b) Bienes adquiridos antes de los últimos cinco años de vigencia del contrato, art. 10 letra b), estos bienes pasaban al dominio de ENAP, sin costo para ésta, por el solo ministerio de la ley, desde la terminación por cualquier causa del contrato de operación.

Esta norma que a primera vista parecía injusta, no

lo es, por cuanto era una norma incorporada al contrato, que el contratista debía aceptar al momento de celebrar el respectivo contrato; por lo tanto, no se vulneraba la garantía constitucional del derecho de propiedad.

Se garantizaba, además, al contratista el acceso al mercado de divisas libre cambiario o aquel que en el futuro lo sustituyera, para la convertibilidad y posterior remesa al extranjero, de los ingresos provenientes de las ventas de equipos u otros bienes de su propiedad que efectuare en los términos y condiciones establecidos en el contrato.

En el nuevo texto del decreto ley 1.089, este art. 10 pasa a ser art. 4, en el cual solamente se garantiza por parte del Estado al contratista el acceso al mercado de divisas denominado libre cambiario o aquel que en el futuro lo sustituya, en los mismos términos que lo señalaba el art. 10 derogado.

En lo que dice relación con la distinción de bienes adquiridos antes o después de los cinco últimos años de vigencia del contrato, solamente tendría aplicación si el Presidente de la República hiciera esta distinción en una cláusula que incluyera en el ejercicio de la prerrogativa que le confiere el art. 19 N° 24, inc. 10, dentro del respectivo contrato de operación.

I) Los arts. 11, 12 y 13 del decreto ley 1.089, de 1975, fueron derogados por la letra f) del art. 55 de la ley 18.482.

El art. 11 definía al contrato de trabajo petrolero específico. El nuevo decreto ley 1.089, en su art. 1º, N° 4, lo define en iguales términos con la sola diferencia que sustituye los términos "contrato de operación" por "contrato especial de operación".

- Artículo 12 del decreto ley 1.089, de 1975, derogado. Este artículo se refería al derecho del contratista de gozar de los beneficios, franquicias y exenciones establecidos en el contrato de operación y en el decreto ley 1.089. Cabe hacer presente que el inc. 2 de este artículo ya había sido derogado por el decreto ley 1.820, de 24 de junio de 1977, por su art. 3. Decía el inciso derogado: "Se entenderán incorporadas al mencionado contrato las normas sobre compensación y pago contenidas en los artículos 33, 34, 35 y 36 del decreto ley N° 600, de 1974".

- Los requisitos que el anterior decreto ley 1.089 exigía para que el contratista pudiera gozar de los beneficios, franquicias y exenciones eran:

- a) debían ser determinados expresamente en el contrato de operación.
- b) debían estar previamente contemplados en el decreto ley 1.089.

En relación a los "plazos" que se fijen para los beneficios, franquicias y exenciones a que se refería este artículo, podían tener plazos de duración diferentes, pudiendo ser éstos inferiores al plazo o a los plazos estipulados

para las actividades o las fases que daban origen al respectivo beneficio o lo justificaban.

En el contrato de operación podía estipularse la invariabilidad de estos beneficios y franquicias especiales que contemplaba el decreto ley 1.089. Esta garantía de invariabilidad revestía especial importancia, dado que estos regímenes podían ser determinantes para la suscripción del contrato respectivo.

Según la normativa constitucional y legal actualmente vigentes, estos beneficios, franquicias y exenciones pasan a ser determinados por el Presidente de la República, mediante un decreto supremo para cada caso en particular, por ser parte de los requisitos y condiciones de todo contrato especial de operación.

- El artículo 13 del decreto ley 1.089. (derogado) se refería a la ley y jurisdicción aplicables, establecía que los contratos de operación y trabajos específicos celebrados por la ENAP, se regirían exclusivamente por la ley chilena, como así mismo todos los conflictos que pudieran surgir entre las partes relacionados con los contratos de operación, todos ellos quedaban sometidos a los Tribunales chilenos, pudiendo ser estos arbitrales, los que debían en este caso fallar conforme a derecho.

El nuevo decreto ley 1.089, no señala nada al respecto, de lo cual se deduce que también esta determinación queda entregada a la decisión del Presidente de la República.

En mi opinión esta norma no debió haber sido derogada, puesto que no queda comprendida en la facultad prevista en el inciso 10 del N° 24 del art. 19 de la Constitución Política.

J) La letra f) del art. 55 de la ley 18.482 introduce una pequeña modificación al art. 14 del antiguo decreto ley 1.089, el cual pasa a ser art. 5°, del nuevo texto del decreto ley 1.089. Este artículo contiene normas relativas a las franquicias tributarias.

El nuevo artículo 5° prevé el impuesto sobre la retribución, el cual puede ser equivalente a un 50% de la misma, o bien puede serle aplicado el impuesto común a la Renta, según lo determine el Presidente de la República.

Pero, sea que el Presidente de la República determine que el contratista está afecto al impuesto aplicable directamente a la retribución pactada, que equivalente al 50% de la misma, o que quede afecto al régimen tributario de la Ley de la Renta, en ambos casos el Jefe de Estado está facultado para reducir o eximir del tributo en porcentajes que pueden variar desde un 10% hasta el 100%. Esta facultad la podrá ejercer el Presidente de la República cuando así lo aconsejen las dificultades que ofrezca el área territorial de exploración o explotación a que se refiera el contrato. También, en caso de no existir acuerdos que eviten la doble tributación internacional entre el país de origen de la inversión y Chile. Además tomará en consideración lo gravoso que para el contratista puedan resultar los demás términos del contrato.

La facultad que confiere este precepto al Presidente de la República, no constituye delegación de potestades legislativas en el Poder Ejecutivo. Al otorgar una reducción el Presidente de la República ejecuta o cumple una ley. Se consideró conveniente establecer esta norma, porque el contratista calcula su retribución tomando en cuenta los impuestos que la afectan y, de esta forma, elevará el monto de su retribución en términos que absorba los citados impuestos. Luego, en último término, el que paga los impuestos es el que paga la retribución.

Estas facultades (determinación del tipo de impuestos y rebajas), deberán ser ejercidas por el Presidente de la República en el mismo decreto en que se fijen los requisitos y condiciones del contrato especial de operación. (art. 5, inc. 5).

- Invariabilidad. Como garantía para el contratista, el nuevo decreto ley 1.089, en su art. 5, inc. 3°, establece expresamente que cualquiera que sea el régimen impositivo que se fije, éste será invariable por el plazo que se otorgue.

- Régimen impositivo aplicable a bienes importados para la ejecución de contratos de operación o subcontratos. El inc. 4 del art. 14 del decreto ley 1.089, de 1975, se refería a la facultad del Presidente de la República de liberar en determinados porcentajes, los derechos e impuestos que se apliquen por intermedio de Aduanas, como asimismo del impuesto al valor agregado, a determinadas maquinarias, implementos y demás elementos importados "destinados a la exploración y ex

plotación de yacimientos de hidrocarburos y a los subproductos obtenidos de dichas actividades".

Este inciso fue sustituido por el decreto ley 1.820, de 1977, en su art. 1º, letra a), cuyo texto es exactamente igual al nuevo art. 5 del decreto ley 1.089, que sustituye el art. 14 del decreto ley 1.089 de 1975.

La disposición del art. 5, inc. 4, es de carácter más amplio y en virtud de ella se amplía la facultad del Presidente de la República para liberar de todo tipo de impuestos y gravámenes a las importaciones de maquinarias y elementos destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos o a las actividades complementarias de aquellas, esto es, las que se ejecuten con motivo de los contratos o subcontratos a que se refiere el decreto ley.

- Paralelo.

1.- De conformidad al inciso 4 del art. 14 del decreto ley 1.089, de 1977, antes de ser modificado por el decreto ley 1.820, el Presidente de la República sólo podía otorgar a los contratos de operación las siguientes exenciones por las operaciones de importación de determinados bienes destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos y a los subproductos obtenidos en dichas actividades:

a) exención de todos los derechos e impuestos que se perciben por intermedio de Aduanas y,

b) Exención del I.V.A.

2.- De conformidad al art. 5, inc. 4 del nuevo decreto ley 1.089, cuyo texto es igual al art. I°, letra a), del decreto ley 1.820 que sustituyó al inc. 4 del art. 14 del decreto ley 1.089 de 1975, el Presidente de la República podrá otorgar las liberaciones que a continuación se señalan, tanto a los contratistas de operación como a los subcontratistas. La liberación afectará a la importación de maquinarias, y demás implementos y elementos o bienes destinados a la exploración y explotación de hidrocarburos, con motivo de los contratos o subcontratos a que se refiere el decreto ley 1.089.

La facultad del Presidente de la República para eximir de derechos e impuestos es más amplia, toda vez que ella abarca a los siguientes tributos:

a) Exención de los derechos, impuestos, tasas, contribuciones y, en general, de cualquier pago o gravamen, cualquiera sea la autoridad y organismo que los recaude, incluso el impuesto sustitutivo a las importaciones establecido en la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado; y

b) El impuesto al valor agregado y cualquier otro pago o gravamen que directa o indirectamente, afecte a las importaciones.

Estas facultades deberán ser ejercidas en el mismo decreto en que se fijan los requisitos y condiciones del contrato especial de operación, según el art. 5, inc. 5, del nuevo texto del decreto ley 1.089.

Al ejercer estas facultades el Presidente de la República ejecuta la ley y no hay, por lo tanto, potestad legislativa delegada, porque, al eximir de impuestos y gravámenes a las importaciones mencionadas, simplemente cumple la ley.

K) La letra h) del art. 55 de la ley 18.482, establece que el art. 15 del decreto ley 1.089 de 1975 pasa a ser art. 6, y reemplaza expresiones en sus incisos I, 2 y 3.

El art. 15 del decreto ley 1.089 de 1975, ahora art. 6, se refiere a la forma y cobro del impuesto, cuando el régimen tributario determinado por el Presidente de la República, es el aplicable directamente sobre el monto de la retribución. En este caso hay que distinguir si esta es pagada en dinero o en hidrocarburos.

a) Si la retribución es pagada en dinero; quien, de acuerdo al contrato especial de operación, efectúe el pago (el decreto ley 1.089 de 1975 se refería única y exclusivamente a ENAP) el contratista, estará obligado a retener y deducir el impuesto fijado, que puede ser de un 50% o menos, si el Presidente de la República considera que se justifica una rebaja, esta retención deberá realizarse cada vez que efectúe un pago al contratista (art. 6, inc. I° del nuevo texto del decreto ley 1.089.).

- Exención: En este caso, en que la retribución es pagada en dinero, los propietarios, accionistas y socios de las empresas respectivas, estarán exentos de impuestos global com

plementario o adicional en su caso, respecto de las rentas percibidas o devengadas que provengan de tales contratos, así como de todo otro impuesto que pudiere gravar dichas rentas y el dominio. La posesión o la tenencia de derechos o títulos mobiliarios de las mismas empresas, todo esto sin perjuicio de los impuestos que afecten la traslación o transmisión de esos derechos o títulos.

Esta norma se justifica, porque gravar con impuestos los dividendos en que se traduzcan la retribución percibida por la sociedad contratista, es igual o equivalente a gravar con impuestos la retribución misma. (art. 6 inc. 4 del nuevo texto del decreto ley 1.089).

b) Si se dan hidrocarburos en pago de la retribución; quien deba efectuar el pago (el decreto ley 1.089, de 1975, se refería únicamente a la ENAP), deberá retener del volumen de los mismos un porcentaje igual al del impuesto fijado y, para los efectos de su pago, deberá reducir a moneda nacional el valor del volumen retenido, sobre la base del precio y de las normas señaladas en el respectivo contrato, al tiempo de efectuarse la retención. (El art. 15 del decreto ley 1.089, de 1975, señalaba que la reducción a moneda nacional del valor del volumen retenido, debía efectuarse sobre la base del "precio yacimiento", lo que fue suprimido por la letra h), del art. 55 de la ley 18.482.)

L) La letra i), del art. 55 de la ley 18.482, derogó el inciso 2°, del art. 16 del decreto ley 1.089, de 1975, que pasa a ser art. 7° del nuevo decreto ley.

