



Universidad de Chile.
Escuela de Derecho.
Departamento de Derecho Económico.

LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN MINERA EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO.

**Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado
En Ciencias Jurídicas y Sociales.**

AMARO MIGUEL ORÓSTICA ORTEGA.

Profesor Guía: Señor Rafael Vergara Gutiérrez.
Santiago, Chile
2014

TABLA DE CONTENIDOS

	Página	
INTRODUCCIÓN	1	
 CAPÍTULO I		
EL DERECHO DE PROPIEDAD DE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL MINERO, COMO FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN EN MATERIA MINERA.	5	
 1.1.- El régimen de dominio minero del Estado		
establecido en nuestro ordenamiento jurídico	5	
1.1.1.- Consideraciones previas.	5	
1.1.2.- El debate en la CENC: la expropiación minera como centro de la discusión.	8	
 1.2.- Las concesiones mineras, y el derecho de propiedad sobre ellas a favor del concesionario.		15
1.2.1.- Aspectos generales de las concesiones mineras.	15	
1.2.2. El derecho de propiedad sobre las concesiones mineras.	19	
1.3.- Consideraciones finales	24	

CAPÍTULO II

ASPECTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

GENERALES DE LA EXPROPIACIÓN MINERA

EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 27

2.1.- Introducción. 27

2.2.- La expropiación como herramienta del Estado:

aspectos normativos generales. 28

2.3.- Bases de la regulación a nivel legal de la

expropiación minera. 32

2.3.1.- Normas generales. 32

2.3.2.- Concesiones de explotación. 34

2.3.3.- Concesiones de exploración. 36

CAPÍTULO III

DERECHO SUSTANTIVO EN MATERIA DE

EXPROPIACIÓN MINERA. 38

3.1.- Concesiones de explotación. 38

3.1.1.- El “valor presente de los flujos netos de caja”

como criterio de cálculo del monto de la

indemnización.	38
3.1.2.- Base sobre la cual se calcula el monto de la indemnización.	39
3.1.3.- Momento y época en que se calcula el monto de la indemnización.	46
3.1.4.- Procedimiento técnico para calcular el monto de la indemnización.	48
3.1.5.- Diferencias entre el concepto “valor presente de los flujos netos de caja” de la concesión, y la norma general del artículo 1556 del Código Civil.	52
3.2.- Concesiones de exploración.	56
3.2.1.- Norma general.	56
3.2.2.- Procedencia o no procedencia del lucro cesante en la expropiación de una concesión de exploración minera.	59
3.3.- Forma de pago del monto de la indemnización.	66

CAPÍTULO IV

DERECHO ADJETIVO EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN MINERA: ASPECTOS

PROCESALES GENERALES Y JURISPRUDENCIALES.	67
--	----

4.1.- Consideraciones previas.	67
4.2.- Competencia para conocer de las causas de expropiación de una concesión minera.	69
4.3.- Actos preparatorios y determinación provisional de la indemnización.	69
4.3.1.- Normas generales.	69
4.3.2.- Criterios para la nominación de los peritos de la comisión.	71
4.3.3.- Normativa para determinar el monto provisional de la indemnización.	73
4.4.- El Acto Expropiatorio.	75
4.5.- La fijación del monto definitivo de la indemnización.	78
4.5.1.- Normas generales.	78
4.5.2.- Apreciación judicial de los informes de peritos.	82
4.5.3.- Aspectos particulares de la evaluación del daño en el caso de la expropiación de una concesión de exploración.	94
4.5.4.- Límites a la actividad probatoria de los peritos.	96
4.6.- Otros aspectos relevantes del procedimiento expropiatorio. ...	101

CAPÍTULO V

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN MINERA EN NUESTRO

ORDENAMIENTO JURÍDICO. 103

5.1.- Alcances de la ley en cuanto al contenido y

procedimiento de la indemnización por la

expropiación. 103

5.1.1.- Marco general. 103

5.1.2.- En cuanto al contenido. 104

5.1.2.1.- Consideraciones previas. 104

5.1.2.2.- Problemas de constitucionalidad

respecto a reformas de normas

relativas al contenido de la expropiación. 105

5.1.3.- En cuanto al procedimiento. 114

5.1.4.- En cuanto al monto. 116

CAPÍTULO VI

GARANTÍAS Y LIMITACIONES INTERNACIONALES

EN MATERIA DE EXPROPIACIONES MINERAS,

COMPLEMENTARIAS A LA CPR Y LA LOCCM. 117

6.1.- Aspectos generales.	117
6.2.- Situación vigente en Chile.	118
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA	128

RESUMEN

En la presente Memoria se estudiará lo relativo a la institución de la Expropiación Minera en nuestro ordenamiento jurídico, y los derechos y deberes del Estado y los particulares referentes a esta materia. Para ello, se revisarán las discusiones legislativas al respecto, la normativa actualmente vigente en la materia, tanto de derecho sustantivo como adjetivo; también se revisarán la jurisprudencia al respecto, y las garantías que el Derecho Internacional otorga a los inversionistas extranjeros.

ABSTRACT

In this Report it will study the institution of Minera Expropriation in our legal system, and the rights and bears of the State and privates concerning this matter. To do this, the legislative discussions about be reviewed current regulations on the subject, both substantive law and adjective; the case law, and guarantees that international law gives foreign investors will also be reviewed

INTRODUCCIÓN

La presente Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales tiene por objeto realizar un tratamiento sistémico respecto a un tema particular del cual poco se ha dicho en la doctrina, pero que a futuro podría resultar de vital importancia en el devenir económico del país, por ser una de las herramientas económicas con las que cuenta el Estado: la expropiación en materia minera.

El aporte que esta Memoria busca entregar al mundo jurídico nacional es hacer un análisis y tratamiento integral de esta institución. Como se señaló anteriormente, mucho se ha escrito en materia de expropiación en términos generales, particularmente en relación al tratamiento del derecho de propiedad, y también mucho se ha escrito respecto al Derecho de Minería, existiendo una serie de manuales y trabajos que abordan diversos temas relacionados a esta rama del Derecho. Sin embargo, en la doctrina nacional no existe un tratamiento integral a la institución en estudio, debido en parte también a que hasta el día de hoy sólo una vez el Estado ha expropiado un yacimiento minero, y bajo un procedimiento que hoy ya no está vigente. Cabe destacar que la expropiación tal como la conocemos y desarrollamos en este trabajo nada tiene que ver en términos normativos con los procesos denominados

“Chilenización” y “Nacionalización” del cobre, que si bien también buscaron transferir la propiedad y control de los yacimientos mineros al Estado, responden a otra lógica, bajo un sistema normativo distinto al actual, y que no son materia de estudio del presente trabajo, por ya estar tratados profusamente en la doctrina nacional.

Respecto al método utilizado, la investigación se basó en la normativa actualmente vigente y que fuera aplicable a la expropiación minera, en determinadas fuentes bibliográficas, en la jurisprudencia –más bien, el único caso de expropiación existente-, y en las fuentes materiales que dieron origen al actual sistema jurídico minero.

De esta forma, para tratar este tema, en primer lugar, se investigó respecto a los orígenes del actual sistema legal y constitucional minero, en particular respecto a las discusiones en atención a la relación de propiedad entre el Estado y los particulares respecto a los yacimientos mineros, y la forma de ejercerla, a fin de propiciar la explotación de la actividad comercial minera. En ese contexto se estudia el rol que la institución de la expropiación minera tiene en el contexto de la relación que el Estado y los particulares tienen en el ejercicio de esta actividad económica, todo lo cual se puede encontrar en el primer capítulo del presente trabajo.

En los capítulos siguientes se ha hecho un acabado estudio de la normativa tanto a nivel constitucional como legal que regula la expropiación, en relación tanto al derecho sustantivo como al adjetivo, en lo que interesa para efectos de este trabajo, en conjunto con la regulación en materia minera que sea pertinente. De esta forma, el presente trabajo viene en sistematizar todo lo que sea legalmente aplicable a la expropiación en materia minera, relacionando entre sí diversas normas pertinentes, tanto de derecho sustantivo, en la que se desarrollan una serie de conceptos relevantes para el tratamiento y comprensión de la institución en estudio, como en cuanto al derecho adjetivo, donde se analiza procesalmente el procedimiento expropiatorio en esta materia, resolviéndose una serie de dudas que, ante el caso en concreto de una expropiación de una concesión minera, podría suscitarse.

En los capítulos finales se analizan los aspectos constitucionales en cuanto a su control preventivo y *a posteriori* de diversas normas que pudieran dictarse en la materia, y un análisis de la normativa internacional vigente que se relaciona con la institución en estudio.

El derecho es dinámico, por lo que lo que hoy está analizado conforme a las actuales normas legales puede cambiar a futuro. Dada la importancia de la materia, se hará lo posible por actualizarlo cuando sea pertinente. Pero por ahora esperamos que la presente Memoria sea efectivamente un aporte a la

comprensión del Derecho de Minería en términos generales, y en particular respecto a la expropiación en estas materias.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO DE PROPIEDAD DE NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL MINERO, COMO FUNDAMENTO DE LA INSTITUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN EN MATERIA MINERA.

1.1.- El régimen de dominio minero del Estado establecido en nuestro ordenamiento jurídico

1.1.1.- Consideraciones previas.

El derecho de propiedad se encuentra ampliamente amparado y resguardado en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República¹

¹ CHILE. 1980. Constitución Política de la República. Artículo 19 “La Constitución asegura a todas las personas:

24) El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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 ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

(en adelante “CPR”), dictada el año 1980, y reformada principalmente en los años 1989 y 2005. Los incisos 6° al 10° establecen los fundamentos constitucionales del derecho de propiedad en materia minera. Al respecto,

A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.

La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas.

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

Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho.

El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.

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

Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”

debemos destacar algunos aspectos de la citada norma para analizarlos detalladamente y dar cuenta de cuál es, efectivamente, el régimen de dominio minero que existe en nuestro ordenamiento jurídico:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas”.

Esta expresión fue introducida por primera vez en nuestra Constitución mediante la reforma constitucional del 16 de julio de 1971. A través de la Ley 17450, en el marco del proceso denominado “Nacionalización del Cobre” (que se revisará más adelante en el presente trabajo), introdujo una reforma al artículo 10 N°10 de la Constitución de 1925, que establecía las bases de la protección constitucional del derecho de propiedad en dicha Carta Magna, en el cual se agregaron los incisos 4°, 5° y 6° para regular específicamente los alcances del derecho de propiedad en materia minera. El inciso 4°, ya referido, decía lo siguiente:

“El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y de más sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales”.

La introducción de esta reforma constitucional durante el gobierno del presidente Salvador Allende, aprobada casi unánimemente en el Congreso, respondía a la concepción del dominio minero denominada “patrimonial” o “regalista”, en la cual se sostiene que es el Estado el dueño de las minas, por lo que no es posible constituir otro derecho real que se superponga a este derecho real, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible que tiene el Estado. Esta concepción, por ende, le permite al Estado ejercer las facultades que el derecho privado le reconoce al derecho de dominio, tales como usar, gozar y disponer de ellas y de sus riquezas.

¿Es acaso esta concepción de dominio minero la que se encuentra consagrada actualmente en nuestra Constitución? ¿Qué relación tiene esto con la institución de la expropiación minera?

1.1.2.- El debate en la CENC: la expropiación minera como centro de la discusión.

En la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (“CENC”), dos concepciones ideológicas respecto al dominio minero estuvieron en pugna: la “regalista”, y la del “dominio eminente”. En esta última, constituyendo una emanación de la soberanía, “El Estado [carece] de las facultades de usar y

gozar de ciertas minas, y permitiendo el ordenamiento jurídico entregar la facultad exclusiva de apropiarse de esa riqueza a quien cumpla con los requisitos que señala la ley”². Sin embargo, a pesar de que “se confiaba [que se] volvería a la tradicional fórmula sobre propiedad minera, [...] un inesperado conflicto al interior del gobierno de la época”³ terminó en que la redacción final de los incisos ya señalados del artículo 19 CPR reproduciría los de la reforma constitucional de 1971, aparentando recoger la teoría regalista del dominio minero.

En este sentido, y como veremos en el segundo capítulo con más detalle, la discusión respecto al régimen de dominio minero del Estado en la CENC giró precisamente en torno al tema de la expropiación minera. Los motivos de esto fueron básicamente, como veremos también en los capítulos siguientes, por el gran impacto a nivel legal, constitucional, político y económico, que significó la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre, que vino a reformar todo un paradigma existente hasta esa época respecto al régimen de propiedad minera en Chile.

² CLAUSSEN, C. Acerca de la naturaleza jurídica emanado de la Concesión Minera [en línea] <http://www.derecho.uda.cl/Documentos/CARLOS_CLAUSEN.pdf> [consulta: 26 abril 2014]. pp. 2

³ PIÑERA, J. 2002. Fundamentos de la Ley Constitucional Minera. Santiago, Economía y Sociedad Limitada. [en línea] <<http://www.josepinera.com/jp/leyminera.pdf>> [consulta: 26 abril 2014], pp. 18

La expropiación en materia de propiedad sobre la concesión minera, a diferencia de otras materias, quedó especialmente regulada en la CPR. De este modo, el artículo 19 N°24 de la CPR, en su inciso noveno, establece que “[e]l dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata ese número”, en alusión a lo señalado en el inciso tercero de este mismo artículo, relativo a la expropiación y la indemnización a favor del expropiado que de ella surge. En este sentido, la Constitución despeja de cualquier duda la aplicación de la garantía a favor del expropiado respecto a las concesiones mineras. Esto, en primer lugar, debido a “[l]a necesidad de afianzar el régimen de propiedad en general y, en forma especial, el de la agricultura, industria y minería, y de destacar la función social que le corresponde, la que obliga a emplearla en el fin que le es natural y en armonía con los intereses colectivos”⁴, que determinó como uno de los objetivos a conseguir la CENC a la hora de redactar el texto de nuestra Constitución. La discusión en la CENC respecto a cuál sería el eventual (y, en definitiva) régimen especial expropiatorio minero, a pesar de que en rigor se encuentra, como veremos, regulado en la LOCCM y no en la CPR, partió por referirse al régimen de dominio minero por parte del Estado sobre los yacimientos mineros, en lo siguiente: “[l]a importancia [de] la determinación de un dominio absoluto o de un dominio eminente [del Estado], dice relación a la expropiación. En el

⁴ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1974. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo I [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 26 abril 2004].

caso del dominio eminente del Estado, o sea, del dominio patrimonial del particular, si éste ha manifestado una propiedad minera y la ha mensurado en dimensiones que pueden ser extraordinariamente importantes y el día de mañana, por no explotarla con toda la intensidad que fuera conveniente para los intereses del país, no obstante que la trabajara dentro de sus posibilidades, se hace necesaria la expropiación, ¿va a tener ese propietario derecho a que se le indemnice por el valor total de esa riqueza por el solo hecho de haber tenido la suerte de descubrirla?. ¿O debe tener derecho a una indemnización, por de pronto, por todas sus inversiones y, probablemente —podría establecerse—, por sus expectativas de producción a corto plazo, etcétera?”⁵.

De esta forma, ya la CENC reconocía a la expropiación minera como una materia central a considerar dentro del nuevo texto constitucional. En este sentido, la discusión versó sobre la relación entre la Nacionalización y la Expropiación, el contenido de la expropiación de una mina, los criterios para expropiar (entre los cuales se discutieron criterios tales como, por ejemplo, un mínimo de tiempo de inexpropiabilidad, distintas propuestas procedimentales para proceder con la expropiación, etc.), todo ello partiendo de la base de que, en primer lugar, la expropiación en materia minera es una institución que debía ser consagrada a favor del Estado, por ser una potestad pública derivada de su

⁵ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1975. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo V [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 26 abril 2014]. pp. 103.

derecho de dominio sobre las minas –cualquiera sea la teoría que se defienda al respecto-, y, en segundo lugar, que la regulación de esta materia debía considerar aspectos que permitieran otorgar la mayor seguridad jurídica e incentivación económica posible al concesionario, a fin de permitirle ejercer la actividad económica minera de la mejor forma posible.

Se discutió también si era conveniente dejar expresado en la CPR una regulación especial del contenido de la indemnización por la expropiación minera. El Presidente de la CENC, a modo de afinar más la discusión, estableció que los “dos aspectos que hay que precisar son: primero, frente a la expropiación, cuál es el derecho de indemnización que tiene el minero, descontando, obviamente, el derecho a indemnización que tiene y debe tener por las inversiones que haya efectuado. Se dice que debe ser indemnizado en las justas expectativas de explotación o de utilidad que va a obtener por la explotación, pero, ¿cuál es esta justa expectativa? [...] [E]l punto esencial [es] saber si se le va a conferir el derecho a indemnización, en lo que parece que hay consenso, por la justa expectativa, y determinar cuál es la justa expectativa”⁶. Esta forma, algunos defendieron un modelo de indemnización de perjuicios en términos *iusprivatistas*, mientras que otros en base a criterios económicos tales como la rentabilidad, además de la discusión en cuanto al

⁶ *Ídem*, p. 628.

tiempo futuro que debía comprender el cálculo de esta indemnización⁷, así como sus formas para determinar la rentabilidad. En base a esta discusión, se propusieron diversas redacciones a la norma constitucional que consagrasen alguno de los criterios ya explicitados⁸. Asimismo, se discutió el hecho de si al acogerse un término más genérico del “daño patrimonial efectivamente causado”, utilizado para la expropiación en términos generales⁹, se dejaba a criterio del juez y de las partes determinar “este daño patrimonial efectivamente causado”, o si el legislador podía dar directrices para determinarlo¹⁰. Finalmente, tras una ardua discusión en el seno de la CENC, en donde intervinieron, además, diversos representantes de organizaciones gremiales

⁷ Por ejemplo RODRÍGUEZ, respecto a esta materia, expone que “Para los efectos de regular el monto de la indemnización hay una serie de sistemas. Si se los analiza, se ve que son sumamente variados. Algunos pueden ser aceptables; otros susceptibles de rechazo. La Constitución, por ejemplo, establece dos sistemas bien concretos. Uno es el del valor de libros, para las expropiaciones en la nacionalización del cobre. Esta es una manera de regular. Otro es el del avalúo fiscal, en el caso de las propiedades rústicas. Hay sistemas con los cuales el monto de la indemnización se establece según el valor intrínseco de la cosa; en otros, puede adoptarse el criterio del valor comercial con el cual podría ser enajenada o aportada. Otro criterio es el de la rentabilidad. Todo esto implica una muy resumida casuística que los tasadores, naturalmente, y cada uno dentro de su respectiva especialidad, manejan con mucha holgura y certeza, por su propia experiencia y su propio saber”. En *Ídem*, Sesión 173 p. 669.

⁸ *Ídem*, pp. 647 en adelante.

⁹ Discusión en *Ídem*, pp. 638-646

¹⁰ Así, RODRÍGUEZ propone que “[r]ecuerda que la disposición pertinente dice que siempre se tendrá derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, norma muy general que naturalmente corresponderá a la ley desarrollar para los efectos de proveer lo necesario a una justa regulación; en caso de que la ley no lo hiciera, correspondería a los tribunales ciertamente dar aplicación a esta norma y a este criterio, señalando lo que les parezca oportuno y justo en un momento determinado.”, En *Ídem*, Sesión 172, p. 638. De la misma opinión es OVALLE, al afirmar que “que se ha aprobado una norma general relativa a indemnizaciones que le parece muy adecuada, por lo menos, y que puede desarrollarse, no en la Constitución, sino en el Código de Minería o en el texto legal que corresponda con relación a las minas, en el sentido de que la indemnización comprende “el daño patrimonial efectivamente causado” al expropiado. Esa es una norma general que puede —y tal vez debe— aplicarse en materia de expropiación de minas: el daño patrimonial efectivamente causado. Estima que no debería establecerse sistemas limitativos en la misma Carta Fundamental que pueda excluir consideraciones técnicas que tengan que tomarse en cuenta en el caso de la expropiación de minas, como atender tan sólo a su rentabilidad presunta. Prefiere esta norma general; que sea la ley la que la adecue al caso de las minas. En *Ídem*, Sesión 173, p. 669

ligadas a la industria minera, se acordó atenerse, en el texto constitucional, a la norma general del “daño patrimonial efectivamente causado”¹¹, dejando abierta la posibilidad de una regulación a nivel legal.

