

Explotación involuntaria de sustancias minerales concesibles por parte del Estado o titular de un contrato especial de operación

Unintentional exploitation of concessible mineral substances by the State or the holder of a special operation contract

Rafael Vergara Gutiérrez¹
Maximiliano Urrutia Guzmán²

El presente trabajo responde si existe algún deber del Estado, sus empresas o el titular de una concesión administrativa o contrato especial de operación para con concesionarios mineros cuando, en la exploración o explotación de sustancias minerales no concesibles, se encuentran sustancias minerales concesibles.

Palabras clave: concesiones mineras, sustancias minerales concesibles, sustancias minerales no concesibles, litio, contrato especial de operación.

Introducción

El litio es una sustancia mineral inconcesible cuya exploración o explotación, conforme a la Constitución Política de la República de Chile ("CPR"), se puede hacer directamente por el Estado o sus empresas, o a través de concesiones administrativas o contratos especiales de operación de litio ("CEOL").

En Chile, el litio se extrae de salmueras –sales disueltas en agua– existentes en salares, ya sea a través del bombeo de dichas salmueras o mediante explotación a rajo abierto. A su vez, en los salares en que el Estado o los particulares, actuando en la forma indicada anteriormente, pueden explorar y explotar litio, existen concesiones mineras otorgadas a terceros. Por lo tanto, es probable, e incluso inevita-

This article answers whether there is any duty of the State, its companies or the holder of an administrative concession or special operating contract with mining concessionaires when, in the exploration or exploitation of non-concessionable mineral substances, concessionable mineral substances are found.

Keywords: mining concessions, concessible mineral substances, non-concessible mineral substances, lithium, special operation contracts.

ble, que se produzca la situación en que, junto con el litio, en el ejercicio de los derechos que le asisten al Estado y sus empresas o que confieran los CEOL a su titular, estos extraigan sustancias minerales concesibles, que constituyen el objeto del derecho de exploración y explotación que confieren a sus titulares las concesiones mineras existentes en la misma área.

En ese escenario surgen dos grupos de preguntas. Un primer grupo se refiere a si existe alguna obligación legal para el Estado, sus empresas o para el titular de un CEOL que, con ocasión de la exploración o la explotación de litio, extrae sustancias concesibles, de entregar estas últimas al concesionario minero que tiene derecho a extraerlas ¿Cuáles son los alcances de esa obligación? ¿Existen otras obligaciones? ¿Cuáles son los deberes que el Estado, sus empresas o el titular del CEOL debieran cumplir en relación a esta situación? El segundo grupo de preguntas se refiere a que, con ocasión del ejercicio de estos derechos por el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, se produzcan conflictos entre cualquiera de ellos y el concesionario minero, quien se puede considerar afectado o privado del derecho a explorar o explotar y hacerse dueño de las sustancias minerales concesibles existentes dentro de los límites de su concesión minera: ¿cómo se solucionan esos conflictos?

¹ Abogado de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. Profesor de Derecho Minero en las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de los Andes. Dirección postal: Isidora Goyenechea N° 2800, piso 43, Santiago, Chile. Correo electrónico: rvergara@carey.cl.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Master of Energy and Resources Law, The University of Melbourne, Melbourne, Australia. Dirección postal: Isidora Goyenechea N° 2800, piso 43, Santiago, Chile. Correo electrónico: murrutia@carey.cl.

Artículo recibido el 8 de abril de 2024 y aceptado el 20 de junio de 2024.

La ley no se refiere expresamente a la situación planteada, hay una laguna o vacío, que existe “cuando la ley no contiene una norma que pueda aplicarse al caso concreto que la realidad presenta”³.

En efecto, la legislación minera regula esencialmente los derechos y deberes de los concesionarios mineros, y ciertos deberes específicos de parte de los concesionarios mineros para con el Estado cuando aquellos, con ocasión del ejercicio de sus labores, se encuentran con sustancias minerales no concesibles que pertenecen a este. Pero no está prevista en nuestra legislación la hipótesis inversa, es decir, los deberes que podría tener el Estado, sus empresas o el titular del CEOL para con los concesionarios mineros cuando, en el ejercicio de sus facultades legales de explorar y explotar sustancias minerales no concesibles, como por ejemplo el litio, se encuentra con sustancias minerales concesibles que dichos concesionarios mineros tienen derecho a explorar, explotar y hacerse dueños.

Los CEOL, por su parte, no tienen regulación legal. Tampoco existe jurisprudencia que se refiera directa y específicamente a esta situación de hecho, pues a esta fecha el único CEOL existente es el otorgado a la sociedad Salar de Maricunga SpA, filial de la Corporación Nacional del Cobre (“Codelco”), y las acciones legales de las que fue objeto dicho contrato se referían más bien a conflictos eventuales o aparentes, en las que además ningún tribunal se pronunció sobre el fondo de las alegaciones, con excepción del Tribunal Constitucional. Con todo, los argumentos vertidos en esas acciones son revisados más adelante a modo ilustrativo.

Laguna legal no supone laguna en el derecho⁴. Nuestro ordenamiento jurídico admite que tales lagunas legales pueden ocurrir⁵ pero que ello no puede ser impedimento para resolver un asunto determinado, pues todo ordenamiento jurídico prevé medios para “extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no-regulado”⁶. Y la forma en que se soluciona una ausencia o deficiencia normativa es la integración, es decir, recurrir a otras fuentes jurídicas⁷.

En ese sentido, sostenemos en este trabajo que el vacío legal que hemos identificado

puede -y debe- ser solucionado mediante un ejercicio de integración del derecho, consistente en la aplicación por analogía de ciertas normas del Código de Minería y principios generales de la legislación, con un doble propósito: evitar que el vacío legal devenga en la inoperatividad de las disposiciones constitucionales y legales que permiten la exploración y explotación de sustancias minerales no concesibles mediante los mecanismos establecidos expresamente en la ley, e identificar estándares de conducta que el Estado, sus empresas o el titular del CEOL debieran seguir en el legítimo ejercicio de sus derechos.

Para estos efectos, primero revisaremos el marco regulatorio general sobre exploración y explotación de sustancias minerales (concesibles y no concesibles) contenido en la CPR, la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (“LOCCM”) y el Código de Minería (“CM”). En segundo lugar, analizaremos normas que podrían responder, al menos en ciertos aspectos, las preguntas planteadas conforme al ejercicio de integración referido anteriormente y que se refieren a la obligación que tienen los concesionarios mineros de entregar al Estado las sustancias no concesibles que encuentren dentro de los límites de sus pertenencias, así como también a la obligación de los concesionarios mineros de entregarse recíprocamente las sustancias a que cada uno de ellos tienen derecho. En tercer lugar, revisaremos someramente las alegaciones y defensas contenidas en los recursos judiciales interpuestos por concesionarios mineros contra el CEOL de Salar de Maricunga SpA, filial de Codelco. Finalmente, consignaremos nuestras conclusiones.

I. Estatuto jurídico de las sustancias minerales

1. Estado dueño de minas⁸

Conforme a la CPR⁹, el Estado de Chile “tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias

³ MUJICA 2010, 901.

⁴ BOBBIO 2023, 210.

⁵ Código Civil. Artículo 5°.

⁶ BOBBIO 2023, 221.

⁷ SQUELLA 2011, 673.

⁸ Como precisa Samuel Lira, el vocablo *mina* se usa para designar los yacimientos minerales (sitios donde se encuentra naturalmente un mineral) pero también tiene otros significados, como el conjunto de trabajos e instalaciones que acceden a la explotación de un yacimiento. Nuestra legislación minera utiliza ambos conceptos indistintamente. LIRA 2013, 9.

⁹ CPR. Artículo 24 inciso 6°.

fósiles". Enfatizamos los salares, por cuanto ellos son la especie de mina que contiene, en nuestro país, el litio objeto de los CEOL y en donde también se encontrarán una serie de minerales concesibles, que pueden ser objeto de concesiones mineras. Las minas son¹⁰, entonces, a partir del listado de la norma constitucional, depósitos naturales de sustancias del reino mineral. Son depósitos en el sentido de encontrarse en forma abundante o con cierto grado de concentración. Se presentan en forma natural, ya que no ha habido intervención del hombre para la creación de esa mina. Son sustancias del reino mineral, como opuesto al vegetal o a cualquier otro. Por otro lado, desde el punto de vista de la clase de bien que se trata, las minas, conforme al artículo 568 del Código Civil, son inmuebles por naturaleza.