Esta norma se refiere a la prohibición de enajenar bienes internados con las franquicias otorgadas al amparo del decreto ley 1.089.

Dichos bienes no podrán ser enajenados dentro de los 10 años siguientes a la fecha de desaduanamiento, a menos que sean pagados previamente todos los impuestos y derechos que se hubieren dejado de pagar, los cuales se aplicarán sobre el valor que tengan dichos bienes a la fecha del acto o contrato que sirve de título a la transferencia según tasación que, para este efecto, practicará el servicio respectivo (art. 7 del nuevo texto del decreto ley 1.089.

- Sanciones. Si la enajenación se efectuare sin el requisito exigido de pagarse previamente todos los impuestos y derechos que se hubieren dejado de pagar, en virtud de las franquicias otorgadas por el decreto ley 1.089, dicha enajenación será nula y sujetará a las partes a las demás sanciones y responsabilidades que puedan afectarles de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

El inciso 2° del art. 16 del decreto ley 1.089 de 1975, hoy derogado, establecía una excepción, en el caso de que las transferencias o enajenaciones de los bienes internados con las franquicias otorgadas al amparo del decreto ley 1.089, de 1975, fueren efectuadas a favor de la ENAP, con motivo del término de un contrato de operación por cualquier causa y siempre que se hubieren iniciado las operaciones de explotación.

Esta norma fue derogada, no por el hecho de ser in compatible con la normativa constitucional vigente, esto es, cuando el Presidente de la República haga uso de aquellas prerrogativas en el decreto supremo mediante el cual se fije los requisitos y condiciones del respectivo contrato, sino porque debe entenderse dispuesta para el caso en que, por así establecerlo el decreto supremo de rigor, se estipulen en el contrato especial de operación de que se trate, obligaciones similares a las que se contemplaban en el art. 10 del decreto ley 1.089, de 1975.

M) La letra j), del art. 55 de la ley 18.482, establece que el art. 17 del decreto ley 1.089 de 1975, pasa a ser art. 8, reemplazando además diversas expresiones.

Este art. 8 dice relación con la exención de todo impuesto o gravamen y tiene por objeto hacer extensivas las franquicias tributarias y arancelarias contempladas en beneficio de los "contratistas de operación", a los "subcontratistas" encargados de realizar determinadas operaciones o trabajos específicos por cuenta del primero, y de esta forma evitar la existencia de un trato discriminatorio entre el contratista y subcontratista.

- Están exentos de todo impuesto o gravamen:

a) Las transferencias de hidrocarburos que "se efectúen" al contratista en pago de la retribución de este último. Cabe destacar que esta parte de la norma fue modificada, puesto que el art. 17 del decreto ley 1.089, de

1975, se refería solamente al caso que ENAP efectuase la transferencia al contratista, y ahora, dicha operación puede ser efectuada por este u otro organismo del Estado.

b) Están exentas de todo impuesto o gravamen las readquisiciones que el Estado o sus empresas efectúen con el contratista, de conformidad con el inciso 4 del art. 3, esto es, cuando el Estado, directamente o por intermedio de sus empresas, readquiera del contratista los hidrocarburos que le haya dado en pago.

Esta parte de la norma también fue modificada, por cuanto el art. 17 del decreto ley 1.089 de 1975, se refería a las readquisiciones que ENAP efectuase con el contratista, siendo de esta forma la nueva norma más amplia, puesto que priva a ENAP de esta facultad exclusiva, entregándosela al Estado o sus empresas.

c) También están exentas de todo impuesto o gravamen los documentos en que consten los contratos de operación a que se refiere el art. I del nuevo decreto ley 1.089 y los contratos de servicios petroleros específicos a que se refiere el mismo artículo, y los que den cuenta de toda otra operación, acto o contrato que se otorgue con ocasión de esos contratos (art. 8 del nuevo decreto ley 1.089).

d) Estarán exentos de todo impuesto o gravámen las exportaciones de hidrocarburos.

N) La letra k), del art. 55 de la ley 18.482 , se-

ñala que el art. 18 del decreto ley 1.089 de 1975 pasa a ser art. 9 y deroga el inc. 4 del mencionado artículo y reemplaza varias expresiones de este.

Este artículo se refiere al régimen tributario a que se encuentra afecta la remuneración de los subcontratistas extranjeros no domiciliados en Chile.

Su régimen tributario interno no será la aplicación de la Ley de la Renta, puesto que su remuneración estará afecta a un impuesto único, calculado con una tasa del 20% que sustituirá todo otro tributo directo o indirecto que pudiere gravar la remuneración o al subcontratista en razón de la misma. En consecuencia, también quedarán sus servicios exentos del IVA, por ser éste un tributo indirecto que grava la remuneración del subcontratista (art. 9, inc. I del nuevo texto del decreto ley 1.089).

- Rebaja del impuesto.

En conformidad a lo dispuesto en el art. 9, inc. 2 del nuevo decreto ley 1.089 en análisis, el Presidente de la República queda facultado para disponer una rebaja del impuesto único del 20%, antes señalado, la que puede ser equivalente al 10%, 20%, 30%, 40%, 50%, 60%, 70% o 75% del tributo.

Esta rebaja debe insertarse en el contrato de operación respectivo y será invariable durante el período por el cual se otorgue.

- Régimen arancelario.

El régimen arancelario aplicable al subcontratista, será de pleno derecho el que hubiere otorgado el Presidente de la República para el contratista, en uso de la facultad del inciso 4 del art. 5. (art.9 , inc. 4).

- Exención en favor de propietarios, accionistas y socios de las empresas respectivas.

El nuevo texto del decreto ley 1.089, en su art. 9, inc. 5, hace aplicable también al subcontratista lo dispuesto en el inciso final del art. 6, con excepción de la exención referida al impuesto global complementario.

De conformidad al inc. final del art. 6, cuando el Presidente de la República ha fijado un régimen tributario aplicable íntegramente sobre el monto de la retribución que recibe el contratista y ésta se paga en dinero, los propietarios, accionistas y socios de las empresas respectivas (contratistas), están exentos del impuesto global complementario o adicional, según corresponda, respecto de las rentas percibidas o devengadas que provengan de tales contratos, así como de todo otro impuesto que pudiere gravar dicha renta y el dominio, la posesión o la tenencia de derechos o títulos mobiliarios de las mismas empresas.

Mediante la norma del inciso final del art. 9 del nuevo texto del decreto ley 1.089, se hace extensiva esta exención para el caso del subcontratista.

Por lo tanto, el subcontratista queda también exento de cualquier otro impuesto que pudiese afectar al dominio, la posesión o la tenencia de títulos mobiliarios de las mismas empresas.

Este beneficio es aplicable tanto al subcontratista domiciliado en Chile como al domiciliado en el extranjero y esta es la razón por la cual se hace excepción respecto de la exención del impuesto global complementario. No es necesario hacer excepción respecto de la exención del adicional, por cuanto este tributo no afecta al subcontratista sin domicilio en Chile, ya que está gravado sustitutivamente con el impuesto único del 20% , según se señaló anteriormente.

- Subcontratista con domicilio en Chile, estará afecto a la tributación normal establecida en la ley de la renta y sus servicios se verán gravados por el I.V.A., que establece el decreto ley N° 825 de 1974.

Este nuevo art. 9, que reemplaza al art. 18 del decreto ley 1.089, de 1975, no contempla al inc. 4 de este último artículo, por cuanto este se remitía al derogado art. 5, el cual se refería a las obligaciones que debe asumir el contratista de todo contrato de operación y, por lo tanto, regulaba requisitos o condiciones de los contratos de operación petrolera, resultando inconciliables con la facultad privativa que la Constitución ha conferido al Presidente de la República para ese objeto.

N) El art. 55 de la ley 18.482, en su letra L), es-

tablece que el art. 19 del decreto ley 1.089, de 1975, pasa a ser art. 10 y suprime varias expresiones del texto primitivo.

Este artículo se refiere al régimen de admisión temporal de las máquinas, los aparatos, instrumentos, equipos, herramientas y sus partes o piezas necesarios para el cumplimiento de un contrato de trabajo petrolero específico, la ley señala expresamente que siendo o no de propiedad del subcontratista pueden ingresar al país bajo el régimen de admisión temporal contemplado en la Ordenanza de Aduanas.

- Plazo.

Estas mercancías ingresan bajo régimen de admisión temporal por un plazo de hasta cinco años, el cual puede ser prorrogado anualmente por el Director Nacional de Aduanas, si lo requieren las necesidades y características del respectivo contrato de trabajo petrolero específico.

En consecuencia, si se desea por parte del subcontratista la prórroga del plazo, deberá señalarle al Director Nacional de Aduanas las razones que justifiquen dicha prórroga.

Asimismo, también es aplicable este régimen de admisión temporal al contratista de un contrato especial de operación respecto de las maquinarias y demás equipos destinados a la exploración de hidrocarburos, ae art. 10, inc. 3, del decreto ley 1.089 modificado.

0) El art. 55 de la ley 18.482, en su letra m), agrega un nuevo artículo al decreto ley 1.089 (art. 11) y en su letra n), deroga los arts. 20, 21 y 1° y 2° transitorios.

Artículo 11. Este artículo tiene por objeto declarar de utilidad pública, para los efectos de su expropiación, todos los terrenos que, por decreto supremo dictado por el Ministerio de Minería, determine el Presidente de la República como necesarios para la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos por parte de personas que hayan celebrado con el Estado contratos especiales de operación.

Al ser declarados de utilidad pública para los efectos de su expropiación los terrenos determinados por el Presidente de la República como necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se está cumpliendo con lo prescrito en el art. 19 N° 24, inc. 3, que garantiza el derecho de propiedad, puesto que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

En este caso particular, es la ley la que ha declarado de utilidad pública todos los terrenos que el Presidente de la República determine por decreto supremo, como necesarios para la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, por parte de personas que hayan celebrado con el Estado contratos especiales de operación.

En consecuencia, el Presidente de la República cumple o ejecuta la ley al determinar que ciertos terrenos con las características ya señaladas, pueden ser expropiados por causa de utilidad pública.

Por expropiación debe entenderse: "aquel acto de la administración que en virtud de una ley general o especial y por causa de utilidad pública o de interés general priva al particular de su derecho de propiedad sobre el bien en que ésta recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, compensándose la pérdida patrimonial que este acto conlleva, mediante la correspondiente indemnización".

El inc. 2, del art 11 del decreto ley 1.089 modificado, señala que la declaración de utilidad pública, para los efectos de la expropiación de los terrenos ya indicados, debe entenderse sin perjuicio de los derechos y servidumbres establecidos en el Código de Minería en favor de la investigación y exploración mineras y de los establecimientos de beneficio. Estas servidumbres y derechos son aplicables en todo a la investigación, exploración y explotación de hidrocarburos efectuadas por personas que hayan celebrado con el Estado contratos especiales de operación.

De esta forma, no es necesaria la expropiación de los terrenos necesarios para la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos por parte de los contratistas, para el ejercicio de los derechos y servidumbres establecidos en el Código de Minería.

El inciso 3 del art. II, señala que serán de cargo del contratista las indemnizaciones y gastos que se originen con motivo de expropiaciones y constitución de servidumbres.

De todo lo expuesto hasta aquí en esta parte I del Capítulo V de esta Memoria de Prueba, se deduce que el contrato especial de operación petrolera, que se celebre conforme a la legislación chilena vigente, tiene que atenerse en síntesis a las siguientes normas fundamentales:

a) Aquéllos requisitos y condiciones que el Presidente de la República, fije para cada caso (o contrato) por decreto supremo, conforme lo impone el inc. 10 del N° 24 del art. 19 de la Constitución.

b) Los preceptos del decreto ley 1.089 de 1975, que han mantenido su vigencia, después de que se hizo aplicable el citado inc. 10 del N° 24 del art. 19 de la Constitución, con las modificaciones introducidas, en el referido decreto ley 1.089 de 1975, por la ley N° 18.482, y que regulan las siguientes materias:

1.- Definiciones: contrato especial de operación, contratista, retribución, contrato de trabajo específico.