De este modo, no se señaló finalmente en la Constitución un criterio especial para definir lo que es, específicamente, el “daño patrimonial efectivamente causado”, sino que quedó entregado a la LOC. Cabe señalar, asimismo, que la actual redacción del artículo 19 N°24 inciso sexto al décimo, no fue la aprobada en la CENC (quienes aprobaron el proyecto acogiendo la teoría del Dominio Eminente del Estado), sino una propuesta en el seno de la Junta de Gobierno, más cercano a la doctrina Regalista. Con todo, las conclusiones no se alteran.

¹¹ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1976. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo VI [en línea] Biblioteca del Congreso Nacional. <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 26 abril 2014], Sesión 182.

1.2.- Las concesiones mineras, y el derecho de propiedad sobre ellas a favor del concesionario.

1.2.1.- Aspectos generales de las concesiones mineras.

La concesión minera se encuentra establecida en el artículo 19 N°24 inciso 7° CPR, ya citado precedentemente, en la Ley Orgánica Constitucional N°18.097, sobre Concesiones Mineras (en adelante "L OCCM"), y el Código de Minería (en adelante "CM").

La CPR establece que las concesiones mineras "se constituirán siempre por resolución judicial". El otorgamiento de éstas fue entregado al Poder Judicial, por diversas razones históricas, de índole legal, y en busca de evitar la arbitrariedad a la hora de adjudicar concesiones mineras.

La LOCCM, por su parte, establece dos clases de concesiones: la de exploración, y la de explotación. Asimismo, ambos cuerpos legales regulan las sustancias concesibles y no concesibles (agregando al litio a las sustancias no concesibles ya consagradas en la CPR), la extensión de las concesiones, el régimen de amparo, entre otras cosas, y, para efectos de lo que importa en

este trabajo, los derechos del concesionario, los cuales son mencionados en los artículos 10 y 11 LOCCM¹²,

El artículo 2 de la LOCCM, ya citado, establece que son “derechos reales”. Un derecho real, según la definición del artículo 577 del Código Civil, es el “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. En este sentido, la “cosa” sobre la cual recae este derecho real (y esto es algo muy importante a tener en cuenta para efectos del análisis de la expropiación

¹² CHILE. Ministerio de Minería. 1982. Ley N° 18.097 Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras:

“Art.10.- El concesionario de exploración tiene derecho exclusivo:

- 1.- a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración minera, salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7° y 8°;
- 2.- a iniciar el procedimiento judicial para constituir concesión de explotación, dentro de los límites y plazo de duración de la concesión de exploración, cuyo jercicio le dará derecho preferente para constituir la aun después de la extinción de esta última, en la forma que determine el Código de Minería;
- 3.- a hacer suyos los minerales concesibles que necesite extraer con motivo de las labores de exploración e investigación, y
- 4.- a ser indemnizado, en caso de expropiación, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado.”

“Art. 11.- El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo:

- 1.- a explorar y explotar libremente las minas sobre las cuales recae su concesión y a realizar todas las acciones que conduzcan a esos objetivos, salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7° y 8°;
- 2.- a hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles a la fecha de quedar judicialmente constituida, comprendidas dentro de los límites de su concesión, y
- 3.- a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.”

en materia minera, particularmente en cuanto a su indemnización) no es el yacimiento en sí mismo, sino el mineral que se encuentra en ese yacimiento, susceptible de ser extraído por medio de la actividad minera. En otras palabras, es un derecho real que se tiene sobre la sustancia mineral no, de modo tal de poder extraerla y en definitiva apropiarse de ella, con el fin de aprovechar su riqueza. No es un derecho de propiedad sobre el mineral no extraído, ya que la incorporación al patrimonio del concesionario de este mineral sólo opera una vez extraído

Por otro lado, éste es un derecho real originario. Sobre este tema, se ha afirmado que la creación, reconocimiento, constitución de los derechos mineros, así como de los derechos asociados a la concesión, sería originaria, pero por ley, remitiéndose los tribunales a establecer mediante un acto declarativo un derecho minero¹³.

Asimismo, este derecho real otorga, valga la redundancia, derechos y obligaciones al titular de la concesión, las cuales están establecidas en los artículos 7 a 11 de la LOCCM (citados ya los artículos 10 y 11 de dicha ley). Existen derechos comunes a ambos tipos de concesiones (exploración y explotación), y otros específicos para cada una, atendiendo a sus fines, todo lo cual demuestra que se trata de un derecho real independiente, y no asimilable,

¹³ PIÑERA, J., *Op. Cit.*, p. 67

a otros derechos reales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico. De especial énfasis, para lo que nos interesa en el presente trabajo, es el “derecho a ser indemnizado, en caso de expropiación, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado”, que se relaciona con lo que a continuación pasaremos a analizar, que es el derecho de propiedad del particular sobre la concesión minera.

Por otra parte, ¿cuál es el objeto de este derecho real? Hay coincidencia en la doctrina de que el objeto “no es la mina misma, sino todas las sustancias concesibles que existan dentro de los límites de la concesión, siguiendo así – sin reproche alguno- el mandato del inciso 1º del artículo 3º de la Ley Orgánica y el artículo 26º del Código de Minería”¹⁴. Sin embargo, para quienes sostienen que este derecho real es un “derecho de aprovechamiento”, el derecho real de concesión minera igualmente recae sobre la mina, no siendo incompatible con el dominio público del Estado sobre ella, puesto que se trataría de “dos derechos independientes [...] que coexisten en el plano del derecho público, y que en ningún caso se repelen, sino que se compatibilizan a través del título “concesión”¹⁵.

Por último, de lo que efectivamente se apropia el concesionario, pudiendo disponer con todas las facultades propias del derecho de dominio, es

¹⁴ CLAUSEN, C., *Op. Cit.*, p.32.

¹⁵ *Ídem*, p. 33.

de los minerales efectivamente extraídos. En conexión con ellos, y como se verá más adelante en este trabajo, lo que determina el cálculo de la indemnización por expropiación es el denominado “Valor Presente de los flujos netos de caja” que, como veremos, corresponde al valor comercial de la mina, en donde las sustancias concesibles, o el aprovechamiento de la mina completa, según sea la doctrina que se decida aceptar, resulta ser sólo un factor más a la hora de determinar el correcto cálculo de la indemnización a pagar.

1.2.2. El derecho de propiedad sobre las concesiones mineras.

Como ya se ha explicado, no es sobre el yacimiento que se tiene propiedad por el concesionario minero. Nuestro ordenamiento jurídico no acoge la teoría del “dominio eminente del Estado” y la legislación es clara en establecer sólo el mecanismo de concesión como la forma de obtener el derecho a explorar y explotar un yacimiento, nunca la transferencia de la propiedad del yacimiento desde el Estado hacia un particular. Por otro lado, el concesionario se apropia de las sustancias minerales que, en el ejercicio de su derecho de concesión, extrae producto de su actividad minera, lo que no quiere decir que tenga el derecho de propiedad sobre los minerales que se encuentran aún adheridos al yacimiento del que forman parte. Como también

establecimos en el punto anterior, sobre dichos minerales se tiene el derecho real de concesión minera.

El concesionario sí tiene un derecho de propiedad sobre su derecho real de concesión minera. Ello es así no sólo porque lo establece la ley, sino también si se examinan criterios de derecho privado en materia de bienes. El artículo 565 del Código Civil establece que los bienes pueden ser cosas corporales e incorporales, siendo estas últimas “meros derechos”, y a su vez, el artículo 576 del mismo cuerpo legal establece que “las cosas incorporales son derechos reales o personales”. Por otro lado, el artículo 582 establece que el dominio es “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”, siendo ésta la definición fundante del “dominio” o “propiedad” en nuestro ordenamiento jurídico; y el artículo 583 sostiene que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”, poniendo como ejemplo al usufructuario, que tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Por lo expresado, en términos *iusprivatistas* es dable asimilar el derecho real del Código Civil al de la concesión minera, por lo cual el concesionario tendría el derecho de propiedad sobre su concesión. Además, algunos elementos a nivel doctrinal, constitucional y legal permiten confirmar esta afirmación:

a) El derecho real de concesión se tiene *erga omnes*. Es decir, como todo derecho real, debe ser respetado por terceros, teniendo el concesionario derecho a invocar acciones contra quienes perturben, priven, menoscaben o amenacen el ejercicio de este derecho. Por lo tanto, la propiedad de este derecho real también se tiene *erga omnes*.

b) El artículo 19 N°24 CPR, que garantiza y protege el Derecho de Propiedad, establece en su inciso segundo 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 ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”. Por otra parte, en el inciso 9° establece que “[e]l dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número”, la que se refiere a la garantía constitucional del Derecho de Propiedad.

c) En caso de ser expropiado de la concesión minera, la CPR en el artículo 19 N°24 inciso segundo establece además que el titular de un derecho de dominio “tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado”, entre los cuales se encuadra el titular de una concesión minera, conforme a lo ya dicho en el punto anterior. Asimismo, en

los artículos 10 y 11 de la LOCCM, ya citados, en sus letras c) y d) respectivamente, establecen este mismo derecho, en los términos que estudiaremos más adelante en este trabajo.

d) El artículo 6 de la LOCCM establece que “[e]l titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24° del artículo 19 de la Constitución Política”. Asimismo, en su inciso segundo establece que “[l]a privación de las facultades de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de una concesión minera constituye privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella”.

El legislador, expresamente, decidió otorgarle un derecho de propiedad sobre la concesión minera, llamándolo “concesión plena”, debido a que se hacía, en su juicio, necesario reforzar el derecho de concesión, dado que “[a]l crear verdaderos derechos de propiedad en el sector económico de mayor tamaño del país, y de mayor sensibilidad política, el mensaje que envió la Ley Constitucional minera hacia los inversionistas nacionales y extranjeros fue que la propiedad privada en Chile era, desde ese momento, un derecho absolutamente seguro”¹⁶. De esta forma, a su juicio, sólo asegurando el

¹⁶ PIÑERA, J., *Op. Cit.*, p. 30

derecho de propiedad sobre la concesión minera se podría fomentar la inversión privada en este rubro de la economía, dado que la inseguridad jurídica de años anteriores, como revisaremos más adelante, no permitía un buen flujo de la inversión privada en nuestro país. Además, los procesos de Chilenización, y particularmente la Nacionalización del Cobre, habían implicado una disminución en la producción de cobre, en relación a la capacidad instalada existente hacia la época¹⁷. De esta manera, “las facultades que la concesión otorga pasan a formar parte del patrimonio del concesionario, el cual no puede ser alterado por el Estado, sino solamente por vía de expropiación con indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado”¹⁸.

Entonces, la importancia de que exista un derecho de propiedad a favor del concesionario sobre su derecho de concesión, radica en que le permite ejercer su derecho frente a terceros, con todas las facultades del dominio (usar, gozar y disponer de la concesión), así como poder impetrar las acciones correspondientes en caso de que un tercero, sea un particular o algún órgano del Estado, le impida ejercer su derecho como concesionario (por ejemplo, la acción reivindicatoria contra el poseedor no dueño de una concesión minera).

¹⁷ SUTULOV, A. 1975. Antecedentes históricos de la producción de cobre en Chile. En: A. ZAUSCHQUEVICH, A., y SUTULOV, A., El cobre chileno, Santiago de Chile, Editorial Universitaria. 520p. pp. 51-56.

¹⁸ PIÑERA, J., *Op. Cit.*, p. 74

Sin embargo, este derecho de propiedad sobre la concesión minera tiene una característica particular: está sujeta a una condición. Una de las características de la pertenencia minera es que ésta es indefinida, es decir, no se establece un plazo por el cual ésta se tiene dentro del patrimonio del concesionario, dado que su “indefinición” viene dada por el hecho de cumplir el concesionario una condición, que es cumplir con el régimen de amparo señalado por la LOCCM, consistente en el pago de la patente minera. En caso de no cumplirse esta condición (el pago), caduca la concesión, pudiendo ser adquirida por otro por los medios reglados en el CM. Sin embargo, comparte características comunes a todo derecho real de dominio: el derecho real de concesión puede ser transferido, transmitido, adquirido por prescripción, se puede perder por prescripción adquisitiva de un tercero poseedor, etc.

1.3.- Consideraciones finales.

Para iniciar el estudio de la institución de la expropiación en minería, resultaba menester conocer los fundamentos y el contexto jurídico-económico en el cual se encuentra inmersa esta institución. En primer lugar, estudiamos la discusión respecto a esto en la CENC, en cuyo centro estaba el tema de la expropiación minera, y las teorías que la doctrina ha generado para intentar explicar el dominio minero del Estado en nuestro ordenamiento jurídico,

existiendo teorías basadas en principios del derecho privado (las llamadas “regalista” y del “dominio eminente”), y otra basada en principios del derecho público. Sin embargo, las características de nuestras normas constitucionales y legales, particularmente después de la entrada en vigencia de la LOCCM, hacen difícil encuadrar a nuestro sistema minero dentro de alguna de estas teorías de forma total.

Luego se analizaron elementos generales de la concesión minera, estableciéndose principalmente que es un derecho real, con características particulares respecto a otros derechos reales, otorgada por los tribunales ordinarios de justicia, y que el objeto de este derecho son las sustancias minerales (si acogemos las teorías privatistas), o un derecho de aprovechamiento sobre las minas (si acogemos la teoría *iuspublicista*). Sin embargo, como analizaremos a continuación esto no tiene una gran aplicación práctica, debido a lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM al introducir el concepto del “valor presente de los flujos netos de caja” para calcular el monto de la indemnización por concepto de expropiación de la concesión minera.

También analizamos el derecho de propiedad que tiene el concesionario sobre las concesiones mineras, en cuanto a sus fundamentos constitucionales, legales y doctrinales, su conveniencia en términos de política económica, sus particularidades respecto al derecho de propiedad en términos generales, y los

derechos y deberes que surgen para el concesionario producto de estar incorporado en su patrimonio este derecho de propiedad, lo cual está resguardado tanto en la CPR como en la LOCCM.

CAPÍTULO II: ASPECTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES GENERALES DE LA EXPROPIACIÓN MINERA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

2.1.- Introducción.

Como ya hemos señalado, la materia central del presente trabajo es la expropiación minera. En este sentido, como veremos a continuación, la expropiación minera tiene algunas particularidades en relación a la expropiación como regla general. Es un caso especial de expropiación, tiene una regulación especial, ha sido aplicada sólo una vez desde la vigencia de la nueva legislación minera por los tribunales de justicia, y tiene una normativa legal especial para efectos de calcular su monto, además de la regulación respecto a inversión extranjera que se pueda aplicar en esta materia.

Para el estudio, se hace menester abordar los siguientes puntos: i) los aspectos normativos sustantivos de la expropiación, particularmente enfocándose en la expropiación minera; ii) aspectos procesales de la expropiación minera; iii) aspectos ligados a la constitucionalidad de reformas en esta materia; y iv) aspectos relativos al derecho comercial internacional

relacionados con la expropiación; todo lo cual será abordado desde el derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia en tanto sea pertinente.

2.2.- La expropiación como herramienta del Estado: aspectos normativos generales.

El derecho de propiedad sobre las cosas, en lo relativo al ejercicio de sus facultades, está sometido a ciertos límites. El Código Civil, en el artículo 582, que define el derecho de dominio, establece como límites del ejercicio de este derecho a la ley y el derecho ajeno, lo cual ha sido tratado ampliamente por la doctrina civilista y no son materia del presente trabajo. Sin embargo, a estos límites debemos agregar la llamada “función social de la propiedad”, establecida en el artículo 19 N°24 inciso segundo, que establece que

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”

Podemos definir a la función social de la propiedad como “el empleo o uso racional de la propiedad en armonía con los intereses colectivos”¹⁹. De este modo, en la función social de la propiedad convergen intereses colectivos, tales como intereses generales de la Nación, seguridad nacional, utilidad pública, salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental. En este sentido, toda regulación legal debe atenerse a estos principios, al momento de establecer el ejercicio del derecho de propiedad sobre un bien, cualquiera sea su naturaleza.

En el inciso tercero del artículo 19 N°24 CPR se establece:

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”

Con este artículo, se le reconoce al Estado la facultad de ponerle fin al ejercicio del derecho de dominio sobre una cosa por parte de un privado, por medio de una expropiación. En ese sentido, la ley establece dos requisitos no copulativos ni excluyentes entre sí: la “utilidad pública” y el “interés nacional”, y

¹⁹ Presentado por el comisionado EVANS, E. en COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1975. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo V, *Op. Cit.*, Sesión N° 161.

un medio procedimental para ello: que se autorice mediante una ley, sea ésta general o especial.

Así, el procedimiento de toda expropiación se inicia a través de una ley general o especial. La ley puede permitir la expropiación por parte de una autoridad pública, o directamente expropiar, estableciendo en ambos casos las condiciones al respecto, puesto que la Constitución no distingue al respecto. Sin embargo, la garantía que tiene el dueño de una cosa es que esta expropiación nunca será arbitraria, sino que estará basada en criterios de utilidad pública e interés nacional

Por otra parte, el expropiado tiene un derecho, consagrado en la parte final del mismo inciso tercero:

“El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.”

Como podemos ver, se establece un procedimiento de reclamación ante los tribunales de justicia. Cabe destacar que este procedimiento de reclamación

atiende a razones de forma, no de fondo, es decir, si efectivamente se cumplieron los procedimientos formales para decretar el acto expropiatorio, mas no para calificar la pertinencia de la invocación a la utilidad pública o interés nacional por parte del Congreso.

Asimismo, en el inciso antes citado, también se establece a favor del expropiado el derecho a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado. En este sentido, ante la ausencia de una definición constitucional sobre qué se entiende por “daño patrimonial efectivamente causado”, la doctrina ha entendido como aplicable para avaluar este daño lo establecido en el artículo 1556 del Código Civil, el cual preceptúa, como regla general en todo el derecho patrimonial, que en materia de indemnización de perjuicios ésta “comprende el daño emergente y lucro cesante”, lo que debe servir de base para interpretar la disposición constitucional antes citada.

Lo interesante es que, finalmente, la definición de qué es el “daño patrimonial efectivamente causado” queda entregada a una ley, cuyas normas entonces vienen en complementar y darle contenido a la disposición constitucional en la aplicación de la misma.

Como ejemplo de que una ley puede determinar expresamente qué es lo que se debe entender por “daño patrimonial efectivamente causado” para una

actividad, un rubro o una situación en particular, se puede citar, precisamente, el caso de las expropiaciones mineras, dado que en el artículo 11 N³ LOCCM se establece una norma textualmente distinta a la del “daño emergente” y “lucro cesante” del artículo 1556 CC, aunque refractaria de los mismos principios de la norma del CC, como veremos más adelante.

2.3.- Bases de la regulación a nivel legal de la expropiación minera.

2.3.1.- Normas generales.

En la normativa que regula el ámbito de la indemnización en caso de expropiación de concesión minera, confluyen aspectos de derecho sustantivo y adjetivo, a saber:

a) Derecho sustantivo: la LOCCM, en su artículo 11 N³, establece como criterio central para determinar el monto de la indemnización por causa de expropiación de una concesión de explotación minera, que el daño patrimonial efectivamente causado debe corresponder al “valor presente de los flujos netos de caja” de la concesión. Esto es de suma relevancia, dado que al determinar el monto debe atenderse a este criterio; en caso que la sentencia definitiva no

lo haga conforme a esta norma, dicha resolución emanada del tribunal es susceptible de recursos.

b) Derecho adjetivo: en la CPR se establece, como norma general, que el expropiado puede reclamar la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios de justicia, y que la indemnización se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales (artículo 19 N°24 inciso tercero CPR), la cual resulta plenamente aplicable al concesionario minero conforme al inciso noveno del mismo artículo. Sin perjuicio de lo señalado recién, para la concesión de explotación se establece una norma especial, que consiste en que quien fije el valor del monto de la indemnización será el juez que conozca de la causa, previo dictamen de peritos (artículo 11 N°3 LOCCM). En el mismo sentido, el procedimiento de expropiación de las concesiones mineras se rige por las normas del Decreto Ley 2186 de 1978, LOC de Procedimiento de Expropiaciones en todo lo que resulte pertinente y no contradictorio al artículo 11 N°3 LOCCM..