Este dominio del Estado, que en una lectura *prima facie* del inciso 6° del art° 19 N° 24 de la CPR, aparece como una especie dominio patrimonial (absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible), no es tal.

Quizás ese dominio patrimonial podría aplicarse a las minas y minerales inconcesibles, pero en lo que respecta a las sustancias concesibles los particulares pueden explorar y explotarla y hacerse dueños de las que extraigan a través de concesiones mineras otorgadas por resolución judicial, en un procedimiento reglado y no discrecional, que son expresamente reconocidas en la CPR y a cuyo respecto se otorga dominio garantizado por la propia CPR. Con todo, la CPR establece la obligación del dueño de una concesión minera a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

Por todo lo anterior, se ha dicho que el dominio que tiene el Estado de Chile sobre las minas es de carácter público especial¹¹.

2. Clasificación de sustancias minerales

Sin perjuicio del dominio del Estado sobre todas las minas, la legislación minera distingue tres tipos de sustancias minerales para efectos de su aprovechamiento, sea por el Estado o por particulares:

a) Sustancias minerales concesibles: La legislación chilena consagra un régimen de "libre denunciabilidad"¹², es decir,

las sustancias minerales susceptibles de concesión minera son la regla general, conforme a lo dispuesto por el artículo 3° inciso 2° LOCCM y artículo 5° CM.

b) Sustancias minerales no concesibles: Como contrapartida a las sustancias concesibles, las no concesibles son la excepción y se encuentran taxativamente señaladas en la ley (artículo 19 N° 24 inciso 10° CPR, artículo 3° inciso 4° LOCCM y artículo 7° CM). La doctrina distingue entre las sustancias y yacimientos que ya son inconcesibles y aquellos que pueden llegar a serlo¹³, perteneciendo a los primeros el litio¹⁴, los hidrocarburos líquidos y gaseosos, los yacimientos existentes en aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional, y a los segundos los yacimientos situados en zonas que la ley determine como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros.

Estas sustancias pueden ser exploradas y explotadas directamente por el Estado o por sus empresas, o bien por particulares mediante concesiones administrativas o contratos especiales de operación, con los requisitos y condiciones que fije el Presidente de la República, para cada caso, por decreto supremo.

c) Sustancias minerales que no se consideran tales: Atendido el sistema de libre denunciabilidad referido antes, estas sustancias mineras también se considera que son excepcionales y, en consecuencia, que su enumeración es taxativa¹⁵. Son aquellas señaladas en el artículo 3° LOCCM y 13 CM, y corresponden a las arcillas superficiales; rocas, arenas y demás materiales aplicables directamente a la construcción; y las salinas artificiales. Todas ellas pertenecen al dueño del predio

¹³ Ibid, 77.

¹⁴ El litio fue declarado como reservado al Estado, por exigirlo el interés nacional, mediante Decreto Ley N° 2886 del Ministerio de Minería, publicado el 14 de noviembre de 1979 ("DL N° 2886"). El mismo decreto, no obstante, exceptuó de la reserva el litio existente en (i) pertenencias constituidas, sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería de 1932, que, a la fecha de publicación del DL 2886 tuvieran su acta de mensura inscrita, estuvieran vigentes, y cuya manifestación, a su vez, haya quedado inscrita antes del 1° de enero de 1979; y (ii) pertenencias que, a la fecha de publicación del Decreto Ley N° 2886, estuvieran en trámite y que se constituyeran sobre litio o cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería de 1932, cuyas manifestaciones hayan quedado inscritas antes del 1° de enero de 1979.

¹⁵ OSSA 2021, 85.

¹⁰ Aunque las minas no tienen una definición legal, la doctrina se ha encargado de conceptualizarlas del modo que aquí se expresa.

¹¹ LIRA 2013, 43. También OSSA 2021, 69-74

¹² OSSA 2021, 80.

superficial (y al propietario riberano en el caso de las salinas artificiales), y su aprovechamiento se rige por el derecho común.

3. Derechos del concesionario minero

En esta sección no serán expuestos todos los derechos del concesionario minero, sino sólo aquellos que nos parecen atingentes para responder las preguntas planteadas supra.

a) *Derecho de propiedad*

El artículo 19 N° 24 inciso 9° de la CPR, en relación con el inciso 3° del mismo artículo y número, establece que el dominio del concesionario minero se encuentra protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad y no puede ser privado de ella, ni del bien sobre el que recae, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificadas por el legislador. El concesionario minero a quien se le expropie su concesión minera deberá ser siempre indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado.

Para estos efectos, el artículo 11 N° 3 de la LOCCM establece que el daño patrimonial efectivamente causado 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. Asimismo, establece que el monto de la indemnización podrá ser fijado por acuerdo o, a falta de éste, por el juez, previo dictamen de peritos. En este último caso, para determinar el valor comercial de la concesión minera, los peritos deberán calcular el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión, conforme a las reservas de sustancias concesibles que el expropiado demuestre. Esta forma de cálculo es una de las normas que contempla la legislación minera para determinar el monto a indemnizar a un concesionario minero que se vea privado de las facultades esenciales del dominio de su concesión, pero entrega la carga de la prueba al afectado.

El artículo 6° de la LOCCM reitera que el titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía recién referida de la CPR. Además, establece que la privación de las facultades de explorar, extraer (explotar) y apropiarse de las sustancias extraídas objeto de la concesión constituye una privación de los atributos o facultades esenciales del dominio de ella.

Una primera lectura de estas normas podría servir de base para que los titulares de pertenencias mineras coexistentes con el CEOL que se sientan afectados en sus derechos para extraer y hacerse dueños de sustancias minerales concesibles, por las labores de explotación efectuadas por el titular del CEOL, puedan reclamar en contra de éste. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la garantía contenida en los artículos 19 N° 24 de la CPR y 6° de la LOCCM protege los derechos del concesionario minero, pero solo en cuanto a la facultad o derecho exclusivo a extraer las sustancias minerales que se hallen dentro de los límites de su concesión, y no en cuanto a los minerales mismos mientras no han sido extraídos. Así se concluyó en un fallo de la Excm. Corte Suprema¹⁶:

Quinto: Que, en primer lugar, ha de precisarse que en la Constitución Política de la República y demás leyes pertinentes que nos rigen, se consagra, por un lado, el dominio exclusivo del Estado sobre todas las minas –esto es, acumulación natural de sustancias inorgánicas que pueden extraerse de la tierra para su aprovechamiento– y, por otro, el sistema de la libre concesibilidad. Es decir, el Estado es el dueño de todos los yacimientos mineros y deja a los particulares como simples concesionarios, pero, a la vez, asegura y consolida, a través de la protección constitucional, el derecho real que emana de una concesión válidamente otorgada, la que puede tener por objeto toda sustancia fósil susceptible de ser denunciada, constituyendo la libre denunciabilidad la regla general; las excepciones, esto es, sustancias no concesibles, se contemplan en los artículos 19 N° 24 inciso décimo de la Carta Fundamental, 3° inciso 4° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 7° del Código de Minería.

(...)

Octavo: Que en conformidad a lo que se ha razonado, se hace indispensable, entonces, definir los derechos que otorga al minero su concesión, en la especie, pertenencia, por cuanto, determinados éstos, podrá establecerse el objeto de la protección constitucional. Al respecto, de acuerdo a los artículos 2° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 2° del Código de Minería, resulta que la pertenencia es un derecho

¹⁶ Compañía Minera Tocopilla S.A. con Gasoducto (2000).

real inmueble, y conforme a la disposición contenida en el artículo 91 del mismo Código, es la sentencia judicial inscrita la que crea ese derecho real que, separado e independiente del dominio del suelo, permite ejercer a su titular los derechos pertinentes. Ahora, tales derechos se encuentran consagrados en los artículos 8° inciso final, 9° y 11 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y 94, 110 y 116 del Código de Minería. Tales son, en términos generales: derecho exclusivo a explorar y explotar, con las limitaciones pertinentes; derecho a imponer servidumbres sobre los predios superficiales y sobre otras concesiones mineras; derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la pertenencia, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración o explotación y de beneficio que puedan realizarse; derecho a ser indemnizado en caso de expropiación; derecho a visitar labores mineras que puedan afectar los derechos del concesionario y derecho a defender su concesión.

(...)

Décimo: Que siguiendo la línea de análisis consignada precedentemente, ha de establecerse, por otro lado, que el minero tiene también un derecho de dominio sobre las facultades que emanan de la concesión minera, pero en cuanto facultades, esto es potestad o poder, las que también son susceptibles del amparo constitucional, en la medida que, en el caso, se hubiera acreditado el ejercicio efectivo de las mismas, es decir, de la realización de la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica el otorgamiento de la concesión minera y que tales facultades pudieran ser conculcadas por la construcción del ducto que se ha denunciado, cuyo no es el caso, por cuanto tal presupuesto no aparece recogido en el fallo impugnado.