2.- No contempla la facultad de ENAP, para dar hidrocarburos en pago de todo o parte de la retribución convenida, no obstante permite la retribución al contratista en hidrocarburos, siempre y cuando así se estipule en el contrato especial de operación.

- 3.- Normas relativas a las franquicias tributarias.
  - 4.- Régimen impositivo aplicable a bienes importados para la ejecución de contratos de operación o subcontratos.
  - 5.- Normas relativas a la forma y cobro del impuesto cuando el régimen tributario determinado por el Presidente de la República es aplicable directamente a la retribución.
  - 6.- Normas relativas a la prohibición de enajenar bienes internados con las franquicias otorgadas al amparo del decreto ley 1.089.
  - 7.- Normas relativas a la exención de todo impuesto o gravamen y hace extensivas las franquicias tributarias y arancelarias contempladas en beneficio de los "contratistas" a los "subcontratistas".
  - 8.- Régimen tributario a que se encuentra afecta la remuneración de los subcontratistas extranjeros no domiciliados en Chile.
  - 9.- Régimen de admisión temporal de máquinas, equipos etc. necesarios para el cumplimiento de un contrato de trabajo específico.
  - 10.- Declara de utilidad pública, para los efectos de su expropiación, todos los terrenos que, por decreto supremo dictado por el Ministerio de Minería, determine el Pre-
-

sidente de la República como necesarios para la exploración y explotación de hidrocarburos.

II.- VIGENCIA DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATOS DE OPERACION CONTENIDAS EN EL DECRETO LEY N° 1.557, de 1976, CON POSTERIORIDAD A LA DICTACION DEL ART. 19 N° 24, INCISO 10 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1980.

Tanto el torio como el uranio , estaban reservados al Estado, porque según el art. 5° de la ley N° 16.319 los materiales atómicos naturales se consideraban comprendidos en el art. 4° del Código de 1932 y la misma ley 16.319, en su art. 8, señalaba que, por exigirlo el interés nacional, estas sustancias atómicas no podían ser objeto de ninguna clase de actos jurídicos, sino cuando ellas se ejecutasen o celebrasen por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, con ésta o con su autorización previa.

La entrada en vigencia de la Constitución de 1980 haría que esta situación cambiara radicalmente, dado que en su art. 19, N° 24 inciso 7°, señala que: "Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o explotación". Por su parte la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, en su art. 15, vigente las declaró como sustancias minerales de valor estratégico de libre denunciabilidad, sujetas al derecho del Estado de primera opción de compra a precio y modalidades habituales de mercado. Y el Código de Minería establece la forma, oportuni-

dad y modalidades en que el Estado podrá ejercer este derecho. (art. 10).

No obstante esta trascendente modificación, dado que de sustancias reservadas al Estado pasaron a ser sustancias de libre denunciabilidad, las de valor estratégico sujetas al derecho del Estado de primera opción de compra, el decreto ley N° 1.557, sigue vigente en los siguientes casos:

a) Respecto de los yacimientos de uranio y torio adquiridos por cualquiera, antes de la vigencia del decreto ley 1.557, de 1976, como se desprende del art. 5° de la ley 16.319 (hoy derogada).

b) Yacimientos de uranio y torio, adquiridos después de la vigencia del decreto ley 1.557, que reservó en favor del Estado a los materiales atómicos naturales, y que en virtud de la letra f), de su art. 37, facultó a COCHEN para expropiarlos.

c) Respecto de los yacimientos de uranio y torio, adquiridos según lo prescrito por el art. segundo transitorio del actual Código de Minería, el cual otorgó a COCHEN un plazo fatal de 180 días contado desde la publicación del mismo; para presentar pedimentos y manifestaciones respecto de torio y uranio.

Por el contrario, se aplica plenamente el inciso 10, N° 24 del art. 19 de la Constitución Política, en virtud del cual el Presidente de la República fija los requisitos y

condiciones de los contratos especiales de operación, para ca da caso en particular, respecto del torio y uranio que se encuentre en las siguientes situaciones:

a) Respecto del torio y uranio situados en aguas ma rítimas sometidas a la jurisdicción nacional, sin acceso por túneles de tierra (art. 19, N° 24, inc. 10 de la Constitución y art. 3 inc. 4 de la Ley Orgánica Constitucional).

b) Cuando el uranio y torio se encuentren en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional con fines mineros (art. 19 N° 24, inc. 10 de la Constitución y art. 3 inc. 4 de la Ley Orgánica Constitucional).

En ambos casos sólo el Estado puede explorar, ex plotar y beneficiar estas sustancias, aplicándose de esta for ma plenamente el inc. 10, N° 24 del art. 19 de la Constitu - ción.

Tampoco puede aplicarse el decreto ley 1.557, de 1976, respecto del uranio y torio, que son de libre denuncia- bilidad, sin perjuicio del derecho de opción de primera com- pra, en este caso rige el art. 10 del Código de Minería de 1983, el cual se aplica en los siguientes casos:

a) Respecto del Uranio y Torio de particulares, no expropiados de conformidad a las reglas del decreto ley N° 1.557.

b) Respecto del uranio y torio de libre denunciabil

---

lidad.

c) Cuando el uranio y torio se encuentren en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, que tengan acceso por túneles de tierra.

d) Y cuando el uranio y torio se encuentren en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional, sin fines mineros.

- Primera opción de compra.

La ley ha considerado a estos minerales con valor estratégicos, con fines de seguridad nacional, ya que al participar el Estado en la comercialización de dichos productos va a reservar lo necesario para el consumo nacional, y velará porque las exportaciones de estos minerales se lleven a cabo sin desmedro de la seguridad nacional del país.

El art. 15 de la Ley Orgánica N° 18.097 dice: "Todo concesionario minero, en cuanto tal, tiene la obligación de sujetarse a las normas relativas al derecho del Estado de primera opción de compra, al precio y modalidades habituales del mercado, de los productos minerales que esta ley declare de valor estratégico por contener determinadas sustancias en presencia significativa".

a) Si los productos se obtienen esporádicamente, su productor deberá comunicar su obtención a COCHEN, con el fin de que esta ejerza, por cuenta del Estado, el derecho de

primera opción de compra.

Esta comunicación constituye una oferta de venta con plazo de espera y obliga a no disponer del producto durante los tres meses siguientes a la fecha de su recepción. La Comisión puede aceptar o rechazar libremente la oferta, en todo o parte. La oferta caducará si no es aceptada dentro de los tres meses de espera, salvo que la Comisión, dentro de este plazo pida al juez, la designación de un experto que establezca el precio y modalidades de la compra - venta, con arreglo al art. 1804 del Código Civil.

b) Si los productos se obtienen en forma habitual, su productor, a más tardar en septiembre de cada año, comunicará a la Comisión sus programas mensuales de producción estimados para el año calendario siguiente, y además debe dar cuenta a la Comisión de inmediato, de todas las variaciones que experimenten los programas, para que, por cuenta del Estado, ejerza el derecho de primera opción de compra. La comunicación constituye una oferta de venta con plazo de espera y obliga a no disponer del producto de cada mes hasta el último día del mes de su obtención.

La oferta caduca si no es aceptada dentro de los tres meses siguientes a ella, (inciso 5° en relación con el inc. 2°, del art. 10 del Código de Minería).

---

- Decreto Ley N° 1557, de 1976, que modifica la Ley Orgánica de la Comisión Chilena de Energía Nuclear y dicta normas sobre contratos de operación.

Este decreto ley, en sus considerandos, señala los fundamentos que motivaron la iniciativa de legislar sobre esta materia.

El presente texto legal entrega a la Comisión Chilena de Energía Nuclear en forma exclusiva y excluyente: a) la exploración, explotación y beneficio de los materiales atómicos naturales que correspondan al Estado, que estén en el patrimonio de la Comisión o que ésta tenga derecho a incorporar a su patrimonio, actividades que COCHEN puede realizar por sí, por medio o en unión de terceros. b) el Comercio de todos los materiales atómicos naturales extraídos y de sus concentrados, derivados y compuestos quienquiera que sea su dueño. c) el acopio de materiales de interés nuclear que necesite o convenga al país y d) celebrar por sí o en representación del Estado de Chile según sea el caso contratos de operación para explorar, explotar y beneficiar materiales atómicos naturales.

Parece fuera de duda la importancia que los materiales atómicos naturales revisten para el desarrollo económico del país, fundamentalmente en cuanto constituyen una nueva fuente de energía, que podría aliviar en alguna forma la gran dependencia que Chile tiene en cuanto al petróleo. De ahí el interés de incentivar su exploración, explotación y beneficio.

Esto fue lo que se tuvo presente para entregar a la

COCHEN, organismo autónomo y especializado en estas materias, la facultad para celebrar contratos de operación o de riesgo, en cuya virtud el contratista se obliga a realizar una o más de las fases de exploración, explotación y beneficio de los materiales atómicos naturales de que puede disponer el Estado, o bien obligarse a realizar una o más de las actividades de las fases enunciadas.

La Comisión debe tener siempre presente al celebrar los, el tomar las medidas que comprendan los debidos resguardos y limitaciones en favor del Estado, y que rige también, respecto de estas sustancias minerales, el principio rector de esta institución jurídica, según el cual el Estado no podrá desprenderse en caso alguno del dominio sobre los yacimientos (incluidos, por cierto, los de materiales atómicos naturales).

El artículo 4° del decreto ley N° 1557, los define señalando: "contrato de operación es aquel en virtud del cual una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, llamada contratista se obliga a realizar para la Comisión todo o parte de las actividades correspondientes a la fase de exploración, a la fase de explotación y la fase de beneficio de materiales atómicos naturales, o a una o más de ellas y las que fueren complementarias en el área o lugar que se convenga y en el plazo o plazos que se estipulen".

#### PARTES CONTRATANTES.

Se celebra entre una persona llamada contratista y la Comisión.

a) El contratista: este concepto es muy amplio e incluye toda clase de personas naturales o jurídicas, estas últimas de derecho público o de derecho privado, nacionales o extranjeras, el cual (contratista) se obliga a realizar para la Comisión todas o parte de las actividades correspondientes a la fase de exploración, explotación o beneficio, o bien puede abarcar una o más fases.

b) El decreto ley N° 1557, art. 1°, inc. 2°, establece que cada vez que este decreto se refiere a la Comisión, se entenderá que se trata de la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

La ley orgánica de la COCHEN N° 16.319 de 1965, cuyo texto fue modificado por el decreto ley N° 1557, de 1976, en su art. 1° señala que la COCHEN, es un organismo de la administración autónoma del Estado, la cual dependerá exclusivamente del Presidente de la República y se relacionará con el gobierno por intermedio del Ministerio de Minería.

Tiene como principales funciones las siguientes:

- Asesorar al gobierno en todos los asuntos relacionados con la energía nuclear, elaborar o proponer al gobierno los planes nacionales para la investigación, desarrollo, utilización y control de la energía nuclear en todos sus aspectos, fomentar, realizar o investigar, según corresponda y con arreglo a la legislación vigente, la exploración, la explotación y el beneficio de los materiales atómicos naturales, el comercio de dichos materiales ya extraídos y de sus compuestos, concentrados, y derivados, el acopio de materiales

de interés nuclear y la producción y utilización con fines pacíficos, de la energía nuclear en todas sus formas, tales como su aplicación a fines médicos, industriales o agrícolas y la generación de energía eléctrica y térmica.

- El art. 4° del decreto ley 1.557, faculta a la Comisión para suscribir, por sí o en representación del Estado de Chile, según sea el caso, contratos de operación para explorar, explotar y beneficiar materiales atómicos naturales. Se entiende que la Comisión actúa en representación del Estado, en cuanto está adquiriendo para el Estado derechos respecto del contratista -como podría ser, por ejemplo, el del art. 6° N° 8- o está contrayendo obligaciones que el contratista deberá exigir del Estado (quien estará representado por el ente que corresponda), por ejemplo: la garantía de acceso al mercado de divisas libre cambiario en conformidad a lo dispuesto por el inc. 1° del art. 21. Y comparece en el contrato "por sí", en cuanto está adquiriendo para ella misma derechos respecto del contratista -como por ejemplo el del art. 6° N° 5- o está contrayendo obligaciones que el contratista deberá exigir de ella misma.