Ambos aspectos, tanto el derecho sustantivo como el derecho adjetivo, en materia de expropiaciones mineras, serán analizados más adelante.

2.3.2.- Concesiones de explotación.

Como fue tratado en el Capítulo I del presente trabajo, al momento de abordar la discusión respecto al régimen de dominio del Estado sobre las minas, uno de los puntos fundamentales versó respecto a la expropiación minera, y las garantías que la CPR debía otorgar a los concesionarios expropiados. En este sentido, para los comisionados de la CENC resultaba fundamental dictar una norma para determinar lo que constituye el “daño efectivamente causado” en las concesiones tanto de explotación como de exploración. Así lo previeron en el inciso séptimo del artículo 19 N°24 CPR, al mandar que los derechos que otorga la concesión minera (entre los cuales, por supuesto, se establece el derecho a ser indemnizado en caso de expropiación de la concesión) se han de regular vía ley orgánica constitucional, en este caso, la LOC de Concesiones Mineras.

Uno de los redactores de la LOCCM se preocupó especialmente de la regulación a nivel legal de la indemnización respecto a las expropiaciones en materia minera. Así, afirmó que “la indemnización debe comprender el valor que a la fecha de la expropiación tenía la concesión de explotación o, lo que es lo mismo, el valor que el mercado atribuye al negocio que el concesionario poseía. Desde el solo punto de vista de las normas constitucionales hay que cubrir el valor del daño patrimonial y éste comprende el valor de cambio que su

propietario podría haber obtenido de no mediar el acto de privación, es decir, si la explotación de la mina hubiera continuado en poder del titular. Esto implica que el daño patrimonial efectivamente causado consiste en lo que, en términos de la ciencia económica, se llama el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión minera”²⁰. De esta forma, se viene a introducir un nuevo elemento, el llamado “valor presente de los flujos netos de caja de la concesión minera” (en adelante e indistintamente “VP de la concesión”), el cual se consagra expresamente en el actual artículo 11 N°3 de la LOCCM:

“Artículo 11: El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo:

3.- A ser indemnizado en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión”.

²⁰ PIÑERA, J., *Op. Cit.*, p. 95. El destacado es nuestro.

2.3.3.- Concesiones de exploración.

En el caso de las concesiones de exploración, sólo se establece la norma general contenida en la CPR respecto a toda expropiación:

“Artículo 10: El concesionario de exploración tiene derecho exclusivo:

4.- A ser indemnizado, en caso de expropiación, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado”

Al respecto, cabe preguntarse: ¿Será extensible, para los casos de los concesionarios de exploración, el criterio establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM para los concesionarios de explotación?

De la respuesta nos haremos cargo más adelante, debido a la complejidad de ella. Sin embargo, hay que destacar que en el caso de las concesiones de exploración no existe el derecho a ejercer labores extractivas a fin de apropiarse de los minerales extraídos de los yacimientos mineros, sino son labores netamente de exploración, que finalmente permita tomar o no la decisión de solicitar posteriormente, por el procedimiento judicial correspondiente, la concesión de explotación. Por otro lado, el centro de la

discusión respecto a las condiciones en las cuales sería indemnizado el concesionario en caso de expropiación siempre versó sobre las concesiones de explotación, debido a la particular importancia económica que éstas tienen para el desarrollo de la actividad económica minera. En este sentido, el legislador quiso establecer un criterio especial para la determinación de la indemnización en caso de las concesiones de explotación, por lo que –independientemente de la pertinencia o racionalidad de haberlo hecho-, de haber querido establecer este mismo criterio para las concesiones de exploración, lo habría hecho expresamente.

En base a lo anterior, entonces, le sería en principio aplicable el criterio genérico del artículo 1556 del CC, esto es, que la indemnización por una expropiación de una concesión de exploración debiera comprender el daño emergente y el lucro cesante. Sin embargo, como veremos más adelante, en algunos casos la evaluación del daño conforme a estos criterios puede presentar particularidades que lo acercarían a lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM respecto a las concesiones de explotación .

CAPÍTULO III: DERECHO SUSTANTIVO EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN MINERA.

3.1.- Concesiones de explotación.

3.1.1.- El “valor presente de los flujos netos de caja” como criterio de cálculo del monto de la indemnización.

Como enunciamos anteriormente, la novedad que introduce la LOCCM respecto de la indemnización en materia de expropiación minera (entre otras muchas novedades que introdujo al sistema legal minero chileno en general), es el concepto del “valor presente de los flujos netos de caja” como criterio para determinar la indemnización del “daño patrimonial efectivamente causado” que exige la CPR por la expropiación de la concesión.

Se ha definido al valor presente de los flujos netos de caja como “el verdadero valor económico del conjunto establecimiento-concesión, es decir, al valor que recibiría el inversionista si vendiera éste, el cual, al ser un recurso productivo, vale sólo por su posibilidad de generar en el futuro flujos de caja positivos, [siendo entonces] igual al valor comercial en que se transaría la

empresa entre los particulares”²¹. Como podemos ver, se trata de un concepto eminentemente económico, que tiene la particularidad de convertirse en el contenido central de una norma jurídica, producto de lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM, por lo que su no aplicación a la hora de efectuar el cálculo del monto de la indemnización hace susceptible de recursos a dicha sentencia.

Ante este concepto, cabe hacer presente algunos puntos fundamentales para delimitar su ámbito de aplicación, para la materia cuyo estudio nos convoca.

3.1.2.- Base sobre la cual se calcula el monto de la indemnización.

La ley señala que se calcula “sobre la base de las *reservas*²² de sustancias concedidas que el expropiado demuestre”. En este sentido, y si bien no lo señala, del análisis de la praxis técnica –y aceptada por la jurisprudencia²³- se puede afirmar que los peritos deben efectuar el cálculo considerando una estimación, a través de los estudios geológicos, matemáticos, etc., que sean pertinentes, de la cantidad de toneladas que existan del o los minerales a modo de reserva dentro de los límites de la

²¹ *Ídem*, p. 48.

²² El destacado es nuestro

²³ Considerandos 12° a 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En MINERA DE VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE. En: Revista de Derecho de Minas y Aguas. 1990. Volumen I. pp. 350-352.

concesión expropiada. Asimismo, según el o los minerales de los que se trate, también se debe especificar la ley del mineral²⁴ (por ejemplo, hay 1.000.000 de toneladas de cobre de ley entre un 0,5% y 1%), a fin de hacer los cálculos correspondientes.

¿Qué se entiende por “reserva”? Para ello, hay que señalar una serie de conceptos técnicos relacionados con éste, los cuales se encuentran definidos en el Código para la Certificación de Prospectos de Exploración, Recursos y Reservas Mineras²⁵ (en adelante, “el Código de Certificación”). Estimamos que este código resulta aplicable en cuanto a estos términos, debido al artículo 21 del Código Civil, que establece la regla general en materia de interpretación de la ley: “[l]as palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. El Código de Certificación define los siguientes conceptos:

²⁴ La ley de un mineral consiste en el grado de concentración de éste dentro de una mena. En este sentido, por regla general se expresa en un porcentaje en relación a una tonelada de esta mena. De esta forma, por ejemplo, si la ley de cobre de un yacimiento determinado correspondiera a un rango entre el 0,5 y el 1%, significa que por cada tonelada de la mena hay entre 5 y 10 kilos de cobre.

²⁵ Realizado por la Comisión Calificadora de Competencias en Recursos y Reservas Mineras, creada por la Ley N° 20.235, que tiene como objetivo la creación y administración del Registro Público de Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras. La Comisión la forman cinco instituciones: el Instituto de Ingenieros de Minas de Chile A.G.; el Colegio de Geólogos de Chile A. G., el Colegio de Ingenieros de Chile A.G.; el Consejo Minero y la Sociedad Nacional de Minería.

a) Prospecto de exploración: consiste en la conceptualización de la probable continuidad o discontinuidad de la mineralización, estableciendo analogías con otros depósitos conocidos, identificar afloramientos, y realizar pruebas de carácter metalúrgico. Sin embargo, el prospecto no permite proporcionar datos sobre tonelajes y leyes, ya que éstos no pueden ser categorizados como recursos mineros delineados y delimitados;

b) Recurso minero: concentración u ocurrencia de material natural, sólido, inorgánico, u orgánico fosilizado terrestre de tal forma, cantidad y calidad, que existe una razonable apreciación acerca de su potencial técnico-económico. La localización, tonelajes, contenidos, características geológicas, y el grado de continuidad de la mineralización es estimada, conocida, o interpretada a partir de específicas evidencias geológicas, metalúrgicas y tecnológicas. A su vez, los recursos mineros se pueden clasificar en:

b.1.) Recurso inferido: aquella proporción del recurso minero para el cual las estimaciones de tonelaje y ley están afectas en exactitud y precisión debido a muestreos fragmentarios, limitados, y a percepciones asumidas sobre su continuidad geológica, y a extrapolaciones de carácter más bien subjetivo sobre la naturaleza de los controles de la mineralización;

b.2.) Recurso indicado: aquella proporción del recurso minero para el cual el tonelaje, densidades, leyes, características geológicas, geometalúrgicas y geotécnicas han sido estimadas y caracterizadas con un razonable nivel de confianza;

b.3.) Recurso medido: aquella porción del recurso minero para el cual tonelaje, densidades, leyes, características geológicas, geometalúrgicas y geotécnicas han sido estimadas y caracterizadas con un significativo nivel de confianza;

c) Reserva minera: es aquella porción del recurso medido o del recurso indicado económicamente extraíble de acuerdo a un escenario productivo, medioambiental, económico, y financiero derivado de un plan minero. A su vez, se puede clasificar en:

c.1.) Reserva probable: es aquella proporción del recurso indicado, así como eventualmente del recurso medido, económicamente extraíble. Esta reserva incluye material diluyente y pérdidas de tonelaje que pueden ocurrir a consecuencia de la extracción minera;

c.2.) Reserva probada: es aquella proporción del recurso medido económicamente extraíble. Esta reserva incluye material diluyente y pérdidas de tonelaje que pueden ocurrir a consecuencia de la extracción minera.

Tras revisar estos conceptos, como podemos ver, el artículo 11 N°3 LOCCM sólo habla de “reservas”, sin hacer mayores distinciones. En ese sentido, uno podría entender de dos maneras la interpretación de este concepto:

i) Podría decirse que conforme a la norma interpretativa del artículo 21 CC²⁶, debemos utilizar el término “reserva” en el sentido técnico propio de la actividad minera. Por otro lado, como reza el aforismo, “donde la ley no distingue no corresponde al intérprete distinguir”, por lo que debemos entender incluidas tanto las reservas probadas como las reservas probables (aunque estas últimas tengan un menor nivel de confianza), ya que no hay especificación al respecto. Respecto a los recursos inferidos, indicados o medidos, no establecidos como reservas, y a los prospectos de exploración, no cabe incluirlos dentro del cálculo del monto de la indemnización, puesto que la

²⁶ CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Artículo 21: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

norma legal sólo habla de “reservas”, y de haber querido incluir estas otras dos categorías, lo habría hecho expresamente.

ii) Sin embargo, hay que mencionar que una de las fuentes materiales del Código de Certificación es el llamado “Código JORC” (*JORC CODE*) australiano²⁷, el cual es el primer cuerpo normativo en el mundo que distingue entre los conceptos de prospectos, recursos y reservas, y sus respectivas subdivisiones, constituyendo fuente material de otras normas referentes a la misma materia. La primera edición de este código data del año 1989, siete años después de la dictación de la LOCCM, por lo cual no alcanzó a recoger los nuevos conceptos normativos técnicos en materia minera. En ese sentido, si también nos basáramos en el artículo 21 CC, podríamos afirmar que cuando el legislador hablaba de “reservas” en la LOCCM, se refería a todo mineral que se encontrara dentro del área de la concesión de exploración que pudiera ser acreditado en juicio, y consecuentemente avaluado, sin distinguir entre “recursos” y “reservas” propiamente tales como lo hace el Código de Certificación (siendo un caso similar a lo que pasa con el concepto de “demente” en el Código Civil para efectos de determinar la incapacidad absoluta o la interdicción de una persona, dado que a la época de dictación del

²⁷ JOINT ORE RESERVES COMMITTEE OF THE AUSTRALASIAN INSTITUTE OF MINING AND METALLURGY, AUSTRALIAN INSTITUTE OF GEOSCIENTISTS AND MINERALS COUNCIL OF AUSTRALIA.AUSTRALIA. 2013. JORC Code. [en línea] <http://www.jorc.org/JORC_code_2012.pdf> [Consulta: 26 abril 2014]

CC no se conocían todas las enfermedades mentales y los distintos grados de perturbación mental que éstas pueden ocasionar).

Es difícil determinar una respuesta categórica al respecto, ya que en base a la misma norma de interpretación ambas argumentaciones son perfectamente coherentes. Sin embargo, si asumimos la dificultad de aplicar el artículo 21 CC para el concepto de “reservas” en la LOCCM, y por ende si uno se atuviera a lo que dice el artículo 24 CC, el cual nos da una norma de interpretación supletoria (“[e]n los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”), pareciera ser que el “espíritu general de la legislación” se acerca más a la idea de que se indemnice todo lo que sea evaluable (el daño patrimonial efectivamente causado), a restringir indemnización en base a criterios técnicos muy específicos, con lo cual nos acercamos al criterio interpretativo planteado en el punto ii) precedente.

Lo anterior cobra mayor sentido si se toma en cuenta que la ponderación que se hará de las distintas categorías de reservas y recursos también se manifestará en la valoración final de la misma. Por ejemplo, no es lo mismo una mina con 500 toneladas de reservas probadas, que otra con 500 toneladas de reservas probables. Con todo, inclinarse por uno o por otro criterio

interpretativo es relevante, y no está zanjado por lo que es aconsejable que en cualquier actualización legal respecto a esta materia deberá o incorporar expresamente el término “recursos”, o hacer aplicable expresamente el concepto de “reservas” a lo que diga y/o como contenido mineral indemnizable.

3.1.3.- Momento y época en que se calcula el monto de la indemnización.

Este punto es de especial relevancia, debido a que según el criterio que se siga, los montos pueden ser distintos.

Al respecto, la LOCCM no da respuesta alguna referente al tema. Sin embargo, del solo tenor de la jurisprudencia, se colige que “la suma que se señale en definitiva como indemnización será el valor presente de los flujos netos de caja que a la fecha de la expropiación [tenga la concesión expropiada]”²⁸, entendiéndose por fecha de expropiación la fecha en la cual fue promulgada la ley que expropie la pertenencia, en caso de ser una ley expropiatoria, o por la fecha del Decreto Supremo expedido por el Presidente de la República, en caso de responder al mandato de una ley de expropiabilidad. Por lo tanto, señalar en base a qué fecha se inicia el cálculo del valor presente de los flujos netos de caja no resulta en principio particularmente complejo a la luz de la jurisprudencia.

²⁸ Considerando N° 18 de la sentencia en primera instancia del Segundo Juzgado Civil de Antofagasta. En MINERA VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE, *Op. Cit.*, p. 348.

Sin embargo, al ser un criterio jurisprudencial, en el caso de la mina “El Way” se suscitó una controversia respecto a este tema, dado que los informes de peritos fijaron el valor presente desde distintas fechas, atendiendo a que la ley no es clara al respecto: dos de los informes la fijaron a la fecha de la materialización de la expropiación, mientras que otro sólo fijó el valor a la fecha de rendición de su informe pericial²⁹. Lo que finalmente resolvieron los tribunales es que, comparando los tres informes de peritos (el nombrado por el Fisco, el nombrado por el expropiado, y uno que fue nombrado de común acuerdo por las partes)³⁰, se fijó como criterio común el periodo (generalmente un mes) en el que los tres informes coincidan, y en base a eso se resolvió, trayéndose a valor presente de la fecha en común el flujo neto de caja de la concesión expropiada, y condenándose a pagar al Fisco dicho valor, más los reajustes conforme al IPC hasta la fecha del pago efectivo de la indemnización³¹. Cabe señalar que en base al nuevo procedimiento expropiatorio, la cantidad de peritos intervinientes es distinta y variable según sea el caso (ver Capítulo IV), pero lo importante en este caso es que la jurisprudencia ha resuelto este criterio basándose en la coincidencia de los informes periciales presentados.

²⁹ Considerando 9º sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en MINERA VALPARAÍSO S.A: con FISCO DE CHILE, *Op. Cit.*, p. 350.

³⁰ Esto fue tramitado bajo el antiguo procedimiento expropiatorio.

³¹ Considerando 9º sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en MINERA VALPARAÍSO S.A: con FISCO DE CHILE, *Op. Cit.*, p. 350.

3.1.4.- Procedimiento técnico para calcular el monto de la indemnización.

Éste procedimiento, propio del ámbito de la economía, implica considerar, por parte del concesionario, diversos ingresos y egresos que va obteniendo durante determinado periodo de tiempo (cada periodo, para los efectos de este cálculo, equivale a un año). Así, los factores a considerar son:

i) Inversiones (“I”): el monto invertido anualmente por el concesionario para la explotación del mineral;

ii) Valor Producción (“V”): el valor total del mineral extraído o eventualmente extraíble, según el precio del mercado del momento de la extracción;

iii) Costos (“C”): los costos en que debe incurrir el concesionario para mantener el funcionamiento de la concesión;

iv) Impuestos (“tx”): el monto total que, por concepto de impuestos, el concesionario debe pagarle al Estado, pudiendo estos ser fijos o variables, según sea el caso;

v) Depreciaciones (“d”): la pérdida de valor periódica, presumida por la ley, que sufren determinados insumos intervinientes en la producción;

vi) Reinversiones necesarias (“RN”): las que se necesitan para el correcto funcionamiento de la industria;

vii) Valor residual de las instalaciones (“VR”): el valor que, descontadas las depreciaciones, quedará para los bienes depreciados.

viii) Tasa de descuento relevante (“r”): por regla general, la tasa de interés del mercado.

De esta manera, se calcula el Flujo Neto de Caja de la siguiente manera:

$$I + V - C = \text{Utilidad Bruta (UB)}$$

$$UB - tx = \text{Utilidad Neta (UN)}$$

$$UN + d - RN + VR = \text{Flujo Neto de Caja correspondiente al periodo estudiado. (FN)}$$

También, planteado de otra forma, el FN es igual a

$$I + V - C - tx + d - RN + VR.$$

El informe del perito debe considerar la cantidad de reservas y recursos (en los términos indicados en el punto 3.1.2. precedente) del mineral en la concesión. En este sentido, cabe señalar que, como se puede ver, claramente las reservas y recursos no son en sí un elemento de la ecuación antes presentada, la cual se basa sólo en criterios financieros y tributarios; sin embargo, la presencia de las reservas y recursos, fundamentales en el cálculo del VP de la concesión en esta fórmula se encuentra indirectamente reflejada en que en base a la cantidad (toneladas) y calidad (ley) de éstas se calcula el valor de la producción ("V", en las ecuaciones antes indicadas), mediante los ingresos que se obtengan en base a su valor de mercado al momento de ser extraídas y comercializadas, y la proyección de estos ingresos a futuro.

Además de lo anterior, el perito debe hacer un estudio del historial de la explotación de la concesión, a fin de ver las reales posibilidades de extraer todos los recursos y reservas minerales estimados, y en relación a las capacidades de producción de la reserva, debe hacer una estimación de en cuánto tiempo (en periodos de un año) será capaz de extraer este mineral, así como si la producción de éste será o no constante. Por ejemplo, supongamos que X toneladas de mineral será extraído a 40 años. Según sea el caso, puede que en cada año se extraiga $(X/40)$ toneladas de mineral, o no sea una

extracción con cifras promedio por año (puede ser en tasa creciente, decreciente, irregular, etc., todo depende del caso en particular). De esta manera, teniendo esos datos, y haciendo una estimación viable, podemos calcular cuánto mineral de una concesión se puede extraer dentro del periodo de un año (i), a fin de calcular los flujos netos de caja de cada año (FN_i), dentro de ese periodo total estimado.

