

Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil nueve.

**VISTOS:**

Con fecha 9 de diciembre de 2008, el señor Lorenzo Bauzá Álvarez, en representación de Agrícola Bauzá S.A., interpuso un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8º, inciso quinto, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, N° 18.097, en el juicio sobre ampliación de servidumbre minera sustanciado ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, Rol 85-2004, caratulado "Domancic Dragicevic, Drago, con Bauzá Álvarez, Lorenzo".

Las disposiciones del Código de Minería que se impugnan establecen expresamente:

*"Artículo 124. Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento".*

*"Artículo 125. Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado".*

A su vez, el inciso quinto del artículo 8º de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, también impugnado en estos autos, dispone:

*"Las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas".*

En cuanto a los hechos de la causa judicial pendiente en la que incide el requerimiento, cabe destacar los siguientes:

Por sentencia de reemplazo dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 12 de julio de 2005, en la causa Rol 85-2004, se constituyó una servidumbre minera de tránsito a favor del solicitante, titular de la concesión denominada "Manto Siete Séptimo de 1 al 20". Dicha servidumbre afecta a parte de un predio de propiedad actual de la sociedad requirente (antes del señor Lorenzo Bauzá) y consiste en un camino interior de un ancho aproximado de 15 metros y de 1.500 metros de longitud, también aproximada. En la misma sentencia judicial se estableció el pago de la correspondiente indemnización, fijada en una suma cercana a los \$4.000.000.

La requirente aduce que cuando se otorgó dicha servidumbre minera a favor del solicitante el predio afectado por ella no se encontraba plantado.

Ahora bien, según consta en el expediente judicial aludido -parte del cual se ha acompañado por la requirente a estos autos (fs. 26 a fs. 146), con fecha 25 de mayo de 2007, el señor Drago Domancic Dragicevic, actuando en representación de cuatro sociedades legales mineras, presentó demanda de ampliación de la servidumbre referida, en juicio sumarísimo, solicitando al tribunal que ésta se extendiera a todos los gravámenes permitidos en el artículo 120 del Código del Ramo, según se expresa, "con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación minera de las pertenencias mencionadas". Según adujo la parte demandante, los terrenos en los que pretende obtener la respectiva ampliación de la servidumbre corresponderían a terrenos rurales abiertos y sin cultivos, y es este último hecho el que ha sido controvertido por la requirente en los autos judiciales, ya que, según ha expuesto, desde el mes

de abril del año 2007 estos terrenos se encontrarían plantados con nogales por Agrícola Bauzá, en razón de un plan aprobado por la Corporación Nacional Forestal.

Añade la actora que la parte demandante también pidió al tribunal de Ovalle la concesión provisoria de las servidumbres solicitadas, conforme lo dispuesto en el artículo 125 del Código de Minería, lo que se ha concedido por resolución de 1º de agosto de 2008, estableciéndose una caución de \$60.000.000 para responder de los posibles perjuicios que se ocasionen al dueño del terreno superficial afectado.

En cuanto al conflicto constitucional que se somete a la resolución de esta Magistratura, en términos generales, la requirente plantea que si los terrenos en los que se pide ampliar la servidumbre minera vigente se encontraban plantados a la época de formularse la respectiva solicitud, a su juicio, debiera aplicarse la misma limitación que prevé el artículo 7º de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras para el concesionario minero que desee constituir servidumbre minera en predio plantado, esto es, pedir autorización del dueño. Además, aduce que tal autorización del dueño del predio plantado no podría ser suplida por la decisión del juez ni tampoco por el pago de una indemnización. Por consiguiente y como, a su entender, las normas legales que impugna permitirían el desarrollo de actuaciones en las que se omite tal autorización previa del dueño del predio superficial plantado, en su aplicación al caso *sub lite* se generarían efectos contrarios a las siguientes normas constitucionales:

- 1) Artículo 19, N° 3º, inciso quinto: En este aspecto la requirente señala que las normas legales impugnadas omitirían, descartarían o negarían valor a la única defensa de fondo que podría hacer valer como demandado, dueño del terreno superficial,

en el juicio de ampliación de servidumbre minera sobre un predio arbolado, y que ello no se aviene con un procedimiento racional y justo. En el mismo orden de ideas Agrícola Bauzá plantea que los artículos 124 del Código de Minería y 8º, inciso quinto, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, por ser precarios en su redacción y por las omisiones en que incurren, fallarían “al mandato de racionalidad y justicia que la Constitución encomienda al legislador al diseñar el proceso previo que desemboca en un acto jurisdiccional”.

Por otra parte, en cuanto al artículo 125 del mismo Código recién referido, se sostiene que éste no distingue entre terrenos incultos y aquellos plantados “cuando en estos últimos la indemnización no es suficiente compensación para el afectado”. Por otra parte, autoriza de modo transitorio lo que jamás podría concederse en el fondo de la sentencia judicial, esto es, la servidumbre minera sobre terrenos plantados sin la autorización del dueño.

Critica además que el precepto reduzca a un solo requisito -la caución- el otorgamiento del gravamen de manera provisional y que elimine toda defensa del afectado dueño superficial, en especial, la de oponer la excepción de falta de su permiso.

En fin, a su juicio, la mencionada norma legal también ampararía la destrucción de las especies plantadas en el terreno que se pretende afectar con la ampliación de la servidumbre minera de que se trata, bajo el pretexto de tratarse de una medida provisional.

2) En segundo lugar, se invoca como eventualmente vulnerado el artículo 19, N° 2º, de la Constitución. Sobre este particular, el actor afirma que la aplicación

de las normas que impugna crearía una diferencia caprichosa entre la persona demandada en juicio para constituir una servidumbre minera en su predio plantado y aquel propietario que es demandado para la ampliación de una servidumbre minera que afecta terrenos que se encuentran plantados a la fecha de la solicitud. Alega que este último propietario, a pesar de encontrarse en la misma situación que el primero, no podría oponerse a la ampliación de servidumbre que afecta un predio plantado; añade que ni siquiera la ley contempla la obligación de requerir su permiso o autorización a esos efectos, como sí lo hace para constituir la servidumbre (artículo 7º de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras).

3) Por último, se aduce la vulneración de la garantía asegurada en el artículo 19, N° 24º, incisos primero, tercero y sexto, de la Constitución Política. En cuanto a los dos primeros incisos citados, se argumenta en el sentido de que se privaría a la sociedad requirente de la propiedad sobre bienes inmuebles por adherencia (árboles plantados) y que también se la privaría de la facultad de uso respecto del predio afectado por la ampliación de servidumbre pedida; en concreto, se la privaría de servirse de un inmueble para un destino lícito, cual es el cultivo y cosecha de frutales, causándole con ello un grave perjuicio patrimonial efectivo. Es dable hacer presente que, conforme consta en el expediente tenido a la vista, Agrícola Bauzá exige, subsidiariamente, el pago de indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral que supera los 40.000 millones de pesos.

En este mismo orden de consideraciones, la requirente aduce que en el caso de terrenos plantados el "bloque de constitucionalidad" que protege al dueño superficial de las labores que pretenda emprender un concesionario minero en ellos, estaría formado por el artículo 19, N° 24º, inciso sexto, de la Ley Fundamental

y la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, en su artículo 7º, y agrega que tales normas exigen su permiso para constituir el respectivo gravamen en terrenos arbolados. Por ende, si ello no se aplicara al concesionario minero que pide ampliar su servidumbre a terrenos superficiales que se encuentran plantados al tiempo de la petición, por la aplicación de normas legales que omiten referirse o exigir tal permiso del dueño del terreno superficial, como sucede en el caso concreto en análisis, se generaría, a su entender, una inconstitucionalidad que admite que esta Magistratura declare la inaplicabilidad solicitada respecto de las normas que aquí se impugnan.

En suma, a entender del actor, los artículos cuya inaplicabilidad solicita declarar en la causa *sub lite* permitirían al juez que conoce de ella autorizar la ampliación y el otorgamiento provisional de servidumbres mineras sobre terrenos plantados antes de la sentencia definitiva y sin el consentimiento del dueño de los terrenos superficiales afectados y, con ello, se contradice la protección que la Constitución Política de la República le reconoce a esos terrenos y se produce una situación "absurda y arbitraria" por dos vías independientes: la primera, al imponer de manera transitoria fuertes cargas al predio superficial (que no podrían mantenerse en la sentencia definitiva) y, la segunda, porque darían lugar a un estatuto de ampliaciones de servidumbres mineras sobre terrenos arbolados más privilegiado que la constitución de la servidumbre original, eximiendo del permiso del dueño del terreno superficial. Todo ello, agrega, con un enorme perjuicio patrimonial para la sociedad requirente, que desde ya estaría soportando la extracción de todos los frutales que tiene plantados en un área de 50 hectáreas, conforme a un plan de explotación de largo plazo, aprobado por la Corporación Nacional Forestal, vigente

desde hace más de 5 años -existirían en el predio afectado cerca de 1.000 nogales plantados en el mes de abril de 2007 (6 meses antes de que se le notificara la demanda de ampliación)- y preexistente a la servidumbre original.

La Primera Sala del Tribunal declaró admisible la acción deducida por resolución de 23 de diciembre de 2008 y ordenó, asimismo, la suspensión del procedimiento en que incide. Pasados los autos al Pleno del Tribunal, se dio conocimiento a los órganos constitucionales interesados y a las partes del proceso *sub lite* individualizadas en el Oficio Ordinario N° 5-09, de 11 de febrero de 2009, del Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal a fojas 188.

Mediante presentación de fecha 17 de marzo de 2009, el señor Drago Domancic Dragicevic formuló las siguientes observaciones al requerimiento, a los efectos de que el Tribunal resuelva su rechazo:

Plantea, en primer término, la improcedencia del requerimiento, por dos motivos:

a) El primero consiste en que la acción deducida se referiría exclusivamente a una cuestión de interpretación legal que compete realizar al juez del fondo y no al Tribunal Constitucional. El señor Domancic afirma que lo sostenido en estos autos por la actora en orden a que los preceptos legales impugnados no impondrían al juez la obligación de constatar la existencia del permiso del dueño del terreno plantado -que contempla el inciso final del artículo 15 del Código de Minería-, en forma previa a decretar la ampliación de la servidumbre o la autorización para utilizarla de manera provisoria, es una cuestión de mera legalidad.