#### CARACTERISTICAS.

A) Es un contrato bilateral. El art. 1.439 del Código Civil señala que: "el contrato es bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente". Este contrato genera obligaciones para ambas partes contratantes: la Comisión, por sí o en representación del Estado, y un contratista, sea éste persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

b) Es un contrato oneroso. Según el art. 1.400 del Código Civil, un contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Por su parte, el art. 1441 del Código Civil, señala que: "el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; "el contrato de operación es oneroso, ya que el art. 12, inc. 1º, del Decreto Ley 1557, señala que en el contrato se convendrá la retribución que el contratista percibirá por sus servicios. No obstante puede también ser aleatorio por cuanto el art. 12, en su inc. 3º, dispone que las partes podrán convenir que una o más de las fases de exploración, explotación y beneficio, no sean retribuidas.

De esta forma, según lo dispuesto por el art. 12, incs. 1º y 3º, una o más de las actividades de un contrato de operación podrán ser gratuitas o remuneradas.

c) Es un contrato solemne: el art. 5º del decreto ley 1557 de 1976, establece los requisitos para celebrar el contrato de operación.

Los contratos de operación o sus modificaciones se perfeccionan mediante el otorgamiento de escritura pública en la cual deberán insertarse el decreto supremo fundado que autorice al contrato o su modificación, previo informe favorable del Comité de Inversiones Extranjeras, cualesquiera sean la nacionalidad del contratista y origen de la inversión.

Para todos los efectos, se entenderá que el decreto correspondiente forma parte integrante del respectivo contrato de operación o sus modificaciones. El informe del Comité de Inversiones Extranjeras debe limitarse a aquellas materias del contrato de operación que, de no mediar éste, habrían sido materia de un contrato de inversión extranjera. Llama la atención la exigencia del informe del Comité de Inversiones Extranjeras, incluso cuando se trate de un contratista chileno que invierta capitales de origen nacional.

d) Ley y jurisdicción aplicables. El art. 10 del decreto ley, excluye la posibilidad de aplicar a los contratos de operación otra ley que no sea la chilena, de tal manera que ni aún mediante estipulación expresa, puede convenirse que se rija por la ley extranjera. (10)

El inc. 2° de este artículo 10, se refiere a que todos los asuntos legales, técnicos, contables, comerciales, etc. -que puedan surgir entre las partes en relación con el contrato, de operación, quedarán siempre sometidas a la jurisdicción de los Tribunales chilenos, los cuales podrán ser ordinarios o arbitrales, estos últimos podrán ser de derecho, mixtos o arbitradores. Sin embargo, esto no significa que las partes del contrato de operación están facultadas para someter a arbitraje materias del contrato que de acuerdo a las normas generales sean de arbitraje prohibido.

e) La selección del contratista, se efectuará por

---

(10).- NOTA: Si el Presidente de la República lo decide podría aplicar otra ley, por medio de un decreto supremo, en el caso del inc. 10° del N° 24 del art. 19 de la Constitución.

la Comisión apreciando especialmente los objetivos establecidos en la política atómica del país y el debido resguardo de la seguridad nacional.

#### EFFECTOS DEL CONTRATO DE OPERACION

Son los derechos y obligaciones que genera para las partes contratantes.

El art. 4º, inc. 3º, señala que en todo lo relacionado con el contrato de operación, la Comisión no tendrá ante el contratista o terceros más responsabilidades que aquéllas que expresamente haya asumido en dicho contrato. Por ejemplo, la Comisión no responde: del daño nuclear, accidentes del trabajo u otros conflictos que se produzcan por acciones u omisiones del contratista; tampoco responde de los hechos u omisiones de un subcontratista, a menos que esta (la Comisión) haya asumido expresamente responsabilidades en el respectivo contrato de operación.

De tal forma que habrá que analizar cada contrato en particular para determinar las responsabilidades que asuma la Comisión tanto respecto del contratista como de terceros. Esta norma es consecuencia directa del principio rector de estos contratos, cual es que el contratista asuma el riesgo minero.

#### I.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.

El art. 6º del decreto ley 1557, señala las obli-

gaciones comunes a todo contrato de operación y que, por mandato expreso de la ley, siempre deberán estar contenidas en él. La expresión "a lo menos" contenida en el inc. 1° de este art. 6°, indica que, además de las obligaciones enumeradas en él, las obligaciones del contratista pueden extenderse a otras muchas materias que se consignent en un contrato. Además, sin perjuicio de asumir las obligaciones enumeradas en el art. 6°, el contratista podrá aceptar que una o más de ellas le sean más gravosas.

1).- Obligación de designar domicilio y representante en Chile.

El art. 6° N° 1, señala que el contratista debe designar domicilio en Chile y obligarse a mantener representante (respecto del cual la ley no exige que sea chileno) con igual domicilio y residencia, a quién se aplicará siempre lo prescrito en el art. 8 del Código de Procedimiento Civil, es decir dichos representantes se entenderán autorizados para litigar a nombre de la respectiva persona jurídica con las facultades que expresa el inc. 1° del art. 7°, (poder simple para litigar), no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la sociedad o corporación.

2.- Obligaciones que permiten la adquisición por parte de COCHEN de las tecnologías utilizadas en las actividades de exploración, explotación y beneficio de materiales atómicos naturales.

a) El art. 6° N° 2, establece que el contratista

está sujeto a proporcionar, por su cuenta y riesgo la totalidad de los capitales y de los demás bienes necesarios para el fiel y estricto cumplimiento del contrato. En cuanto a las cantidades o bienes que proporcionará el contratista, resultaría conveniente señalarlos específicamente en el contrato.

La expresión "por cuenta y riesgo" significa sin costo, responsabilidad o riesgo alguno para la Comisión y "totalidad" indica que la Comisión como tal no debe ni puede proporcionar bienes o dinero.

b) El N° 4 del art. 6°, obliga al contratista a incorporar a las actividades que se ejecuten en cumplimiento del contrato, el personal que la Comisión designe. Esta Facultad de la Comisión puede ser ejercida sin limitación de lugar, época, tiempo, número de personas, ni nombres, salvo que alguna de esas limitaciones sea estipulada por las partes expresamente en el contrato. La remuneración de estas personas será de cargo de la Comisión o del contratista, según se estipule.

c) El N° 5 del art. 6°, establece que el contratista está obligado a proporcionar a la Comisión toda la información técnica y de factibilidad económica, que obtenga con motivo u ocasión de la ejecución del contrato. Esta obligación debe cumplirse tan pronto que ello sea posible y sin costo alguno para la Comisión. La expresión "con motivo u ocasión del contrato" comprende por lo tanto Chile como el extranjero y cualquiera época; la voz "obtenga" envuelve

---

las ideas de "a cualquier título y de cualquiera fuente" y "consiga de terceros o produzca por sí mismo". El cumplimiento de esta obligación no implica que el contratista pueda hacer uso de la información que obtenga, en conformidad a la ley.

3.- Obligaciones que tienen por objeto resguardar la seguridad nacional.

a) En el N° 6 del art. 6°, se establece que el contratista debe mantener en absoluta reserva la información que obtenga con motivo u ocasión de la ejecución del contrato, y no puede revelar secretos de carácter técnico o estratégico que se refieran a la Comisión o a sus actividades, a menos que la Comisión lo autorice previamente y por escrito. En este caso, al igual que en el número anterior, la expresión "con motivo u ocasión de la ejecución del contrato" es amplísima y comprende tanto a Chile como al extranjero y en cualquier tiempo que la información se obtenga. La voz "ob<sub>u</sub>tenga" también en este caso comprende las ideas de "a cualquier título y de cualquiera fuente" y "consiga de terceros o produzca por sí mismo".

La frase final de este N° 6, expresa "a menos" lo cual significa que la autorización de la Comisión es excepcional, y en tanto no exista, la prohibición es absoluta, esta autorización, en consecuencia, debe ser expresa, siendo necesaria tanto respecto de la información técnica como respecto de los secretos de carácter técnico o estratégico.

---

b) El N° 7 del art. 6°, establece que debe proporcionarse a la Comisión, con la debida anticipación, la iden tidad de las personas naturales que desea que intervengan , a cualquier título, en la ejecución del contrato, con el objeto de que la Comisión pueda ejercer el derecho a que se re fiere el art. 7°. Comprende a todas las personas naturales, chilenas o extranjeras, dependan o no del contratista, que se desee que intevengan a cualquier título, por cualquier tiempo y en cualquiera actividad relacionada con la ejecución del contrato.

En el art. 7°, se faculta a la Comisión para recha zar y sin expresión de causa, la intervención, a cualquier título, de una o más personas naturales en la ejecución del contrato.

Para poder ejercer esta facultad por parte de la Comisión, es previo que el contratista haya cumplido con lo dispuesto en el N° 7 del art. 6, porque en este caso la voz "rechazar" significa "no admitir lo que otro propone u ofre ce". La Comisión podrá rechazar al afectado antes que éste comience a intervenir en la ejecución del contrato o bien cuando la persona esté interviniendo en la ejecución del mismo, es decir, en cualquier momento.

En el art. 8, se establece el marco general de las consideraciones que la Comisión apreciará para seleccionar al contratista, especialmente considerará los objetivos es tablecidos en la política atómica del país y el debido res guardo de la seguridad nacional.

4.- Obligaciones que tienden a caucionar el cumplimiento del contrato por parte del contratista.

a) El N° 3 del art. 6°, establece que el contratista está obligado a ejecutar materialmente el contrato conforme a las mejores técnicas, para asegurar, de acuerdo con la Comisión, el óptimo resultado de las actividades convenidas, en los plazos estipulados. La expresión "de acuerdo con la Comisión", significa que el contratista debe por lo menos obtener de la Comisión su aceptación de las técnicas que se propone emplear, y de esta forma asegurar el óptimo y exacto resultado de las actividades convenidas.

b) El N° 9 del art. 6°, establece que, si el contratista no cumple la totalidad o parte de sus obligaciones, está obligado a pagar a la Comisión, a título de indemnización de perjuicios, al menos, el valor de los trabajos comprometidos y no realizados en la forma convenida, sin perjuicio de mayores u otras indemnizaciones si procedieren, ni libera al contratista de otras responsabilidades que pudieren afectarle.

Las "mayores u otras indemnizaciones" a que se refiere este N° 9, pueden tener cualquier origen, legal o contractual. Por ejemplo, podría estipularse que el contratista responderá por el perjuicio que causen las acciones u omisiones de sus subcontratistas y del personal de éstos. En cuanto a las "otras responsabilidades" estas pueden ser de cualquier naturaleza y monto y su sujeto activo cualquiera persona.

c) El N° 11 del art. 6°, señala que el contratista debe constituir caución a satisfacción de la Comisión para garantizar el cumplimiento del contrato. La Comisión será quien a su arbitrio calificará el tipo de caución y su monto. De esta forma la caución podrá prestarse en Chile o en el exterior, pudiendo estipularse perfectamente más de una caución.

d) El art. 11 señala, que la Comisión fiscalizará el estricto cumplimiento, por parte del contratista, de las obligaciones que a éste imponga el contrato de operación. Siendo así, es imperativo para la Comisión el fiscalizar o investigar el cumplimiento de las obligaciones. Para poder llevar a efecto dicha función, en todo contrato de operación se fijarán la forma y las condiciones en que la Comisión ejercerá sus facultades fiscalizadoras y, especialmente la manera en que el contratista llevará su contabilidad relativa al contrato de operación y la forma en que la Comisión podrá, por sí o por medio de terceros, examinar dicha contabilidad.

Esta facultad de revisar la contabilidad comprende toda la que se lleve en conformidad a lo estipulado en el contrato, pudiendo ejercerse por la propia Comisión o mediante cualesquiera personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

El inc. 3° de este art. 11, deja a salvo toda otra norma legal o reglamentaria que sean aplicables al contratista en materias de fiscalización, contabilidad; por ejemplo, si se trata de una Sociedad Anónima, las facultades fiscalizadoras de la respectiva Superintendencia.