Ahora bien, para sacar el Valor Presente (VP) de un año determinado, la fórmula es la siguiente:

$$\frac{FN_i}{(1+r)^i}$$

FN_i = Flujo Neto de Caja (“FN”) año i .

r = tasa de descuento relevante (“ r ”) año i .

i = número de año en cuestión, entendiéndose como periodo (ejemplo: si año 1, $i = 1$, si año 2, $i = 2$).

Y, de esta forma, si sumamos los VP de todos los años que se estimaron para el funcionamiento de la concesión, conforme a los criterios ya establecidos, podemos entonces calcular el VP total del conjunto establecimiento concesión; en caso de que no se expropie el establecimiento en el cual se realiza el beneficio de los minerales (junto a todos sus insumos), a ese VP total hay que restarle el valor de los activos de dicho establecimiento, con lo que llegamos al VP de la concesión minera.

De esta forma, el VP de la concesión minera será calculado a la fecha de la expropiación (ver lo dicho al respecto en el punto 3.1.3.). Para efectos de determinar el monto preciso a pagar, a este VP hay que aplicarle los reajustes necesarios al momento de su cálculo, y posteriormente de su pago efectivo (en ambos casos el IPC, o el instrumento que eventualmente lo reemplace).

3.1.5.- Diferencias entre el concepto “valor presente de los flujos netos de caja” de la concesión, y la norma general del artículo 1556 del Código Civil.

El artículo 1556 CC establece que “la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante”, y es pacífico sostener que esto ha sido entendido como la regla general para determinar lo que es el “daño patrimonial efectivamente causado”. Sin embargo, el artículo 11 N°3 LOCCM establece un criterio especial para ello, atendiendo al VP de la concesión. Sin embargo, ¿son realmente criterios distintos?

El daño emergente es el daño producido efectivamente en el patrimonio del afectado. Si lo llevamos al supuesto de una expropiación de cualquier clase de industria, sería el valor de los activos de capital (maquinaria,

establecimiento, etc.), incluyendo sus depreciaciones. De esta forma, los elementos para calcular el daño emergente de un periodo determinado serían:

i) Inversiones (I), traducidas en los activos de capital.

ii) Depreciaciones (d): la pérdida de valor periódica, presumida por la ley, que sufren determinados insumos intervinientes en la producción;

iii) Reinversiones necesarias (RN);

iv) Valor residual de las instalaciones (VR).

De este modo, el daño emergente de un periodo determinado (DEi) sería:

$$I + d - RN + VR.$$

El lucro cesante, en tanto, es lo que se deja de ganar por el hecho que produjo el daño. Pero en una industria cualquiera, ¿cómo se calcularía el lucro cesante?

Para calcular cuál es el ingreso que se dejó de percibir, hay que atender a ciertos factores: cálculos de productividad, precio de mercado del producto (traídos a valor presente), costos, gastos, impuestos, periodo razonable de funcionamiento de la industria, tasas de descuento a lo largo de los periodos, etc. Por lo tanto, los elementos son:

i) Valor Producción (V);

ii) Costos (C);

iii) Impuestos (tx).

De esta forma, el lucro cesante de un periodo determinado (LCi) sería:

$$V - C - tx.$$

De este modo, conforme a lo establecido en el artículo 1556 CC, la fórmula para calcular el monto de la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, en un periodo determinado, es la siguiente:

$$DEi + LCi = I + d - RN + VR + V - C - tx$$

Como podemos ver, y si aplicamos lo que en las matemáticas se llama la propiedad transitiva, es exactamente igual a la fórmula $I + V - C - tx + d - RN + VR$ del FN calculado respecto al VP de la concesión. Luego, si hacemos el mismo ejercicio durante todos los periodos, aplicando la tasa de descuento relevante (r), la fórmula para calcular, entonces, el monto de la indemnización siguiendo lo establecido en el artículo 1556 CC, correspondiente a un periodo, es la siguiente:

$$\frac{DEi + LCi}{(1 + r_i)^i}$$

Y, de esta forma, si sumamos los cálculos del DEi y LCi de todos los años que se estimaron para el funcionamiento de la concesión, en base a esta fórmula, y conforme a los criterios ya establecidos, se podría de esa manera calcular el monto a indemnizar por la expropiación de la concesión de explotación.

Como podemos ver, en el fondo se atiende a exactamente los mismos criterios que se utilizan para calcular el VP de la concesión. Al final de cuentas, el cálculo del lucro cesante implica calcular el VP de un establecimiento industrial, con las particularidades que éste tenga en atención a su rubro, pero siguiendo los mismos principios económicos. Sin perjuicio de lo anterior, los conceptos “daño emergente” y “lucro cesante” son mucho más amplios en

nuestro sistema jurídico, dado que en otra clase de materias (por ejemplo, indemnizaciones laborales) resulta evidente que los criterios para determinar el lucro cesante son distintos al de una industria.

Por lo tanto, en nuestra opinión, el concepto “valor presente de los flujos netos de caja” de la concesión, establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM, para definir qué se entiende por “daño patrimonial efectivamente causado” no es sino una manifestación expresa de lo que en la práctica ocurre con la aplicación del artículo 1556 CC a cualquier clase de industria. Fue establecido expresamente así debido a que resultaba necesario dejar totalmente en claro cuál debía ser el criterio para determinar el monto de la expropiación. De esta forma, en caso de no existir el artículo 11 N°3 LOC CM –sin perjuicio de lo que trataremos más adelante-, el resultado práctico para efecto del cálculo de la indemnización sería el mismo aplicando el artículo 1556 CC.

3.2.- Concesiones de exploración.

3.2.1.- Norma general.

Como habíamos indicado en el punto 2.3.3.-, al no establecerse en el artículo 10 N°4 LOCCM una norma especial para indemnizar, a diferencia de lo

establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM para las concesiones de explotación, hay que entender que se siguen las normas generales, lo que implica calcular el daño emergente y el lucro cesante.

Sin embargo, ¿se podría aplicar por analogía el artículo 11 N°3 LOCCM?

En nuestra opinión, ello no debiera hacerse dado que es una norma especial establecida expresamente para el caso de las concesiones de explotación, y a que en la historia de la ley se aprecia con claridad que se pensó en introducir el concepto del VP de la concesión sólo para esta clase de concesiones³².

³² “1.3. Indemnización en caso de expropiación.

Es evidente que si el Estado puede expropiar las concesiones mineras sin pagar el verdadero valor de ellas, se producirá: a) un incentivo para expropiar concesiones mineras por razones lucrativas; y b) un bajo o nulo nivel de inversión privada en el sector. Si se persigue que se realicen las grandes inversiones necesarias para desarrollar el potencial minero del país, y así maximizar la tasa de crecimiento de la economía nacional, es necesario que la legislación minera no dé lugar a la posibilidad de que, de haber expropiación de la concesión de explotación por causa de utilidad pública o de interés nacional, se pague una indemnización distinta a su verdadero valor económico.

Para que la inversión privada en la minería alcance su nivel óptimo es necesario que, en caso de expropiación de la concesión de explotación y del establecimiento minero o minero-industrial dedicado a hacer posible tal explotación, la indemnización corresponda a lo que en el lenguaje técnico ya habitual de la economía y de la actividad empresarial se denomina el Valor Presente de los flujos netos de caja que genere el conjunto establecimiento concesión durante la vida útil de la mina (*). Dicho valor corresponde al daño patrimonial efectivamente causado al expropiar este conjunto.

El monto de esta indemnización equivale al verdadero valor económico del conjunto establecimiento-concesión, es decir, al valor que recibiría el inversionista si vendiera éste, el cual al ser un recurso productivo vale sólo por su posibilidad de generar en el futuro flujos de caja positivos. Como es sabido, en un mercado competitivo, el Valor Presente de una empresa es igual al valor comercial en que se transaría la empresa entre los particulares.

Si se expropiara sólo la concesión de explotación, la indemnización que compensa el daño patrimonial efectivamente causado sería el Valor Presente del conjunto establecimiento-concesión, menos el valor de liquidación de los activos diferentes de la concesión de dicho establecimiento.

La Constitución y la ley orgánica constitucional deben ser claras para indicar a los tribunales, que son los encargados de fijar la indemnización en caso de expropiación, cuando no existe acuerdo entre las partes, la naturaleza de los derechos del concesionario, para que los peritos que deba consultar el tribunal partan del principio correcto acerca de cuál es la indemnización que cubre el daño patrimonial efectivamente causado” en CHILE. 1981. Historia de la Ley N°

Además, de haber querido el legislador, lo habría aplicado expresamente también para las concesiones de exploración. Por eso es que, a falta de una regulación especial, resulta más apropiado jurídicamente aplicar las normas generales de derecho de propiedad en nuestro sistema legislativo y constitucional para indemnizar “el daño patrimonial efectivamente causado” en el caso de las concesiones de exploración, que, como hemos visto anteriormente, ha de basar su contenido en lo dispuesto en el artículo 1556 CC.

El daño emergente, por supuesto, no presenta mayores complicaciones conceptuales en cuanto a su determinación, ya que estaría representado por lo invertido para las actividades de exploración, las servidumbres constituidas, las patentes pagadas, los eventuales activos fijos que pudiesen ser expropiados, etc. Sin embargo, respecto al cálculo del lucro cesante, como pasamos a revisar a continuación, las concesiones de exploración tienen ciertas particularidades que no hacen fácil determinar el lucro cesante, a diferencia de otros bienes susceptibles de ser expropiados.

18.097 Ley Orgánica de Concesiones Mineras. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional. 268 pp. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37081/1/HL18097.pdf>> [consulta: 26 abril 2014] pp. 10-11.

3.2.2.- Procedencia o no procedencia del lucro cesante en la expropiación de una concesión de exploración minera.

Para iniciar este análisis, cabe preguntarse respecto a cuál es la lógica económica que informa a una concesión de exploración dentro de nuestro sistema minero y económico en general.

Respecto a este punto, hay que señalar que, a diferencia de otras industrias, el ejercicio de la actividad económica minera requiere de un aseguramiento particular de ciertas certezas a la hora de iniciar la explotación, esto por la evidente característica de que los bienes económicamente extraíbles y transables, los minerales, no se encuentran ni a la vista ni al simple alcance de quien desea extraerlos y comercializarlos. Por lo tanto, la incerteza respecto a la existencia de estos recursos en un lugar determinado, sin previos estudios, es casi total, y considerando que además la inversión inicial para comenzar una actividad de explotación minera es muy alta, nadie tendría el incentivo económico para llegar y explotar minerales de los cuales no se sabe si de verdad existen o no, en un lugar determinado.

Para subsanar lo anterior, el legislador ha establecido las concesiones de exploración, las cuales permiten al concesionario ejercer el derecho a llevar a cabo labores de exploración (valga la redundancia) sobre un determinado

espacio de terreno, que le permita determinar tanto la existencia o no de minerales susceptibles de ser explotados, como si, en caso de existir, resulta económicamente rentable extraerlos; todo esto, por supuesto, con la limitación de que no puede llevar a cabo actividades extractivas propias de la explotación (con la salvedad de extraer muestras, por ejemplo). A su vez, se le otorga al concesionario de exploración el derecho preferente a manifestar una pertenencia, dentro de los límites de su concesión³³.

Entonces, ¿Cuál es el retorno económico que esperaría un concesionario de exploración? En estricto rigor, en términos financieros y tributables, el concesionario de exploración no percibe utilidades por el ejercicio de su actividad. Sin embargo, conforme va obteniendo los resultados de las labores, va evaluando si es conveniente económicamente o no manifestar la pertenencia, y a la expiración de su concesión³⁴ podrá o no solicitar la constitución de una concesión de explotación en su favor.

³³ CHILE. Ministerio de Minería. 1983. Ley N° 18.248: Código de Minería: Artículo 114: "Durante la vigencia de la concesión de exploración, sólo su titular podrá manifestar pertenencia dentro de los límites de aquélla". Artículo 41 incisos primero y segundo: "Tendrá preferencia para constituir la pertenencia quien primero presente la manifestación. Cuando ésta se haga en uso del derecho que otorga una concesión de exploración vigente se expresará así en la manifestación, y sólo en tal caso se tendrá como fecha de presentación de ella la del pedimento respectivo."

³⁴ Las concesiones de exploración duran dos años, prorrogables por una sola vez por dos años más.

De lo anterior entonces, se desprenden tres posibles situaciones, respecto al concesionario, al momento de que se produzca la expropiación:

a) Que el concesionario se encuentre en una etapa de labores que no le hayan permitido determinar la viabilidad económica del yacimiento;

b) Que el concesionario se encuentre en una etapa de labores que le hayan permitido determinar la no viabilidad económica del yacimiento, por lo que razonablemente no ejercería su derecho preferente a manifestar la pertenencia;

c) Que el concesionario se encuentre en una etapa de labores que le hayan permitido determinar la viabilidad económica del yacimiento, por lo que razonablemente ejercería su derecho a manifestar la concesión de explotación minera.

En el caso de la letra b) la solución es la más simple: no procedería indemnizar por el lucro cesante, dado que el ejercicio de la concesión de exploración en sí es un riesgo, y si obtuvo resultados negativos no correspondería el enriquecimiento injusto por medio de una indemnización por este concepto, basándose en supuestos ingresos que de todos modos no habría percibido de no haberse expropiado la concesión.

Sin embargo, los casos a) y c) ofrecen más dificultades para determinar el lucro cesante. En el caso a), porque resulta imposible determinar la expectativa económica futura y razonable del yacimiento explorado. Y en el caso c), por la dificultad que supondría determinar cuál es el límite, en cuanto a la evaluación, entre la expectativa económica razonable, para un concesionario de exploración que ya ha determinado realizar la manifestación acorde a su derecho preferente, y los derechos que tendría él mismo como un concesionario de explotación.

La solución para el caso a) debiera ser, también, no indemnizar el lucro cesante. Esto, porque al estado de las labores de exploración al momento de la expropiación, no existía ningún elemento que permitiera determinar de alguna forma un potencial retorno económico al ejercer una futura concesión de explotación. Indemnizar en este caso el lucro cesante constituiría un caso de enriquecimiento injusto por parte del expropiado.

En el caso c), en cambio, la dificultad es aún mayor. Un concesionario de exploración, que haya sido diligente, y que se encuentre dentro del plazo para ejercer su derecho preferente de manifestación, podría aducir que en vista de los resultados de sus labores exploratorias, se ha determinado que en el yacimiento en cuestión hay un número estimado de reservas (o recursos,

eventualmente) de determinado mineral, y el valor económico de aquéllas es una cierta cantidad de dinero, extraíbles en un periodo de tiempo determinado, y la futura inversión sería de un cierto monto. En otras palabras, utilizar el concepto del VP de la concesión de explotación para alegar el monto de la indemnización, pero aplicado a la concesión de exploración.

¿Es posible lo anteriormente dicho? Hay que tomar en cuenta los siguientes aspectos:

i) Como se ha señalado anteriormente, el artículo 11 N^o3 LOCCM establece una norma especial para calcular la indemnización de una expropiación, respecto a pertenencias, distinta a la del artículo 1556 CC en cuanto a su texto, que resulta de aplicación general y supletoria en casos en que no se encuentre especialmente regulada la materia. Si bien es cierto que, en el caso de las concesiones de explotación, en términos económicos el cálculo del daño emergente y el lucro cesante coincide plenamente con el cálculo del VP de la concesión, de esto no se sigue que ambos conceptos sean equivalentes respecto a otros bienes expropiados, por lo que bien puede no haber lucro cesante que indemnizar;

ii) La propiedad sobre la concesión de exploración tiene un plazo de caducidad, mientras que sobre la de explotación es indefinida en tanto se

cumpla con el régimen de amparo establecido en la ley. Por lo tanto, mal podrían emanar los mismos derechos respecto a sustancias no extraídas, dado que la concesión de exploración permite ejercer labores sólo por un determinado periodo de tiempo;

iii) Las concesiones de exploración permiten realizar labores extractivas limitadas a las de exploración mismas (por ejemplo, muestras). Por lo tanto, tampoco pueden tener el mismo derecho sobre las sustancias no extraídas, respecto a un concesionario de explotación, ya que éste sí puede extraerlas y comercializarlas.

Sin embargo, ¿podemos hacer caso omiso de las legítimas expectativas de un concesionario diligente para obtener esta concesión de explotación por arrojar las labores de exploración resultados que la hacen económicamente viable? Resulta difícil no reconocer en estas expectativas un efectivo lucro cesante producto de la expropiación de la concesión de la exploración; sin embargo, cabe mencionar que, en principio, nada impediría a un concesionario de explotación expropiado de ella solicitar una concesión de explotación sobre el yacimiento explorado. Sin embargo, acá de nuevo debemos distinguir entre algunos casos:

c.1.) Si la expropiación de la concesión por exploración versó respecto a una pertenencia en particular, por criterio geográfico; o

c.2.) Si la expropiación de la concesión por exploración fue una consecuencia una ley expropiatoria general que prohibiera la exploración y/o explotación de ciertas substancias.

De ser el caso c.1.), habría que ver si se prohibió o no constituir una concesión de explotación sobre ese mismo espacio geográfico. Si es así, entonces tendría derecho al lucro cesante, dado que por culpa de la expropiación de la concesión por exploración perdió su preferencia para la manifestación, manifestación que razonablemente habría hecho de no haber sido expropiado. En caso de no prohibirse, en cambio, no procedería el lucro cesante, dado que igual podría manifestar la pertenencia, sólo que sin la preferencia que otorga la ley a los concesionarios por exploración.

En el caso c.2.), en cambio, sí procedería la indemnización del lucro cesante, debido a que esa clase de expropiación imposibilitaría totalmente la posibilidad de ejercer su derecho a solicitar la concesión de explotación sobre el mineral en cuestión, concesión que habría sido razonablemente manifestada a la luz de los antecedentes recabados durante las actividades de exploración.

Aún en estos casos en particular, existe la dificultad para determinar el monto de este lucro cesante. Para ello es fundamental determinar el procedimiento para hacerlo, por lo tanto respecto a este punto nos referiremos más adelante.

3.3.- Forma de pago del monto de la indemnización.

La ley tampoco hace mención de esto. Sin embargo, siguiendo la regla general, y si no hay acuerdo entre las partes (en el sentido de que se pague en moneda extranjera o en unidades reales de dinero), se paga en moneda local, con los reajustes correspondientes (en base al Índice de Precios del Consumidor) al día efectivo del pago, lo cual es determinado en la sentencia que dicta el tribunal que conoce de la causa.

**CAPÍTULO IV: DERECHO ADJETIVO EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN
MINERA: ASPECTOS PROCESALES GENERALES Y
JURISPRUDENCIALES.**

4.1.- Consideraciones previas.

El Decreto Ley N°2186, del año 1978, Ley Orgánica Constitucional de Procedimiento de Expropiaciones (en adelante “LOCPE”), regula todo lo relativo a la tramitación de éstas, incluyendo las expropiaciones mineras. Antiguamente, este procedimiento se regía por las normas generales del Libro Cuarto Título I del Código de Procedimiento Civil (especialmente las normas contenidas en los artículos 817 a 820, sobre procedimiento no contencioso), y del Título XV del mismo libro y cuerpo legal, que regulaba el procedimiento en caso de expropiación por causa pública. Cabe señalar que este último título se encuentra orgánicamente derogado, por lo dispuesto en el artículo 41 de la LOCPE.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo que se detallará posteriormente, en materia de expropiación minera se cuenta con un elemento adicional, a saber: el artículo 11 N°3 LOCCM, ya citado, establece que los informes de peritos han de establecer el valor comercial de la concesión, correspondientes al VP de la

misma, y en base a ellos decide el juez, lo que ya constituye un límite al ejercicio de la actividad judicial.

Asimismo, junto a este análisis propiamente normativo del procedimiento de expropiación, resulta interesante revisar algunos criterios establecidos por la Jurisprudencia respecto, fundamentalmente, a la forma de determinación final del monto de la indemnización por parte del juez. En este sentido, cabe señalar que desde la entrada en vigencia de la actual legislación minera hasta nuestros días ha existido sólo un caso de expropiación minera, denominado “Minera Valparaíso S.A. con Fisco de Chile”³⁵, seguido ante el 2° Juzgado Civil de Antofagasta, por la expropiación de pertenencias mineras del yacimiento “El Way” por medio del Decreto Ley N°254 del Ministerio de Minería, de fecha 7 de enero de 1974, por lo que no ha existido un gran desarrollo jurisprudencial sobre esta materia en estudio. Cabe señalar que no nos detendremos mayormente en los aspectos puramente procedimentales a esta causa, dado que se tramitó por las normas anteriores a la LOCPE.