Se agrega a lo anterior que la sociedad requirente contradice la postura que ha mantenido en la gestión pendiente y en otros procedimientos que ha iniciado para

impedir, a su juicio, ilegítimamente, que sean explotadas las concesiones mineras de que se trata. Sobre este aspecto en particular indica que Agrícola Bauzá durante la tramitación del proceso judicial *sub lite* ha manifestado, como defensa principal, que la obtención de su permiso para ampliar la servidumbre minera constituiría una exigencia de orden público que no podría ser omitida por el tribunal de la instancia. Por otra parte, expresa que ha sido, precisamente, el tribunal a quo el que ha acogido tal interpretación de la sociedad agrícola demandada y ha estimado que la ampliación de la servidumbre sí requería su autorización previa, pero ha añadido que ello procede cuando ella se solicite respecto de predios efectivamente plantados. El señor Domancic agrega que al conceder de manera provisoria la ampliación de la servidumbre, el tribunal de justicia en el que se tramita la gestión pendiente determinó que en el terreno afectado no existían plantaciones y luego de ello Agrícola Bauzá interpuso un recurso de protección en contra de dicha actuación jurisdiccional, mismo que la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó en primera instancia y que la Corte Suprema confirmó en segunda instancia.

b) El segundo motivo de improcedencia que se hace valer consiste en que la acción de inaplicabilidad deducida se fundaría en un hecho falso y que se encuentra controvertido en la litis, por lo que su dilucidación sólo corresponde a los jueces de la instancia y no a esta Magistratura Constitucional. Sería falso, según aduce el señor Domancic, que los terrenos afectados por la petición de ampliación de la respectiva servidumbre minera hubieren estado plantados con árboles frutales al tiempo de formularse la respectiva solicitud, esto es, al 25 de mayo del año 2007. Indica que los antecedentes técnicos presentados acreditarían que dichos terrenos no serían aptos para la plantación de frutales y que,

incluso, corresponderían a tierras en proceso de desertificación.

En seguida, el señor Domancic aduce que no existiría un conflicto de constitucionalidad en la acción deducida y ello fundado en que la recurrente no habría caído en cuenta sobre el hecho de que la Constitución no contendría ninguna norma que incorpore al Bloque de Constitucionalidad la regulación de las servidumbres mineras y que ni siquiera la Ley Orgánica Constitucional respectiva cumpliría tal función. Insiste en este aspecto indicando que las cuestiones de mera legalidad, como las planteadas por Agrícola Bauzá en su requerimiento, no serían materias que corresponda plantear a través de un requerimiento de inaplicabilidad, y que así lo ha señalado reiteradamente este mismo Tribunal Constitucional en sentencias de inadmisibilidad que se encarga de citar (roles N°s. 1140, 1006, 1008, 1018, 1049, 947, 1286).

En otro acápite de su presentación, titulado "ABUSO PROCESAL DE LA RECURRENTE", el señor Domancic da cuenta al Tribunal de una serie de acciones judiciales que han sido deducidas por Agrícola Bauzá, según afirma, con el objeto de impedir el ejercicio de los derechos que les son reconocidos a los titulares de concesiones mineras que él representa y todo ello, agrega, sería desproporcionado si se atiende al hecho de que la extensión de la servidumbre minera de que se trata abarca 100 hectáreas del predio de la requirente, cuya extensión es de más de 86.000 hectáreas.

A su turno, bajo el título "MALA FE PROCESAL DE AGRÍCOLA BAUZÁ", el requerido afirma que la pretensión que se hace valer en el requerimiento implicaría una "nueva forma de impugnar resoluciones judiciales dictadas por los tribunales ordinarios en materias de su competencia", intención ésta que pugna abiertamente con el orden constitucional vigente, según lo ha declarado

también este Tribunal en sus sentencias (se cita el considerando undécimo de la sentencia Rol N° 1214-2008).

Para finalizar su presentación, el señor Domancic advierte que, conforme a lo razonado, estima "inconducente" referirse a las hipótesis de inconstitucionalidad planteadas en el requerimiento deducido.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 11 de junio de 2009 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados señores Arturo Fermandois Vöhringer, por la parte requirente, y Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, por don Drago Domancic Dragicevic.

**CONSIDERANDO:**

**I. LA IMPUGNACIÓN**

**PRIMERO.** Que en el presente requerimiento se impugnan normas del Código de Minería y una norma de la Ley 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (en adelante LOCCM). Las normas impugnadas del Código de Minería son las siguientes:

*"Artículo 124.- Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento.*

*Artículo 125.- Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado."*

La norma impugnada de la LOCCM corresponde a su artículo 8º, inciso quinto. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 8°.- Los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras.

Respecto de esas concesiones, los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por subestaciones y líneas eléctricas y de comunicación, canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y obras complementarias; y a los gravámenes de tránsito y de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro medio que sirva para unir las labores de la concesión con los caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos de embarque y centros de consumo.

Dichas concesiones están sujetas en favor de otras, y en cuanto les sean aplicables, a los gravámenes establecidos con relación a los predios superficiales, que, sin impedir o dificultar su explotación, aprovechen a otras y, también, al gravamen de ser atravesadas por socavones y labores mineras destinados a dar o facilitar ventilación, desagüe y acceso.

La constitución de las servidumbres, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados o por resolución judicial en el procedimiento breve especial que la ley contemple o, si en ésta no se contemplase, en el procedimiento sumario de aplicación general.

**Las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas.**

*Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley."*

**SEGUNDO.** Que la gestión pendiente sobre la cual se formula el presente requerimiento de inaplicabilidad consiste en un juicio sobre ampliación de servidumbres mineras, sustanciado ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, Rol N° 82-2004, caratulado "Domancic Dragicevic con Bauzá Alvarez, Lorenzo". En dicho juicio, el tribunal decretó la autorización provisoria de la ampliación de servidumbre minera, fijando una caución de 60 millones de pesos.

Agrícola Bauzá S.A., que es demandada en la gestión pendiente y requirente en el presente requerimiento de inaplicabilidad, sostiene que es dueña de un predio de 86.000 hectáreas, de las cuales sólo una mínima porción es cultivable. Esa porción cultivable, agrega, está plantada con árboles frutales (70 hectáreas de parronales de uva de mesa, 60 de uva pisquera y 90 de nogales). No obstante ello, afirma, la parte demandante en el juicio (Drago Domancic, en representación de cuatro sociedades mineras), fundada en las normas impugnadas, ha solicitado la ampliación de una servidumbre minera de tránsito constituida a su favor en julio de 2005, justamente sobre aquellas tierras plantadas o arboladas en esa parte cultivable; enfatiza, al respecto, que la actual servidumbre es de aproximadamente 2,25 hectáreas y se pretende ampliar a 100 hectáreas. Afirma luego que la autorización provisoria de dicha ampliación, que ya ha sido otorgada por el juez de la causa, ha prescindido, en conformidad a las normas impugnadas, de su consentimiento.

En consecuencia, concluye, las normas impugnadas, aplicadas al caso concreto que se ventila en la gestión pendiente ya individualizada, resultan contrarias a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 3 CPE), a la igualdad ante la

ley (artículo 19 N° 2 CPE) y al derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPE), ya que en virtud de los preceptos cuestionados se habría permitido la ampliación de una servidumbre minera sobre un predio superficial plantado con árboles frutales, sin que concurriera, tal como lo establece la ley, consentimiento del dueño.

En ese sentido, subraya, no se ha vulnerado solamente la Constitución sino más bien el bloque de constitucionalidad aplicable al caso, conformado tanto por la Constitución como por la "Ley Minera".

En cuanto a la supuesta infracción a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, sostiene que las normas impugnadas infringen particularmente el derecho a un proceso justo y racional al omitir, descartar y negar valor a la única defensa de fondo de un demandado en un juicio de ampliación de servidumbres mineras sobre predios arbolados, que no es otra que su necesario consentimiento. Afirma que dicho consentimiento se exige en el momento de constituirse una servidumbre minera, pero no en el momento de ampliación de la misma, ni siquiera si en el tiempo intermedio se ha producido, como en este caso, una plantación, es decir, un hecho nuevo sobre el terreno superficial.

En segundo lugar, en cuanto a la pretendida vulneración de la igualdad ante la ley, señala que en el proceso de constitución de la primera servidumbre se otorgan, al dueño del terreno superficial, más derechos que los que se otorgan en el proceso de ampliación de la misma, ya que en este último caso se prescinde del consentimiento del dueño, mientras que en el primer caso dicho consentimiento es exigido.

Por último, en relación a la violación de su derecho de propiedad, sostiene que dicha vulneración se produciría por la imposición de fuertes cargas. Por una parte, porque se priva del dominio de árboles plantados y, por otra, porque se impide el uso de un inmueble para

un destino lícito, como es cultivar y cosechar dichos árboles.

Se deja constancia de que el requirente no alegó desproporcionalidad ni desnaturalización por el cambio de la servidumbre original.

## **II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.**

**TERCERO.** Que, antes de hacernos cargo del fondo de lo alegado en la presente acción de inaplicabilidad, este Tribunal debe formular tres precisiones iniciales de previo y especial pronunciamiento.

En primer lugar, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre algunos aspectos de la presente causa, por ser cuestiones de hecho y por ser asuntos de legalidad.

En efecto, la actora funda su alegato en la supuesta existencia en su terreno de ciertas plantaciones de vides y nogales, por lo cual se aplicarían en su caso ciertas normas específicas del Código de Minería y de la LOCCM. Sin embargo, en la gestión pendiente en que se inserta el presente recurso, se ha discutido sobre si efectivamente existían esas plantaciones al momento de solicitarse la ampliación provisoria de la servidumbre por parte de la recurrida.

Para fundamentar la idea de que los referidos asuntos consisten en meras cuestiones de legalidad y de hecho, baste señalar tres elementos.

El primero es que en la gestión pendiente uno de los puntos de prueba es justamente el "estado actual y características específicas del predio materia de la presente litis", cuestión que debe ser dilucidada en el respectivo juicio pendiente.