De esta jurisprudencia se pueden deducir varios principios: i) la sola extracción de minerales concesibles por un concesionario minero (o, por extensión, de minerales no concesibles por el Estado o el titular de un CEOL o de una concesión administrativa) no implica una afectación de la garantía constitucional de otro concesionario minero; ii) para que opere la protección constitucional el concesionario minero deberá acreditar que su derecho de

explotar se ha visto afectado directamente por la extracción que está efectuando un tercero (el Estado, sus empresas o el titular de CEOL, en el caso que nos ocupa). O sea, tendrá que acreditar el vínculo causal entre la extracción que hace el tercero y la afectación de su derecho; iii) el concesionario minero tendrá también que acreditar que la extracción que está haciendo el tercero no es legítima, ya que afecta su derecho; iv) deberá asimismo probar que el perjuicio es actual y efectivo¹⁷; y v) tendrá que acreditar además que está haciendo ejercicio efectivo de los derechos que otorga su concesión minera, o sea estar explorando o explotando los minerales dentro de los límites de la concesión minera.

Como puede observarse, hay un problema de prueba significativo para quien quiera invocar una vulneración o afectación a la garantía constitucional. Desde esa perspectiva, es difícil creer que un recurso de protección, o uno de amparo económico, sean medios idóneos para defender esos derechos, sino que más bien una acción de lato conocimiento (como una denuncia de obra nueva, o una acción ordinaria de indemnización de perjuicios) parece ser el mecanismo más apropiado. Con todo, no es descartable que pueda producirse esa prueba y cumplirse con los demás requisitos que hemos mencionado antes.

b) Acciones legales

El artículo 9° de la LOCCM establece el derecho del concesionario a defender su concesión por todos los medios que franquea la ley, tanto respecto del Estado como de particulares, tales como ejercer acciones reivindicatorias, posesorias¹⁸, e indemnizatorias, e impetrar las medidas conservativas, especialmente el

¹⁷ En este sentido una norma aplicable para determinar los eventuales perjuicios que se le puedan ocasionar a un concesionario minero se encuentra en el artículo 11 N° 3 de la Ley N° 18.097 de 1982: "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."

¹⁸ Estas corresponden a aquellas que conforme al artículo 916 del Código Civil "tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos".

derecho de visita de las labores mineras que pudieren afectarlo.

De todas las acciones mencionadas, quizás el concesionario minero se vea tentado a interponer acciones posesorias en contra del Estado, la empresa del Estado o del titular del CEOL que esté explorando o explotado litio (en particular, la denominada “denuncia de obra nueva”), pero dificultamos que cumpla con los requisitos legales que debiera cumplir para siquiera admitirse a tramitación, partiendo por ser poseedor del derecho a explorar o explotar el litio, pues, como se expuso antes, el litio es una sustancia mineral inconcesible y reservada al Estado desde el año 1979, salvo ciertas excepciones. A mayor abundamiento, una reciente modificación al artículo 94 del Código de Minería incorporó requisitos adicionales de procedencia para las acciones posesorias por parte de concesionarios mineros contra el dueño, poseedor o mero tenedor del predio superficial que comprende total o parcialmente su concesión.

Por otro lado, el artículo 108 del CM establece que el titular de una pertenencia solo puede oponerse a las labores mineras que dentro de los límites de su respectiva concesión pretenda ejecutar el titular de otra concesión cuya manifestación sea posterior a la suya.

Esta acción del artículo 108, que la denominamos “para repeler al intruso”, solo se puede interponer por un concesionario respecto de otro, cual no es el caso que estamos discutiendo y por consiguiente no es posible hacer uso de ella.

c) *Derecho a explotar y hacerse dueño de sustancias concesibles*

El artículo 11 números 1 y 2 de la LOCCM confiere al concesionario de explotación los derechos de explotar libremente los minerales concesibles (lo que incluye el litio en ciertos casos¹⁹) y hacerse dueño de los que extraiga. En este mismo sentido, el artículo 116 del CM establece el derecho del concesionario para explotar libremente su pertenencia, haciéndose dueño de todas las sustancias minerales concesibles que extraiga dentro de los límites de su concesión, señalando que se entenderán extraídas las sustancias desde su separación del depósito natural del cual forman parte.

Lo anterior deja establecido que antes de la extracción de los minerales concesibles

¹⁹ Ver nota número 2.

el concesionario minero no es dueño de tales minerales, es decir, no tiene el dominio de los minerales *in situ*²⁰.

Conforme a la opinión de la doctrina mayoritaria, el Estado tendría respecto de las sustancias minerales concesibles un dominio que no es de carácter patrimonial, sino especial o *sui generis*, por lo tanto, no podría afectar ni disponer, como dueño en el sentido patrimonial civil, de las sustancias minerales contenidas dentro de los límites de una concesión minera válidamente constituida.

A su turno, el artículo 107 del CM dispone que desde que queda constituida la pertenencia, su titular se encuentra autorizado para realizar los trabajos que estime necesarios para la explotación de la mina.

d) *Aguas del minero*

Por su parte, el artículo 110 del CM, establece que las aguas halladas fortuitamente (esto es, no buscadas) y con ocasión de las labores mineras de una concesión²¹ son del dominio del titular de la concesión por el sólo ministerio de la ley, en la medida que dichas aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, derecho que es inseparable de la concesión minera y se extingue junto con ella.

Este derecho de aprovechamiento legal no significa que su titular sea dueño del agua sino en cuanto la halle fortuitamente y la utilice para la exploración, explotación y/o beneficio de los minerales de la concesión de la cual proviene.

4. Coexistencia de sustancias minerales

La distinción entre tipos de sustancias referida más arriba es, como es obvio, puramente legal, pues en su estado natural un yacimiento contiene todo tipo de sustancias minerales, mezcladas entre sí.

²⁰ Confirma esta tesis la naturaleza jurídica del contrato de compraventa de minerales *in situ*. Por remisión del artículo 167 del Código de Minería, este contrato se encuentra regulado por el derecho común. Los artículos 1701 (contrato de compraventa) y 1813 del Código Civil (venta de cosas que no existen, pero se espera que existan) serían aplicables a esta compraventa y, en síntesis, su naturaleza jurídica sería la de un contrato mediante el cual los minerales ingresan al patrimonio del vendedor y se produce la tradición de estos en el momento mismo en que el comprador los extrae, es decir, antes de la extracción el vendedor no es dueño de los minerales vendidos.

²¹ PÉREZ y ABOGABIR 2017.

La legislación minera reconoce expresamente lo anterior y regula las consecuencias de esa coexistencia en los artículos 15 y 16 LOCCM y, de manera más particular, en el artículo 9° CM.

En efecto, el artículo 16 LOCCM dispone que la existencia de sustancias no concesibles en un yacimiento no impide que se constituya una concesión minera sobre el mismo, respecto de las sustancias concesibles. La misma norma precisa, en el inciso segundo, que la concesión minera no habilita a su titular para apropiarse de las sustancias no concesibles con presencia significativa²², de las cuales el Estado puede tomar posesión conforme a lo que dispone el CM.

Conforme a ese mandato, el artículo 9° reitera que puede constituirse una concesión minera sobre un yacimiento, aunque éste contenga también sustancias no concesibles, y establece el deber del concesionario minero de comunicar al Estado la existencia de sustancias no concesibles, para que a su vez el Estado pueda ejercer su facultad de exigir la entrega de las sustancias no concesibles que tengan presencia significativa, previo reembolso y pago de ciertos gastos y pago de indemnizaciones.

Por su parte, el artículo 3° transitorio del CM regula los deberes de entrega y reembolso recíprocos que tienen los titulares de concesiones mineras o concesiones administrativas que coexistan en un mismo terreno, a consecuencia de la denominada "superposición legítima" que se producía por lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, o bien por las demás normas transitorias del propio CM.

Sobre todas estas normas del CM volveremos más en detalle en el capítulo siguiente.

II. Respuesta a las preguntas planteadas

La legislación minera no se refiere a los deberes que podría tener el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL para con los concesionarios mineros cuando, en el ejercicio de

sus facultades legales de explorar y explotar sustancias minerales no concesibles –litio, por ejemplo– se encuentra con sustancias minerales concesibles que dichos concesionarios mineros tienen derecho a explorar, explotar y hacerse dueños.