³⁵ MINERA VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE, *Op.Cit.*.

4.2.- Competencia para conocer de las causas de expropiación de una concesión minera.

Es competente para conocer el juez correspondiente al domicilio del concesionario, y si éste estuviera domiciliado en el extranjero, los juzgados civiles de Santiago, dado que, conforme a lo establecido en el artículo 39 inciso primero LOCPE, se trata de una expropiación de un bien incorporal (la concesión es un derecho real). Sin embargo, si el expropiante es el Fisco³⁶, es competente el juez de mayor cuantía de asiento de la Corte de Apelaciones correspondiente. En caso de haber más de un juez competente, se aplican las normas comunes del turno y las reglas de competencia de los artículos 109 a 113 del Código Orgánico de Tribunales.

4.3.- Actos preparatorios y determinación provisional de la indemnización.

4.3.1.- Normas generales.

Conforme al artículo 2 de la LOCPE, la entidad autorizada para expropiar podrá ordenar el estudio de la expropiación de un bien determinado; dicha resolución debe ser publicada en extracto en el Diario Oficial. Esta

³⁶ En el caso de las concesiones mineras el expropiante siempre va a ser el Fisco. En otras materias, la expropiación puede ser municipal.

resolución deberá anotarse al margen de la inscripción de la concesión en el Registro de Minas respectivo, así como en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, a fin de producir efectos respecto de terceros, por lo que la concesión se torna intransferible.

El procedimiento se iniciará con el nombramiento de una comisión de tres miembros, a fin de determinar el monto provisional de la indemnización. Estos tres miembros son elegidos por la entidad expropiante, de una lista de peritos aprobada por el Presidente de la República por decreto del Ministerio de Hacienda, para una región o agrupación de regiones.

Conforme a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 4 LOCPE, esta comisión deberá constituirse dentro del décimo día de aceptado el cargo por sus integrantes, y tomará sus decisiones por mayoría de votos. En caso de no haberlo, el monto provisional se calculará promediando las cifras entregadas por cada perito.

El plazo para evacuar dicho(s) informe(s) es de treinta días desde la constitución de la comisión, siendo prorrogables por la entidad expropiante por otros treinta días más.

4.3.2.- Criterios para la nominación de los peritos de la comisión.

Tal como se indicó en el punto anterior, estos tres miembros son elegidos por el expropiante de una lista aprobada por el Presidente de la República por decreto del Ministerio de Hacienda, para una región o agrupación de regiones. Sin embargo, ¿puede ser cualquiera de estos peritos?

La Ley 20.235, que Regula la figura de las Personas Competentes y crea la Comisión Calificadora de Competencias de Recursos y Reservas Mineras, y el Código para la Certificación de Prospectos de Exploración, Recursos y Reservas Mineras (en adelante “Código de Certificación”) subsecuente de esta ley, introducen un nuevo concepto, en relación a los peritos que intervienen en la determinación de los prospectos, recursos y reservas mineras: “Persona Competente Calificada³⁷”. Éste perito especial, que

³⁷CHILE. Ministerio de Minería. 2007. Ley Nº 20.235: Regula la figura de las Personas Competentes y crea la Comisión Calificadora de Competencias de Recursos y Reservas Mineras:

Artículo 17: “Definición. Son Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras aquellas que se encuentran inscritas en el Registro y cumplen con los requisitos establecidos en esta ley, su reglamento y demás normas complementarias”.

Artículo 18: “Facultades y deberes de las Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras registradas. Una oferta pública de valores de sociedades de exploración o explotación minera sólo podrá tener lugar si una Persona Competente en Recursos y Reservas Mineras debidamente registrada, hubiese suscrito o emitido previamente y para dicha oferta pública un informe técnico. Asimismo, sólo las Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras podrán suscribir o emitir reportes públicos. Sin embargo, toda otra persona que ejerza habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de un actual o potencial emisor de valores, solamente podrá divulgar reportes públicos si éstos han sido previamente suscritos o emitidos por una Persona Competente en Recursos y Reservas Mineras.

Para la elaboración de los informes técnicos y los reportes públicos, las Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras deberán ceñirse estrictamente a las normas, reglas, criterios

debe cumplir una serie de requisitos que establece el Código de Certificación³⁸, debe estar inscrito en el Registro de Personas Competentes Calificadas, entendiéndose calificados para llevar a cabo estimaciones mineras.

Entonces la pregunta es: ¿deben elegirse los peritos de esta comisión de tres hombres de este listado de “Personas Competentes Calificadas”? En nuestra opinión no, debido a que la Ley 20.235 crea esta figura para efectos de elaboración de informes y reportes públicos sobre prospectos, recursos y reservas mineras, para temas relacionados al Mercado de Valores, siendo obligatoria en esa materia, conforme al principio de especialidad que informa a dicha ley, por lo que no resulta extrapolable a casos generales, como es el

y procedimientos establecidos en el Código, como asimismo a todas aquellas otras normas de carácter técnico que la Comisión Minera dicte en uso de sus facultades legales.

Quienes no se encuentren inscritos en el referido Registro no podrán publicitar su carácter de Personas Competentes en Recursos y Reservas Mineras, ni usar membretes, planchas o distintivo alguno que los individualice como tales”.

³⁸ Conforme al artículo 14 del Código de Certificación, una “Persona Competente Calificada” es aquél perito inscrito en “el Registro de Personas Competentes Calificadas, el cual será normado y habilitado para tal efecto, con título universitario en alguna de las especialidades asociadas con el negocio minero, con un mínimo de cinco años de calificación y experiencia relevante en el área del análisis de datos geocientíficos, modelamiento, estimación, y valorización de prospectos, recursos y reservas mineras, y que, además, posee un conocimiento cabal de los sustentos geominerometalúrgicos asociados con el tipo y estilos de la mineralización bajo estudio y con toda la cadena de valor del negocio minero. Existiendo diferentes estilos de mineralizaciones en la naturaleza, como son las vetas auríferas, los yacimientos masivos de cobre, o controlados estructuralmente, los mantos de nitrato y yodo, los depósitos de caliza, los yacimientos artificiales de relaves y ripios, y otros, la misma Persona Competente deberá y tendrá que evaluar su(s) propio(s) mérito(s) y fortaleza(s) para responsabilizarse por la emisión de un Informe Público relativo a un depósito en particular. En CHILE. Ministerio de Minería. 2012. Ley N° 20.235: Regula la figura de las Personas Competentes y crea la Comisión Calificadora de Competencias de Recursos y Reservas Mineras. Código para la Certificación de Prospectos de Exploración, Recursos y Reservas Mineras. 63 pp. [en línea] < <http://comisionminera.cl/documentacion/codigos-normas-y-guias?download=95:codigo-para-la-certificacin-de-prospectos-de-exploracin-recursos-y-reservas-mineras>> [consulta: 26 abril 2014].

caso de la expropiación. Por lo tanto, sólo basta con que se elijan de la nómina que establece la ley. Sin embargo, como veremos más adelante, puede tener importancia la calidad o no de “Persona Competente Calificada” de uno o más de estos peritos miembros de esta comisión, a la hora de ponderar la prueba pericial.

4.3.3.- Normativa para determinar el monto provisional de la indemnización.

Cabe señalar que, considerando lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM, el monto de la indemnización por concepto de expropiación de una concesión minera se calcula en base al VP de la concesión. De la simple lectura de este precepto, uno podría deducir que se refiere al monto definitivo de la indemnización; sin embargo, ¿resultaría aplicable este precepto como el criterio que debe seguir esta comisión para determinar el monto provisional de la indemnización por la expropiación de una concesión minera, en esta etapa preparatoria, conforme a lo señalado en el artículo 4 inciso cuarto LOCPE?

Como veremos más adelante, una vez expirado cierto plazo para interponer la reclamación correspondiente, se entiende a este monto provisional como el monto definitivo para la indemnización. En este sentido, si negásemos que el criterio establecido por el artículo 11 N°3 LOCCM resulta

aplicable a la determinación del monto provisional, en caso de hacerse ésta definitiva, al no haber sido calculada conforme al VP de la concesión, no se estaría cumpliendo con lo establecido en la LOCCM respecto a la indemnización que finalmente debiera recibir el expropiado de su concesión, lo que causaría el absurdo de que un monto que fue fijado por una comisión de una etapa procesal preparatoria, habiendo seguido cualquier criterio, y no habiendo sido reclamado dicho monto ni por el expropiante ni por el expropiado, por lo cual el juez sentenció como definitivo ese monto, sería susceptible de ser recurrido por el expropiante o el expropiado. Por lo tanto, lo legal y sistémicamente coherente es entender que esta comisión de tres peritos, a la hora de establecer el monto para una indemnización provisional, también debe ceñirse a lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM, esto es, calcularlo en base al VP de la concesión.

De esta forma, el monto provisional de la indemnización a la fecha de la expropiación será el que determine esta comisión, tomando en consideración lo ya dicho. Sin embargo, si mediare un plazo mayor a treinta días entre la fecha de este informe, y la de la notificación del acto expropiatorio, el monto provisional será equivalente al fijado por la comisión más un reajuste calculado en base al IPC, entre el mes anterior al del informe, y el mes anterior al del acto expropiatorio.

4.4.- El Acto Expropiatorio.

El artículo 6 de la LOCPE establece:

“Artículo 6: El Presidente de la República dispondrá la expropiación por decreto supremo. Cuando corresponda a alguna entidad pública desconcentrada o descentralizada, se hará mediante resolución de ésta, previo acuerdo adoptado en conformidad a las normas legales por las que se rija”.

Como ya hemos enunciado anteriormente, la ley, sea ésta general o especial, puede directamente expropiar (y, en este caso, sería el Estado, como entidad pública, la autoridad expropiante), o autorizar a alguna autoridad determinada para proceder a expropiar (y esta autoridad pública puede ser tanto el Presidente de la República como otro organismo público). Se entiende que es este decreto supremo, o la resolución que corresponda, el “acto expropiatorio”, teniendo importancia porque, en la materia en estudio, la fecha de este acto expropiatorio es la que nos permitirá tener la base para calcular el VP de la concesión minera expropiada.

Dentro de los noventa días siguientes a la fecha del acto expropiatorio, debe publicarse un extracto de éste en el Diario Oficial en los días primero y quince del mes. Asimismo, deberá publicarse, por una sola vez, en un diario o periódico de la provincia en que se encuentre el domicilio del concesionario, este extracto, dado que la concesión, como analizamos en el capítulo I de este trabajo, es un derecho real e incorporal, y el artículo 7° inciso segundo de la LOCPE establece que “[c]uando la expropiación recayere sobre bienes incorporales, se tendrá por lugar de su ubicación el del domicilio de su dueño o poseedor. Si el domicilio de estas personas no fuere conocido, se tendrá como tal Santiago”. También debe enviarse copia de este extracto a Carabineros de Chile, a fin de que éstos lo entreguen al concesionario, debiendo también hacerse dentro de estos noventa días. Cabe señalar que para todos los efectos la fecha de la notificación se entiende que es la de la fecha de publicación del extracto en el Diario Oficial. Asimismo, deberá anotarse el acto expropiatorio al margen de la inscripción de la concesión en el Registro de Minas que corresponda a ésta.

Desde la publicación en el Diario Oficial de este extracto del acto expropiatorio, el expropiado tiene un plazo de treinta días hábiles³⁹ para solicitar lo siguiente:

³⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1978. DL N° 2186: Aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones:

- “a) Que se deje sin efecto la expropiación por ser improcedente en razón de la inexpropiabilidad, aún temporal, del bien afectado, o fundado en la falta de ley que la autorice o en la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio;
- b) Que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado cuando la parte no afectada del mismo careciere por sí sola de significación económica o se hiciere difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento;
- c) Que se disponga la expropiación de otra porción del bien parcialmente expropiado, debidamente individualizada, cuando ésta, por efecto de la expropiación se encontrare en alguna de las circunstancias antes señaladas, y
- d) Que se modifique el acto expropiatorio cuando no se conforme a la ley en lo relativo a la forma y condiciones de pago de la indemnización.”⁴⁰

Si se acogen las causales invocadas en las letras b), c), y d), la entidad expropiante deberá corregir los vicios, pero no será necesaria su publicación, bastando con la notificación en la forma que señala el artículo 9 inciso segundo

Artículo 40:“los plazos de días establecidos en esta ley se entenderán suspendidos durante los feriados”, por lo que los días hábiles son todos exceptuando domingos y festivos.

⁴⁰ Al respecto, la jurisprudencia es abundante en cuanto a casos de reclamaciones por expropiación en los términos indicados en la LOCPE; sin embargo, ninguno ha sido respecto a concesiones mineras, debido a que el único caso de expropiaciones mineras data de una causa del año 1974, y se tramitó bajo la normativa legal anterior sobre la materia. Para más detalles ver MINERA VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE, *Op. Cit.*

LOCPE. Asimismo, estas reclamaciones se tramitan conforme a las normas del juicio sumario (artículos 680 al 692 Código de Procedimiento Civil), a excepción de las contenidas en las letras a) y d) (que se tramitan por las normas del juicio ordinario), contra el expropiante, y no paralizarán el procedimiento expropiatorio. Una vez vencido este plazo de treinta días para reclamar, caduca este derecho. En caso de que el reclamante no notifique a la entidad expropiante dentro de los treinta días siguientes a su presentación, se entenderá por desistido de su reclamo, aunque el tribunal puede ampliar, por razones fundadas, hasta por treinta días más este plazo.

4.5.- La fijación del monto definitivo de la indemnización.

4.5.1.- Normas generales.

Conforme a lo establecido tanto en el artículo 11 N°3 LOCCM como en los artículos 10, 11 y 12 de la LOCPE, el monto de la indemnización puede ser fijado de común acuerdo entre la entidad expropiante y el expropiado, o en su defecto, ser reclamada judicialmente, en caso de no existir este acuerdo. En caso de existir acuerdo, éste puede ser adoptado en cualquier momento antes de la expiración de los plazos para deducir el reclamo en contra del monto provisional de la indemnización fijada por la comisión en la etapa preparatoria,

y deberá cumplir con las solemnidades y formalidades establecidas en los incisos tercero a quinto del artículo 11 LOCPE.

En caso de que se fije el monto de común acuerdo, ¿debe ser este monto necesariamente el VP de la concesión? El artículo 11 N°3 LOCCM establece, en su primera parte, que el concesionario de explotación tiene derecho exclusivo a ser indemnizado “por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objetos de la concesión”. En esta primera parte, no define expresamente lo que ha de entenderse por “valor comercial”, pero si nos atenemos a un concepto económico, podemos definir que el valor comercial, en términos generales, es el valor por el cual en el mercado la empresa se transaría entre dos o más actores privados. En este sentido, en principio, el valor comercial de algo –en este caso, la concesión minera- es el valor que ambos actores acuerden, en el marco de la autonomía de la voluntad, como precio de la compraventa de dicha concesión.

Por otro lado, en la segunda parte de este artículo se establece que “[a] falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos [...] [quienes] establecerán el valor comercial de la concesión, calculando [...] el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión”.

En este sentido, una interpretación armónica de este artículo, concordante con los fines del legislador al establecer esta normativa para calcular el monto de la indemnización minera, la podemos mencionar de esta manera: lo que busca el legislador es que el concesionario expropiado, quien fue privado de su derecho real de dominio sobre la concesión minera por un acto de autoridad que cumplió con todos los requisitos legales establecidos para ello, quede en la misma posición económica en que hubiera quedado de haber podido disfrutar plenamente de los derechos que le otorgaba su concesión. En ese sentido, el criterio del VP de la concesión como indemnización es el establecido por el legislador para que, en caso de que este monto sea forzoso, deje al concesionario expropiado en esa misma posición económica. Sin embargo, en el ámbito del mercado cada sujeto puede, en el ejercicio de su autonomía de voluntad, y no contraviniendo la ley, el orden público o las buenas costumbres, disponer libremente de sus bienes, por lo que cada concesionario puede disponer libremente de su concesión. Al existir, por un lado, medios de impugnación del monto provisional de la indemnización (como revisaremos a continuación), y por otro, la garantía de que en caso de no haber acuerdo el monto de la indemnización corresponderá al VP de la concesión (sin perjuicio de lo señalado más adelante respecto a los criterios jurisprudenciales al respecto), nada obsta a que libremente el concesionario expropiado pueda llegar a un acuerdo con la entidad expropiante, en el

ejercicio de su autonomía de la voluntad, donde acuerde un monto de indemnización que no se corresponda con el VP de la concesión. Por lo tanto, el mandato del artículo 11 N°3 LOCCM de determinar el valor comercial de la concesión en base al valor presente de los flujos netos de caja de ésta, se aplica a los peritos y al juez, mas no a las partes, que libremente pueden convenir en contrario.

En caso de no haber acuerdo, el expropiante y el expropiado podrán reclamar judicialmente del monto provisional de la indemnización desde la notificación del acto expropiatorio hasta treinta días posterior a la toma de posesión material del inmueble expropiado, por parte de la entidad expropiante (artículo 12 LOCPE). Si no se reclama en contra del monto provisional dentro de este mismo plazo, se tendrá como definitiva la indemnización provisional.

En el caso de haber sido interpuesto este reclamo, el reclamante deberá indicar el monto en que estima el monto de la indemnización a pagar, y deberá designar un perito. Asimismo, la contraparte, dentro de los quince días una vez notificada la reclamación, podrá exponer lo que estime conveniente a sus derechos, y podrá designar, a su vez, a un perito. Éstos podrán informar conjunta o separadamente, dentro de los plazos que le señale el tribunal.

En la reclamación y en la contestación, según sea el caso, las partes deben acompañar los antecedentes en que fundan sus pretensiones, y acompañar la individualización de los testigos (en caso de presentar prueba testimonial). Para recibir estos medios probatorios el tribunal abrirá un término de ocho días.

4.5.2.- Apreciación judicial de los informes de peritos.

Para el caso de los informes de peritos, el artículo 14 inciso cuarto LOCPE establece que son aplicables los artículos 417 a 420, y 423 a 425, del CPC. Éstas son normas comunes a todo procedimiento referentes al nombramiento, rendición y apreciación de la prueba pericial. Sin embargo, el artículo 425 del CPC, para el caso particular de las expropiaciones de concesiones mineras de explotación, nos ofrece un problema, pues este artículo establece que

“Artículo 425: Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”

Resulta ser que, conforme a lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM, el juez debe fijar el monto de la indemnización, previo dictamen de peritos, quienes a su vez en su informe propusieron un monto de indemnización

correspondiente a lo que estiman el VP de la concesión, en base a los criterios que se hayan utilizado. ¿Hasta qué punto es cierto que el juez, en este caso en particular que nos convoca, puede apreciar los informes de peritos conforme a la sana crítica?

Para responder a esto, hay que distinguir. El monto que fije el perito como el correspondiente a la indemnización, a lo que estima que es el VP de la concesión, se calcula, como ya hemos visto, en base a una serie de factores de índole económica, financiera, material, etc., que confluyen en el funcionamiento de una mina, incluida la correspondiente concesión de explotación. En este sentido, lo que sería apreciable por sana crítica no es en sí el monto fijado por el perito, sino los supuestos económicos, financieros, materiales, etc., en los cuales se basó el perito para emitir su informe, así como en la experticia del mismo. Sin embargo, y como veremos más adelante, al final de cuentas el juez sí ejerce la potestad de fijar prudencialmente el monto de la indemnización, estableciendo lo que sería el VP de la concesión, en base a esta apreciación de la sana crítica.

La doctrina ha establecido que la sana crítica es un sistema probatorio en el cual el juez aprecia la prueba conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados.

Resulta de particular importancia, para el caso que estudiamos, centrarnos en un concepto que se mencionó anteriormente: “Persona Competente Calificada”.