Por otra parte, como segundo elemento, valga subrayar que la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó el recurso de protección que Agrícola Bauzá S.A. presentó en contra de la resolución del Tercer Juzgado de

Letras de Ovalle que -en agosto de 2008- concedía provisionalmente la ampliación de la servidumbre minera (Rol N° 806-2008). La decisión por la que se rechazó la acción de protección -de fecha 29 de octubre de 2008, en sentencia confirmada por la Excma. Corte Suprema, el 7 de enero del presente año- se fundó en el argumento de que el recurso de protección no era la vía idónea para impugnar la respectiva decisión, sino los recursos pertinentes que contemplaba la ley en la especie. Se agregó que el recurso de protección no estaba destinado ni a resolver juicios pendientes, ni a entrometerse en las decisiones de los jueces de instancia, ni a dar certeza a derechos inciertos o controvertidos. El juez de la instancia, se concluyó, resolvió la cuestión *"en virtud de los elementos de juicio agregados a la causa y asilado en los fundamentos legales que consigna"*.

El tercer elemento para demostrar que existen asuntos de hecho involucrados en la presente cuestión de inaplicabilidad, es que en estrados las partes del presente recurso no se pusieron de acuerdo sobre si efectivamente había terrenos plantados con vides y árboles al momento en que se solicitó la ampliación de la respectiva servidumbre.

Una controversia de esta naturaleza no puede ser resuelta por este Tribunal, a quien le corresponde un control de normas, de ajuste de éstas con la Constitución, pero no de revisión de asuntos que implican pruebas y valorización de las mismas. Menos si ese asunto es objeto de controversia en el juicio que constituye la gestión pendiente. Así lo ha resuelto este Tribunal en variadas ocasiones (por ejemplo, STC rol 1006/07).

De ahí que sobre si en el terreno donde se pretende establecer una servidumbre minera hay o no plantaciones, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento alguno, ni para afirmar ni para negar lo aseverado por las partes.

**CUARTO.** Que este Tribunal tampoco se involucrará en asuntos que impliquen definir la eventual contradicción entre dos preceptos legales. Ese es un asunto de legalidad porque implica definir cuál es la norma que debe ser aplicada preferentemente en la solución de un conflicto sometido a la jurisdicción. Para ello, es necesario convocar a criterios de interpretación legales, que resuelvan la antinomia entre normas de igual rango. Para las controversias legales, existen otras instancias jurisdiccionales y otros procedimientos.

De ahí que determinar si la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras fue modificada o prima sobre el Código de Minería respecto a qué tipo de plantaciones de árboles requieren el permiso del dueño para la actividad minera o sus servidumbres, no alcanza a configurar un asunto propio de las atribuciones de esta Magistratura. Además, no ha sido objeto de explícito cuestionamiento en la presente inaplicabilidad.

**QUINTO.** Que la segunda cuestión de previo y especial pronunciamiento sobre la que cabe pronunciarse, consiste en puntualizar el parámetro de referencia que utiliza esta Magistratura para el respectivo análisis de constitucionalidad.

El punto es relevante, porque en el requerimiento se afirma que este Tribunal debe enjuiciar las normas cuestionadas teniendo como punto de referencia no sólo la Constitución, sino el bloque de constitucionalidad. Este estaría integrado, según se afirma, por la Constitución y por ciertas leyes que refuerzan los derechos y garantías que la Carta Fundamental consagra. De este modo, la inconstitucionalidad se produciría no sólo cuando se vulnera un precepto constitucional sino también cuando se pasan a llevar dichos preceptos legales.

**SEXTO.** Que, al respecto, cabe señalar que el parámetro de referencia que tiene en cuenta esta Magistratura al resolver una inaplicabilidad, es sólo la

Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no la ley.

En primer lugar, porque el recurso de inaplicabilidad es un mecanismo destinado a garantizar la supremacía constitucional. Su propósito es lograr lo dispuesto en el artículo 6º de la Carta, según el cual *“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución”*. La inaplicabilidad busca que las normas legales no puedan aplicarse en una gestión judicial pendiente por el juez llamado a resolverla, si éstas no se ajustan a la Carta Fundamental. El parámetro de referencia que tiene el Tribunal Constitucional al emprender esta tarea es única y exclusivamente la Constitución. El análisis que hace esta Magistratura es verificar la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Carta Magna. Se trata, por tanto, de un examen incisivo de compatibilidad entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y la otra una norma con rango o fuerza de ley. La comparación, el contraste, se efectúa entre las normas de la Constitución y el o los preceptos legales. Si el Tribunal concluye estableciendo la incompatibilidad, dictamina un vicio de inconstitucionalidad, y no de ilegalidad o de derogación. Dicho dictamen es constitutivo, pues, antes de ello, el precepto goza de una presunción de constitucionalidad. Pero cuando el precepto examinado se contrapone con la Constitución, se establece una inconstitucionalidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto del examen, pero no su referente.

En segundo lugar, la norma constitucional que otorga la competencia para conocer de la inaplicabilidad (artículo 93 N° 6) es, por una parte, para enjuiciar *“un precepto legal”*. Es decir, una norma con rango o fuerza de ley, íntegramente o en parte. Las leyes, en

consecuencia, no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. Por la otra, la inaplicabilidad procede porque la aplicación del precepto legal objetado *"resulta contraria a la Constitución"*. La norma contra la cual se contrasta o coteja el precepto examinado, entonces, es la Carta Fundamental. Se enjuicia una norma legal con la Constitución, no con una ley. El precepto legal examinado puede resultar objetado por contradecir, por transgredir, por infringir, cualquier norma constitucional; pero no por violentar una ley.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional es un órgano del Estado. En tal sentido, ha sido creado por la Constitución, la que le atribuye una función pública y le asigna las potestades para ello. Como todo órgano del Estado, debe respetar la Constitución. Esta se encuentra preexistente a su tarea. El Tribunal interpreta la Constitución, pero no la crea. Por lo mismo, sus preceptos le son indisponibles. De ahí que no pueda *"constitucionalizar"* preceptos legales. Esto es, darle rango constitucional a normas dictadas por el poder legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto, mediante la reforma constitucional, establecida en los artículos 127, 128 y 129 de la Carta Fundamental. Dicho mecanismo debe ser respetado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe *"someter su acción a la Constitución"*.

**SÉPTIMO.** Que, como la tercera cuestión de previo y especial pronunciamiento, cabe señalar que no le corresponde a esta Magistratura controlar la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un precepto legal que pueda hacer el tribunal que conoce de la causa que constituye la gestión pendiente. No toca a esta jurisdicción declarar que un tribunal ha actuado ilegalmente. Ello debe ser corregido a través de los

diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento (STC, roles 794/07; 1008/07).

**OCTAVO.** Que, despejados estos aspectos de previo y especial pronunciamiento, estamos en condiciones de emitir un juicio sobre el fondo de lo alegado en el presente requerimiento. Para ello, en primer lugar, se analizará la servidumbre minera. Todo el alegato del requirente gira en torno a esta noción. En segundo lugar, se estudiará el impacto que significan dichas servidumbres en el predio superficial que debe soportarlas y del alegato de la vulneración del artículo 19 N° 24 de la Constitución. En tercer lugar, se estudiará la modificación de la servidumbre y la argumentación de la indefensión del titular del terreno superficial que ésta provoca. Finalmente, se examinará la servidumbre provisional y su impacto en la igualdad ante la ley.

### **III. LA SERVIDUMBRE MINERA.**

**NOVENO.** Que todo el alegato del presente requerimiento se plantea en relación a la servidumbre minera, pues se cuestiona su intensidad, su ampliación y su establecimiento provisional. Por ello, es esencial partir con su análisis.

#### **1. El fundamento constitucional de la servidumbre.**

**DÉCIMO.** Que el punto de partida de las servidumbres mineras se encuentra en el propio texto constitucional. En efecto, el artículo 19 N° 24 de la Constitución distingue entre las minas y el predio superficial. Lo hace, por una parte, al disponer que sobre las minas el *"Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible"*, *"no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas"*. Con ello se separa la propiedad minera del dominio del terreno superficial; se trata de dos dominios diferentes. De ahí que la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (LOCCM)

defina las concesiones señalando que *"son derechos reales e inmuebles; distintos e independientes del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño"* (artículo 2º).

Por otra parte, para la Constitución, *"los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de las mismas"*. Es decir, el predio superficial queda sujeto a las servidumbres que establezca la ley. Esta última las regula; pero la propiedad minera, esto es, la concesión sobre la exploración o explotación de sustancias mineras concesibles, tiene en su favor, por mandato constitucional, el beneficio de que el predio superficial debe soportar en su favor un gravamen. De ahí que la LOCCM señale: *"los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras"* (artículo 8º).

**UNDÉCIMO:** Que la Constitución de 1925 no distinguía entre la concesión minera y el predio superficial. Pero sí hacía dicha distinción el Código de Minería de 1932, al señalar que *"la pertenencia es un inmueble distinto y separado del terreno superficial, aunque aquélla y éste pertenezcan a un solo dueño"* (artículo 71). Y al establecer que *"desde la inscripción del acta de mensura, los terrenos superficiales están sujetos, con el solo fin de facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina, a los siguientes gravámenes:..."* (artículo 86).

Lo mismo hacía el Código de 1888. Éste, en su artículo 6º, disponía: *"Los fundos superficiales quedan sujetos a la servidumbre de ser ocupados en toda la extensión necesaria para la cómoda explotación de ella a medida que el desarrollo de los trabajos lo fuere requiriendo"*. Por otra parte, en su artículo 10 agregaba

que *"las minas forman un inmueble distinto y separado del terreno o fundo superficial, aunque aquéllas y éstas pertenezcan a un mismo dueño"*.

## **2. La particularidad de la servidumbre minera.**

**DUODÉCIMO:** Que el concepto de servidumbre minera no es sustancialmente distinto al concepto de servidumbre que establece el Código Civil. Para éste, la servidumbre es el gravamen impuesto sobre un predio (predio sirviente) en utilidad de otro predio (predio dominante) de distinto dueño (artículos 820 y 821 del Código Civil).

Para que haya servidumbre, tienen que darse, entonces, ciertos elementos. Desde luego, la servidumbre es un gravamen. Impone al predio que lo soporta una serie de obligaciones (servidumbre positiva) y prohibiciones (servidumbre negativa). Por eso, son limitaciones al dominio, pues se afecta uno de los atributos del dominio: su carácter absoluto. En la servidumbre se produce un desmembramiento del dominio, ya que un tercero podrá utilizar una propiedad, manteniendo el inmueble gravado en manos de su titular original.