---

La fiscalización que establece este art. 11 se refiere a aquella que la Comisión efectuará como contraparte y no como autoridad.

5.- Obligación de preservar los recursos naturales.

El art. 6 N° 8 , establece que el contratista debe tomar todas las medidas necesarias para la adecuada preservación o reposición de la flora, la fauna y todo otro recurso natural renovable que pueda verse afectado por la ejecución del contrato. (Me remito a la crítica expuesta respecto a la referida obligación en la parte referente a los contratos de operación petrolera).

II.- DERECHOS DEL CONTRATISTA.

1.- Derecho a ser retribuido.

El art. 12 dispone que la retribución que el contratista percibirá por sus servicios debe estipularse en el contrato de operación, y según lo dispuesto en el inciso 3°, de este artículo; puede convenirse que una o más actividades correspondientes a una o más fases de exploración, explotación y beneficio de un contrato de operación podrían ser gratuitas o no remuneradas.

El inc. 2° otorga amplia libertad a las partes para convenir la retribución que les parezca más conveniente, y al respecto se puede convenir que sea en moneda nacional o extranjera o en especies. Esta última forma, incluye a los

materiales atómicos naturales extraídos y sus concentrados, derivados o compuestos. Asimismo, las partes pueden libremente estipular el monto de la retribución o la proporción de los materiales atómicos extraídos y sus concentrados, derivados o compuestos que el contratista recibirá como retribución y la forma como esta será pagada, o la manera de terminarla.

Por lo tanto, la retribución puede estipularse mediante innumerables formas y modalidades.

2.- Derecho a gozar de regímenes, beneficios, franquicias o exenciones y garantías.

No obstante, las ventajas que contempladas en los arts. 14 a 23 del decreto ley 1.557, sean determinadas expresamente en el respectivo contrato de operación o en el correspondiente decreto supremo, por los plazos y condiciones que en estos se establezcan, se entienden incorporadas en todo contrato de operación las normas sobre compensación de perjuicios y el procedimiento para su determinación y pago contenidos en los arts. 33, 34 y 35 del decreto ley N° 600, de 1974.

Cabe tener presente, que el texto del decreto ley 600 de 1974, vigente al tiempo de promulgarse este decreto ley 1.557, fue reemplazado por otro texto, en que se contemplan normas sobre compensación de perjuicios y procedimientos para su determinación y pago. En opinión de los redactores del informe que constituye la historia fidedigna del

establecimiento de la ley, el hecho de que en el nuevo texto no las contemple, no obsta, a que las normas a que este inciso se refería al tiempo de su promulgación se consideren vigentes para los efectos del mismo inciso, y sean por tanto aplicables con las limitaciones que corresponden a los contratos de operación, los contratistas y los decretos supremos correspondientes.

Las referidas normas sobre compensación de perjuicios y el procedimiento para su determinación y pago, se aplican a todos los contratistas y también a los derechos correspondientes. Respecto de estos últimos, sin embargo, no se aplican a todos los derechos que para el contratista emanen del contrato y del decreto supremo, sino únicamente a los derechos que digan relación con "aquellos regímenes, beneficios, franquicias, exenciones y garantías que contempladas en los arts. 14 a 23 del decreto ley 1557, sean determinadas expresamente en dichos contratos o derechos". Así, por ejemplo, la eventual responsabilidad en que pudiere incurrir la Comisión por haber eludido el cumplimiento de una obligación del contrato, distinta de las señaladas, para hacerla efectiva el contratista deberá proceder conforme a las normas generales.

El art. 13 en su inciso 1°, establece los casos y los requisitos necesarios, para que al contratista pueda aplicársele este sistema facultativo de regímenes, beneficios, franquicias, exenciones y garantías, sea este nacional o extranjero. Mediante la voz "únicamente", se excluye la aplicación de toda otra norma vigente al tiempo en

que se promulgó el decreto ley N° 1.557.

Requisitos para que al contratista le pueda ser aplicado un régimen, beneficio, franquicia, exención o garantía.

- El beneficio de que se trate debe estar previamente contemplado en el decreto ley 1.557.

- Debe ser determinado expresamente en el contrato de operación o en el decreto supremo que autoriza el contrato de operación.

En cuanto a los "plazos" que se fijen, los distintos beneficios a que se refiere este artículo, podrán tener plazos de duración diferentes, pudiendo ser éstos inferiores al plazo o a los plazos estipulados para las actividades o las fases que dan origen al respectivo beneficio o lo justifican.

El decreto ley 1557 distingue entre el contrato y el decreto supremo que lo autoriza mediante la conjunción "o". esto es así, porque algunos beneficios deben ser otorgados por el decreto supremo, por ejemplo los beneficios tributarios del art. 15, inc. 1, 2 y 3°.

Este sistema de regímenes, beneficios, franquicias, exenciones y garantías, que contempla el decreto ley 1.557, es aplicable sólo a los contratos de operación y al contratista, y en ningún caso a contratos diferentes del de opera

---

ción que puedan celebrarse.

A) Invariabilidad. El art. 14, establece que puede garantizarse al contratista la invariabilidad de uno o más de los regímenes, beneficios, franquicias, exenciones y garantías, por el plazo o los plazos que para cada uno de ellos se indique en el contrato de operación y en el decreto supremo.

El plazo de la invariabilidad establecido para un determinado beneficio puede ser inferior, al plazo establecido para la duración del beneficio mismo.

B) Franquicias tributarias. En el inc. 1° del art. 15 faculta al Presidente de la República para determinar el tipo de impuesto al cual quedará afecto el contratista, podrá determinar entre un impuesto único-sustitutivo de todo otro tributo- que grave a la retribución o al contratista en razón de la misma y que equivaldrá a un 50% de dicha retribución, o bien al régimen tributario de la ley de la renta.

- Rebajas. El Presidente de la República puede además, cualquiera que sea el sistema tributario que haya determinado, disponer rebajas de "dicho" impuesto (la voz "dicho" se refiere al impuesto único sustitutivo) o de todos o cada uno de los impuestos de la ley de la renta, rebajas que pueden alcanzar a 10%, 20%, 30%, 40%, 50%, 60%, 70%, 80%, 90% o 100%. Cabe tener presente que la rebaja sólo puede practicarse por decenas. Para poder ejercer esta fa

---

cultad es necesario que concurra a lo menos una de las circunstancias enumeradas en el inc. 2° párrafo final del art. 15, entre ellos, cuando así lo aconsejen las dificultades que presenten las actividades convenidas en el contrato de operación, el monto y características de la retribución.

Estas facultades -determinación del tipo de impuesto y rebajas- deberán ser ejercidas por el Presidente de la República en el decreto supremo que autorice el contrato o su modificación.

No se trata en este caso de una delegación de potestades legislativas en el poder ejecutivo, porque el Presidente de la República al otorgar una reducción, cumple o ejecuta una ley.

El establecimiento de esta norma se consideró de gran conveniencia, en razón de que el contratista calculará su retribución teniendo en cuenta los impuestos que la afectan. De este modo, en último término, el que paga los impuestos es el que paga la retribución.

El inciso 3° del art. 15, establece que el sistema tributario determinado por el Presidente de la República, sustituirá todo otro impuesto directo o indirecto que pudiere gravar la retribución o al contratista en razón de la misma, esto es, excluye cualquier otro impuesto que pudiere gravar la retribución o al contratista en razón de ella, por ejemplo: el habitacional.

Establece además la invariabilidad del sistema que se haya determinado y/o la de la tasa o tasas respectivas, fijando expresamente el plazo o plazos de la invariabilidad.

Esta garantía de invariabilidad, es un tanto redundante por cuanto estaba contemplada ya de un modo general en el art. 14.

- Forma de cobro y pago del impuesto. El inc. 1° del art. 16 señala: si el sistema tributario determinado por el Presidente es el aplicable directamente sobre la retribución esto es el 50% de ésta, sin perjuicio de las rebajas, es necesario distinguir si la retribución se paga en moneda nacional o extranjera o en especies. Cabe tener presente que este inciso primero se refiere sólo al impuesto único sustitutivo y excluye a los de la ley de la renta.

a) Si la retribución se paga en moneda extranjera o moneda nacional, la Comisión estará obligada a deducir y retener el monto del impuesto fijado cada vez que efectúe un pago al contratista. La Comisión deberá declarar y pagar dentro de los 15 primeros días de cada mes calendario, el impuesto fijado. Cuando la Comisión deduzca y retenga de un mismo contratista diferentes variedades de materiales o productos, el porcentaje de retención sería igual al del impuesto fijado para todas las variedades de que se trate. La COCHEN deberá declarar y pagar en Tesorería dentro de los 15 primeros días de cada mes, el valor que corresponda, el cual se determinará conforme a instrucciones que impartirá el Presidente de la República; y, una vez hecho el pago, la

COCHEN se hace dueña de los materiales atómicos naturales, concentrados, derivados o compuestos que había retenido y pudiendo disponer libremente de ellos.

- Exención del impuesto global complementario o del adicional y otros impuestos. El art. 16, letra d), señala que cuando el contratista es persona jurídica, sus accionistas o socios están exentos del impuesto global complementario o adicional por las rentas que provienen del contrato de operación, al igual que de todo impuesto que pudiere gravar las rentas o dominio, la posesión o la tenencia de derechos o títulos mobiliarios en el capital de esas personas jurídicas.

Se entiende que las "rentas percibidas o devengadas" que provengan de un contrato de operación, se refieren a la persona jurídica contratista misma y no a sus accionistas o socios, rentas que no se acumulan a la base imponible de los impuestos que, por otros conceptos, deba pagar la persona jurídica y, por tanto, no gravitan sobre ella ni sobre sus socios o accionistas.

c) Régimen de pago diferido. Los bienes de capital que importe el contratista durante la vigencia del contrato de operación para explotación o beneficio, bienes que deben estar incluidos en una lista que establecerá el Ministerio de Hacienda, a proposición de COCHEN, quedarán sujetos a un régimen de pago diferido en relación con los derechos, impuestos, tasa de despacho y demás gravámenes que se perciban por intermedio de aduanas. Este pago se efectuará en una so

la cuota, sin intereses, a los 7 años, contados desde la fecha de numeración de la póliza de ñimportación (art. 15, inc. 5 y 6). El inc. 7° del art. 15. señala que el Presidente de la República está autorizado para que dentro del plazo de un año y mediante los decretos de Hacienda que sean necesarios, los que formarán parte integrante del contrato de operación, fije o modifique el régimen de pago diferido. En relación con este inciso, con fecha 8 de noviembre de 1977, se dictó el decreto de Hacienda N° 895, que fija el régimen de pago diferido establecido en el art. 15 N° 7 del decreto ley 1.557.

a) En su art. 1° establece que el monto de los derechos, impuestos, tasa de despacho y demás gravámenes que se perciban por intermedio de aduanas que afecten a los bienes de capital a que se refiere el art. 15, inc. 5° del decreto ley 1.557, se expresarán en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y se pagarán en una sola cuota, sin intereses, transcurridos 7 años desde la fecha de numeración de la respectiva póliza de importación. El pago se hará en moneda nacional convirtiendo los dólares al tipo de cambio bancario que rija el día del pago.

b) Sistema de imputación y castigo del monto por pagar. El decreto de Hacienda N° 895 establece el procedimiento para castigar la deuda inicial anualmente, en el art. 1°, inc. 3° y siguiente y art. 2°.

c) Forma de solicitar las franquicias. El art. 3° del decreto de Hacienda N° 895 señala que la petición de

---

las franquicias con la constancia de la especie de garantía que se ofrece, se impetrará al Servicio de Aduanas quién la concederá mediante resolución, la cual deberá establecer:

- el monto de los gravámenes referidos, expresados en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
- la fecha de pago.
- el tipo de garantía que se acepte para sufragar el total de dichos gravámenes.

El art. 4° establece una obligación para el Servicio de Aduanas, el que deberá, en el plazo establecido en el artículo precedente, determinar los porcentajes de castigo de la deuda, dentro del plazo de 30 días, contados desde la fecha de aceptación de la solicitud por parte del Servicio. La ausencia de resolución dentro del plazo señalado constituirá presunción de falta grave por parte de los funcionarios responsables.