Esta falta de regulación positiva para el caso particular que nos ocupa no puede devenir en la inoperatividad de las normas constitucionales y legales que habilitan el aprovechamiento de sustancias minerales no concesibles. Se trata de una deficiencia normativa que es relevante para el derecho²³, cuya solución jurídica es indispensable²⁴. Por ello, estimamos que dicha laguna puede suplirse por aplicación de principios generales de la legislación y por aplicación analógica de las normas del CM referidas en el capítulo anterior.

1. Lagunas legales, integración del derecho y analogía jurídica.

El concepto de laguna o vacío legal ha sido ampliamente desarrollado en doctrina. La posición mayoritaria entiende que hay una laguna o vacío en la ley cuando falta una norma positiva para una situación determinada²⁵, pero también se ha asimilado a la ausencia de norma expresa la existencia de dos normas en insalvable contradicción²⁶ y la ausencia de una norma "justa" o deseable (denominadas "*lagunas ideológicas*"²⁷). Ciertos autores se han referido a un criterio valorativo, que reconoce que la norma existente es textualmente clara, pero omite considerar escenarios que "debería" haber considerado²⁸.

Para efectos de este trabajo consideraremos la laguna o vacío legal en su sentido más neutro, es decir, como la ausencia de una norma positiva para un caso determinado y, más concretamente, porque el legislador no previó su ocurrencia²⁹.

Esta laguna, indica Mujica, se soluciona propiamente mediante un mecanismo de "*integración del derecho*", en oposición a la interpretación, pues esta última "*tiene por objeto determinar la verdadera voluntad legislativa, necesita que exista dicha voluntad y*

²² El artículo 15 de la Ley N° 18.097 de 1982 señala que una sustancia tiene presencia significativa cuando es susceptible de ser reducida desde un punto de vista técnico y económico. El artículo 12 Código de Minería, por su parte, complementa lo anterior señalando que una sustancia tiene presencia significativa cuando es susceptible de ser reducida o separada desde un punto de vista técnico y económico, cuando el mayor costo total que impliquen su recuperación mediante procedimientos técnicos de probada aplicación, su comercialización y su entrega, es inferior al valor comercial.

²³ SQUELLA 2011, 674.

²⁴ FIGUEROA 2010, 149.

²⁵ FIGUEROA 2010; RIVERA 2019.

²⁶ MUJICA 2010, 902.

²⁷ BOBBIO 2023, 217.

²⁸ SHECAIRA y STRUCHINER 2023, 102.

²⁹ FIGUEROA 2010, 147.

que haya, por lo tanto, ley que deba interpretarse"³⁰.

La integración del derecho, en consecuencia, consiste en "una actividad a la que el intérprete de la ley, en especial los jueces, se ven compelidos por falta de ley, es decir, cuando teniendo que conocer y resolver un determinado asunto, se encuentran con que el derecho ha callado acerca de él, y por tanto, no provee solución jurídica para el mismo"³¹. Este proceso integrador, a su vez, admite dos métodos, que Bobbio, siguiendo las denominaciones de Carnelutti, identifica como heterointegración y autointegración³².

El primero de ellos, consiste en recurrir a ordenamientos diversos o fuentes distintas de la dominante –la ley, comúnmente–, mientras que la autointegración consiste en buscar soluciones dentro de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos, o apenas haciéndolo, lo que a su vez supone valerse de la analogía y los principios generales del derecho³³.

Así, la analogía jurídica, como método de integración del derecho, consiste en aplicar a una situación no prevista por la ley la solución prevista para otro similar "por entender que existe una razón de justicia para ello, o, cuando menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso previsto"³⁴. Como indica Coviello, citado en Figueroa³⁵, la analogía no tiene como fundamento la presunción de voluntad del legislador, sino que "es más bien el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes".

De lo anterior se concluye que la analogía jurídica opera sobre la base de los siguientes presupuestos: i) un caso jurídicamente relevante de la vida social que no se encuentra previsto ni regulado por la ley; ii) un caso similar, si bien no idéntico al anterior, que sí se encuentra previsto y regulado por la ley; iii) existencia de una semejanza relevante entre ambos casos, y iv) posibilidad de ofrecer una razón de justicia, o cualquier otro motivo plausible, que haga aconsejable trasladar al caso no previsto ni regulado la solución contemplada para el caso previsto y regulado.

³⁰ MUJICA 2010, 902.

³¹ SQUELLA 2011, 664.

³² BOBBIO 2023, 222.

³³ Ibid.

³⁴ SQUELLA 2011, 676

³⁵ FIGUEROA 2010, 148-149.

En cuanto al tercer supuesto, la existencia de una semejanza relevante entre el caso previsto y el no previsto, Coviello, citado en Figueroa³⁶ indica que el elemento de identidad debe ser

aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para establecer una determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada. Sólo cuando se encuentre este elemento de hecho que ha sido la causa de la disposición legislativa, se puede con seguridad argumentar por analogía, conforme al principio ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio.

Por último, notamos que la doctrina atribuye el ejercicio de integración del derecho principalmente a la labor jurisdiccional de un tribunal llamado a resolver un determinado conflicto sin que exista disposición legal que lo regule³⁷, en consideración al denominado "principio de inexcusabilidad" contenido en el artículo 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, y el artículo 170 número 5 del Código de Procedimiento Civil relativo al contenido de las sentencias judiciales, en cuanto exige la enunciación de las leyes y, en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

A su vez, la integración que hace el tribunal se materializa por aplicación de los principios generales de la legislación a que se refiere el artículo 24 del Código Civil –prohibición del enriquecimiento sin causa, protección de la buena fe y sanción de la mala fe, irretroactividad de la ley, por señalar algunos³⁸– y por aplicación por analogía de situaciones jurídicas similares. Ambos, principios generales o analogía, "serán el fundamento de la razón de equidad que, a su vez, será el fundamento del fallo"³⁹.

No obstante, sostenemos que los principios generales de la legislación y las normas del CM a que nos referimos a continuación constituyen propiamente estándares de conducta que son aplicables al legítimo ejercicio de los derechos constitucionales y legales que tiene el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL respecto al aprovechamiento de sustancias minerales no concesibles, pues en caso contrario tales derechos devendrían en inope-

³⁶ Ibid.

³⁷ Ducci 1977, 57.

³⁸ Ducci 1979, 154-155.

³⁹ Ducci 1979, 60.

rantes. Naturalmente, en caso de producirse un conflicto judicial, el tribunal competente deberá declarar que se han incumplido tales deberes de conducta, aun tratándose de una situación expresamente no prevista por la ley. Ello, por cuanto los principios generales de la legislación –en particular aquel que prohíbe el enriquecimiento ilícito, que informa las normas del CM aplicables al caso que nos ocupa– son una *“real fuente directa de derechos y obligaciones, plenamente exigibles por los miembros de una relación intersubjetiva”*⁴⁰; mientras que la aplicación por analogía *“constituye un medio natural de integración del Derecho y una necesidad ineludible frente a los vacíos o lagunas, por lo cual va implícita en todo ordenamiento Jurídico”*⁴¹, y sólo tiene como límite el sentido y espíritu de las normas a que se aplica, debiendo *“detenerse, por tanto, allí donde, en caso de continuar, se daría lugar a la creación de una norma substancialmente nueva y distinta”*⁴².

2. Contratos especiales de operación y concesiones mineras

Como se adelantó, los conflictos de hecho que pueden surgir entre el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, y los concesionarios mineros que coexistan en el área respectiva no se encuentran previstos y, por lo tanto, resueltos expresamente por la legislación minera. Por ausencia de casos prácticos, la doctrina y la jurisprudencia tampoco han llegado a pronunciarse respecto a este tema en particular. Sin embargo, a propósito de la relación (y potencial conflicto) entre concesionarios mineros y contratos especiales de operación de hidrocarburos, se ha dicho que no hay impedimento jurídico para que ellos coexistan en una misma área, pues tienen diversos objetos, lo cual sin embargo no supone que no exista una incompatibilidad fáctica entre los distintos proyectos⁴³. La solución en esos casos ha sido incluir en los contratos respectivos que éstos se otorgan *“sin perjuicio de los derechos de terceros”*⁴⁴.

Este razonamiento sobre ausencia de conflicto jurídico en contraposición a la incompatibilidad fáctica es perfectamente aplicable al conflicto que nos ocupa. El CEOL tiene por objeto explorar y extraer litio, mientras que una concesión minera, en general, tiene por objeto sólo las sustancias concesibles.