Enseguida, en la servidumbre el gravamen debe ser soportado por un predio determinado en favor de otro. Mientras un predio soporta el gravamen, el otro recibe un beneficio. Esta relación predio a predio explica que para el Derecho Civil la servidumbre sea para el predio dominante un derecho inmueble, un gravamen real y un derecho accesorio (*"las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen"*, artículo 825 del Código Civil). Para ello es necesario, por tanto, que los inmuebles sean de distinto dueño.

Esta identidad sustancial entre la servidumbre civil y aquella regulada en la LOCCM y el Código de Minería determina que, en lo no previsto por estos cuerpos legales, la servidumbre minera se rige por el derecho común aplicable a las servidumbres (artículo 2º, LOCCM).

Ello implica que se aplican a la servidumbre minera las reglas comunes al ejercicio del derecho de servidumbre: *"el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla"* (artículo 828 del CC); *"el que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla"* (artículo 829 del CC); *"el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo"* (artículo 830 del CC).

**DECIMOTERCERO.** Que, no obstante, las servidumbres mineras son de dos tipos. De un lado, están las que gravan los predios superficiales en materia minera; éstas son reguladas por el Código de Minería en sus artículos 120 y siguientes. Del otro, están las que gravan unas concesiones mineras en favor de otras, las que se encuentran reguladas en los artículos 126 y siguientes del Código de Minería.

De inmediato salta a la vista que lo particular de la servidumbre minera es que el predio dominante no es una "casa o heredad", como establece el Código Civil, pues puede beneficiar a una concesión minera, a un establecimiento de beneficio o al ejercicio de catar y cavar. Y los predios sirvientes, es decir, los gravados con la servidumbre, pueden ser tanto los terrenos superficiales como las concesiones mineras.

Por eso, la doctrina del Derecho Minero señala que las servidumbres mineras son *"los gravámenes que se constituyen en virtud de la ley sobre un predio superficial en utilidad de una concesión minera, de un establecimiento de beneficio o del ejercicio de la facultad de catar y cavar, o sobre una concesión minera en utilidad de otra o de un establecimiento de beneficio. Por cierto, el predio sirviente y el dominante deben pertenecer a distintos dueños"* (Ossa Bulnes, Juan Luis;

Tratado de Derecho de Minería; T. II; Edit. Jurídica; Santiago, 2007; pág. 462).

**DECIMOCUARTO.** Que las servidumbres mineras que gravan el terreno superficial, tienen las características propias de las servidumbres civiles: son gravámenes (un predio debe soportar la ocupación o el tránsito); constituyen un derecho real (se imponen a un predio); son derechos inmuebles (se ejercen sobre un predio); son accesorias (no existen sin el predio a que pertenecen y se extinguen cuando se extingue la concesión minera a que sirven).

Lo anterior no implica que no tengan singularidades. Estas son, en primer lugar, el que sean servidumbres legales, pues las regula el legislador. En este sentido, se imponen a quienes deben soportarlas; son obligatorias.

En segundo lugar, son esencialmente transitorias, no perpetuas. Este carácter lo establecen expresamente tanto el artículo 19 como el 124 del Código de Minería. El primero dispone que la facultad de catar y cavar permite, de un lado, la facultad *"de examinar la tierra y la de abrirla para investigar"*; del otro, faculta para *"imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales"*. *"La duración de tales servidumbres no excederá de seis meses, contados desde la iniciación de su ejercicio"*. El artículo 124, por su lado, señala que *"las servidumbres son esencialmente transitorias"*.

En tercer lugar, no son inmodificables, pues pueden ampliarse o restringirse, según lo requieran *"las actividades propias de la respectiva concesión"* (artículo 124 del Código de Minería).

En cuarto lugar, están afectas a un fin determinado. De acuerdo al mencionado artículo 124 del Código de Minería, *"no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión (...)* y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando

termine ese aprovechamiento (...)" . Lo mismo señala el artículo 8º inciso quinto, de la LOCCM. La servidumbre se puede imponer *"desde la constitución de la respectiva concesión"* (artículo 120 del Código de Minería).

En quinto lugar, la constitución de las servidumbres mineras, su ejercicio y el monto de las respectivas indemnizaciones se regulan de dos maneras en el artículo 123 del Código de Minería y en el inciso cuarto del artículo 8º de la LOCCM. Una de aquellas formas de regulación queda determinada por el acuerdo de los interesados que conste en escritura pública. En la servidumbre que analizamos en este caso, son interesados el dueño del predio que soporta el gravamen y el titular de la concesión. El *"concesionario tendrá derecho a imponer las servidumbres"* (artículo 109, Código de Minería); *"los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras"* (artículo 8º, LOCCM). Por otra parte, en caso de desacuerdo, dicha regulación queda determinada por resolución judicial dictada en procedimiento sumario (artículo 234, Código de Minería). De conformidad al artículo 125 del Código del ramo, *"mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado."*

Para que sean oponibles a terceros, las servidumbres *"deberán inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, o del de Minas, en su caso"* (artículo 123, inciso segundo, Código de Minería).

### **3. Fundamento de las servidumbres mineras.**

**DECIMOQUINTO.** Que las servidumbres que gravan los predios superficiales a favor de la concesión, tienen como fundamento *"la circunstancia de coexistir, respecto*

*de un mismo terreno o lugar, el derecho del dueño del suelo con las facultades y derechos que confiere la legislación minera sobre las sustancias minerales". Ello "obligó al legislador a contemplar los mecanismos adecuados para que el minero pudiera efectuar las labores de búsqueda, explotación y beneficio de dichas sustancias" (Lira Ovalle, Samuel; Curso de Derecho de Minería; Edit. Jurídica; Santiago, 2007, pág. 175).*

*"Si bien el minero tiene el dominio sobre su concesión, no lo tiene, la casi totalidad de las veces, sobre los terrenos superficiales en cuyas entrañas aquélla se encuentra situada. Por lo que resulta ineludible que el minero haga uso del terreno superficial ajeno para explorar, explotar y beneficiar las sustancias minerales que se encuentran en el subsuelo. Al hacerlo, está afectando los intereses del propietario superficial. Se hace, pues, necesario buscar una manera práctica y legal, a la vez, para eliminar cualquier conflicto entre las partes y evitar los entorpecimientos en el desarrollo económico de cada cual." (Gómez Núñez, Sergio; Manual de Derecho de Minería; Edit. Jurídica; Santiago, 1993; pág. 234).*

*"La explotación de los yacimientos y también la exploración necesitan ocupar terrenos ajenos en una superficie indispensable a sus fines; necesitan también atravesar las propiedades de otro para tener acceso a la propia o para otros menesteres importantes" (Ruiz Bourgeois, Julio; Instituciones de Derecho Minero Chileno; T. II; Edit. Jurídica de Chile; Santiago, 1949; pág. 22).*

De ahí que su objeto sea facilitar al minero los medios para *"la conveniente y cómoda exploración y explotación minera"* (artículo 120, inciso primero, Código de Minería).

En la medida que no hay una privación de dominio, sino un gravamen, la doctrina minera coincide en que la

servidumbre minera es una limitación al dominio (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 461; Lira, S.; ob. cit.; pág. 176).

#### **4. Tipos de servidumbres.**

**DECIMOSEXTO.** Que tanto la LOCCM (artículo 8º, inciso segundo) como el Código de Minería (artículo 120) reglaron las servidumbres que gravan al predio superficial. Estas son de ocupación y de tránsito.

La de ocupación permite que el predio superficial pueda ser ocupado *"en toda la extensión necesaria"* para distintos fines. Por de pronto, para *"canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias"*. Enseguida, *"por plantas de extracción y de beneficio de minerales"*. A continuación, *"por sistemas de comunicación"*. Finalmente, *"por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias"*.

La de tránsito, por su parte, permite que el predio sirviente se ocupe con sistemas que sirvan *"para unir la concesión con"* caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo, como caminos, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, andariveles, cintas transportadoras.

#### **5. Antecedentes sobre las servidumbres.**

**DECIMOSÉPTIMO.** Que las servidumbres mineras han existido en nuestro país desde la Colonia. En efecto, las Ordenanzas 48 y siguientes disponían que los dueños de las minas pudiesen hacer asientos, casas, ingenios de fundición y todas las cosas necesarias para la labor, beneficio y fundición y afinación de las minas y metales, aunque fuere en sitio diferente del de las minas, pagando el terreno que ocuparen, el cual había de apreciarse por peritos nombrados por el juez de minas. Asimismo, disponían que para beneficiar las minas, ademarlas y conservarlas, se aprovecharan de la leña de los montes comunes, gratuitamente, y de los montes y leña de las

dehesas particulares pagando su precio a justa tasación. Establecían también el pastado en terrenos públicos y particulares de los bueyes y bestias de los mineros y sus criados en cuanto fueren necesarias para el beneficio de las minas. Por último, autorizaban el libre ejercicio de la pesca y la caza tres leguas alrededor de los asientos de explotación.

Por su parte, en el Título XIII de las Ordenanzas de Nueva España se establecía que el pasto de los terrenos inmediatos a las minas fuese común, sin que sus dueños pudiesen venderlo a particulares, iglesias o comunidades. Asimismo, disponía que las bestias de los mineros pudiesen transitar libremente por los caminos particulares pagando su talaje, obligación de la que quedaban excluidas las bestias de los cateadores de minas. Del mismo modo, señalaba que los montes y selvas próximos a las minas debían servir para proveerlas de madera con destino a sus máquinas y de leña y carbón para el beneficio de sus metales, pagando su justo precio a los particulares (artículo 12). Además, disponía que cualquiera podía denunciar minas con tal que pagara el terreno que habría de ocupar en la superficie y el daño que le siguiera, a justa tasación de peritos y con intervención de un tercero en caso de discordia (artículo 14).

La autorización para cortar árboles cercanos y usarlos en la actividad minera generó enorme perjuicio a la agricultura. Por eso, en 1871, se dictó una ley que derogó las Ordenanzas de Minas en cuanto autorizaban los denuncios de los bosques. En 1872, la Ley sobre Corta de Bosques prohibió la corta de árboles y arbustos en los lugares donde existieran o aparecieran vertientes (Tagle, Emilio; Legislación de minas; Edic. Imprenta Chile; Santiago, 1922; págs. 211 y 229).