- Importancia de la garantía. Sin el perfeccionamiento de la garantía las mercaderías no podrán ser retiradas de los recintos bajo potestad aduanera.

Los administradores aceptarán como garantía suficiente letras de cambio, pagarés u otros documentos calificados a su entera satisfacción, los que podrán expresarse en dólares de los Estados Unidos de N.A., previa autorización del Banco Central de Chile.

d) Forma de adicionar el pago efectivo de los de-

rechos, impuestos, tasa de despacho y demás gravámenes a que se refiere este decreto de Hacienda: el monto a que asciende el pago efectivo de éstos, se adicionará a los bienes del activo que originen el pago, a contar de la fecha de dicho pago.

e) Régimen de pago diferido aplicable a los subcontratistas. El art. 6° del decreto de Hacienda N° 895 señala que los terceros con quienes el deudor, conforme al art. 24 del decreto ley 1.557, haya subcontratado la prestación de un servicio o la ejecución de una obra gozarán del mismo porcentaje de castigo que anualmente se determine para el respectivo deudor, y en general tendrán los mismos derechos y obligaciones que el decreto de Hacienda N° 895, establece para los contratistas (deudores).

Mientras esté pendiente el pago diferido de los derechos, impuestos, tasas de despacho y demás gravámenes, esos bienes importados al amparo del inc. 5° del art. 15 del decreto ley 1557, no pueden ser objeto de actos y contratos, sin autorización previa de la Superintendencia de Aduanas. Esta prohibición no es aplicable a los actos o contratos que se ejecuten o celebren con la Comisión (art. 17 del decreto ley 1.557). La expresión "no obstante" con la cual comienza el inc. 1° del art. 17, significa que este inciso prima sobre cualquier convenio a que se pudiera haber llegado entre la Comisión y el contratista conforme al art. 20. En todo caso la decisión final queda en manos del Superintendente de Aduanas.

---

- Exención de I.V.A. El inciso final del art. 15, establece que las importaciones que se hagan conforme a este artículo, estarán exentas de I.V.A. Esta exención operará en forma automática.

D) Régimen de admisión temporal. El art. 18 dispone, que los bienes y mercaderías que, según certificado del Director Ejecutivo de la Comisión, sean necesarios para la ejecución de un contrato de operación para exploración y aunque no sean de propiedad del contratista, podrán ingresar al país bajo régimen de "admisión temporal" hasta por 5 años prorrogables anualmente por la Junta General de Aduanas, previo informe favorable del Director Ejecutivo de COCHEN, por todo el plazo que dure la exploración.

Este régimen de admisión temporal operará solo respecto de los bienes o mercaderías que eventualmente se hayan individualizado genérica o específicamente en el contrato de operación (art. 6° N° 2), sino también respecto de todos los bienes y mercaderías que, con el transcurso del tiempo, sean necesarios para la ejecución del respectivo contrato. De esta forma la Comisión conserva la facultad de calificar mientras dure el contrato.

La intervención del Director Ejecutivo, se limita a certificar y, por lo tanto, no toma personalmente decisión alguna respecto de la calificación, la que será efectuada por el órgano competente de la Comisión en conformidad a su ley orgánica.

En cuanto a la prórroga del régimen de admisión temporal, es el Director Ejecutivo de la Comisión quién personalmente informa al respecto y asume la responsabilidad correspondiente, de esta forma obtenido el informe previo favorable mencionado, la Junta General de Aduanas está obligada a conceder la prórroga.

E) Retribución pagada en moneda extranjera. El art. 19, inc. 1º, establece que, cuando previo informe favorable del Banco Central, la COCHEN se haya obligado a pagar la retribución en moneda extranjera, dicho Banco otorgará a la COCHEN las divisas necesarias para cuyo efecto debe registrarse el contrato en el Banco Central de Chile. La posición del inc. 1º del art. 19, no autoriza al contratista para remesar la moneda extranjera al exterior.

F) Retribución convenida en especies. En el caso que se estipule el pago de la retribución en materiales atómicos naturales, concentrados, derivados o compuestos, para su entrega y pago no se requiere autorización alguna, y el contratista podrá exportarlos sin más requisito que obtener el correspondiente registro en el Banco Central, y que no se aplique al contratista ninguna de las normas sobre comercio, acopio y expropiación previstos respectivamente en los arts. 25, 26 y 30 del decreto ley 1557.

Si el contratista desea disponer libremente de los materiales o productos exportados, será necesario que en el contrato de operación no se haya limitado su capacidad al respecto; de lo contrario deberá respetar tal limitación. En

todo caso, en el contrato de operación podrá estipularse que el contratista queda exento, total o parcialmente de la aplicación de una o más de las normas contenidas en los arts. 25, 26 y 30, esto significa que las partes podrán convenir libremente la forma y condiciones en que dichas normas se aplicarán al contratista, en el fondo implica para la Comisión una renuncia o limitación de sus facultades.

G) Régimen de disposición de la moneda nacional o extranjera. El art. 19, inc. 3°, establece que el régimen de disposición de la moneda nacional o extranjera obtenida por esas exportaciones, por las ventas o expropiaciones a que se refieren los arts. 20, 25, 26 y 30, o por el pago de retribución, será materia objeto de convención en el contrato y, previo acuerdo favorable del Comité Ejecutivo del Banco Central, podrá eximirse al contratista de la obligación de retornar todo o parte de las divisas respectivas.

De acuerdo con este inciso, en el mismo contrato de operación se convendrán con el contratista los derechos y obligaciones de éste en relación con la moneda nacional o extranjera que reciba u obtenga de las fuentes allí señaladas. El régimen de disposición que se convenga podrá considerar muchas y muy variadas circunstancias, como por ejemplo: la nacionalidad del contratista y el lugar de la moneda en que se obtenga el ingreso correspondiente y, según el caso, podrá incluir, por ejemplo: el derecho u obligación de reinvertir, la posibilidad de adquirir divisas, la de remesarlas al exterior, etc.

En cuanto a la posibilidad de no retornar todo o parte de las divisas que se reciban u obtengan en o desde el exterior, conforme al inc. 2° del art. 19 y los arts. 20, 25, 26 y 30, puede y debe ser pactada expresamente, previo acuerdo favorable del Comité Ejecutivo del Banco Central, sea el contratista chileno o extranjero.

No debe confundirse el régimen de disposición a que se refiere este inciso con la garantía de acceso al mercado de divisas libre cambiario, reglamentada en el art. 21 de este decreto.

H) Derecho de vender las divisas. Conforme al inc. 4° del art. 19, podrá garantizarse al contratista el derecho de vender las divisas provenientes de las exportaciones referidas en el inc. 2° de este artículo, al mismo tipo de cambio que rija para las demás exportaciones y no podrá aplicarse un tipo de cambio que resulte discriminatorio, conforme al decreto ley N° 600, de 1974.

Este inciso se refiere a toda clase de exportaciones y establece un caso de aplicación de una norma específica del decreto ley N° 600, única y exclusivamente para el evento contemplado en el inciso; debe entenderse que la referencia está hecha al art. 5° del decreto ley N° 600, tal como estaba vigente a la fecha en que se publicó el decreto ley 1557.

Conforme al inc. 5° del art. 19, la Comisión, previo informe favorable del Banco Central de Chile, puede con

venir con el contratista el monto y las modalidades de los créditos externos con que éste enterará los capitales que se obligue a invertir en Chile con motivo del contrato, de acuerdo con el art. 6° N° 2.

I) Normas que regulan la disposición del dominio o la tenencia de bienes muebles e inmuebles. La regla general es que el contratista no puede disponer del dominio o tenencia de los bienes destinados al cumplimiento del contrato de operación para explotar o beneficiar materiales atómicos naturales, sin autorización previa de la Comisión, salvo que en el contrato de operación se hubiere convenido el régimen al que se sujetará el contratista para disponer del dominio o la tenencia de tales bienes (art. 20, inc. 1°).

El inc. 1° del art. 20, tiene por objeto facultar a las partes para que aclaren y convengan las normas a que se sujetará el contratista para disponer, dentro o fuera de Chile, del dominio o la tenencia de uno o más bienes de su propiedad que proporcione conforme al contrato de operación para explotación o para beneficio, y al art. 6° N° 2 del decreto ley. Quedan excluidos los contratos de operación referidos a la exploración, porque los bienes necesarios para la exploración ingresan al país bajo régimen de admisión temporal y aunque sean de propiedad del contratista, éste no puede disponer de su dominio o tenencia.

Cabe tener presente que el art. 17, inciso 1° y 2°, se aplicará en su caso a los actos y contratos que se ejecuten o celebren conforme al convenio a que alude el inc. 1°

del art. 20.

El inc. 2° del art. 20, se refiere a los bienes enu-merados en el inc. 1° que sean de propiedad del contratista y que éste proporcione en conformidad al contrato de operación y al art. 6° N° 2, los cuales no hayan sido objeto del convenio que se menciona en el inc. 1° . Sobre estos bienes pesa una prohibición legal es decir el contratista no podrá disponer de su dominio o tenencia. Por lo tanto, todo acto o contrato que transgreda la prohibición es, según el caso, nulo absolutamente o inoponible a la Comisión, sin perjuicio de las cláusulas penales que puedan pactarse en el contrato de operación.

J) Normas relativas a los bienes en caso de terminación del respectivo contrato por cualquier causa.

Cualquiera sea la causal por la cual termina el contrato de operación para explotación o para beneficio, y siempre y cuando se hubiere iniciado alguna de las activida-des convenidas, cabe distinguir dos situaciones.

1°) Bienes adquiridos durante los últimos 5 años de vigencia del contrato (art. 20 letra a) del inc. 3°).

El contratista estará obligado a vender o transfe-rir a COCHEN los bienes que esta señale y que no hayan sido objeto de convenio sobre disposición de dominio o tenencia, que el contratista hubiere adquirido durante los cinco últi-mos años de vigencia del contrato, previo pago de su valor

residual al momento de la transferencia, valor que se determinará en la forma establecida en el contrato de operación o por medio de tasación que practicará el Servicio de Minas del Estado. Hoy Servicio Nacional de Geología y Minería.

La frase final de esta letra a) señala que el contratista dispondrá libremente de aquellos bienes que no hubieren sido señalados por la Comisión. En este caso el contratista cumplirá cuando corresponda con lo prescrito en el art. 17, inc. 1°.

2°) Bienes adquiridos antes de los últimos cinco años de vigencia del contrato. (Art. 20, inc. 3° letra b))

Estos bienes que, al igual que los anteriores, no hayan sido objeto de convenio y que hayan sido adquiridos antes de los cinco últimos años de vigencia del contrato, pasarán sin costo y por el solo ministerio de la ley, a dominio de la COCHEN. Esta disposición podría ser cuestionada en cuanto a su constitucionalidad; sin embargo, la garantía del derecho de propiedad no es vulnerada, en razón de ser una norma incorporada al contrato, que el contratista deberá aceptar al momento de celebrar el respectivo contrato y, por lo tanto, la extinción del dominio sobre esos bienes será por una causal pre-establecida.

- El inc. 3° letra c), del art. 20, señala que el contratista debe entregar a COCHEN en buen estado y sin costo, condición o limitación los yacimientos y labores y los depósitos que son o hayan sido objeto de explotación o bene

ficio. Las expresiones "yacimientos y labores" están referidas a los depósitos naturales de sustancias minerales y a los trabajos de cualquiera naturaleza que en ellos existan; la voz "depósitos" se refiere, por ejemplo, a los tranques de relave, canchas de desmontes o escorias y otros lugares donde existan acumulaciones susceptibles de ser explotadas o beneficiadas. Esta letra c), se aplicará en "todo caso" esto es siempre y sin que se apliquen, respecto de los yacimientos, labores y los depósitos, las normas de los incisos 1° y 2° del art. 20 ni las letras a) y b) del inc. 3°.