En cambio, la inclusión de una cláusula de resguardo de los derechos de terceros en un CEOL, como tienen los contratos de operación petrolera, es una solución aparente que no resuelve el problema de fondo, en ninguno de los dos casos (hidrocarburos y litio), principalmente porque un contrato por esencia no puede afectar los derechos de terceros que no son parte de este, sea que se incluya o no una declaración en tal sentido.

3. Normas y principios aplicables por analogía

Según se adelantó en el capítulo anterior, en lo que interesa a este trabajo, la legislación minera regula expresamente las siguientes situaciones: (i) la obligación de concesionarios mineros de comunicar al Estado la existencia de sustancias no concesibles; (ii) la obligación de concesionarios mineros de entregar sustancias no concesibles con presencia significativa al Estado; y (iii) la obligación de entrega recíproca de sustancias minerales concesibles que extraigan concesionarios mineros legítimamente superpuestos.

Todas esas normas nos parecen aplicables por analogía, conforme al artículo 22 del Código Civil, al aprovechamiento de sustancias no concesibles por el Estado o sus empresas, o el titular de un CEOL, ya que todas tienen la misma lógica detrás (*ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*): el concesionario (o explotador) de sustancias minerales a las que no tiene derecho a apropiarse, debe notificar la existencia de ellas y entregarlas a quien sí tiene derecho a las mismas, a cambio del reembolso de los gastos y el pago de las indemnizaciones que procedan.

Todas estas regulaciones, a su vez, están informadas por la extensión a la legislación minera del principio general del Derecho Civil chileno que prohíbe el enriquecimiento sin causa, y que se traduce en *“dotar a la víctima de una acción para obtener la reparación contra el injustamente enriquecido y reputar el enriquecimiento sin causa como una fuente de las obligaciones. Esta acción se denomina de in rem verso”*⁴⁵.

En cuanto a los efectos de esta acción, consisten en obtener el reembolso de aquello en lo que el demandado se ha enriquecido, pero limitado al valor de lo que el demandante se ha empobrecido⁴⁶, y que en el caso de los

⁴⁰ BOETSCH 2015, 16.

⁴¹ MUJICA 2010, 906.

⁴² DEL VECCHIO 2023, 47.

⁴³ VERGARA 2010, 663 y 664.

⁴⁴ VERGARA 2010, 663 y 664.

⁴⁵ MEZA 2006, 320-321.

⁴⁶ MEZA 2006, 323.

concesionarios mineros se traduciría en demandar el pago del valor de mercado de las sustancias concesibles extraídas por el Estado, reembolsando a este último los costos de extracción y procesamiento en que hubiere incurrido.

En un caso más extremo, casi improbable, en que el concesionario minero llegara a acreditar que en la práctica ha sufrido una expropiación de su concesión minera, el monto de la indemnización sería el valor comercial de la concesión, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 11 N° 3 de la LOCCM, disposición que, como se expuso más arriba, establece que la carga de la prueba recae en el concesionario minero.

a) *Obligación de comunicar al Estado la existencia de sustancias minerales no concesibles*

El artículo 16 de la LOCCM dispone que la existencia de sustancias no concesibles en un yacimiento no impide que se constituya concesión minera sobre las sustancias existentes en el mismo, y que la concesión minera no habilita a su titular a apropiarse de tales sustancias no concesibles, pudiendo el Estado tomar posesión de ellas con arreglo a lo que disponga el Código de Minería.

En ese sentido, el artículo 8° del CM establece que la exploración o explotación de sustancias no concesibles puede ejecutarse directamente por el Estado o sus empresas, o por particulares mediante concesiones administrativas y contratos especiales de operación. Por su parte, el artículo 9° del CM establece la obligación de los concesionarios mineros de comunicar al Estado la existencia de sustancias mineras no concesibles que se encuentren durante la exploración, explotación o beneficio de sus pertenencias (la Comisión Chilena de Energía Nuclear en el caso del litio, y el Ministerio de Minería en el caso de los hidrocarburos líquidos y gaseosos).

El incumplimiento a la obligación de informar se sanciona con una multa a beneficio fiscal, equivalente al valor de mercado de los productos⁴⁷.

b) *Obligación de entregar al Estado, o enajenar por cuenta de él, las sustancias no concesibles*

Habiendo recibido la comunicación referida en el párrafo anterior, el Estado puede exigir la reducción o separación de las sustancias no

concesibles que tengan presencia significativa, para que le sean entregadas o enajenadas por cuenta de él. El Estado, a su vez, debe reembolsar, antes de la entrega, los gastos en que incurra el concesionario minero para efectuar la reducción o separación y entrega, y costear las modificaciones y obras complementarias que sea necesario realizar con tal propósito, además de indemnizar los perjuicios que se ocasionen con motivo de esas modificaciones y obras complementarias.

Mientras el Estado no exija la separación o reducción y entrega de las sustancias no concesibles, agrega el artículo 9° del CM, se presumirá de derecho que ellas no tienen presencia significativa en los productos mineros y, consecuentemente, el concesionario minero puede apropiarse de ellas.

El incumplimiento de la obligación de entregar al Estado las sustancias no concesibles, o de enajenarlas por cuenta de este, también se sanciona con una multa a beneficio fiscal equivalente al valor de mercado de los productos.

A modo de resumen de lo que dispone el artículo 9° del CM y aplicando éste analógicamente a la situación que hemos planteado, tenemos que el Estado -o, en el caso que nos ocupa, el titular de un CEOL- debe comunicar a los concesionarios mineros cuando se encuentren sustancias concesibles como consecuencia de la extracción de salmueras o explotación a rajo abierto de litio, y la notificación debe hacerse con el fin de que tales concesionarios mineros puedan exigir la separación o reducción de las sustancias concesibles que tengan presencia significativa para que les sean entregadas o enajenadas por cuenta de ellos, debiendo a su vez los concesionarios mineros reembolsar previamente los gastos e inversiones que requiera la separación o reducción y entrega, así como costear las modificaciones y obras complementarias que sea necesario realizar con tal propósito, además de indemnizar los perjuicios que se produzcan.

Si el concesionario nada dice o bien se niega a pagar los gastos, inversiones e indemnizaciones correspondientes, estimamos, sin embargo, que la presunción de derecho que contiene el artículo 9° del CM, que permite la apropiación legítima del concesionario minero de la sustancia inconcesible, no se aplica en este caso y, por lo tanto, no podría el titular del CEOL apropiarse de las sustancias concesibles. Las presunciones de derecho requieren texto expreso y, por consiguiente, no admiten

⁴⁷ Código de Minería. Artículo 9° y 11.

aplicación por analogía. Así se desprende del artículo 47 inciso final del Código Civil⁴⁸.

A mayor abundamiento, la presunción de derecho del artículo 9° del CM constituye, además, el título de dominio del concesionario minero sobre las sustancias no concesibles; título de dominio que emana de la ley y, en cuanto tal, tampoco admitiría aplicación por analogía, particularmente si la CPR y la legislación minera han definido y delimitado claramente el dominio sobre las diversas sustancias minerales.

Como no procede aplicar la presunción legal contenida en el artículo 9° del CM por las razones expuestas, el silencio o negativa del concesionario minero deberá regularse, también por analogía, conforme a los principios contenidos en el artículo 3° Transitorio del CM, explicado a continuación, aun cuando ese artículo se aplica especialmente para el caso de la ejecución simultánea de labores mineros por dos concesionarios.

c) Obligación recíproca de entrega de minerales entre concesionarios mineros

Conforme al artículo 3° Transitorio del CM, cuando se haya producido una superposición de concesiones mineras por aplicación de los artículos 82 y 83 del Código de Minería de 1932, o bien de los demás artículos transitorios del CM, los concesionarios mineros deben entregarse recíprocamente las sustancias que a cada uno correspondan y que extraigan en sus respectivas labores. Cada uno debe soportar los gastos de extracción propios y los gastos e inversiones que demande la separación de sus minerales de los del explotador. La separación la hará el explotador en la medida de las necesidades de su producción y sin que ésta sufra perjuicio, y si el dueño se niega a costear previamente esos gastos e inversiones, perderá el derecho a reclamar las sustancias que le correspondan y el explotador las hará suyas gratuitamente.

La misma norma dispone que las dificultades que se susciten entre concesionarios mineros con ocasión de la aplicación de lo dispuesto en ella, o con motivo de sus respectivas labores mineras, se someterán a la decisión de un árbitro mixto (arbitrador en cuanto al procedimiento, de derecho en la dictación

de la sentencia). Es decir, corresponde a uno de los casos de arbitraje forzoso.