De hecho en el Mensaje con que el Presidente Federico Errázuriz remitió al H. Congreso el Código de

Minería de 1874, se señaló: *“Los gravámenes o servicios impuestos a la propiedad superficial por la legislación vigente, generalmente considerados como exagerados y depresivos de la agricultura en el estado de desarrollo que esta industria ha alcanzado entre nosotros, ha parecido necesario reducirlos a las estrictas necesidades que impone la investigación, explotación y aprovechamiento de las minas. Así, encontraréis definidos en el proyecto esos servicios, y determinadas las relaciones de las minas respecto de la propiedad superficial, de una manera más precisa y minuciosa que en la legislación vigente. En resguardo de los intereses agrícolas y de otros intereses sociales igualmente dignos de respeto, se restringe el derecho de catar libremente a los terrenos no cerrados y a los que no están destinados al cultivo; y se prohíbe abrir labores mineras a cierta distancia de los edificios, caminos de hierro, puntos fortificados, canales, acueductos, etc., sin permiso especial de la autoridad competente concedido en virtud de datos debidamente justificados”* (Citado en Lazo, Santiago; Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Minería; Editores Poblete Cruzat Hnos.; sin fecha; pág. 130).

**DECIMOCTAVO.** Que el Código de Minería de 1874 establecía que, reconocida la existencia de una mina, los fundos superficiales quedaban sujetos a la servidumbre de ser ocupados en toda la extensión necesaria para la cómoda explotación de ella, a medida que el desarrollo de los trabajos lo fuese requiriendo. La servidumbre debía constituirse previa indemnización no sólo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se causara éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquier otro.

El Código de 1888 mantuvo la norma anterior casi en los mismos términos. Agregó que los fundos superficiales

no cultivados ni cerrados quedaban sujetos al uso de las leñas que se emplearen por los trabajadores de las minas.

**DECIMONOVENO:** Que, por su parte, el Código de 1932 diseñó un sistema de servidumbre sobre predios muy semejante al actualmente vigente. No obstante, le denominó "servicios" (*"De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales"* se denominaba el párrafo del Título VIII del Código que las trataba). Éstas eran legales (se regulaban en los artículos 86 a 93); transitorias (artículo 92); modificables, pues podían ampliarse o restringirse (artículo 92), no podían aprovecharse en fines distintos de aquellos para los cuales fueron constituidas (artículo 92); y se constituían por escritura pública en caso de acuerdo, o por resolución judicial, previa indemnización de todo perjuicio que directa o indirectamente se causare a los dueños de los terrenos o a cualquier otra persona (artículo 90). Mientras se tramitaba el juicio, el juez, previa rendición de caución suficiente, podía autorizar al minero para hacer uso de ellas (artículo 93). Podían consistir en servidumbre de ocupación y de tránsito (artículo 86). También existía la de pastaje para los animales destinados a la explotación y al acarreo de los minerales, y la del uso de leña, que gravaba a la finca en que se encontraba ubicada la pertenencia, así como a las fincas inmediatas, siempre que no estuvieren cultivadas o cerradas (artículo 87).

Como dice un autor, estas últimas servidumbres fueron suprimidas del Código de 1983, *"que en lo demás no introdujo novedades de importancia"* (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 460).

**VIGÉSIMO.** Que debe observarse, en cuanto a la extensión de la servidumbre de ocupación, que el Código de 1888 señalaba que *"los fundos superficiales quedan sujetos a la servidumbre de ser ocupados en toda la extensión necesaria para la cómoda explotación de ella a*

*medida que el desarrollo de los trabajos lo fuere requiriendo*" (artículo 6°). Los autores que comentaron esta disposición, señalaban que no se refiere únicamente a la finca cuya extensión coincida con el perímetro de la pertenencia; no tendría sentido una fórmula tan amplia, si ese hubiera sido su sentido. Además, señalaban, la servidumbre de tránsito no podría llevarse a la práctica con una interpretación restrictiva (Tagle, E.; ob. cit.; pág. 215). Lo mismo hizo la jurisprudencia (Lazo, S.; ob. cit.; pág. 23).

El Código de 1932 hablaba de *"terrenos superficiales, con el solo fin de facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina"*. Los comentaristas de la época señalaban que esto daba gran amplitud, pues *"no abarca solamente al fundo superficial que corresponde a la ubicación de la mina o yacimiento minero, sino a todos los terrenos superficiales que el minero necesite gravar para la cómoda explotación de la mina, sean éstos mediatos o inmediatos"*. Además, el Código sustituyó *"la expresión fundo superficial que el Código de 1888 empleaba al tratar esta materia, por el vocablo más comprensivo de terreno o terrenos superficiales"* (Uribe, Armando; Manual de Derecho de Minería; Edit. Jurídica; Santiago, 1968; pág. 253). Asimismo, en el Congreso, durante su tramitación, se dejó constancia de que se comprendía no sólo la extensión de terreno que cubre inmediata y directamente la mina, sino también a todos los demás, mediatos, vecinos y más distantes, que sean necesarios para la exploración o explotación (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 466).

El Código vigente utiliza la expresión *"los predios superficiales"* y respecto de la servidumbre de ocupación, utiliza la expresión *"en toda la extensión necesaria"*. Por eso, la doctrina señala que en dicha expresión *"se comprenden aquellos abarcados por el predio dominante de*

*que se trate, y también todos los demás, vecinos o distantes, que se requieran para cumplir los fines propios de la respectiva servidumbre" (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 466). "Los predios superficiales son tanto aquellos en los cuales se desarrollan las labores y trabajos mineros, como cualesquiera otros necesarios para facilitar dichos trabajos" (Lira, S.; ob. cit.; pág. 178).*

#### **IV. NO HAY DESNATURALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.**

##### **1. Las servidumbres mineras, no obstante ser limitaciones al dominio, son indemnizables.**

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, a pesar de que la servidumbre minera sólo constituye una limitación al dominio -ya que permanece el dominio del predio superficial en manos de su dueño y no hay ningún desplazamiento patrimonial sino sólo la generación de la obligación de soportar la servidumbre-, y que por lo mismo no sería indemnizable de acuerdo a la regla general dispuesta en el artículo 19 N° 24, inciso segundo, de la Constitución, tanto la LOCCM como el Código de Minería condicionan el establecimiento de la servidumbre a una *"previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos... o a cualquier otra persona"* (artículo 122 del Código de Minería). La indemnización puede pagarse *"de una sola vez o en forma periódica"* (artículo 123, CM).

Dicha posibilidad indemnizatoria se explica por la convocatoria o remisión que la Constitución hace a la ley al momento de establecer las servidumbres mineras. Es el legislador el que debe establecer *"las obligaciones y limitaciones"* para *"facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas"*. El legislador consideró que, a pesar de la naturaleza de la limitación al dominio, debía existir indemnización. Sin

esa remisión expresa efectuada por el constituyente, el legislador habría excedido lo que corresponde a una limitación a la propiedad, por esencia no indemnizable.

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que la expresión "*previa determinación*" que utiliza el mencionado artículo 122 del Código de Minería, se aplica tanto si la servidumbre se constituye por acuerdo o por resolución judicial. Su monto debe constar en la escritura pública o en la resolución judicial respectiva. Distinto es el pago de la indemnización; éste puede hacerse mediante una suma alzada que la cubra íntegramente de una vez, o puede pactarse o determinarse un pago en cuotas periódicas. Dicha periodicidad queda entregada al acuerdo de las partes o a la discrecionalidad del juez; pueden ser, por ejemplo, cuotas semanales, mensuales, anuales. No necesita, entonces, pagarse al contado.

El monto de la indemnización cubre "*todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos*". Incluye, por tanto, el daño patrimonial y el daño moral. Y no se limita al valor del terreno ocupado, pues se habla de "*todo perjuicio*".

El beneficiario de la indemnización es, por regla general, el dueño del predio que sufre el gravamen. Sin embargo, puede beneficiar también a terceros que tienen derechos sobre el predio (por ejemplo, un acreedor hipotecario). El que debe soportar la indemnización, por su parte, es el titular de la concesión.

**VIGESIMOTERCERO.** Que, como se observa, la indemnización tiene suficientes garantías. Por de pronto, el hecho que deba pactarse o determinarse por el juez con la constitución de la servidumbre, con la excepción anotada (decisión judicial y previa caución suficiente) evita que se dilate su pago o que se sujete a la obtención de rentabilidades de la exploración o explotación. Enseguida, su monto se determina de mutuo

acuerdo o por el juez. A continuación, la indemnización abarca o comprende "todo perjuicio".

**VIGESIMOCUARTO.** Dicha indemnización ha sido consagrada siempre en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el Código de 1888 señalaba que *"la servidumbre se constituirá previa indemnización no sólo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se cause éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquier otro"* (artículo 6º, inciso tercero). El Código de 1932, por su parte, disponía que las servidumbres *"se constituirán previa indemnización de todo perjuicio que directa o indirectamente se causare a los dueños de los terrenos, o a cualquiera otra persona"*.

## **2. El permiso del dueño para imponer servidumbres en terrenos plantados.**

**VIGESIMOQUINTO:** Que, por otra parte, para imponer servidumbres en terrenos arbolados y plantados, la ley se encargó de establecer ciertos requisitos especiales, reglados por la LOCCM (artículo 7º) y por el Código de Minería (artículo 15), que es necesario analizar, pues parte importante de este requerimiento se funda en estas normas.

**VIGESIMOSEXTO.** Que el artículo 15 del Código de Minería se encuentra dentro de los preceptos que regulan la facultad de catar y cavar. Como la riqueza minera se encuentra, por regla general, oculta, es necesario que sea descubierta. Como hay un interés social envuelto en ello desde antiguo -*"la Nación tiene interés en que éstas se descubran y exploten, pues ello significa prosperidad y trabajo en beneficio del país"* (STC rol 5, 09/11/81)-, se ha regulado en nuestro país, en términos muy semejantes, los trabajos de investigación destinados a revelarla. *"La facultad de catar y cavar es una de las instituciones más antiguas del derecho minero, cuya primera aparición, en el siglo II de nuestra Era, fue a través de la "occupatio" de los bronce de Vipasca"*

(Vergara, Alejandro; Constitucionalidad de la facultad de catar y cavar en suelo ajeno por quien no es un concesionario minero; en Revista de Minas y Aguas; V. III; 1992; pág. 193).