En cuanto a los yacimientos, labores y los depósitos que hayan sido objeto del contrato, pero que no fueron objeto de la actividad del contratista, serán restituidos conforme a lo que se pacte en el contrato o, a lo menos, en el mismo estado en que se entregaron al contratista.

K) Garantía de acceso al mercado de divisas. En el contrato puede garantizarse al contratista, el acceso al mercado de divisas denominado libre bancario, o a aquél que en el futuro lo sustituya, para las compras y ventas de divisas que realice con arreglo al contrato y a algunas de las normas de los arts. 6, 15, 19, 20 y 21 del decreto ley. En general, las compras de divisas deberían efectuarse al tipo de cambio más alto del mercado bancario vigente. (art. 21).

Una vez otorgada la garantía, para que ésta opere es necesario que las compras y ventas se ajusten a dos clases de normas que deben coincidir: las estipuladas en el contrato y las contenidas en la disposición legal que se invoque.

---

L) Plazos y condiciones especiales de amortización.

El art. 21 señala que el Presidente de la República (en los decretos que se refiere el art. 5°) puede fijar al contratista plazos y condiciones especiales de amortización de todos o algunos de los vehículos, maquinarias, plantas, instalaciones, accesorios y otros bienes de capital, muebles o inmuebles, que se destinen al cumplimiento del contrato. Esta norma se refiere, sólo a los bienes de capital y, salvo estipulación expresa en contrario, abarca tanto los que eventualmente se individualicen genérica o específicamente en el contrato de operación mismo, como todos aquellos que en el transcurso del mismo sean proporcionados por el contratista.

M) Exenciones tributarias. El art. 23, declara exentas de todo derecho, impuesto, contribuciones o gravámenes, al contrato de operación y sus modificaciones, la transferencia de materiales atómicos naturales extraídos, de concentrados, derivados y compuestos de dichos materiales, de equipos vehículos y maquinarias, etc., que se efectúen entre el contratista y la Comisión, las exportaciones que el contratista realice de los materiales atómicos naturales y de concentrados -compuestos derivados que haya recibido en pago, y los documentos de cualquiera naturaleza en que consten los actos recién mencionados.

El inc. I° de este artículo hace una detallada enumeración. Esta amplitud tiene por objeto de que no se excluya ninguna prestación de carácter similar a las señaladas.

### 3.- Contrato de trabajo específico.

El decreto ley 1.557, en su art. 24, faculta al contratista para celebrar con terceros un contrato de trabajo específico, el cual puede definirse de la siguiente forma: es aquel en virtud del cual el contratista de un contrato de operación encarga a un tercero llamado subcontratista, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra específicos, previa autorización escrita de la Comisión.

En virtud del art. 6 N° 12, el contratista se encuentra obligado a estipular en los subcontratos que celebre, que el subcontratista estará afecto en beneficio de la Comisión, a lo dispuesto en los N°s 5, 6, 7 y 8 del art. 6°.

Si conforme a las disposiciones pertinentes, el subcontratista cumple con los requisitos necesarios podría acogerse al decreto ley 600 de 1974.

Cabe tener presente lo establecido en el art. 4, inc. 3°, referido a las responsabilidades de la Comisión ante el contratista y terceros; esto es, sólo responde de a quello que expresamente haya asumido en el contrato, por consiguiente la Comisión tampoco responde ante nadie de los hechos u omisiones de un subcontratista, aún cuando haya autorizado el subcontrato a que se refiere el art. 24.

El inc. 2° del art. 24, señala que los servicios que el subcontratista preste y las obras que ejecute dentro del territorio nacional, están gravados con el impuesto es-

tablecido en el art. 48 del decreto ley 825 de 1974, reemplazado por el decreto ley 1.606 de 1976. Este beneficio no significa que el subcontratista, sus ingresos y sus operaciones, están exentos de otros impuestos, si ellos proceden en conformidad a la legislación vigente.

El inc. 3° del art. 24, señala: "que por el solo ministerio de la ley", el subcontratista goza del régimen de admisión temporal o de importaciones que corresponda a la fase del respectivo contrato de operación de que deriva su subcontrato.

C A P I T U L O   S E X T OCLAUSULAS RECOMENDABLES EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS SOBRE  
SUSTANCIAS COMPRENDIDAS EN EL ART. 19, N° 24, INC. 10 DE  
LA CONSTITUCION POLITICA

A pesar de estar derogado por la ley N° 18.482 de diciembre de 1985, el decreto ley N° 1.089, de 1975, en sus artículos 2, 4, 5, 6 en sus incisos primero, tercero, cuarto, octavo, noveno y décimo, artículos 7, 8, 9 y los incisos primero y segundo del art. 10, artículos 11, 12 y 13 y el inciso segundo del art. 16, las cláusulas recomendables que a continuación se señalan, debieran estar siempre incluidas en el decreto supremo mediante el cual el Jefe de Estado fije los requisitos y condiciones del respectivo contrato (art. 19 N° 24, inc. 10 de la Constitución).

La misma observación cabe respecto del decreto ley 1.557 de 1976, en cuanto sus normas tengan aplicación, esto es, cuando el torio o el uranio se encuentren situados en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional o en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional.

Como conclusión del análisis realizado en los capítulos anteriores, me referiré a continuación a diversas cláusulas que serían en mi opinión, recomendable incorporar en el decreto supremo que fije los requisitos y condiciones del respectivo contrato. Estas cláusulas se refieren fundamentalmente a: reglamentación del procedimiento de licitación, designación de organismos contralores, responsabilidad civil, determinación del porcentaje mínimo de trabajadores chilenos, capacitación, normas claras relativas a la protección de la flora, fauna y demás recursos naturales.

Estas cláusulas recomendables de incluir en el correspondiente decreto supremo, las he elaborado a partir del análisis de la diversa legislación existente sobre la materia en América Latina.

- Cláusulas:

I) Reglamentación del procedimiento de licitación.

En la legislación chilena relativa a los contratos de operación o de riesgo, no se reglamenta de manera alguna el procedimiento que debe seguirse para el llamado a licitación pública y la posterior celebración de los contratos, concretándose éstos mediante contrataciones directas, método que si bien es utilizado en otras legislaciones latinoamericanas, es aplicado en forma excepcional y no general como en la nuestra.

A) Convocatorias a licitación. Sería necesario es-

tablecer el procedimiento que habría de seguirse para el llamado a licitación pública y la posterior celebración del contrato, estableciéndose las condiciones mínimas que deberán cumplir los oferentes, como por ejemplo: cláusulas de garantía que aseguren el cumplimiento de los compromisos de inversión y programas básicos a cargo de las empresas contratistas.

En cuanto a las condiciones exigidas en el llamado a licitación:

Podrían, al igual que en la legislación argentina, Ley N° 21.778, confeccionarse por la empresa estatal licitante, bases generales que se utilicen en los llamados a licitación, las cuales son sometidas a la aprobación del Poder Ejecutivo, y que, una vez aprobadas, pueden ser utilizadas en convocatorias posteriores, que el Presidente fije para cada caso.

En lo que dice relación con cada convocatoria en particular, la misma empresa estatal, deberá confeccionar las respectivas bases particulares. Al respecto, el art. 9° de la mencionada ley, establece que obligatoriamente en las bases mencionadas deberán constar los siguientes recaudos:

a) Las condiciones a que deberán ajustarse las ofertas y los elementos que se tomarán en consideración para la valoración de las mismas.

b) La inclusión en las ofertas de compromisos mínimos de inversión y programas básicos de trabajos acordes con

las características propias del área licitada.

- Garantía de mantenimiento de la propuesta.

Al establecerse un sistema de licitación, las empresas contratistas deberán presentar conjuntamente con sus ofertas, una garantía de mantenimiento de la propuesta en las condiciones y por los montos que se fijan en las respectivas bases.

- Publicidad.

Para darle la publicidad necesaria, el llamado a licitación deberá anunciarse obligatoriamente en el Diario Oficial, el número de veces y con la antelación necesarios que establezca la ley.

- Materia de bases.

También puede establecerse, como requisito para la aceptación de las propuestas, que los proponentes se comprometan a pagar por los datos e informaciones geológicas, geofísicas y demás correlativas disponibles, referidos a las áreas que se someterán a contratación, datos que posea la ENAP, la Comisión Chilena de Energía Nuclear, el Ministerio de Minería, el Servicio Nacional de Geología y Minería u otro organismo nacional, por trabajos de esa naturaleza que ya han llevado a cabo.

- Selección de las propuestas.

La empresa que actúe en representación del Estado deberá analizar todas las propuestas, pudiendo requerir del oferente que haya presentado la más conveniente, las mejores que considere necesarias para alcanzar condiciones más favorables para el Estado, aceptando mediante resolución fundada, la oferta que considere más ventajosa.

B) Contrataciones directas. En cuanto a este sistema de contratación directa, debería utilizarse sólo de manera excepcional, prescindiéndose del llamado a licitación o concurso, sólo en casos fundados y con la autorización del Poder Ejecutivo, de tal forma que las empresas estatales solamente se hallarían facultadas para contratar directamente:

- a) Cuando, razones técnico-económicas, debidamente fundadas, lo hiciera aconsejable.
- b) Cuando los trabajos de exploración y explotación deban ejecutarse en un área que incida en la seguridad y defensa nacionales.
- c) Si en la licitación pública no se hubièrent presentado ofertas convenientes o ajustadas a las bases.

2) Designación de organismos contralores.

Al respecto cabe señalar que el DL. 1.557, sobre materiales atómicos en su art. 11, contiene una norma mediante la cual se designa a la Comisión de Energía Nuclear, como organismo encargado de fiscalizar el estricto cumplimiento de

---

parte del contratista de las obligaciones que le impone el contrato de operación, estipulándose para tales efectos, en todo contrato de operación, la forma y las condiciones en que la Comisión ejercerá sus facultades fiscalizadoras y en especial la manera en que el contratista llevará la contabilidad relativa al contrato de operación.

Sin embargo, en el DL. 1.089, esta norma no se contempla, quedando por consiguiente entregada a la entera voluntad de las partes, la designación del sistema de control.

En mi opinión, se debería, por disposición expresa de la ley, designar al organismo encargado de la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones impuestas en el contrato de operación, señalándose claramente sus facultades.

En relación a esta materia, en otras legislaciones latinoamericanas se han establecido normas expresas.

En Ecuador, el Decreto N° 803, del 6 de agosto de 1974, en su art. II, establece como organismo contralor a la Dirección General de Hidrocarburos, la cual es el organismo técnico - administrativo del Ministerio del ramo, que controlará las operaciones de hidrocarburos.

En esta Dirección General funcionará una auditoría especializada en realizar las fiscalizaciones que requiera la aplicación de esta ley y sus reglamentos.

En Uruguay, el Decreto N° 366, del 9 de mayo de

---

1974, que reglamenta las disposiciones contenidas en la ley N° 14.181, del 29 de marzo de 1974, la cual establece normas para la explotación de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, situados en el territorio nacional, mar territorial, su lecho y susuelo y la plataforma continental. Este decreto, en su art. 20, establece que el organismo contralor será una Comisión técnica. Art. 20: "El contralor de la programación y la fiscalización de la ejecución de las operaciones concretadas, serán responsabilidad de una Comisión Técnica integrada por: dos miembros de cada una de las partes y además por un representante del Poder Ejecutivo en calidad de Observador."

Se establece, además, que sus decisiones deben adoptarse por acuerdo unánime.

Bolivia, en el Decreto Ley N° 10.170, del 28 de marzo de 1972, establece, como organismo contralor, una Junta de Control, bajo cuya supervisión quedan sometidas todas las operaciones del contratista. Esta Junta está formada por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (Y.P.F.B.) y el contratista. Esta Junta debe: aprobar los métodos y procedimientos que van a ser utilizados por el contratista, los presupuestos y programas de trabajo, formular recomendaciones, recibir la información y documentos que el contratista está obligado a suministrar y disponer auditorías. (art. 37 a 39).

Perú, en el DL. N° 18.883, del 15 de Junio de 1971, entre sus disposiciones principales, prevé la constitución

y funcionamiento de un "Comité de Supervisión", integrado paritariamente por representantes de Petroperú y del contratista. De esta forma, Petroperú participa activamente en los programas y en el control de la ejecución de estos.