Aplicando lo anterior por analogía al caso que nos ocupa, tenemos que, si el concesionario minero y el titular del CEOL están efectuando labores mineras simultáneamente, el titular del CEOL y el o los concesionarios mineros deberán entregarse recíprocamente las sustancias que a cada uno correspondan y que extraigan en sus respectivas labores. Cada uno debe soportar los gastos de extracción propios, y los gastos e inversiones que demande la separación de sus minerales de los del explotador. La separación la hará el explotador en la medida de las necesidades de su producción y sin que ésta sufra perjuicio, y si el dueño (el concesionario minero) se niega a costear previamente esos gastos e inversiones, perderá el derecho a reclamar las sustancias que le correspondan y el explotador (es decir, el titular del CEOL) las hará suyas gratuitamente.

Esta parte final del inciso primero del artículo 3° Transitorio del CM, que otorga un título de dominio sobre las sustancias concesibles que pertenecen a otro concesionario minero, cuando este último se niega a pagar previamente los gastos e inversiones asociados a la separación y entrega, opera como una multa o penalidad basada en la prohibición del enriquecimiento ilícito, por lo que nos parece perfectamente aplicable al caso que nos ocupa. Esta misma norma, como dijimos más arriba, se deberá aplicar al caso del concesionario minero que nada dice o se niega a pagar los gastos, inversiones e indemnizaciones correspondientes por los minerales concesibles que extraiga el titular del CEOL.

Para hacer efectiva esta multa y adquirir las sustancias concesibles, el titular del CEOL deberá establecer prudencialmente un plazo para que el concesionario minero exija la entrega de las sustancias a que tiene derecho y/o pague los gastos e indemnizaciones que sean procedentes. Alternativamente, el titular del CEOL podrá recurrir al juez competente, conforme a lo que se señala a continuación, para que determine ese plazo.

Asimismo, estimamos que los conflictos entre el titular del CEOL y el concesionario minero se resolverán por la justicia ordinaria, y no por arbitraje como prevé el inciso segundo del artículo 3° Transitorio del CM. Sin embargo, ese inciso contiene un principio que deberá ser igualmente observado por el juez ordinario, en el sentido de preferir aquellas labores que revistan mayor significancia econó-

⁴⁸ "Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias." (Énfasis agregado).

mica y social global. En efecto, los proyectos de explotación de litio que desarrollará cada titular de un CEOL se enmarcan en la Política Nacional del Litio y Gobernanza de los Salares y en la Estrategia Nacional del Litio, que encomendaron a las empresas del Estado asumir un rol activo en esta industria en beneficio de todos los chilenos. Por lo tanto, creemos que ante un conflicto por las labores mineras que el concesionario minero y el titular del CEOL se encuentren ejecutando, las operaciones de litio debieran ocupar un lugar preferente, por tratarse de una sustancia mineral no concesible que es de todos los chilenos, de una cada vez más creciente importancia económica por la demanda a nivel mundial y cuyo desarrollo obedece a una política pública. En todo caso, esta prevalencia de el o los proyectos que se ejecuten en virtud del CEOL podría implicar indemnizar al concesionario minero que acredite perjuicios por la postergación de sus labores.

d) *Artículo 56 del Código de Aguas*

Como señalamos al comienzo, la explotación de litio puede efectuarse mediante la extracción de salmueras, o bien mediante una explotación a rajo abierto.

Conforme al artículo 19 N° 24, inciso 6°, de la CPR, el Estado tiene el dominio de todas las minas, comprendiéndose entre ellas, en forma expresa, a los salares. El concesionario se encuentra habilitado para extraer las aguas del salar para arrancar el mineral, bajo el amparo de su pertenencia, porque no se aprovecha el agua en cuanto a tal, sino en la medida impuesta para ejercer los derechos derivados de su pertenencia, en orden a apropiarse de los minerales⁴⁹. Por ello, la extracción de salmueras no requiere constituir derechos de aprovechamiento de aguas. Por su parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 110 del CM, el concesionario minero tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas que halle en sus labores mineras, en la medida que esas aguas sean necesarias para esas labores. El mismo derecho está reconocido en el artículo 56 bis del Código de Aguas, que agrega la obligación de informar su hallazgo a la Dirección General de Aguas.

Por otro lado, el artículo 56 del Código de Aguas dispone que:

Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos de

subsistencia, aunque de ello resulte menguarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegar lo.

Mencionamos este artículo 56 porque dispone sobre una materia en una forma que podría servir de base como un principio de derecho aplicable en la especie que nos ocupa. En efecto, existe jurisprudencia que se ha pronunciado respecto a la aplicación del artículo 56 recién citado, y que, en síntesis, establece un criterio de perjuicio actual, real y efectivo⁵⁰, para que la acción sea procedente. En consecuencia, no basta ser dueño del derecho a extraer las aguas subterráneas comunes con el vecino, quien tiene el mismo derecho, para impedirle a éste su aprovechamiento legítimo, sino que también se requiere que tal aprovechamiento no le reporte utilidad y si se la reporta, que no tenga la entidad del perjuicio que actualmente pudiera producir a su vecino.

Desde el punto de vista doctrinario, desarrollado principalmente respecto del suprimido artículo 945 del Código Civil, y que se refería a esta misma materia, lo que existe es la pugna de derechos de propiedad entre los vecinos para aprovechar el agua común a ambos, lo que debiera resolverse a través de la equidad y teniendo como límite el abuso del derecho: quien ejerce el derecho para construir un pozo dentro de su predio para extraer el agua de un depósito común con la intención de perjudicar a su vecino se verá expuesto a tener que cegar su pozo⁵¹ y, eventualmente, a indemnizar los perjuicios que hu-

⁴⁹ "El Código de Aguas, en cuanto ordena cegar un pozo, sólo es útil para atajar un perjuicio actual, real y efectivo, y no uno futuro o eventual, caso este último que permite el ejercicio de otras acciones y derechos. Procede rechazar aquellas demandas en que el actor no sufre a la fecha de interponerla, ni posteriormente a ella, perjuicio alguno con la existencia de un pozo en el predio del demandado, cuyo cegamiento solicita, y esa acción la apoya en el perjuicio futuro que pueda llegar a sufrir por la pérdida de sus plantaciones por falta de riego, debido a que el pozo de su vecino le impedirá seguir captando en su estanque las aguas necesarias para dicho regadío. El artículo 945 del Código Civil [actual artículo 56 del código de Aguas], que constituye una especie de excepción al derecho de propiedad o dominio, debe ser aplicado e interpretado sin extenderlo más allá de lo que indica su claro tenor literal. Procede por ello rechazar la demanda, si por el solo hecho de cavar el demandado el pozo en su predio, no resulta menguabada el agua con que se alimenta el pozo vertiente del actor." Comentario de doctrina Canihuante, José Mercedes con Ledezma, Rafael (1947), Revista de Derecho y Jurisprudencia 1948, 30.

⁵¹ CLARO 1979, 587.

⁴⁹ Cfr. TALA 1994.

biere ocasionado, cuestiones que en definitiva debieran ser resueltas por el juez.

Esta norma del Código de Aguas, como puede observarse, se refiere a una situación de hecho distinta de la que es objeto de análisis en este trabajo, por cuanto se refiere a un conflicto entre dos usuarios que tienen el mismo título de uso sobre el mismo objeto, esto es, el agua subterránea que puede servir a más de un pozo.

Pero el principio detrás de dicha norma es el mismo que hemos comentado más arriba, que es la prohibición de obtener un beneficio ilícito, es decir, a causa de la afectación de un tercero. Asimismo, los criterios fijados por la jurisprudencia para que la acción proceda son igualmente exigibles al concesionario minero que pretende el resarcimiento de perjuicios causados por la explotación minera que efectúa un tercero con un título legítimo.

e) Procedimiento para solución de conflictos

La aplicación por analogía de las normas referidas en los párrafos anteriores supone la aparente dificultad de determinar la sede jurisdiccional ante la cual someter los conflictos entre el titular de un CEOL y los concesionarios mineros, pues mientras el artículo 3° Transitorio del CM somete las controversias entre concesionarios mineros coexistentes a arbitraje forzoso, el artículo 9° del CM establece como sanción el pago de una multa que es aplicada por un juez de letras, al igual que el artículo 11 de la LOCCM que se refiere al pago de la indemnización por expropiación de una concesión de explotación. Por su parte, en materia de internaciones (artículos 140 y 141) también es competente el juez de letras en lo civil.