Esta facultad de investigar la riqueza minera se efectúa en nuestro actual ordenamiento jurídico mediante la mencionada facultad de catar y cavar y mediante la concesión de exploración, en que no hay explotación de una mina. Pero mientras en la concesión de exploración hay un título (*"la concesión minera es un derecho"*, dice el artículo 2º del Código), en la facultad de catar y cavar ella se funda sólo en la ley.

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que esta facultad es el derecho *"que tiene cualquier particular de investigar la existencia de yacimientos mineros en terrenos propios, ajenos o públicos, pudiendo abrir la tierra para hacer reconocimientos"* (Ruiz, Julio; Instituciones de Derecho Minero; T. I; Edit. Jurídica; Santiago, 1949; pág. 82). Catar es examinar y cavar es el hecho de mover o abrir la tierra (Lira, S.; ob. cit.; pág. 59). Como dice el Código, en su artículo 19, *"comprende la facultad de examinar la tierra y de abrirla para investigar"*.

Se trata de una mera facultad, pues no constituye un derecho real, porque no es exclusivo; un mismo terreno puede ser objeto de investigación simultánea por varias personas. Ello marca una diferencia con la concesión minera en general, que es un *"derecho real e inmueble"*, *"oponible al Estado y a cualquier persona"* (artículo 2º), y con la concesión de exploración, pues durante su vigencia *"sólo su titular tendrá derecho, dentro de los límites de ella, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración"* (artículo 113). No es, tampoco, un derecho personal, porque no se tiene respecto de determinada persona, sino que se puede ejercitar cualquiera que sea el dueño del terreno. Tampoco es un derecho patrimonial, susceptible de disposición, como

sucede con la concesión minera, que es un derecho "*transferible y transmisible*" (artículo 2º). Es una facultad semejante a la que tienen todas las personas para cazar en tierras ajenas, abiertas e incultas (Ruiz, J.; ob. cit.; pág. 83).

**VIGESIMOCTAVO.** Que esta facultad la tiene, de acuerdo al artículo 14 del Código de Minería, "*toda persona*". Es decir, natural o jurídica, chilena o extranjera, con o sin concesión (Ossa, J. L.; ob. cit.; pág. 90). La LOCCM le da esta facultad, sin embargo, a "todo concesionario minero"(artículo 7º).

Este Tribunal quiere llamar la atención acerca de que el Código haya establecido esta posibilidad tan amplia, si la LOCCM fue más restrictiva. El punto se complejiza si se considera que el fundamento constitucional para imponer limitaciones y obligaciones a los predios superficiales, de acuerdo al inciso sexto del artículo 19 N° 24 de la Constitución, es para facilitar "la exploración" y la "explotación". Algunos han querido ver ahí una contradicción insuperable, de modo que, tal como lo hace la LOCCM, sólo a favor de los concesionarios mineros se pueden establecer obligaciones y limitaciones (Vergara, A.; ob. cit.; págs. 194 y 195). Sin embargo, bajo la expresión "la exploración" cabe conciliar el texto constitucional con el Código. Sobre todo teniendo en cuenta que la Constitución no distingue entre la concesión de exploración y la de explotación, como para hacer sinónimos la voz "exploración" con "concesión de exploración". Usa el término, en un sentido genérico, para designar el reconocimiento de los terrenos para detectar la existencia de sustancias minerales. Además, la Constitución convoca a la ley para diseñar el régimen de limitaciones y obligaciones. No existe, por tanto, en la Constitución un diseño predefinido en esta materia.

Esta facultad de catar y cavar se puede ejercer, por tanto, sin obtener antes una concesión. Pero no otorga

preferencia alguna para obtener una concesión de exploración o de explotación, ni siquiera cuando se ejerce en suelo propio. Tampoco autoriza a realizar trabajos de exploración ni a apropiarse de las sustancias minerales que se encuentren con motivo de la investigación (Ossa, J. L.; ob. cit.; pág. 89). Ello marca una diferencia con la concesión de exploración, en que su titular se hace dueño *"de las sustancias concesibles que necesite arrancar con motivo del ejercicio de ese derecho"* (artículo 113); y con la concesión de explotación, en que *"el concesionario se hará dueño de todas las sustancias minerales que extraiga dentro de los límites de su pertenencia, y que sean concesibles a la fecha de su constitución o lleguen a serlo posteriormente"* (artículo 116).

Esta facultad tiene dos aspectos. De un lado, *"la de examinar la tierra y la de abrirla para investigar"*. Del otro, *"la de imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales"* (artículo 19).

**VIGESIMONOVENO.** Que esta facultad está sujeta a ciertas limitaciones. Por de pronto, deben indemnizarse todos los perjuicios que se causen (artículo 14).

Enseguida, obliga a pedir las servidumbres de ocupación o de tránsito para la búsqueda de las sustancias minerales, salvo que se realice en terrenos fiscales o municipales o en terrenos abiertos e incultos, en que ello no es necesario (artículo 19). Dichas servidumbres se regulan por las reglas de los artículos 122 y siguientes del Código. Pero no pueden exceder de seis meses (artículo 19, inciso segundo).

A continuación, no se puede buscar sustancias minerales en los terrenos *"comprendidos en los límites de una concesión minera ajena, empleando desde fuera de aquéllos, equipos, máquinas o instrumentos, con ese objeto"* (artículo 20).

Por último, si bien la facultad puede ejercitarse *"en tierras de cualquier dominio"* (artículo 14), el tipo de terreno marca ciertas diferencias. En efecto, el Código distingue tres tipos de terrenos: libre, reglamentado y prohibido.

**TRIGÉSIMO:** Que los terrenos de cateo libre son aquellos en que, por ser abiertos e incultos, cualquiera persona puede ejercitar la facultad de buscar minas, sin necesidad de permiso alguno del dueño de esos terrenos. Si alguien pone un obstáculo, se puede reclamar ante un juez (Lira, S.; ob. cit.; pág. 61).

Los terrenos de cateo reglamentado, por su parte, son aquellos en que por ser abiertos y cultivados o por ser cerrados, cultivados o no, es necesario el permiso escrito del dueño del suelo o de su poseedor o tenedor para realizar la actividad de examinar e investigar. Cuando el dueño del terreno sea la Nación o un Municipio, el permiso debe darlo el gobernador o el alcalde respectivo. Si el dueño se niega a darlo, puede ocurrirse al juez. El juez debe respetar ciertas condiciones al otorgar el permiso, que regula el artículo 16 del Código: debe señalar el número de personas que comprenderá la investigación; no puede exceder de seis meses; no puede realizarse la labor si hay frutos pendientes; y el solicitante debe indemnizar *"todo daño que cause con las labores o con ocasión de ellas, debiendo rendir, previamente, caución calificada por el juez"*.

Finalmente, el cateo en los terrenos prohibidos implica que por interés público o por interés privado no se puede realizar actividad de investigación o examen. Sin embargo, esta prohibición es relativa, porque pueden levantarla ciertos sujetos que la ley indica; pero sólo ellos. (Lira, S; ob. cit.; págs. 62 y 63).

Por causa de interés público, el artículo 17 del Código lista una serie de terrenos en que la actividad

minera no puede desarrollarse sin permiso de ciertas autoridades. Por ejemplo, en parques nacionales se necesita la autorización del Intendente respectivo.

Por causa de interés privado, el Código señala: *"tratándose de casas y sus dependencias o de terrenos plantados de vides o de árboles frutales, sólo el dueño podrá otorgar el permiso"* (artículo 15, inciso final).

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que esta última norma se aplica a terrenos muy específicos, pues constituye una doble excepción. Por una parte, es una excepción al régimen de cateo libre; por la otra, es una excepción al régimen de cateo reglado, pues se trata de terrenos cerrados (al menos por las paredes de la casa o sus dependencias) o cultivados, pues están plantados. Sin embargo, la ley los trata aparte.

Dicho régimen excepcional se aprecia, desde luego, en las plantaciones. Se refiere únicamente a plantaciones de vides y árboles frutales; nada más. Para otras plantaciones (por ejemplo, las forestales), el régimen es el de cateo reglado. Por lo mismo, se podrán realizar labores, si la autorización la dio el juez por negativa de los llamados a otorgarla, una vez hecha la cosecha; el Código dice *"cuando no haya frutos pendientes en el terreno"* (artículo 16 N° 1). Definir la plantación, es decir, si corresponde a lo que la ley señala, es una cuestión de hecho.

Enseguida, dicha particularidad se constata en que sólo el dueño del suelo, y no el poseedor o el tenedor, como sucede en los terrenos regulados, puede dar el permiso para realizar el cateo.

Finalmente, la particularidad radica en que en caso de negativa del dueño, el juez no puede suplir su voluntad (Lira, S.; ob. cit.; pág. 62; Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 91; y Gómez, S.; ob. cit.; pág. 63).

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que la justificación de este régimen radica en que *"son tan grandes los perjuicios que*

*se pueden ocasionar catando y cavando en esos lugares y tan inseguros los resultados, que sólo el dueño del suelo puede consentir tal investigación. En otros términos, únicamente el propietario del terreno es, en este caso, el árbitro de su interés y él sabrá si niega el permiso, si lo otorga libremente o si lo da imponiendo condiciones onerosas al catador"* (Ruiz, J.; ob. cit.; págs. 84-85). Como la autorización depende del arbitrio del dueño, puede imponer toda clase de condiciones al interesado para obtenerla (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 91).

**TRIGESIMOTERCERO.** Que esta norma excepcional es aplicable tanto a la concesión de exploración (artículo 113) como a la de explotación (artículo 116). Sin embargo, debe considerarse que un derecho a veto a la facultad de catar y cavar, en la medida que ésta no es un derecho, no genera dificultades. En cambio, tratándose de una concesión otorgada, el veto produciría la inviabilidad de la concesión. No hay que olvidar que la posibilidad de imponer servidumbres es un derecho que tiene el concesionario (artículo 109); y que se adquiere *"desde la constitución de la respectiva concesión"* (artículo 120); siendo su propósito *"facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras"* (artículo 120).