¿Deben ser los peritos, obligatoriamente, “Personas Competentes” conforme a lo que establece la Ley 20.235 y el Código de Certificación? Dado que, como dijimos anteriormente, la Ley 20.325 establece esta figura para actuar en el Mercado de Valores con competencias específicas, al igual que respecto a los miembros de la comisión que fija el monto provisional de la indemnización, no es obligación que los peritos sean “Personas Competentes”. Sin embargo, resulta evidente que un perito que esté inscrito en el registro de “Personas Competentes” (por lo tanto, que cumpla con los requisitos de experiencia y experticia técnica que para ello se exigen), parece ser en principio más competente (valga la redundancia) en el ejercicio de sus funciones, que un perito que no pertenezca a esta nómina, por lo que es un elemento que el juez debe tomar en cuenta a la hora de apreciar la prueba pericial conforme a la sana crítica, calificando de mejor manera los informes provenientes de “Personas Competentes”. Esto, en la práctica, implicaría que tanto el Fisco como el expropiado debieran, a fin de asegurar sus respectivas pretensiones, recurrir a los peritos calificados como “Personas Competentes”.

Por otro lado, conforme al artículo 421 CPC, en caso de haber discordia entre los peritos nombrados por las partes, el tribunal podrá nombrar uno,

cumpliendo los mismos requisitos que para el nombramiento de los peritos por las partes, y debiendo fijarle igualmente un plazo para el desempeño de sus funciones. También es recomendable que el juez nombre un perito calificado como “Persona Competente”, por los motivos antes señalados.

Vencido el plazo tanto del término probatorio, como del término para presentar los informes por parte de los peritos (hayan evacuado o no informe), el juez dictará sentencia en el plazo de diez días contados desde el último término vencido, sin perjuicio de las medidas para mejor resolver que pueda dictar, fijándose para su evacuación un plazo no mayor a veinte días (artículo 14 inciso quinto LOCPE).

De nuevo tenemos, entonces, una contradicción con lo dispuesto en el artículo 11 N°3 LOCCM. Este artículo dispone que el valor de la indemnización será fijado por el juez “previo dictamen de peritos”, quienes calculan el monto en base al VP de la concesión, como hemos dicho. Esta frase, “previo dictamen de peritos” hace referencia, aunque suene tautológico, a que el juez podrá fijar el monto sólo si existe previamente un informe pericial que acredite el monto a indemnizar en base al VP de la concesión. En ese sentido, si entendemos al artículo 11 N°3 LOCCM como una norma especial, y por tanto aplicable por

sobre lo dispuesto en el artículo 14 inciso quinto LOCPE⁴¹, a fin de asegurar que el monto fijado por el juez corresponda, o se acerque, al VP de la concesión, debe basarse al menos en un informe pericial. Esto, entonces, implica que el juez tiene el deber de que, en caso de que no se evacue informe pericial alguno dentro de los plazos establecidos, de aplicar alguna de las siguientes opciones, a fin de cumplir con el mandato legal del artículo 11 N°3 LOCCM:

a) Dentro de su facultad de dictar medidas para mejor resolver, nombrar uno o más nuevos peritos conforme a lo establecido en el artículo 159 N°4 CPC (con la dificultad de que éstos sólo tendrían máximo veinte días para realizar su labor y evacuar el informe);

b) Dictar sentencia en base al monto provisional de la indemnización que se calculó tras promediar los realizados por los tres peritos miembros de la comisión, en caso de no haber habido acuerdo entre ellos;

⁴¹ Resultaría aplicable, además del criterio de especialidad, por un criterio de temporalidad. En este sentido, el DL 2186, LOCCPE, fue promulgado el 12 de abril de 1978, y publicado en el Diario Oficial el 9 de junio del mismo año, mientras que la Ley 18097 LOCCM fue promulgada el 7 de enero de 1982, y publicada el 21 del mismo mes y año. En ese sentido, tampoco le sería aplicable al artículo 11 N°3 LOCCM lo dispuesto en el artículo 41 LOCPE, que establece que “[d]esde la fecha de vigencia de la presente ley, quedarán derogadas todas las leyes preexistentes sobre las materias que en ella se tratan, aun en la parte que no le sean contrarias”, dado que la LOCCM es posterior a la LOCPE.

c) Dictar sentencia en base a los montos provisionales de indemnización que cada perito miembro de la comisión fijó, en caso de no haber habido acuerdo entre ellos.

Con estos tres supuestos, en principio, se cumpliría lo de “previo dictamen de peritos”. Sin embargo, tanto en el caso a) si es que sólo se nombre un perito y/o sólo uno de los nombrados evacúa informe, y en todos los casos en que sólo uno de los peritos nombrados originalmente por las partes y –de ser el caso- por el tribunal evacue informe, nos presenta otro problema, de nuevo, considerando el texto del artículo 11 N°3 LOCCM: la frase “previo dictamen de peritos” hace referencia a la existencia de más de un dictamen; sólo allí el juez podría determinar el monto a indemnizar. ¿Qué pasa si sólo un perito informa, o si sólo se basara en un monto provisional acordado de consuno por los tres peritos de la comisión? ¿Puede, manejando sólo una cifra y una prueba pericial, el juez fijar un monto distinto a ese único valor? Considerando lo ya dicho respecto a la lógica sistémica del derecho a la indemnización por expropiación, y las particulares disposiciones respecto a la expropiación de concesiones mineras de explotación, si sólo existiese un informe de peritos que estableciese un solo monto, se estaría vulnerando la norma del artículo 11 N°3 LOCCM si el juez fijase prudencialmente un monto existiendo sólo un antecedente de VP de la concesión. Por lo tanto, las soluciones correctas son:

a) Si existe sólo un informe de peritos, el juez debe comparar este informe con el monto provisional de la indemnización fijado por la comisión, apreciándolos a ambos, para fijar el valor definitivo de la indemnización;

b) Si no existiese informe de peritos, el juez debe determinar el monto apreciando cada informe de los peritos de la comisión por separado (los que concurren al cálculo del promedio que constituye el monto provisional de la indemnización), si es que existen estos informes por separado.

c) El caso residual que nos queda es en el cual los tres peritos de la comisión concordaron en el mismo valor, determinando éste como el monto provisional de la indemnización. Aquí la dificultad consiste en que, si hiciéramos una interpretación exegética de la normativa, el juez debiera fallar no estableciendo un monto distinto al único monto existente, derivado de un informe pericial, sino estableciendo como definitivo el monto provisional de la indemnización, dado que al no existir dos elementos a comparar el juez si determinara prudencialmente el monto, infringiría lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM. Sin embargo, ¿puede resolverse un conflicto jurídico sin que el juez realmente conozca y aprecie las pruebas presentadas? Si asumimos al monto acordado unánimemente por la comisión como un elemento a considerar a la hora de fijar la indemnización definitiva, y conforme a lo que establece el

artículo 425 CPC (norma general en materia de peritos), el juez sí debe apreciar el resultado de la comisión conforme a las reglas de la sana crítica, antes de tomar una decisión. Por lo tanto, en este caso residual la solución correcta consiste en que el juez debe estudiar los antecedentes esbozados por la comisión, apreciarlos conforme a las normas de la sana crítica, y ahí resolver.

Por otra parte, ¿qué criterios debe utilizar el juez para fijar el monto? La ley no se pronuncia al respecto. Lo lógico sería pensar que, considerando el especial énfasis que la Constitución le da a la protección del derecho de propiedad, y a las normas especiales que el legislador ha establecido para resguardar los derechos del concesionario expropiado, la determinación del monto a indemnizar por parte del juez se base en criterios técnicos que aseguren al expropiado que efectivamente se le indemnizará el daño patrimonial efectivamente causado, esto es, el valor comercial, o lo que es lo mismo, el VP de la concesión. Sin embargo, la jurisprudencia, en el caso citado en el punto 4.1. precedente, ha tomado otro criterio.

En el caso en comento, tras la expropiación de unas pertenencias mineras, intervinieron tres peritos –dos nombrados por cada una de las partes, y uno nombrado de común acuerdo entre ellas-, cada uno de los cuales determinó que el valor presente de las pertenencias expropiadas eran montos

notoriamente disímiles entre sí, y basándose en distintas unidades monetarias que a la larga devienen en distintos montos traducidos a pesos chilenos de la época, según como se calculen⁴². Ante esto, el juez, invocando el artículo 11 N°3 LOCCM⁴³, determinó en forma prudencial un monto, que no respondió ni a un criterio basado en alguno de los informes de peritos presentados, ni tampoco fue un promedio entre los tres informes⁴⁴, criterio que en sucesivos fallos, y ante los respectivos recursos, fueron confirmados por la Corte de Apelaciones⁴⁵ y la Corte Suprema⁴⁶.

⁴² De esta forma, el perito designado por el Fisco determinó que el valor comercial de esa pertenencia correspondía a US\$231.000 en moneda de 1984, equivalentes a \$75.952.827 (Considerando 12° primera instancia); el perito designado por Minera Valparaíso S.A. determinó el valor comercial en 461.119 UF, equivalentes a \$1.123.886.444 (Considerando 13° sentencia primera instancia del Segundo Juzgado Civil de Antofagasta); y el perito designado de común acuerdo determinó la suma de US\$672.500 a enero de 1974, equivalentes a \$791.087.160 (Considerando 14° sentencia primera Instancia del Segundo Juzgado Civil de Antofagasta), todos valores reajustados al mes de mayo de 1985, tras haber sido calculados al valor presente de fecha 7 de enero de 1974, fecha del acto expropiatorio. En MINERA VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE, *Op. Cit.*, pp. 345-346.

⁴³ A pesar de que la causa data del año 1974, y la LOCCM entró en vigencia el año 1982, el profesor Raúl Bertelsen Repetto, en un informe en derecho expedido para esta causa, determinó la plena aplicabilidad de las normas de la LOCCM, entre las cuales, por supuesto, se encuentra el artículo 11 N°3, por ser ley vigente al momento de expedirse ese informe (18 de enero de 1984). El fallo en primera instancia en el caso "Minera Valparaíso S.A. con Fisco de Chile" data del 26 de junio de 1986. En BERTELSEN, R. 1984. Informe en Derecho caso Mineral Valparaíso S.A. vs Fisco de Chile". Firmado con fecha 19 de Enero de 1984 ante el Notario de Valparaíso don Pedro Ravanal Canales. Presentado ante el Segundo Juzgado Civil de Antofagasta en causa "Minera Valparaíso S.A. con Fisco de Chile. Ver *Ídem*.

⁴⁴ Fijó el monto de la indemnización en \$504.375 del año 1974, reajutable hasta la fecha de su pago efectivo (Considerando 22° letra B sentencia de primera instancia del Segundo Juzgado Civil de Antofagasta). Comparar este monto con los señalados en el pie de página N° 42. Ver *Ídem*, p. 348.

⁴⁵ Sin embargo, modificó la suma a pagar a modo de indemnización, dejándola en \$200.000.000 al mes de mayo de 1985, con los reajustes correspondientes al día de su pago efectivo. Ver *Ídem*, pp. 349 en adelante.

⁴⁶ Declaró inadmisibile el recurso de casación presentado por Minera Valparaíso S.A. Ver *Ídem*, p. 353.

En estricto rigor, no resulta particularmente problemático desde el punto de vista exegético de la norma del artículo 11 N°3 LOCCM que el juez pueda fijar prudencialmente el monto, tomando en cuenta los informes de peritos. Sin embargo, se produce una paradoja: el fin tanto del constituyente como del legislador, al establecer las normas para la indemnización del daño patrimonial efectivamente causado por el concepto de la expropiación, como ya hemos dicho, es dejar con la indemnización al expropiado en la misma posición económica en que se encontraría si no hubiese sido expropiado de la concesión; en este sentido, el legislador estableció que este daño patrimonial efectivamente causado corresponde al valor comercial de la concesión, equivalente al VP de la misma. Por lo tanto, correspondería que, a todo evento, el expropiado fuese indemnizado por un monto correspondiente a la VP de su concesión expropiada.

Sin embargo, como hemos podido ver, si bien existen ítems dados por la ciencia económica mediante los cuales se puede calcular el VP de una concesión minera, los criterios utilizados para calcular cada uno de estos ítems, así como la manera misma de calcularlos, depende de quién lo haga (acá entran en juego factores subjetivos tales como el grado de experticia sobre la materia, el grado y posibilidades reales de acceso al conocimiento de los datos necesarios para elaborar el informe, la parte que lo nombró, etc.), por lo que es muy difícil que la definición misma del VP de una concesión sea pacífica. Por

otro lado, dado que en la práctica el cálculo del VP de la concesión necesita cierto grado de experticia en ciencias económicas, así como un conocimiento directo de los antecedentes, difícilmente un juez, que además debe ver muchas otras causas de las más diversas materias en el ejercicio de su rol jurisdiccional, tendrá este conocimiento específico, ni menos la posibilidad de examinar en detalle y en directo los factores a considerar para el cálculo del VP. Por lo tanto, en la práctica es posible que el expropiado reciba a título de indemnización de perjuicios por concepto de expropiación de su concesión minera un valor que no equivalga realmente al VP de su concesión, por esta facultad del juez de apreciar conforme a la sana crítica las pruebas periciales, en caso de que fijase un monto distinto al de alguno de los informes de peritos presentados en juicio.

Además, tampoco resulta óptimo, atendiendo a la lógica y coherencia interna del sistema, que el juez fije prudencialmente el monto, en perjuicio de lo señalado por el o los informes de peritos. Cabe señalar, de todas formas, que la causa correspondiente a la jurisprudencia en estudio fue tramitada en primera instancia bajo un procedimiento antiguo para expropiaciones públicas⁴⁷, en el cual se establecía la posibilidad de que el juez pudiera

⁴⁷ Artículos 915 a 925 CPC, vigentes al año 1974, fecha de inicio del juicio, derogados por el artículo 41 de la LOCPE, pero con aplicación en el caso “Minera Valparaíso S.A. con Fisco de Chile” debido a la aplicación del Artículo Transitorio de la LOCPE. Ver lo explicado al respecto en el punto 2.6.1.

prudencialmente determinar este valor⁴⁸. Ni el artículo 11 N°3 LOCCM ni el artículo 14 inciso quinto LOCPE establecen un criterio al respecto, pero, considerando que para la determinación del monto provisional de la indemnización la LOCPE, en su artículo 4 inciso cuarto, establece que en caso de no haber acuerdo entre los peritos el monto provisional se calculará en base al promedio de los montos presentados por cada perito, parece ser coherente sistémicamente hablando que la fijación que haga el juez del monto definitivo de la indemnización también la haga en base a un criterio objetivo, que es el promedio entre los dos o más montos presentados por los diversos peritos intervinientes en el proceso. De esta forma, el cumplimiento del principio doctrinario y del espíritu de la ley de reparar el daño patrimonial efectivamente causado al expropiado, por medio del pago de un monto equivalente al VP de la concesión, sería mucho más factible de esta manera, que dejando al juez la determinación prudencial del monto final a indemnizar.

Sin embargo, existen antecedentes jurisprudenciales, en expropiaciones respecto a otras materias, en las cuales los tribunales superiores han establecido que dentro de esta apreciación prudencial del juez, éste debe

⁴⁸ El artículo 918 CPC establecía como criterio para determinar el monto a indemnizar el siguiente:

“Si la estimación de los dos peritos es idéntica, o si lo es la de uno de los peritos y la del tercero, se aceptará como valor de los bienes el que establezcan las dos evaluaciones conformes.

No existiendo esta conformidad, se tendrá como valor de los bienes el tercio de la suma de las tres operaciones; pero si entre ellas hay notable diferencia, podrá el tribunal modificar prudencialmente ese valor.

justificar su decisión en base a los elementos de la sana crítica: la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados⁴⁹, lo cual viene en superar, en parte, el problema de la fijación prudencial del monto de la indemnización por parte del juez, como lo que pasó en el caso de “El Way”.

4.5.3.- Aspectos particulares de la evaluación del daño en el caso de la expropiación de una concesión de exploración.

Como indicamos en el punto 3.2.2.- del presente trabajo, en caso de expropiarse una concesión de exploración debe indemnizarse por daño emergente y lucro cesante –norma general del artículo 1556 CC-, resultando problemática la aplicación del lucro cesante en este caso. Asimismo, estimamos que sólo puede indemnizarse por lucro cesante en un caso hipotético en particular: que el concesionario haya estado en una etapa de labores tal que le hayan permitido determinar la viabilidad económica del yacimiento, por lo que razonablemente ejercería su derecho preferente a solicitar la concesión de explotación minera, y que haya perdido esta posibilidad porque, al ser expropiado, perdió su derecho preferente.

⁴⁹ Por ejemplo, en REPÚBLICA DE CHILE. Corte Suprema. 2008. Muñoz Fernández Eduardo E. con Fisco de Chile. ROL N° 6824-2011 Casación en el Fondo, considerandos 1° a 8°. El tribunal anula la sentencia casada, precisamente por no haber el juez avaluado conforme a las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Las preguntas a resolver son dos: (a) ¿qué es lo que debe evaluar el juez a la hora de ponderar la prueba para determinar el lucro cesante?; y (b) ¿cómo debe determinar este monto?

Respecto a lo primero, vale lo que se ha dicho respecto para las concesiones de explotación en relación a la sana crítica, y a la particular importancia que tiene el hecho de que las pruebas periciales provengan de peritos calificados como “Personas Competentes”. Cabe agregar, además, que en su ponderación también debe evaluar la real viabilidad económica de la concesión explorada, dado que en caso de no ser viable, no procedería la indemnización del lucro cesante, conforme a lo dicho anteriormente.

Respecto a la segunda pregunta, en tanto, la ley no da respuestas al respecto. Por lo tanto, estimamos que una vez ponderadas las pruebas periciales presentadas al efecto, conforme a lo que se ha dicho anteriormente, el juez puede fijar prudencialmente el monto. Dado que en cierto modo los informes periciales también se basarían en la reserva total de minerales del yacimiento, pero que, a su vez, no se puede indemnizar tal como a una concesión de explotación por los motivos que ya se han señalado anteriormente, es difícil dar un porcentaje respecto al cual quepa indemnizar por lucro cesante en este caso. Por ello, en el evento de suscitarse una expropiación de esta naturaleza (no ha habido ninguna hasta la fecha), lo que

ese juez fije por sentencia, una vez que quede ejecutoriada tras interponerse y conocerse todos los recursos correspondientes, constituirá un importante precedente judicial en esta materia, sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento jurídico un precedente no obliga a la resolución de otro tribunal.

4.5.4.- Límites a la actividad probatoria de los peritos.

Lo que aquí se intenta dilucidar es qué clase de actividades pueden llevar a cabo los peritos para efectos de poder hacer sus informes y de esta manera contribuir al cálculo de la indemnización a pagarle al concesionario expropiado. En este sentido, es difícil hacer un listado en abstracto de qué cosas puede y qué cosas no puede realizar el perito, omitiendo obviamente aquellas que contravengan a la ley o el derecho ajeno. Sin embargo, se puede establecer un criterio delimitador general en base a lo que a continuación se expone.

La primera cuestión a responder es respecto a cuál es el límite a las medidas probatorias que, en el juicio de expropiación, pueden pedir las partes para resguardar sus intereses. O dicho de otra forma, ¿implica el informe de peritos, por ejemplo, la facultad de catar y cavar, o en términos más generales, realizar actividades exploratorias para determinar las reservas y recursos de la concesión, y en base a ello calcular el VP de la concesión?

Se ha dicho que “la pericia está sometida a los límites impuestos a la producción de la prueba. El perito es llamado a informar sobre hechos que constan en el proceso, especialmente cuando se trata de realizar una actividad de deducción o inducción, como es realizar un cálculo indemnizatorio”⁵⁰. Si seguimos este criterio, entonces podemos decir que, en principio, los únicos límites al ejercicio de la actividad pericial en este caso son la ley y el derecho ajeno.

Entonces surge la interrogante: ¿es necesario, entonces, pedir autorización expresa al juez para ejercer actividades exploratorias conducentes a la actividad pericial, o del momento que el perito se nombra se entiende facultado para ello?