El arbitraje es un mecanismo excepcional de solución de controversias en el ordenamiento legal chileno, el que por regla general es voluntario, requiere del acuerdo de las partes en conflicto para sustraer el conocimiento y solución de un litigio de los órganos jurisdiccionales comunes a uno privado⁵². Existen materias respecto de las que la ley prohíbe el arbitraje, como ciertos asuntos en los que el Estado tiene interés (artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales). Por último, también existe el arbitraje forzoso, que se refiere a ciertas materias que por disposición legal expresa deben ser resueltas por árbitros (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales)⁵³.

⁵² ROMERO y DÍAZ 2007, 2.

⁵³ El concepto de arbitraje forzoso se refiere a "un juicio arbitral que es impuesto imperativamente por la ley como

Dentro de estas últimas, el artículo 227 N° 5 se refiere a "los demás (asuntos) que determinen las leyes", como es el caso del artículo 3° transitorio del CM, mientras que el artículo 228 del Código Orgánico de Tribunales dispone expresamente que "fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial".

En consecuencia, siendo el arbitraje forzoso excepcional y de derecho estricto, es decir, que sólo procede en los casos en que la ley lo dispone expresamente, los conflictos que surjan entre el Estado o particulares que aprovechen sustancias no concesibles en virtud de alguno de los títulos que establece la ley, y los concesionarios mineros que se vean afectados con ello, deben necesariamente someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Esta afirmación es aún más evidente a la luz de lo que dispone el artículo 231 inciso 1° del CM: "El juez de letras en lo civil en cuyo territorio jurisdiccional se encuentra ubicado el punto medio señalado en el pedimento o el punto de interés indicado en la manifestación, es competente para conocer de todo asunto, contencioso o no contencioso, atinente al pedimento, la manifestación, la concesión de exploración o la pertenencia." (énfasis agregado)

El hecho que no exista una norma específica o expresa que solucione las controversias a que nos hemos referido, no obsta a su resolución por parte del juez competente, conforme al principio de inexcusabilidad con-

el único procedimiento para resolver determinados litigios", en que dicha imposición del legislador se sustenta en que hay controversias por cuya naturaleza "es preferible someter(las) a jueces de toda confianza de los interesados, que ni estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto" (AYLWIN 2020, 81). Si el arbitraje ya es excepcional, pues requiere acuerdo de las partes, el arbitraje forzoso es aún más excepcional, aplicable sólo a las materias taxativamente señaladas en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales. No obstante, la misma norma permite que el arbitraje forzoso se establecido por ley para otros casos, y a este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el legislador ha obrado dentro de su esfera de atribuciones al establecer que ciertas discrepancias sean resueltas por jueces árbitros, "atendido que esa fórmula contribuye a obtener una solución expedita y eficiente de dichos conflictos" y que ello se ha hecho con anterioridad por los poderes colegisladores, quienes "en el ámbito de sus atribuciones propias, han privilegiado la especialidad técnica, la experiencia en ciertas áreas y la rapidez con que deben resolverse las controversias, en sectores donde este tipo de resoluciones deben adoptarse teniendo en cuenta el dinamismo de los mercados y de los procesos de inversión" (Sentencia TC Rol N° 2338 (2012)).

tenido en el artículo 76 inciso 2° de la CPR y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

III. CEOL de Salar de Maricunga SpA

El contrato especial de operación de yacimientos de litio celebrado entre el Estado y Salar de Maricunga SpA, filial de Codelco, es el único en su especie. De acuerdo a lo establecido en su artículo 2, el contrato tiene por objeto *"realizar, llevar a cabo y desarrollar en forma exclusiva, toda clase de actividades y labores de exploración, sobre las Sustancias de Litio ubicadas en el Área CEOL, como operaciones de explotación y beneficio sobre las Sustancias de Litio ubicadas en el Área CEOL, a cambio de una retribución y sujeto a un pago específico..."*.

Precisamente por el tenor literal del objeto del contrato, éste fue objeto de acciones judiciales por parte de terceros que estimaron vulneradas sus garantías constitucionales como titulares de concesiones mineras. Ninguna de estas acciones fue acogida, porque los recurrentes se desistieron de ellas antes que el tribunal competente se pronunciara sobre el fondo, pero en este capítulo nos referiremos brevemente a los principales argumentos que se invocaron en tales acciones, así como a las defensas expuestas por el Estado.

1. Recurso de Protección

Un grupo de sociedades legales mineras interpuso un recurso de protección contra la Resolución N° 2 de 2018 del Ministerio de Minería, que aprobó el CEOL de Salar de Maricunga SpA y dispuso su remisión a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón⁵⁴.

La resolución recurrida fue dejada sin efecto de oficio por el Ministerio de Minería, mediante la Res. Ex. N° 2941 de junio 2019 que aprobó el CEOL de Salar de Maricunga SpA y sus modificaciones, lo que motivó el desistimiento del recurso de protección antes que hubiera sentencia definitiva.

En lo que interesa a este trabajo, los recurrentes invocaron una vulneración a la garantía constitucional del derecho de propiedad y de no discriminación en materia económica, en el entendido que *"el efecto (del CEOL) sería una primacía y prevalencia a la extracción de litio, por sobre las sustancias concesibles existentes en las mismas, lo que constituye un abierto desconocimiento del derecho de*

*propiedad y de los atributos del dominio de la cual gozan los actuales propietarios..."*⁵⁵

Así, los recurrentes invocaron una contradicción entre el objeto del CEOL y el artículo 6 de la LOCCM, que se refiere a la privación de las facultados de iniciar o continuar la exploración, extracción y apropiación de sustancias minerales concesibles.

Entre otras defensas formales y de fondo, el Fisco sostuvo que el derecho de propiedad que consagra la CPR se extiende "únicamente" a la concesión minera respectiva, y no a las sustancias concesibles que existen dentro de ella sino hasta que éstas se extraigan. Con todo, los términos y condiciones del CEOL no impiden el derecho de propiedad sobre las concesiones mineras de los recurrentes, por lo que no es efectivo que haya una primacía y prevalencia de la extracción de litio por sobre las sustancias concesibles.

Resulta particularmente relevante, para los efectos de este artículo, destacar que el Fisco señaló expresamente que el artículo 3° transitorio del CM *"establece los criterios generales, a los que puede recurrirse para efectos de resolver entonces una controversia antes aludida"*⁵⁶.

2. Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

En el marco del recurso de protección, las sociedades legales mineras recurrentes interpusieron un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 9 inciso 2° del CM y 16 inciso 2° de la LOCCM, argumentando que las referidas normas no contienen un título habilitante válido para que el Estado aproveche el litio⁵⁷.

El requerimiento fue rechazado por el Tribunal Constitucional, porque el artículo 9° del CM no resultaba decisivo para la resolución del recurso de protección, ya que ni siquiera fue invocada esa norma en el referido recurso⁵⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma sentencia el Tribunal Constitucional se refirió a las alegaciones de fondo vertidas por los requerientes, que eran en su mayoría una réplica de las alegaciones contenidas en el recurso de protección. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tal sentido son sumamente relevantes para el presente trabajo, pues de

⁵⁴ Zapata con Ministerio de Minería (2019).

⁵⁵ Recurso de Protección, pág. 7.

⁵⁶ Informe del Consejo de Defensa del Estado, pág. 17.

⁵⁷ Sentencia TC Rol N° 4716-18 (2019).

⁵⁸ Sentencia TC Rol N° 4716-18 (2019).

cierta forma sustentan lo que hemos sostenido en el capítulo anterior.

Así, por ejemplo, el referido tribunal sostuvo que el artículo 9° del CM busca resguardar los derechos de los concesionarios mineros al permitir que coexista la extracción de sustancias concesibles con las de las no concesibles, por las disposiciones sobre reembolso y resolución de discrepancias por el juez respectivo⁵⁹, y que la misma norma no puede vulnerar el derecho de propiedad, por cuanto está destinada a resolver conflictos en el ejercicio de dicho derecho en un mismo yacimiento donde existan sustancias no concesibles, velando por el resguardo patrimonial del concesionario minero. Tanto así, que la referida norma establece la potestad de retener las sustancias concesibles, reconociendo, por lo tanto, a los concesionarios su derecho de propiedad sobre dichas sustancias al establecer un mecanismo especial de protección de tal derecho.⁶⁰

Conclusiones

No existe norma en nuestro ordenamiento jurídico minero que se refiera a las obligaciones o deberes que tiene el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, para con los concesionarios mineros coexistentes en el área del CEOL, como sí ocurre a la inversa, esto es, con las obligaciones que tienen los concesionarios mineros de entregar al Estado, o a terceros, las sustancias minerales que extraigan con ocasión de sus labores y a las cuales no tengan derecho a hacerse dueños conforme a la ley.