Desde este punto de vista, la norma del inciso final del artículo 15 es también excepcional. Y, por lo mismo, de interpretación restrictiva.

**TRIGESIMOCUARTO.** Que la LOCCM, por su parte, obliga al concesionario minero que quiere catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de la concesión, a pedir permiso al dueño del suelo *"en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos"*. (artículo 7º).

La norma, como se observa, es prácticamente igual a la del inciso final del artículo 15 del Código. Sin

embargo, se diferencian en tres aspectos. En primer lugar, este permiso lo debe pedir el *"concesionario minero"*. La facultad del artículo 15 se aplica a cualquier persona. En segundo lugar, sólo es necesario si el concesionario quiere catar y cavar *"dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión"*. El artículo 15 se aplica *"a tierras de cualquier dominio"*. Finalmente, mientras el artículo 15 del Código habla de *"árboles frutales"*, el artículo 7º de la LOCCM habla de *"arbolados"*, no distinguiendo si son o no frutales.

Los efectos contradictorios que puede producir aplicar uno u otro régimen, exceden el presente recurso. (Sobre el punto, consúltese Cortés Nieve, Alberto; *Labores y servidumbres en terrenos con arbolados y bosques*; en *Revista Chilena de Derecho*; Vol. 27, Nº 3; pág. 597 y ss).

**TRIGESIMOQUINTO.** Que, en todo caso, esta diferencia de ámbito ha sido reconocida por la doctrina. *"El Código se está refiriendo a la facultad de catar y cavar que se ejerce sin contar con una concesión previa, en tanto que la Ley -como salta a la vista por lo demás- está tratando la facultad de catar y cavar que asiste a quien ya es titular de la concesión"* (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 92).

Esta diferencia de ámbito no es menor, pues el concesionario goza del derecho a explorar y explotar la concesión, es decir, de hacer toda clase de trabajos mineros, empleando cualquier tipo de procedimientos, en el ámbito que se determinó cuando se le otorgó, con el fin de investigar y extraer para sí, haciéndose dueño -cuando efectivamente las extraiga-, de las sustancias minerales que encuentre y que sean concesibles (Ossa, J. L.; ob. cit.; T II; pág. 448; Lira, S.; ob. cit.; pág. 171).

Dicho derecho es amplio, pues se hace *"libremente"*. Respecto de la concesión de exploración, el Código sostiene que *"durante la vigencia de la concesión, sólo*

*su titular tendrá derecho, dentro de los límites de ella, a hacer libremente calicatas y otras labores de exploración"* (artículo 113 del Código de Minería). En relación a la de explotación, *"el concesionario tiene los derechos exclusivos de explorar y de explotar libremente su pertenencia"* (artículo 116 del Código de Minería).

No obstante, esta libertad está sujeta a la limitación del permiso del dueño. Tanto en la concesión de exploración (artículo 113, CM) como en la de explotación (artículo 116, CM), se concibe a este permiso como una limitación a su ejercicio.

Ello es consecuente con la Constitución. Esta dispone que las *"concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese"*. La ley, por tanto, puede establecer limitaciones a las concesiones (Vergara Blanco, Alejandro; Explotación minera en bosques y arbolados: inconstitucionalidad del artículo 15, inciso final, del Código de Minería; en Revista de Derecho de Minas; Vol. IV; 1993; pág. 116).

Entre estas limitaciones, se encuentra la obligación para el concesionario de pedir permiso al dueño del predio si se quiere realizar actividad minera en un terreno plantado con árboles o vides.

**TRIGESIMOSEXTO.** Que, de este modo, el permiso del dueño del predio superficial en caso de terrenos plantados con árboles o vides, se fundamenta en las limitaciones que debe establecer el legislador al concesionario minero.

En esta línea, la LOCCM (artículo 7º) dice tres cosas. Por de pronto, que ella misma y el Código de Minería deben establecer *"las limitaciones"* a la facultad de catar y cavar. Enseguida, que estas limitaciones deben *"precaver daños al dueño del suelo o proveer a fines de interés público"*. Finalmente, que estas limitaciones

consistirán en *"la necesidad de obtener permiso del dueño del suelo o de la autoridad correspondiente, en su caso, para ejercer la facultad de catar y cavar en ciertos terrenos"*.

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, finalmente, como lo ha reconocido la jurisprudencia, *"quien se encuentra impedido de explotar su concesión, por no contar con la autorización del dueño del suelo, por contener éste arbolados en el sector, mal puede obtener la constitución de gravámenes que faciliten la explotación; como se pretende con las servidumbres de ocupación y de tránsito demandadas"* (SCS, rol 1.910/97).

Lo mismo ha señalado la doctrina. *"Si no puede realizar trabajos mineros, no se podrá legítimamente imponer la constitución de servidumbres contra la voluntad del propietario del terreno superficial... Ello porque la finalidad de la servidumbre es precisamente la de facilitar la exploración y explotación mineras, por lo que no puede el titular de la pertenencia pretender la constitución de servidumbres sin antes obtener y acompañar el permiso..."* (Vergara, A.; ob. cit.; Vol. IV; pág. 118).

### **3. No se afecta derecho de propiedad.**

**TRIGESIMOCTAVO.** Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de la impugnación que hace la actora, en el sentido de que se la priva del dominio de árboles plantados y se impide el uso de un inmueble para un destino lícito.

Este Tribunal no comparte dicho alegato, pues estamos frente a una limitación al dominio donde el dueño del predio, conservando la titularidad del dominio, tiene cuatro garantías en su favor, que prácticamente eliminan o reducen al mínimo cualquier arbitrariedad o abuso.

En primer lugar, el afectado tiene la garantía indemnizatoria. Para constituir la servidumbre, por mutuo acuerdo o por sentencia judicial, el afectado tiene

derecho a que se le pague "por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos". Con ello, se garantiza una justa compensación, que cubre tanto el daño moral como el daño patrimonial. Dicha indemnización procede a pesar de que la servidumbre es una limitación al dominio.

En segundo lugar, el afectado tiene la garantía de la naturaleza de las servidumbres. Estas "son esencialmente transitorias", cesando "cuando termine ese aprovechamiento"; y "no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión".

En tercer lugar, el dueño de un terreno plantado con árboles y vides tiene el derecho a "veto", pues puede oponerse a que se constituyan servidumbres, sin que su permiso pueda ser suplido por el juez u otra autoridad.

Finalmente, el afectado tiene la garantía jurisdiccional. Las servidumbres se constituyen de común acuerdo; si éste no se logra, es el juez el que la establece. De este modo, el dueño del predio superficial tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos ante un tribunal, con todas las garantías de un racional y justo procedimiento (bilateralidad, presentar pruebas, interponer recursos, etc.).

De este modo, debe rechazarse que se afecte el derecho de propiedad del modo como lo señala la recurrente.

#### **V. NO SE AFECTA LA IGUALDAD CON LA MODIFICACIÓN DE LA SERVIDUMBRE.**

**TRIGESIMONOVENO.** Que un segundo argumento que se sostiene en el presente requerimiento, es que la ampliación de la servidumbre constituida a favor de un concesionario, no daría garantías suficientes al titular del predio superficial, afectando con ello la igualdad ante la ley.

**CUADRAGÉSIMO.** Que, de conformidad al artículo 124 del Código de Minería, las servidumbres pueden "*ampliarse*

*o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento".* En iguales términos se expresa el artículo 8º de la LOCCM, al señalar que las servidumbres *"podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas"*.

El artículo 92 del Código de Minería de 1932 se expresaba de manera semejante, pues permitía que las servidumbres pudieran *"ampliarse o restringirse, de acuerdo con el desarrollo que adquieran los trabajos mineros"*.

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que ésta es una de las características que distinguen a la servidumbre minera de la servidumbre civil, por regla general fija y perpetua. En cambio, la servidumbre minera es esencialmente transitoria y no es fija (Lira, S.; ob. cit.; pág. 177; Uribe, A.; ob. cit.; pág. 240).

Su mutabilidad se justifica por los cambios de intensidad y de ubicación de las faenas mineras (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 463). *"La falta de fijeza de la servidumbre minera se debe a que esta clase de servidumbre no tiene otro objeto que facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina. Si aumenta la explotación, hay derecho para pedir la ampliación de la servidumbre, si dicho aumento para que sea cómodo exigiere o requiriere tal ampliación; si, en cambio, disminuye la explotación por falta de mineral, restricción del mercado, o cualquier otra causa, se puede exigir o pedir la restricción de la servidumbre, o su extinción"* (Uribe, A.; ob. cit.; pág. 241).

La justificación de este derecho se funda, entonces, en que las servidumbres *"no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión"* (artículo 124, CM). Están concebidas para *"facilitar la*

*conveniente y cómoda"* (artículo 120 del CM) utilización y goce de la concesión. El concesionario, de acuerdo a la Constitución, debe *"desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento"* (artículo 19 N° 24, inciso séptimo). Ello obliga a su ajuste *"a la actividad propia de la respectiva concesión"* (artículo 124 del CM).

En tal sentido, la adecuación de la servidumbre a la realidad de la exploración o explotación puede ser solicitada tanto por el dueño del predio que soporta el gravamen como por el titular de la concesión.

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que la alteración de la servidumbre implica, por un lado, ampliar o reducir las indemnizaciones que se establecieron por el juez o que se pactaron (Gómez, S.; ob. cit.; pág. 238). Recordemos que la indemnización cubre *"todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o a cualquier otra persona"* (artículo 122, CM).

Del otro, que dicha modificación debe someterse a los mismos trámites de su establecimiento. Es decir, concordar con el dueño del predio sus condiciones; en caso de no lograr ese acuerdo, cualquiera de los interesados puede recurrir al juez.

En caso que se recurra al juez, éste puede, a petición del concesionario y mientras se tramita el juicio, y siempre que se rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones, autorizarlo para hacer uso de la ampliación de la servidumbre (artículo 125).

En todo caso, la ampliación o reducción sólo se constituye previa determinación del monto de la indemnización (artículo 122).

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que no es efectivo, entonces, que el dueño del predio tenga menos derechos al modificarse la servidumbre que al constituirla. Por de pronto, porque se requiere su acuerdo, si estamos frente a terrenos arbolados. Enseguida, porque no se puede

ampliar o reducir la servidumbre sin determinar el monto de la indemnización. Finalmente, todos los elementos que justifican la reducción o ampliación deben ponerse sobre la mesa para concordar o discutir ante el juez, tal como sucede cuando quiere constituirse originariamente la servidumbre.