No existe una norma que regule expresamente esta materia. Sin embargo, el artículo 14 de la LOCPE establece que tanto el reclamante como la contraparte podrán designar sus peritos, y “acompañarán los antecedentes en que se fundan”. Estimamos que dentro de estos antecedentes que se deben acompañar, además de nombrar a sus respectivos peritos, las partes deben justificar la necesidad de realizar actividades exploratorias en el marco del

⁵⁰ AGUIRREZABAL, M. 2012. Algunos Aspectos Relevantes de la Prueba Pericial en el Proceso Civil. [en línea] Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19- N°1, 2012. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010> [consulta: 26 abril 2014]

peritaje, lo cual debe ser aprobado por el juez, conjuntamente con la designación. Sin embargo, y como pasamos a revisar a continuación, eventualmente el ejercicio de las actividades periciales en los términos indicados puede tener otras limitaciones, en atención al interés nacional o utilidad pública que justificó la expropiación, lo cual debe ser debidamente determinado por el juez.

Como ya se ha dicho, la expropiación procede en caso de que el legislador califique una utilidad pública y/o interés nacional que justifique dicho acto expropiatorio. Al respecto, se debe atender al hecho mismo que funda esta utilidad pública y/o interés nacional, para comprender el límite. Supongamos los siguientes casos:

a) Se ha constituido una pertenencia minera en un terreno en el cual existe un bosque de una especie específica de árbol, que después es declarada protegida por las autoridades correspondientes. La calificación de interés nacional y/o utilidad pública se basa en la necesidad de proteger a esa especie arbórea.

b) Se ha constituido una pertenencia minera en una zona desértica del norte de Chile, y estalla un conflicto armado con algún país limítrofe, por lo cual

se expropia la concesión minera basando en ese hecho la calificación de interés nacional y/o utilidad pública.

c) Se ha constituido una pertenencia minera a fin de explotar un mineral que posteriormente es declarado inconcesible, por lo cual se determina la expropiación de dicha concesión basando la utilidad pública y/o interés nacional en la inconcesibilidad de dicho mineral.

Como podemos ver, la naturaleza de las causas que informan el “interés nacional” o “utilidad pública” en estos tres casos son sumamente distintas. En ese sentido, el ejercicio de actividades con fines probatorios (por ejemplo, introducir una máquina excavadora en la tierra a fin de determinar la existencia y ley de una veta) puede afectar de distinta forma el interés nacional y/o la utilidad pública que se afecte.

De esta manera, por ejemplo, si se llevara a cabo la actividad antes indicada en el caso a), es decir, en la zona donde hay un bosque de una especie que fue declarada protegida, claramente se afectaría el ecosistema. Por otro lado, en el caso b) no habría en principio problemas en sí mismo con hacer las perforaciones, pero eventualmente podrían necesitarse permisos especiales de las autoridades militares. Y en el caso c), por último, no habría

problemas en ejercer una actividad de ese tipo, en tanto no tenga fines extractivos ni comerciales.

En resumen, debe entenderse como límite al ejercicio efectivo de la actividad probatoria pericial aquello que en el caso concreto afecte el fin buscado con la declaración de la utilidad pública o interés nacional al momento de dictarse el acto expropiatorio, lo cual debe ser declarado por el juez. Sin embargo, en caso de que se pase a llevar este interés nacional o utilidad pública ejerciendo la actividad pericial (por ejemplo, derribando alguno de los árboles del caso a) para efectuar excavaciones), quienes hagan dichas faenas y/o quien los ordene seguramente serán sancionados conforme a las leyes que rijan sobre esas materias, y el juez deberá tomar en cuenta este hecho a la hora de apreciar la prueba pericial conforme a las normas de la sana crítica.

¿Qué pasa, entonces, con la posibilidad real de que el concesionario expropiado pueda ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado? Pues bien, aquél que ejerza la actividad pericial deberá determinar hasta qué punto llevará a cabo los trabajos que estime necesarios para lograr el mayor grado de certeza posible en el cálculo del VP de la concesión, asumiendo las consecuencias en caso de trasgredir normas legales que protejan el bien jurídico amparado bajo la utilidad pública o interés nacional del acto expropiatorio. En definitiva, en el juicio el juez simplemente apreciará la

prueba pericial bajo las normas de la sana crítica, tal como se ha dicho en los puntos anteriores, tomando en cuenta la forma en que se ha producido la prueba.

4.6.- Otros aspectos relevantes del procedimiento expropiatorio.

La CPR establece que, en caso de que la indemnización no haya sido fijada de común acuerdo, deberá pagarse en dinero efectivo y al contado. La LOCPE, en cambio, en sus artículos 15 a 22, regula el pago de la indemnización de distinta manera, según si el monto fue acordado entre las partes, o fue determinada judicialmente. En caso de que no se haya acordado, la LOCPE establece que la indemnización se pagará conforme a lo establecido en la ley expropiatoria, y si nada se establece al respecto, al contado y en dinero efectivo (tal como lo establece la norma constitucional). Se hará un pago previo de la indemnización provisional fijada por la comisión, o la parte de ésta que deba pagarse al contado, debiendo el expropiado devolver el excedente que hubiera recibido por el pago de la indemnización provisional, debidamente reajustado, y si el monto definitivo es superior al provisional, el expropiante debe enterar el monto restante. Asimismo, si la ley expropiatoria establece el pago de la indemnización a plazo (a contar del acto expropiatorio), éstas se dividen proporcionalmente; si no indica plazo, es de cinco años; si indica plazo,

no puede ser superior a diez años, y si el plazo es superior a cinco años, deberá indicar que se funda en el interés nacional.

Respecto a la toma de posesión material del bien expropiado, ésta se rige por las normas del artículo 21 LOCPE, pudiendo ser por mutuo acuerdo entre expropiante y expropiado, o, en caso de faltar aquél, el expropiante puede solicitar al juez autorización judicial para proceder a la toma de posesión material del bien, con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario, cumpliendo los requisitos que señala el artículo precedentemente enunciado.

Por último, las resoluciones son apelables conforme a las reglas ordinarias, sin perjuicio de que las apelaciones se concedan en el solo efecto devolutivo, a excepción de la que fija el monto definitivo de la indemnización, que se concede en ambos efectos.

En todo lo no regulado por esta ley, el CPC es norma supletoria.

CAPÍTULO V: ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LA EXPROPIACIÓN MINERA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

5.1.- Alcances de la ley en cuanto al contenido y procedimiento de la indemnización por la expropiación.

5.1.1.- Marco general.

Una ley expropiatoria de concesiones mineras debe:

a) Determinar la o las concesiones mineras a expropiar, debidamente individualizadas;

b) Determinar el órgano público competente para que proceda a expropiar, o en su defecto, expropiar directamente, entendiendo al Congreso como un órgano público en ejercicio de facultades administrativas⁵¹. De todos

⁵¹ Si bien el Congreso constituye el Poder Legislativo, tiene ciertas facultades para realizar actos administrativos, como lo es por ejemplo dictar sus reglamentos internos de funcionamiento. Se podría entender, entonces, que una ley expropiatoria en donde directamente expropie el bien es un ejercicio de una facultad de dictar un acto administrativo, a través de un requisito constitucional que es que sea una norma con rango legal. Casos similares de actos administrativos fuera del Poder Ejecutivo y los Órganos de la Administración del Estado los podemos encontrar en el Poder Judicial, con los autoacordados y los procedimientos no contenciosos, por ejemplo.

modos, el Congreso debe designar la entidad que se hará cargo de la expropiación;

c) Invocar causas de utilidad pública o interés nacional;

d) Cumplir quórum simple (la Constitución no establece un quórum especial para la ley expropiatoria).

5.1.2.- En cuanto al contenido.

5.1.2.1.- Consideraciones previas.

Como analizábamos anteriormente, lo que en general se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como “daño patrimonial efectivamente causado”, en cuanto a su contenido, es que la indemnización por éste debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, en función de lo establecido en el artículo 1556 CC. Como el CC es una ley simple, nada obsta a que toda o parte de su normativa sea derogada por otra ley simple, o por un tipo de ley de las que reconoce nuestro ordenamiento jurídico que exija un quórum parlamentario mayor.

Y esto es, como también enunciamos en su momento, lo que hace el artículo 11 N°3 LOCCM es establecer como “daño patrimonial efectivamente causado” el VP de la concesión de explotación expropiada. Sin embargo, este precepto también está establecido por ley, en este caso, una Ley Orgánica Constitucional (conforme a lo que ordena el artículo 19 N°24 inciso 7° CP), cuyo quórum para ser aprobada requiere del voto de los 4/7 de los parlamentarios en ejercicio en ambas cámaras. Por lo tanto, si los derechos establecidos a favor del concesionario están establecidos por una LOC, nada obsta a que se deroguen por otra LOC.

5.1.2.2.- Problemas de constitucionalidad respecto a reformas de normas relativas al contenido de la expropiación.

Respecto a lo dicho precedentemente, podemos encontrar dos casos, los que a continuación pasamos a analizar:

a) ¿Qué pasaría si la ley expropiatoria que recaiga sobre una o más concesiones mineras fuese aprobada por 4/7 de los parlamentarios en ejercicio (por tanto, cumpliendo el quórum de la LOC) y una de sus reglas dejara sin efecto para el caso en particular lo dispuesto en el artículo 11 N°3 LOCCM, estableciendo cualquier otro contenido para la indemnización, que indemnice de menor forma a lo establecido en el artículo 11 N°3 LOCCM?

b) ¿Qué pasaría si lo mismo ocurriera en una ley no expropiatoria, sino meramente reformativa a la LOCCM, fuese aprobada por 4/7 de los parlamentarios en ejercicio, y una de sus disposiciones derogara el artículo 11 N^o 3 LOCCM, estableciendo cualquier otro contenido para la indemnización, que indemnice de menor forma a lo establecido en el artículo 11 N^o 3 LOCCM?

¿Serían inconstitucionales estas normas? Para responder a esta pregunta, hay que distinguir entre lo que es el control preventivo de constitucionalidad, por un lado, y el control a posteriori, por el otro.

Respecto al control preventivo que debe hacer el Tribunal Constitucional (“TC”), conforme al artículo 93 N^o 1 CPR, hay que distinguir. Por una parte, respecto al caso a), sin duda que resultaría constitucionalmente reprochable, considerando que el artículo 19 N^o 2 CPR establece como uno de los derechos fundamentales la igualdad ante la ley, preceptuando expresamente que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. ¿No sería acaso una diferencia arbitraria establecer, aún cumpliéndose el quórum de 4/7, un criterio para el cálculo de la expropiación distinto al establecido en el artículo 11 N^o 3 LOCCM, para una expropiación en particular? A la luz de lo dicho lo sería, por contravenir al artículo 19 N^o 2 CPR, por lo que lo correcto es declararla inconstitucional.

Respecto al caso b), en cambio, la CENC decidió dejar a regulación legal la determinación del “daño patrimonial efectivamente causado” en materia de expropiación minera, por no existir un acuerdo entre sus mismos miembros respecto a este punto. Asimismo, como también indicábamos, la Constitución no hace una definición de qué es el “daño patrimonial efectivamente causado”, quedando éste entregado, según define la misma CPR, fijado “de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por [los] tribunales”. En este sentido, si se considerara inconstitucional una eventual derogación o modificación del artículo 11 N°3 LOCCM por una ley que cumpla con el quórum de una LOC, nada obstaría también a considerar como inconstitucional el artículo 11 N°3 LOCCM mismo, el artículo 1556 CC, u otras normas legales que eventualmente establezcan o puedan a futuro establecer diversos criterios para entender qué es el “daño patrimonial efectivamente causado” para ciertos casos en particular, dado que todos ellos regulan a nivel legal y le otorgan contenido a un concepto que la CPR no define ni le entrega contenido. Por lo tanto, sería a priori constitucional esta norma, en tanto se cumplan los quórums de aprobación, modificación o derogación de una LOC.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, existe otro argumento por el cual sí podría ser declarada a priori inconstitucional la norma tanto de los casos a) o b). Como se señaló en el punto 3.1.5. del Capítulo III, el VP de la concesión

establecido en artículo 11 N°3 LOCCM no es más que la expresión práctica de la aplicación de la norma general del artículo 1556 CC, en cualquier clase de industria productiva. En este sentido, si se modificara el artículo 11 N°3 LOCCM (por ejemplo, estableciendo que lo indemnizable es sólo el valor de los activos fijos), ¿no incurriría también el legislador en un caso de discriminación arbitraria? Esto, puesto que a diferencia de otras actividades económicas, se le estaría atribuyendo a la actividad minera un criterio de indemnización que deja al concesionario en desmedro respecto a otros agentes económicos de diversos rubros, que también podrían ser expropiados. En este sentido, si existiese una voluntad del legislador de, derechamente, cambiar el contenido patrimonial del derecho de propiedad, podría cambiar el criterio del artículo 11 N°3 LOCCM, pero también debería cambiar el artículo 1556 CC, estableciendo otro similar (por ejemplo estableciendo en el artículo 11 N°3 LOCCM que sólo se indemnizará el valor de los activos expropiados, y en el artículo 1556 CC que sólo se indemnizará el daño emergente). En tanto no se cambiase el contenido general del derecho de propiedad, establecer otro criterio distinto al del VP de la concesión que no sea hacer aplicable el del 1556 CC podría ser considerado una discriminación arbitraria, y por lo tanto, hacer susceptible de ser declarada inconstitucional la norma.

Por otra parte, asumiendo que alguno de estos dos casos de reforma legal en la materia no fueron declarados inconstitucionales en el control preventivo, ¿podrían serlo por medio del control a posteriori?,

Conforme a lo que establece el artículo 93 N°6 CPR, el TC tiene la potestad de conocer sobre el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algún precepto legal sobre cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; asimismo, conforme al N°7 del mismo artículo, tiene la potestad de resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.

Los casos a estudiar, entonces, también son dos:

i) Un concesionario cuya pertenencia fue constituida antes de la reforma legal que cambió la norma del artículo 11 N°3 LOCCM⁵², sea en los términos indicados en los casos a) y b) ya señalados, es expropiado, y eleva este recurso;

⁵² Incluye a quienes iniciaron la manifestación con fecha anterior a la reforma legal.

ii) Un concesionario cuya pertenencia fue constituida con posterioridad a la reforma legal que cambió la norma del artículo 11 N°3 LOCCM, conforme a lo señalado en el caso b)⁵³, es expropiado, y eleva este recurso.

Respecto al caso i), hay varios puntos que se pueden analizar. El primero consiste en determinar si una reforma legal en este sentido tiene o no efecto retroactivo. En este sentido, el artículo 12 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (LSERL) establece lo siguiente:

“Artículo 12: Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por medio de leyes especiales.”

Si “en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”, uno de sus goces son los derechos que al concesionario de explotación le confiere el artículo 11 LOCCM (tal como dice el mismo encabezado de dicho precepto), y una de las formas de extinción de una concesión es mediante su expropiación. En ese sentido, si

⁵³ En este caso es imposible que se dé la situación del caso a).

una ley con un quórum de una LOC modificó el artículo 11 N°3 LOCCM, y estando vigente por no haber sido declarada inconstitucional en el control preventivo, no habría problema alguno de retroactividad, dado que no habría un derecho adquirido allí.

Sin embargo, de la sola irretroactividad de la ley no se sigue necesariamente su constitucionalidad, dado que la LSERL tiene, como su nombre lo indica, sólo rango legal. Lo relevante para estos efectos es si se afecta o no el núcleo esencial de la propiedad sobre la concesión minera, en el caso indicado con la letra i).

Al respecto, en Chile no ha existido un gran desarrollo jurisprudencial que defina lo que sería, específicamente, el núcleo esencial del derecho de propiedad, más allá de hacer mención a que consiste en las facultades de uso, goce y disposición de la cosa. Sin embargo, existe una interesante definición de lo que es el núcleo esencial del derecho de propiedad, en la jurisprudencia constitucional colombiana, que dice que éste “lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular”⁵⁴. Como podemos ver, agrega un nuevo elemento, que

⁵⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° C-133/09. 2009. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-133-09.htm>> [consulta: 26 de abril 2014]

es la “utilidad económica” que produzca el ejercicio de los tradicionales atributos de goce y disposición de la cosa.

Si tomamos en cuenta esto, evidentemente una expropiación afecta el derecho a uso, goce y disposición (y consiguiente utilidad económica) de la concesión minera, por lo que la indemnización vendría en reparar este daño (el “daño patrimonial efectivamente causado”) producido por el acto expropiatorio. Por otra parte, la decisión de un privado de invertir en el rubro de la minería, y en consecuencia, manifestar una pertenencia, es en buena parte una decisión económica, donde se sopesan los riesgos, entre los cuales ha de encontrarse la expropiación, y las consecuencias jurídicas de ésta. Entonces, si a un particular, que obtuvo su concesión con la garantía de la norma del artículo 11 N°3 LOCCM (que fue o debe haber sido uno de los factores que consideró a la hora de decidir invertir), se le cambia esta norma (sea para su caso en particular, o para todos los casos), estableciéndose un contenido patrimonial de la indemnización menor al establecido por el artículo 11 N°3 LOCCM, sí se estaría afectando el núcleo esencial de su derecho de propiedad sobre su concesión, dado que al aplicársele esa nueva norma no estaría obteniendo utilidad económica alguna al ser expropiado (a diferencia de si se le indemniza por el VP de la concesión, en donde entre otras cosas se le repara por lo que eventualmente hubiera percibido como ganancia legítima producto de su inversión, y de las características del yacimiento). Por lo tanto, bajo este

supuesto, sí podría ser declarada inaplicable por inconstitucional una norma de este tipo, y eventualmente, ser derechamente declarada inconstitucional.

Respecto al caso ii), en cambio, sería difícil configurar un caso de inaplicabilidad por inconstitucional (y eventualmente la declaración de inconstitucionalidad), dado que al estar establecida de antemano la norma que reemplazó a la del 11 N°3 LOCCM, el concesionario que decide hacer la manifestación ya está al tanto de los riesgos de su actividad, entre los cuales está ser expropiado e indemnizado conforme a los términos de esa nueva norma, por lo tanto, la utilidad económica esperada tendrá que considerar este factor. Por lo tanto, de ser expropiado, no habría una afectación al núcleo esencial de su derecho de propiedad si la indemnización concurre conforme a lo establecido en esa nueva norma.

De todos modos, sin perjuicio de lo ya indicado para manifestar la potencial inconstitucionalidad en el control *a posteriori* en el caso i), y descartar la inconstitucionalidad en el caso ii), igual cabe recordar lo ya dicho respecto a lo arbitrario que sería la ley si estableciera para el régimen de propiedad minera un contenido indemnizatorio menor al del resto de los otros regímenes de propiedad. La diferencia es que en esta ocasión el análisis se basaría en sólo en el caso concreto de una eventual expropiación en esos términos, por lo que por esta vía sí podría una norma que modifique el contenido de la

indemnización, o establezca uno nuevo, y contenga menos elementos a indemnizar que el actual artículo 11 N°3 LOCCM, y que se aplique en los casos c) o d), ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad, y eventualmente declarada inconstitucional.

5.1.3.- En cuanto al procedimiento

¿Podrían modificarse normas de la LOCPE? También debemos distinguir:

a) Una ley expropiatoria reforma o hace inaplicable una norma de la LOCPE para una expropiación en particular, cumpliendo los requisitos de una LOC;

b) Una ley reforma o hace inaplicable una norma de la LOCPE, cumpliendo los requisitos de una LOC.

Respecto al caso a), contaría con el mismo vicio de infracción al derecho a la igualdad ante la ley descrito para el caso de una reforma al artículo 11 N°3 LOCCM, por lo que debiera ser declarada inconstitucional tanto en el control

preventivo del TC (por ser una LOC procede este control), como en un eventual control *a posteriori*.

Respecto al caso b) (o en el dudoso supuesto de que el caso a) no se declarara inconstitucional por discriminación arbitraria), bastaría con que esta reforma a la LOCPE cumpla con los requisitos de que, como indica el artículo 19 N°24 inciso 3° CPR, el expropiado (de la concesión) pueda reclamar de la legalidad de la expropiación ante un tribunal ordinario, y que el monto de la expropiación pueda ser decidida en sentencia conforme a derecho dictada por ese tribunal. Asimismo, también debe cumplir con el derecho establecido en el artículo 19 N°3 CPR, esto es, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en este caso, el derecho del concesionario a poder defenderse de una expropiación que, a su juicio, considere viciosa.