Si producto de la explotación que desarrolla el Estado o el titular de un CEOL se extraen sustancias minerales concesibles que pertenecen a concesionarios mineros, ello no significa necesariamente que se esté afectando el derecho exclusivo a explorar o explotar que tiene el concesionario minero coexistente que no explora o explota actualmente su concesión. Si bien este último podrá estimar que se están afectando sus derechos como concesionario, deberá así probarlo. Ésta prueba debiera recaer en el hecho que el ejercicio de los derechos que confiere la CPR y la ley al Estado o sus empresas, o el CEOL a su titular, está provocándole actualmente un perjuicio o que se están afectando los atributos esenciales de su derecho.

La ausencia de regulación expresa relativa a las obligaciones o deberes que tiene el Estado, sus empresas o el titular de un CEOL, para con los concesionarios mineros, constituye una laguna o vacío legal, pues esa ausencia de regulación es relevante para el derecho y su solución es necesaria.

Los vacíos o lagunas legales se suplen mediante la integración del derecho, esto es, buscando soluciones a las situaciones no previstas dentro del mismo ordenamiento jurídico. Concretamente, mediante la aplicación por analogía de las normas existentes y de los principios generales del derecho

En consecuencia, conforme a los derechos que tiene el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL a explorar y explotar sustancias no concesibles, y a partir de un ejercicio de integración del derecho consistente en la aplicación analógica de diversas normas de la legislación minera, y de su interpretación conforme a principios generales del derecho como la prohibición del enriquecimiento sin causa, el Estado, sus empresas y el titular de un CEOL tienen derechos y deberes que constituyen verdaderamente estándares de conducta, aplicables y exigibles aun antes que exista un pronunciamiento judicial. Estos derechos y deberes son:

Explorar, explotar y aprovechar sustancias no concesibles en general, y el litio existente en cualquier lugar tratándose del Estado o sus empresas, o en el área del CEOL tratándose de su titular, de conformidad con lo establecido en el mismo.

Comunicar a el o los concesionarios mineros que coexistan en el área del CEOL o donde el Estado o sus empresas ejerzan su potestad constitucional y legal de aprovechar sustancias no concesibles, que con ocasión de las labores de exploración y extracción de litio se han encontrado y extraído sustancias minerales concesibles, con el objeto de que tales concesionarios mineros puedan exigir la reducción o separación, y posterior entrega, de las sustancias concesibles con presencia significativa.

Si los concesionarios mineros ejercen esa facultad, deben previamente reembolsar al Estado, sus empresas o al titular del CEOL los gastos e inversiones asociados a las actividades de reducción o separación y entrega, así como también indemnizar los perjuicios que tales gastos e inversiones causaren al Estado, sus empresas o titular del CEOL.

⁵⁹ Ibid. considerando 38°.

⁶⁰ Ibid, considerando 42°.

Si los concesionarios mineros no ejercen la facultad de exigir la separación o reducción y entrega de las sustancias concesibles con presencia significativa, o bien se rehusaren a pagar previamente los gastos e indemnizaciones que procedan al titular del CEOL o al Estado o sus empresas, estos podrán retener las sustancias concesibles gratuitamente, a título de multa, pues de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa o ilícito por parte de los concesionarios mineros.

El Estado, sus empresas o el titular del CEOL, o el juez competente, según corresponda, deberán establecer un plazo para que el concesionario minero ejerza su facultad de exigir reducción o separación y entrega de las sustancias concesibles a que tiene derecho, y/o para efectuar el pago de los costos, inversiones e indemnizaciones que sean procedentes a favor del Estado, de sus empresas o del titular del CEOL.

Los Tribunales Ordinarios de Justicia son los órganos competentes para conocer de las disputas y controversias que pudieren suscitarse entre el Estado o el titular de un CEOL y los concesionarios mineros, pues el arbitraje forzoso al que se refiere el artículo 3° Transitorio del CM es excepcional en la legislación minera, además de requerir texto expreso conforme al Código Orgánico de Tribunales. Con todo, los referidos Tribunales Ordinarios debieran observar el principio contenido en el artículo 3° Transitorio del CM, en cuanto a preferir las labores mineras que revistan mayor significación económica y social global.

Las defensas esgrimidas por el Estado y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a las acciones legales interpuestas contra el CEOL de Salar de Maricunga SpA van en línea con lo que se ha sostenido en este trabajo.

Bibliografía citada

- AYLWIN AZOCAR, Patricio (2020). *El Juicio Arbitral*. Editorial Jurídica.
- BOBBIO, Norberto (2023). *Teoría General del Derecho*. Ediciones Olejnik.
- BOETSCH GILLET, Cristián (2015). *La Buena Fe Contractual*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CLARO SOLAR, Luis (1979). *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado: De los bienes*. Editorial Jurídica.
- DEL VECCHIO, Giorgio (2023). *Los Principios Generales del Derecho*. Ediciones Olejnik.
- DUCCI CLARO, Carlos (1977). *Interpretación Jurídica: En general y en la dogmática chilena*. Editorial Jurídica de Chile.

- DUCCI CLARO, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2010). *Curso de Derecho Civil. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA OVALLE, Samuel (2013). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica.
- MÉZA BARROS, Ramón (2006). *Manual de Derecho Civil: De las Fuentes de las Obligaciones, Tomo II*. Editorial Jurídica.
- MUJICA BEZANILLA, Fernando (2010). La Integración de las Lagunas Legales. *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LVI (9-10), 901-910.
- OSSA BULNES, Juan Luis (2021). *Tratado de Derecho de Minería. Tomos I*. Editorial Jurídica.
- PÉREZ ARRIETA, Benjamín y ABOGABIR MÉNDEZ, Sebastián (2017). Aguas del Minero: Presente y Futuro. En Rafael Vergara y Marcelo Olivares (Eds.), *Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería*. Thomson Reuters.
- Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales* (1948).
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano (2019). Teoría de la Argumentación Jurídica y Equidad Natural. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* (25), 193-200.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2007). *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional*. Editorial LexisNexis.
- SHECAIRA, Fabio y STRUCHINER, Noel (2023). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ediciones Olejnik.
- SQUILLA NARDUCCI, Agustín (2011). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica.
- TALA JAPAZ, Alberto (1994). El estatuto de las aguas mineralizadas ¿derecho de minería o derecho de aguas? *Gaceta Jurídica* (164), 1-12.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *Instituciones de Derecho Minero*. LegalPublishing.

Normativa citada

- Código Civil [CC]. Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. 30 mayo 2000 D.O. N° 36.676.
- Código de Aguas [CdA]. Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 de 1981. 13 de agosto de 1981 (Chile).
- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421. 15 de junio de 1943 (Chile).
- Ley N° 22.259. Establece Código de Minería. *Boletín Oficial*, 1 de agosto 1980.
- Constitución Política de la República de Chile de 1833. 25 de mayo de 1833.
- Decreto Ley N° 2886 de 1979 [Ministerio de Minería]. Deja sujeta a las normas generales del Código de Minería la constitución de pertenencia minera sobre carbonato de calcio, fosfato y sales potásicas, reserva el litio en favor del Estado e interpreta y modifica las leyes que se señalan. 14 de noviembre de 1979.
- Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 21 de enero de 1982. D.O. No. 31.171

Jurisprudencia citada

- Compañía Minera Tocopilla S.A. con Gasoducto* (2000): Corte Suprema, 13 de junio de 2000 (Rol N° 3699-1999). Cuarta Sala. [Recurso de casación].
- Canihuante, José Mercedes con Ledezma, Rafael* (1947): Corte de Apelaciones de La Serena, 13

de agosto de 1947 (Rol no disponible). [Recurso de apelación]
 Requerimiento de inaplicabilidad presentado por las Sociedades Legales Mineras "Victoria Una del Salar de Maricunga", "Victoria Dos-Una del Salar de Maricunga" y otras respecto del artículo 9º, inciso segundo, segunda oración, del Código de Minería, y del artículo 16, inciso segundo, segunda parte, de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mine-

ras: Tribunal Constitucional, 17 de julio de 2019 (Rol N° 4716-18). Pleno. [Requerimiento de inaplicabilidad].
 Tribunal Constitucional. Rol N° 2338-2012, 20 noviembre 2012.
Zapata con Ministerio de Minería (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de septiembre de 2019 (Rol N° 23.494-2018). [Recurso de protección].