Esta es la única manera de conciliar la norma legal con la Constitución. Esta obliga a que el dueño del predio superficial facilite la exploración y la explotación mediante los mecanismos que señale la ley. Pero éstos sólo pueden ser "obligaciones y limitaciones" (artículo 19 N° 24, inciso sexto), no privaciones.

#### **VI. LA SERVIDUMBRE PROVISIONAL NO AFECTA LA IGUAL PROTECCIÓN EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.**

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que también se impugna la posibilidad de que se pueda solicitar al juez provisionalmente la constitución de una servidumbre, mientras se tramita el juicio definitivo para establecerla.

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que al respecto cabe señalar que esa posibilidad la contemplaba el Código de 1932, no así el de 1888. La norma del antiguo Código (artículo 93) era prácticamente idéntica al actual (artículo 125).

Comentando el artículo 93 del Código de 1932, la doctrina señalaba, por de pronto, que se trataba de una facultad del juez (Ruiz, J; ob. cit.; pág. 35; Uribe, A; ob. cit.; pág. 243). Enseguida, esta facultad, se indicaba, es semejante a la potestad que entrega el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil al juez para acceder provisionalmente a la demanda en el juicio sumario (Ruiz, J.; ob. cit.; pág. 35). A continuación, indicaban, la norma permite que el juez, sin necesidad de que se dicte la resolución judicial que reconozca la servidumbre, mientras se ventila el juicio y siempre que el minero se lo pida y rinda caución suficiente para responder por la indemnización que en definitiva deba

pagar por la servidumbre, se la otorgue (Ruiz, J.; ob. cit.; pág. 35; Uribe, A; ob. cit.; pág. 243). Finalmente, anotaban que tanto la naturaleza de la caución como su monto quedan entregados al criterio del tribunal (Ruiz, J.; ob. cit; pág. 35).

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, por su parte, la doctrina que se refiere al precepto vigente (artículo 125), reitera que se trata de una facultad del juez. *"La sola circunstancia de que estas servidumbres sean legales no obliga al juez a otorgarlas, y el tribunal las constituirá o denegará soberanamente, con los antecedentes que se alleguen en el juicio. Desconocer esta facultad del juez implicaría transformarlo en un mero receptor y tramitador de las pretensiones de los demandantes, cualesquiera que ellas fuesen. Por su lado, el juez no puede excusarse de examinar y ponderar las diferentes circunstancias que rodean cada caso y de cerciorarse de que se satisfacen todos los requisitos de la servidumbre demandada"* (Ossa, J.L.; ob. cit.; págs. 467 y 468).

Reiteran también que las servidumbres así constituidas, es sólo mientras se tramita el juicio de constitución (Ossa. J.L; ob. cit.; pág. 468).

Enseguida, en cuanto a la expresión "desde luego" que han usado ambos Códigos, no implica una constitución sin bilateralidad. *"La solicitud debe plantearse en el comparendo de estilo" del juicio sumarísimo a que está sujeta la constitución de las servidumbres (Lira, S.; ob. cit; pág. 179). "La expresión "desde luego" que emplea la ley ha de entenderse que debe conocerse como una cuestión accesoria del juicio y tramitarse como incidente con audiencia de las partes"* (Gómez, S.; ob. cit.; pág. 244). *"Creemos que el juez ha de ser prudente en esta materia, porque si autoriza una servidumbre con ligereza puede ocasionar al demandado un perjuicio que la caución exigida -también aceptada, muchas veces con premura- no*

*siempre cubrirá. Es por eso que por regla general el juez no debe resolver de plano... La servidumbre no es nunca una medida prejudicial, y no es dable tramitarla ni constituirlo como si lo fuera"* (Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 469). La jurisprudencia se ha inclinado por la necesidad de audiencia (RDJ, T. 83, sec. 5ª, pág. 41, citada en Ossa, J.L.; ob. cit.; pág. 469; y en Gómez, S.; ob. cit.; pág. 244).

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que, como se observa, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la servidumbre provisional requiere una audiencia del afectado. Esta idea ni siquiera es controvertida por la parte requerida en estos autos.

Consecuente con eso, en el presente caso, el juez que lleva la petición de la servidumbre provisional, dio audiencia y las partes pudieron rendir probanzas. Y luego de casi tres años de solicitada, se constituyó provisionalmente la servidumbre. Contra esa decisión, se recurrió de protección por la parte afectada.

Como se observa, no existe ninguna violación de la igual protección de derechos con la servidumbre provisional, pues el afectado pudo hacer valer sus derechos oportunamente. La Constitución no garantiza el éxito en la defensa y en los recursos; sólo garantiza el acceso a ellos, pero no un resultado determinado.

**Y VISTO:** lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 24, y 93, N° 6° e inciso undécimo, todos de la Constitución Política de la República; así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

**QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FS. 1 Y QUE SE PONE TÉRMINO A LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS. OFÍCIESE AL EFECTO AL RESPECTIVO TRIBUNAL.**

**Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán** hacen presente que concurren a la sentencia, pero que no suscriben el considerando VIGÉSIMOPRIMERO.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Mario Fernández Baeza**, quien estuvo por acoger el requerimiento en lo pedido en relación al número 24 del artículo 19 de la Constitución, sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Que no comparte el texto ni la pertinencia de su inclusión en la sentencia de autos, de los considerandos tercero al octavo, ambos inclusive, por referirse a cuestiones doctrinarias sobre la función del Tribunal Constitucional y la institución de la inaplicabilidad, respecto de las cuales esta Magistratura no tiene ni puede tener posición oficial sin detrimento de la libertad con que sus jueces deben ejercer su magisterio.
2. Que aún cuando la inaplicabilidad se circunscribe al caso concreto y no abarca la confrontación abstracta entre el precepto impugnado y la Constitución, lo que hace la diferencia entre los números 6° y 7° del artículo 93 de la Carta, este Ministro disidente hace constar que los preceptos impugnados, artículos 124 y 125 del Código de Minería y artículo 8 inciso quinto de la Ley N° 18.097, denominada Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM), de mutuo sustento, vulneran el número 24 del artículo 19 de la Constitución, especialmente en sus incisos tercero al sexto inclusive. Y una evidente inconstitucionalidad abstracta de un

precepto legal sirve de firme sustento a que su aplicación pueda resultar contraria a la Constitución, según reza el número 6° del artículo 93 de la Carta.

3. La citada inconstitucionalidad resulta del contraste entre el carácter provisorio que el mencionado artículo 124 le otorga a la servidumbres -“Las servidumbres son esencialmente transitorias”- y el carácter definitivo que la extensa enumeración del inciso segundo del citado artículo 8° de la LOCCM, supuestamente armónico con aquel, le entrega a “las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras”, a pesar de que en su inciso quinto repite la fórmula “son esencialmente transitorias”, configurándose así una contradicción dentro del mismo artículo sobre este punto principal. En efecto, como ejemplo, no podría entenderse que obras como tranques o túneles puedan ser consideradas como “transitorias”.
4. En conformidad a lo indicado, los tres preceptos impugnados, en mutuo apoyo y cobertura, contienen una distorsión de la institución de la servidumbre, al **transformarla en un modo de adquirir la propiedad** y de entregar las facultades inherentes del dominio, ambas situaciones reguladas en el inciso segundo del número 24 del artículo 19 de la Constitución. Según nuestra legislación sobre los derechos reales y la larga tradición jurídica de la que es tributaria, las servidumbres no constituyen la pérdida de la propiedad para el dueño del predio sirviente, sino la

aceptación de un "gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño" como la define el artículo 820 del Código Civil. Tal atributo del concepto básico de servidumbre **no desaparece** con el carácter especial de las servidumbres legales, y dentro de ellas, las de interés público y, más específicamente de las llamadas servidumbres administrativas, dentro de las que se encuentran las que acompañan a las concesiones mineras. En consecuencia, carece de base la argumentación edificada sobre las distinciones que tanto el Código de Minería como la citada LOCCM realiza para definir las especificidades en juego, tanto de las concesiones como de las servidumbres que facilitan el ejercicio y aprovechamiento de aquellas, para restarle el carácter provisorio que la servidumbre tiene más allá de la adjetivización que ordenamientos legales especiales le entreguen.

5. En el caso de autos, el requerimiento se sustenta fundadamente en que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente. La doctrina reputada al respecto señala que "la carga que impone las servidumbres al fundo que las soporta es mínima comparada con la utilidad que proporcionan al predio que benefician."(Arturo Alessandri, Manual Somarriva, Antonio Vodanovic: Tratado de los Derechos Reales. Bienes, Tomo II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág.170), lo que contrasta con la extensión

que importa la ampliación de la servidumbre legal minera de tránsito de la especie, de 2,5 hectáreas a una servidumbre de 100 hectáreas. El perjuicio es evidente sólo por la extensión que comprende la ampliación, sin perjuicio de la alegación de que parte del predio- 50 hectáreas-se encuentre plantada con árboles, y del aprovechamiento que de ella se puede hacer de acuerdo a los análisis de los informes periciales que se acreditan en autos. El contraste con la relación entre carga y utilidad de ambas partes ya descrita se acrecienta en la medida en que la ampliación de la servidumbre tiene por objeto "ahondar las faenas de prospección y comenzar paralelamente con la exploración, explotación y/o producción". Esto es, se contrasta una actividad ya iniciada en el predio, que es necesario interrumpir, con una actividad futura y de hipotéticos beneficios.

6. De lo expuesto se constata que la ampliación de la servidumbre solicitada en los términos de autos, consiste en una adquisición de la propiedad sobre el predio en cuestión, cuyas modalidades deben sujetarse a las regulaciones de la legislación civil tratándose de partes privadas las litigantes en la gestión pendiente. La participación del Estado no procede, a excepción que se entendiera como expropiación, incluyendo la judicial, pues no se trata de servidumbres reguladas por los preceptos impugnados, especialmente el artículo 125 del Código de Minería. En consecuencia, la aplicación en

la especie de los preceptos impugnados resultan contrarios al número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la prevención y la disidencia, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Ro1 1284-08-INA.**

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, pero no firma por encontrarse ausente con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.