En resumen, una ley, sea expropiatoria o no expropiatoria, no puede establecer un procedimiento expropiatorio que no contemple, al menos, la posibilidad de reclamo ante los tribunales ordinarios por parte del expropiado, y que el monto sea determinado o por acuerdo de las partes o por sentencia conforme a derecho.

5.1.4.- En cuanto al monto.

Finalmente, lo que en ningún caso podría hacer la ley, sea o no expropiatoria, aunque cumplierse con los quórum para la promulgación de una LOC, es determinar directamente el monto de la indemnización. Esto, porque precisamente al preceptuar la Constitución en su artículo 19 N°24 inciso tercero que la indemnización se fijará de común acuerdo o “en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”, lo que hace es establecer un derecho a favor del expropiado de poder, en un juicio ante un tribunal imparcial y objetivo, hacer valer sus derechos, conforme a la Constitución y las leyes, mediante un debido proceso. Si la ley expropiatoria fijase de antemano un monto a título de indemnización, sería inconstitucional, por contravenir la norma antes citada.

CAPÍTULO VI: GARANTÍAS Y LIMITACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE EXPROPIACIONES MINERAS, COMPLEMENTARIAS A LA CPR Y LA LOCCM.

6.1.- Aspectos generales.

Además de lo señalado en el capítulo anterior, existen otras garantías que operan a favor del concesionario en caso de expropiación, las cuales son los acuerdos o tratados internacionales.

En el contexto de una economía globalizada, los diferentes Estados, en el marco de su propia decisión soberana, establecen acuerdos de diversos tipos, entre ellos los destinados a proteger las inversiones que personas naturales o jurídicas de un Estado determinado hagan en otro, otorgándole una seguridad jurídica tal que haga deseable el intercambio comercial o económico del caso. En este sentido, según la materia que se trate y los alcances que tenga, estos tratados pueden ser bilaterales o multilaterales, y pueden ser Tratados de Libre Comercio (TLC), Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), u otros.

6.2.- Situación vigente en Chile.

Actualmente el Estado de Chile ha suscrito ochenta acuerdos internacionales con países de todos los continentes⁵⁵, sobre las más diversas materias, enfocadas principalmente en la protección de las inversiones comerciales recíprocas. Al respecto, los aspectos interesantes para la materia que nos convoca son dos: las cláusulas de protección en materia expropiatoria y las cláusulas referentes a la solución de controversias.

Respecto al primer punto, en los tratados, por regla general, se establecen cláusulas que vienen en establecer criterios básicos para la expropiación de una inversión. En este sentido, también por regla general, se hace referencia, en primer lugar, a las causas que deben justificar una expropiación y, en segundo lugar, al criterio para proceder a la indemnización de la misma. También por regla general los elementos que deben justificar una indemnización atienden a causales similares a las establecidas en nuestra CPR (utilidad pública o interés nacional), y apelan a que no debe existir discriminación, debe ser conforme a un debido proceso y debe pagarse una indemnización. Por otro lado, respecto a los criterios para la indemnización, se

⁵⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. [en línea] <http://www.sice.oas.org/ctyindex/CHL/CHLBITs_s.asp> [consulta: 26 abril 2014]

suele utilizar términos tales como “valor de mercado”, “valor real” y otros similares, que como ya vimos anteriormente en este capítulo, son términos que en lo substancial evocan el mismo criterio que el término “valor presente de los flujos netos de caja de la concesión” que establece el artículo 11 N°3 LOCCM, para determinar qué es lo que debemos entender como “daño patrimonial efectivamente causado” en materia de expropiación de concesiones de explotación mineras⁵⁶ (o la aplicación práctica del artículo 1556 CC en otra clase de industrias).

⁵⁶ Por ejemplo, en el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular China, relativo al fomento y protección recíproca de las Inversiones, respecto a esta materia se establece lo siguiente (en su versión en idioma castellano):

“Artículo 4. Expropiación e Indemnización

1. Ninguna de las Partes Contratantes expropiará, nacionalizará ni tomará medidas similares (más adelante se hace referencia a “expropiación”) contra inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su territorio, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) por utilidad pública o interés nacional ;
- b) en virtud de procedimientos establecidos en la legislación nacional ;
- c) sin discriminación ;
- d) a cambio de indemnización.

2. La indemnización ascenderá el valor real de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o cuando llegare a conocimiento público la inminente expropiación, incluirá intereses a una tasa normal hasta la fecha de pago, se realizará sin demora indebida, será efectivamente realizable y transferible libremente. El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de las leyes de la Parte Contratante que hace la expropiación, a una revisión inmediata por parte de una autoridad judicial de esa Parte, de su caso y del avalúo de su inversión, en conformidad con los principios estipulados en este párrafo”.

En ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular China Relativo al Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones. 1995. [en línea]

<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CHI_China_s.pdf> [consulta: 26 abril 2014]

Otro ejemplo es el TLC suscrito entre Chile y Estados Unidos, que respecto a esta materia indica lo siguiente:

“Artículo 10.9: Expropiación e indemnización.

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) de una manera no discriminatoria;

Respecto al segundo punto, en el entendido de que siempre existe la posibilidad de que surja una controversia entre un inversionista privado y el Estado en el cual está realizando la inversión, los países establecen formas de solución de controversias internacionales. Por regla general establecerán un procedimiento o marco básico de acuerdo extrajudicial entre el inversor afectado y el Estado, y en subsidio entregan a un árbitro imparcial internacional el conocimiento de dicha controversia. Dicho árbitro puede venir predefinido en el mismo acuerdo, o establecerse mediante un procedimiento pactado al efecto, el cual también puede venir predefinido en el mismo acuerdo, o puede

c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y

d) con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4(1) a (3).

2. La indemnización deberá:

a) ser pagada sin demora;

b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo ("fecha de expropiación");

c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y

d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

3. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización pagada no será inferior al valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, más los intereses a una tasa comercialmente razonable por esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización pagada – convertida a la moneda del pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago – no será inferior a:

a) el valor justo de mercado en la fecha de la expropiación, convertida a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en esa fecha, más

b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable por esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

5. Este artículo no se aplica a la entrega de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual conforme con el ADPIC, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha revocación, limitación o creación sea compatible con el Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual)".

En ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. 2003. [en línea] <http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa_s/Text_s.asp#10.9> [consulta: 26 abril 2014]

ser declarado aplicable algún procedimiento previamente establecido por algún tribunal comercial internacional, o en algunos casos dejando la opción al inversor para recurrir o a un árbitro internacional o a los tribunales competentes del territorio en que realizó la inversión.⁵⁷

⁵⁷ Por ejemplo, en el TBI suscrito entre Chile y Australia, se establece respecto a esta materia lo siguiente:

“Artículo 11: Arreglo de Diferencias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante.

1. Con el fin de resolver amigablemente las diferencias que surjan entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, se celebrarán consultas entre las partes involucradas.

2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de tres meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá someter la diferencia:

(a) al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o
(b) a arbitraje internacional.

En el último caso, el inversionista podrá optar entre:

(i) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965 - en este caso, cada Parte Contratante por este intermedio otorga su consentimiento previo para someter la diferencia al CIADI;

(ii) a un tribunal arbitral ad hoc que, a menos que las partes de la disputa estipulen otra cosa, se establecerá conforme a las Normas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

3. Una vez que el inversionista haya sometido la disputa al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva.

4. Para los efectos de este Artículo, cualquier persona jurídica que se hubiere constituido en conformidad con la legislación de una de las Partes Contratantes y cuyas acciones, previo al surgimiento de la disputa fueren mayoritariamente propiedad de inversionistas de la otra Parte Contratante, será tratada, conforme al Artículo 25(2)(b) de la referida Convención de Washington, como una persona jurídica de la otra Parte Contratante.

5. Una vez que se haya adoptado una medida referida en el párrafo 2 de este Artículo, las Partes Contratantes se abstendrán de tratar tal diferencia por medio de canales diplomáticos, a menos que:

a) la entidad judicial o administrativa competente, el Secretario General del Centro, la autoridad o tribunal arbitral o la comisión de conciliación, según sea el caso, haya decidido que no tiene competencia en relación con la disputa en cuestión; o

b) la otra Parte Contratante no haya dado cumplimiento a cualquier sentencia, laudo, dictamen u otra decisión de la entidad en cuestión.

6. En cualquier proceso que involucre una diferencia relativa a una inversión, una Parte Contratante no alegará, como defensa, reconvencción, derecho de compensación u otro, que el inversionista en cuestión ha recibido o recibirá, en conformidad con un contrato de seguro, compensación por la totalidad o parte de cualesquiera daños reclamados.

7. El arbitraje será definitivo y vinculante para ambas Partes.”

La pregunta que surge es: ¿qué pasaría si ocurriera una situación similar a las descritas hipotéticamente en los puntos 5.1.1 a 5.1.4, del Capítulo V? ¿Hasta qué punto el Estado es soberano para poder ejercer su potestad expropiatoria? Hay que distinguir: en estricto rigor, nada impediría que el Estado cambiase los criterios de expropiación en la misma ley expropiatoria, tanto en lo sustantivo (la determinación del criterio para el cálculo de la indemnización) como en lo adjetivo (aspectos procesales), cumpliendo sus propios requisitos de legislación y constitucionalidad interna; sin embargo, si estos cambios contraviniesen lo establecido en estos acuerdos internacionales, el concesionario expropiado (siempre que sea un inversor extranjero de un país que haya suscrito un acuerdo comercial con Chile en los términos antes indicados) tendría derecho a recurrir a estos tribunales internacionales. En este sentido, cabe señalar que en estricto rigor no existe un derecho coactivo en materia internacional que obligue a los Estados a cumplir sus tratados, por lo que nada obligaría a Chile a cumplir la resolución de un tribunal internacional en un caso como éste. Sin embargo, en consideración a lo que la doctrina en materia de derecho internacional ha llamado *soft law*, un Estado que viole flagrantemente el derecho internacional, parte del cual son las normas, costumbres y tratados en materia comercial, sufre en la práctica una serie de

En ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. 1999. [en línea] <http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CHI_Australia_s.pdf> [consulta: 26 abril 2014]

consecuencias a nivel diplomático y económico, que finalmente ponen en desmedro su posición en el concierto internacional.

En definitiva, los titulares de una concesión minera de explotación extranjeros- en tanto éstos sean de un Estado que haya suscrito con Chile un tratado en los aspectos ya señalados-, tienen aún mayores resguardos para la protección de sus intereses en caso de una expropiación, dado que cuentan con las garantías ya señaladas, por lo que en caso de ocurrir alguno de los casos descritos en los puntos 5.1.1 a 5.1.4, podrían recurrir a tribunales internacionales para resguardar sus intereses.

CONCLUSIONES

Tras la revisión de la normativa legal, la jurisprudencia, la doctrina y diversos aspectos técnicos aplicables a la materia en estudio, podemos concluir lo siguiente:

i) La regulación de la institución de la expropiación minera en nuestro ordenamiento jurídico, en términos generales, resguarda de forma debida los intereses tanto del Estado como de los particulares que ejercen esta actividad económica, lo cual representa la materialización de la preocupación que al respecto manifestaron quienes intervinieron en la redacción y dictación de las normas sobre la materia, a fin de fomentar dicho rubro económico.

ii) Como se revisó a lo largo de este trabajo, el concepto del “valor presente de los flujos netos de caja” de la concesión minera constituye el contenido de la indemnización por el “daño patrimonial efectivamente causado” establecido en la Constitución.

Tal como se indicó en su momento, si bien este concepto fue establecido en la ley específicamente para el caso de las concesiones de explotación mineras, a diferencia de la norma general contenida en el artículo 1556 del

Código Civil referente al daño emergente y lucro cesante, al revisar y desglosar tanto lo establecido en el artículo 11 N° 3 LOCCM como en el precepto del Código Civil antes mencionado, para el caso de las concesiones de explotación mineras se llega al mismo resultado, puesto que tanto el cálculo del VP de la concesión como el del daño emergente y lucro cesante utilizan los mismos factores, lo que lleva a la conclusión de que lo establecido en el artículo 11 N° 3 LOCCM no viene sino en repetir, mediante el uso de un término propio de las ciencias económicas, la norma general del artículo 1556 del Código Civil.

En definitiva, de lo anterior se sigue que en caso de ser derogado el artículo 11 N° 3 LOCCM, para efectos del cálculo de la indemnización sólo con lo establecido en la CPR y en el artículo 1556 CC se arribaría a los mismos resultados. En caso de modificarse, en tanto, si el nuevo criterio para definir lo que se debe entender por “daño patrimonial efectivamente causado” resulta en su aplicación práctica menor que el contenido en el artículo 1556 CC, eventualmente podrían suscitarse problemas de constitucionalidad.

iii) Por otra parte, nunca ha sido aplicado en la práctica la normativa actualmente vigente en materia de expropiaciones mineras, debido a que el Estado, hasta la fecha, no ha ejercido sus facultades expropiatorias sobre concesiones mineras ni de explotación (la expropiación de la pertenencia minera “El Way”, como ya se ha indicado, se tramitó bajo el antiguo

procedimiento de expropiaciones, hoy derogado), ni de exploración (que además, como ya se vio, se encuentra menos regulada en esta materia).

Como se pudo apreciar a lo largo de este trabajo, surgen una serie de interrogantes respecto principalmente a los aspectos procedimentales de la expropiación minera que, en tanto no sean controvertidos en el respectivo juicio, no existe una respuesta unívoca por parte de nuestra jurisprudencia. Lo que viene en aportar el presente trabajo es, precisamente, a entregar directrices para cuando se suscite un caso de expropiación de una concesión minera, tanto las partes como el juez puedan basarse en ellas para ejercer sus respectivos roles en su calidad de sujetos procesales, particularmente en todo lo que dice relación con el ejercicio de la actividad pericial y su correcta apreciación por el juez, fundamental en esta clase de procedimientos.

iv) Resulta también necesario adecuar la normativa en atención a las nuevas consideraciones técnicas existentes en la materia. Como se explicó en esta Memoria, el artículo 11 N° 3 LOCCM sólo habla de las reservas de sustancias mineras como base para el cálculo del VP de la concesión, siendo que, conforme al Código para la Certificación de Prospectos de Exploración, Recursos y Reservas Mineras, también existen los recursos y los prospectos, los cuales, conforme a lo que se revisó en el trabajo, también pueden ser susceptibles de evaluación a la hora de calcular el VP de la concesión. En

atención al debido resguardo de los intereses tanto del Estado como de los particulares, se hace necesario incorporar estos conceptos a la legislación, sin perjuicio de que en la praxis de la actividad pericial evidentemente el perito deberá tomar en consideración a lo menos los recursos, a fin de hacer los cálculos correspondientes.

v) Tal como revisamos respecto a la normativa internacional aplicable en la materia, los inversionistas extranjeros provenientes de países que han celebrado acuerdos comerciales con Chile tienen, además, garantías propias derivadas de dichos acuerdos, que se asemejan a lo establecido en la Constitución y en la LOCCM. En este sentido, se encuentran más resguardados que un inversionista nacional, dado que en caso de que cambiase la actual legislación minera por una que vaya en detrimento de sus intereses, siendo expropiados conforme a esa nueva legislación, gracias a los acuerdos comerciales respectivos, el inversionista extranjero podrá recurrir a tribunales comerciales internacionales, y a su vez el o los países del inversionista afectado podrían ejercer diversas presiones económicas contra Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- AGUIRREZABAL, M. 2012. Algunos Aspectos Relevantes de la Prueba Pericial en el Proceso Civil. [en línea] Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19- N°1, 2012. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000100010> [consulta: 26 abril 2014]
- 2.-BERTELSEN, R. 1984. Informe en Derecho caso Mineral Valparaíso S.A. vs Fisco de Chile”. Firmado con fecha 19 de Enero de 1984 ante el Notario de Valparaíso don Pedro Ravanal Canales. Presentado ante el Segundo Juzgado Civil de Antofagasta en causa “Minera Valparaíso S.A. con Fisco de Chile.
- 3.- CLAUSSEN, C. Acerca de la naturaleza jurídica emanado de la Concesión Minera [en línea] <http://www.derecho.uda.cl/Documentos/CARLOS_CLAUSEN.pdf> [consulta: 26 abril 2014].
- 4.- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1974. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo I [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 26 abril 2004].
- 5.- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1975. Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo V [en línea]

Biblioteca del Congreso Nacional.

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_V_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 26 abril 2014].

6.- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1976.

Actas Comisión de Estudios Para una Nueva Constitución. Tomo VI [en línea]

Biblioteca del Congreso Nacional.

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 26 abril 2014]

7.- LIRA, S., 1992. Curso de Derecho de Minería. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 441p,

8.- OSSA, J. 1989. Derecho de Minería. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 531p.

9.- PIÑERA, J. 2002. Fundamentos de la Ley Constitucional Minera. Santiago,

Economía y Sociedad Limitada. [en línea]

<<http://www.josepinera.com/jp/leyminera.pdf>> [consulta: 26 abril 2014]

10.- SUTULOV, A. 1975. Antecedentes históricos de la producción de cobre en Chile. En: A. ZAUSCHQUEVICH, A., y SUTULOV, A., El Cobre Chileno, Santiago de Chile, Editorial Universitaria. 520p.

11.- VERGARA, A. 1992. Principios y Sistema del Derecho Minero. Estudio Histórico Dogmático. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 435p.

12.- Normativa y jurisprudencia consultada:

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1978. DL N° 2186: Aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones:
- CHILE. 1980. Constitución Política de la República.
- CHILE. 1981. Historia de la Ley N° 18.097 Ley Orgánica de Concesiones Mineras. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional. 268 pp. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37081/1/HL18097.pdf>> [consulta: 26 abril 2014]
- CHILE. Ministerio de Minería. 1982. Ley N° 18.097 Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.
- CHILE. Ministerio de Minería. 1983. Ley N° 18.248: Código de Minería.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil.
- CHILE. Ministerio de Minería. 2007. Ley N° 20.235: Regula la figura de las Personas Competentes y crea la Comisión Calificadora de Competencias de Recursos y Reservas Mineras.
- CHILE. Ministerio de Minería. 2012. Ley N° 20.235: Regula la figura de las Personas Competentes y crea la Comisión Calificadora de Competencias de Recursos y Reservas Mineras. Código para la Certificación de Prospectos de Exploración, Recursos y Reservas Mineras. 63 pp. [en línea] <<http://comisionminera.cl/documentacion/codigos-normas-y->

guias?download=95:codigo-para-la-certificacin-de-prospectos-de-exploracin-recursos-y-reservas-mineras> [consulta: 26 abril 2014].

- JOINT ORE RESERVES COMMITTEE OF THE AUSTRALASIAN INSTITUTE OF MINING AND METALLURGY, AUSTRALIAN INSTITUTE OF GEOSCIENTISTS AND MINERALS COUNCIL OF AUSTRALIA. 2013. JORC Code. [en línea] <http://www.jorc.org/JORC_code_2012.pdf> [Consulta: 26 abril 2014]
- MINERA DE VALPARAÍSO S.A. con FISCO DE CHILE. En: Revista de Derecho de Minas y Aguas. 1990. Volumen I
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. [en línea] <http://www.sice.oas.org/ctyindex/CHL/CHLBITs_s.asp> [consulta: 26 abril 2014]
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Popular China Relativo al Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones. 1995. [en línea] <http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CHI_China_s.pdf> [consulta: 26 abril 2014]
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Acuerdo

entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. 1999. [en línea]

<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CHI_Australia_s.pdf> [consulta: 26 abril 2014]

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Sistema de Información Sobre Comercio Exterior. Información sobre Chile. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. 2003. [en línea] <http://www.sice.oas.org/Trade/chiusa_s/Text_s.asp#10.9> [consulta: 26 abril 2014]
- REPÚBLICA DE CHILE. Corte Suprema. 2008. Muñoz Fernández Eduardo E. con Fisco de Chile. ROL N° 6824-2011 Casación en el Fondo.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° C-133/09. 2009. [en línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-133-09.htm>> [consulta: 26 de abril 2014]