3) Cláusulas que establezcan responsabilidad civil.

Estas cláusulas debieran establecerse principalmente, en lo que dice relación con la terminación de un contrato de operación, cualquiera que sea la causal que la produzca, y siempre que se hubieran iniciado las operaciones de exploración, en virtud de la cual el contratista se encuentra obligado por expresa disposición legal (se contempla en ambos decretos DL. 1.089 y 1.557) a entregar, sin costo y transferir determinados bienes e instalaciones a la ENAP y a la Comisión Chilena de Energía Nuclear.

Respecto a la conservación de los referidos bienes, que son propiedad virtual del Estado, la negligencia, el descuido o el dolo en su conservación debe acarrear responsabilidad civil y penal en conformidad a lo establecido por las leyes.

4) Cláusulas que establezcan programas de capacitación.

En esta materia se podría establecer una cláusula en virtud de la cual, el contratista debe establecer programas de capacitación, adiestramiento y formación de personal chileno, en disciplinas relacionadas con la industria mine-

---

ra y sobre todo en lo que dice relación con la seguridad minera. La actividad minera, es por su naturaleza más riesgosa que otras actividades productivas, sean industriales, agrícolas, relativas a la construcción etc. Por esta razón, se hace imperiosa una preocupación constante por las condiciones de seguridad en las faenas, de ahí la importancia que revisan los programas de capacitación y un adecuado entrenamiento de los trabajadores, que permitirá la prevención de lamentables accidentes.

Al respecto la República de Bolivia, en el DL. N° 10.170 del 28 de Agosto de 1972, contempla entre las obligaciones del contratista "la de recibir estudiantes o egresados de educación técnica superior relacionada con la industria de hidrocarburos, para realizar prácticas o estudios, corriendo por cuenta de la empresa los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y atención médica.

La Ley de hidrocarburos de Ecuador (DL. 803 del 6 de Agosto de 1974), contempla también una norma muy semejante a la ley boliviana, ya que el contratista debe "recibir estudiantes o egresados de educación técnica superior relacionada con la industria de hidrocarburos, en el número y por el tiempo que se acuerde con el Ministerio del Ramo, para que realicen prácticas y estudios en los campos de trabajo e industrias, corriendo por cuenta de las empresas los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y atención médica.

- Vivienda.

Dada la particular ubicación geográfica en que, por

---

regla general, se efectúan las tareas de exploración o explotación mineras, el contratista deberá construir viviendas higiénicas y cómodas para empleados y obreros (trabajadores), en los campamentos estables de trabajo, según planos y especificaciones aprobadas por el Ministerio del Trabajo y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

5) Cláusulas relativas a la utilización de bienes materiales.

La naturaleza misma de las actividades reguladas por un contrato de operación trae como consecuencia la necesidad de importar determinados bienes, para la ejecución económica y eficiente de las operaciones previstas en el contrato. No obstante, me parece necesario proteger a nuestra industria nacional, mediante la inclusión de cláusulas obligatorias, en que se reglamente específicamente que la facultad de importar bienes necesarios para la ejecución del contrato, se permita solamente cuando no sea posible conseguir en Chile los bienes en cuestión sobre una base competitiva en cuanto a calidad, precio y plazo de entrega.

Lo mismo cabe aplicar a los servicios que puedan ser prestados por empresas nacionales, los cuales se utilizarán en cuanto sea posible, cuando ellos sean competitivos en precio, calidad y eficiencia, con aquellos que puedan ser obtenidos en fuentes extranjeras.

Esta utilización de productos y servicios nacionales debe tener prioridad y preferencia a lo largo de las distintas fases que comprenda el contrato de operación, salvo que

se demuestre fundadamente, lo que deberá ser verificado por el organismo competente, que el precio, calidad, cantidad y oportunidad no se adecúan a los términos del proyecto.

6) Protección de la flora y fauna.

Si bien es cierto en ambos decretos leyes (DL. 1.089 y DL. 1.557), se contemplaban dentro de las obligaciones comunes a todo contratista, la obligación de tomar las medidas que sean necesarias para la adecuada preservación de la fauna, la flora y todo otro recurso natural, me parece que es insuficiente, dada la importancia que revisten estos recursos naturales para el futuro de la humanidad, ya que no se señalan ni siquiera a modo de ejemplo, cuáles son las medidas mínimas, ni se sanciona específicamente su incumplimiento, ni cuál será el organismo encargado de velar estrictamente por su cumplimiento.

Otras legislaciones, si bien, tampoco son lo suficientemente adecuadas al respecto, son sin embargo un poco más amplias que la nuestra.

La Ley N° 21.778, de la República Argentina, en su art. 6°, establece dentro de las obligaciones a todo contratista, la de "adoptar las medidas necesarias para evitar o reducir los perjuicios a las actividades agropecuarias, a la peca y las comunicaciones, como así también a los mantos de agua que se hallaren durante la perforación".

- "En las operaciones que se cumplan en el mar, en los ríos o en lagos, las empresas contratistas deberán adop -

tar los recaudos necesarios para evitar la contaminación de las aguas y de las costas adyacentes.

Para el cumplimiento de estas obligaciones las empresas contratistas deberán actuar conforme a las prácticas generalmente aceptadas en materia de exploración y explotación de hidrocarburos."

- Indemnización.

El art. 7º, de la Ley Argentina, Nº 21.778, señala que "Las empresas contratistas deberán indemnizar a los propietarios superficiarios de los perjuicios que se causen a los fundos afectados por las actividades de aquéllas.

Los damnificados podrán demandar judicialmente la fijación de los respectivos importes o aceptar de común acuerdo y en forma optativa y excluyente los que hubiere determinado o determinare el Poder Ejecutivo Nacional con carácter zonal y sin necesidad de prueba alguna por parte de dichos propietarios."

Lo expuesto anteriormente sólo a modo de ejemplo, ya que al respecto se debe establecer una política general de protección del medio ambiente, la cual revestirá especial importancia en todo lo que diga relación con la industria extractiva, que es por esencia una industria que necesariamente va a destruir en mayor o menor medida recursos naturales, los que deben estar protegidos en la mejor forma que sea posible.

---

B I B L I O G R A F I A

OBRAS.

- Escala Baltra, Enrique.-  
El dominio del Estado sobre las Minas. Memoria. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1965.
- Díaz Mieres, Luis y Ruiz Bourgeois, Julio.  
Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932. Ed. Nacimiento. Santiago, 1940.
- Piñera Echeñique, José.  
Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1982.
- Ruiz Bourgeois, Julio.  
Instituciones de Derecho Minero Chileno. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1949. T.I.
- Uribe Herrera, Armando.  
Manual de Derecho de Minería, Ed. Nacimiento. Santiago, 1948.

TRABAJOS Y DOCUMENTOS.

- Cárdenas, Emilio.  
Nuevas características del marco jurídico de la explotación de los recursos naturales en el contexto latinoamericano. Trabajo que constituye una ampliación del preparado por el autor a solicitud de INTAL, como contribución de la V Mesa Redonda sobre Inversiones Privadas Extranjeras en América Latina (OEA - BID - Gobierno de la República Oriental del Uruguay), celebrado en Punta del Este del 17 al 20 de noviembre de 1975.
- Lira Ovalle, Samuel.  
Clase magistral. Inauguración del año Académico de la Uni-

versidad Católica de Chile, Revista Chilena de Derecho. Enero - Abril 1983. Vol 10 N° 1.

- Precht Pizarro, Jorge.

Críticas de las interpretaciones de la Constitución de 1980 en lo referente al dominio del Estado sobre las minas y la concesión minera. Anexo. Gaceta Jurídica. Diciembre 1983. Ed. Jurídica Conosur.

- Precht Pizarro, Jorge.

Dominio del Estado sobre las minas y concesión minera, análisis comparativo de los diversos proyectos y del texto de la Constitución Política de 1980. Gaceta Jurídica, Noviembre de 1983. N° 41.

- Ríos Alvarez, Lautaro.

Las Leyes Orgánicas Constitucionales. Revista Chilena de Derecho. Enero - Abril 1983, Vol 10 N° 1.

- Sáenz de Santa María Moscatto, Pablo.

El contrato de operación sobre materiales atómicos naturales. Memoria. Santiago, 1979.

- Uribe Herrera, Eduardo.

La minería, el Código y sus leyes. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Tomo LXXVIII, N° 1. Enero - Abril 1981, pág. 49 - 54.

- Vargas, Manuel.

Sobre el régimen legal de minas. Gestión. Enero - febrero, 1984.

#### VARIOS.

- Actas Oficiales de la Comisión de Reforma de la Constitución Política del Estado. Volúmen I. Ejemplar N° 41, Santiago, 1973 - 74. Subcomisión de Derecho de Propiedad.

- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 171, jueves 4 de diciembre de 1975. Estudio sobre preceptiva re-

lativa al derecho de Propiedad Minera.

- Historia de la Ley N° 17.450, de 16 de Julio de 1971. Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento. Informe de la Comisión redactora del Decreto Ley N° 1.557 de 1976 que constituye la historia fidedigna del establecimiento de la Ley.
- Información Económica Argentina del Ministerio de Economía. Buenos Aires. 1978, N° 84.
- Historia de la ley del Decreto Ley N° 1.089 de 1975. Decretos leyes dictados por la H. Junta de Gobierno, inscripciones y antecedentes. Tomo 54.
- Revista de Minería Chilena. Julio de 1980.
- Revista de Economía N° 29 año 1981. La crisis energética internacional y la política nacional. Alfredo Aldo Visintini.

CODIGOS LEYES Y DICTAMENES DE CONTRALORIA.

- Código Civil.
- Constitución Política de 1925..
- Constitución Política de 1980.
- Código de Minería de 1932.
- Código de Minería de 1983.
- Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras.
- Ley N° 17.450 de 1971.
- Decreto Ley N° 1.089 de 1975.
- Decreto Ley N° 1.557, de 1976.
- Decreto Ley N° 1.820 de 1977.
- Decreto de Hacienda N° 895 de 1977.
- Ley 18.482 de 28-12-1985.
- Dictámen 33.716 2-11-1982.
- Dictámen 26.650 23-11-1983.
- Dictámen 2.952 27-I-1984.

I N D I C E

INTRODUCCION.	
La Minerfa en Chile.	2
<u>CAPITULO PRIMERO.</u> EL DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS MINAS.	5
GENERALIDADES.	5
CARACTERISTICAS GENERALES DE LAS MINAS.	7
LA INDUSTRIA MINERA.	8
CARACTERISTICAS.	8
SISTEMAS DOCTRINALES QUE EXPLICAN EL ORIGEN DEL DOMI NIO MINERO.	10
REGIMEN LEGAL DE LAS MINAS EN LA LEGISLACION CHILENA	16
<u>CAPITULO SEGUNDO.</u> CLASIFICACION DE LAS SUSTANCIAS MINERALES.	23
CONSIDERACIONES GENERALES	23
SUSTANCIAS CONCESIBLES.	36
SUSTANCIAS NO CONCESIBLES.	47
<u>CAPITULO TERCERO.</u> ANALISIS DEL ART. 19 N° 24 DE LA CONSTITUCION DE 1980.	56
DOMINIO MINERO	56
LEY ORGANICA CONSTITUCIONAL SOBRE CONCESIONES MINERAS	64
DERECHOS Y OBLIGACIONES.	73
FORMA DE EXPLORACION, EXPLOTACION O BENEFICIO DE LAS SUSTANCIAS NO SUSCEPTIBLES DE CONCESION.	85
<u>CAPITULO CUARTO.</u> LOS CONTRATOS DE OPERACION O DE RIESGO.	91
<u>CAPITULO QUINTO.</u> ANALISIS DEL DECRETO LEY N° 1.089 DE 1975 Y SUS MODIFICACIONES Y DEL DECRETO LEY N°1.557 DE 1976.	120
<u>CAPITULO SEXTO.</u> CLAUSULAS RECOMENDABLES EN LOS CON TRATOS CELEBRADOS SOBRE SUSTANCIAS	