

## LA GÉNESIS DEL CÓDIGO DE MINERÍA DE 1983 EN LOS PAPELES DE ENRIQUE MORANDÉ TOCORNAL\*

ISABEL FIGUEROA BITTNER

Abogado

Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: LEGISLACIÓN MINERA VIGENTE A LA ÉPOCA DE LA DISCUSIÓN DEL CÓDIGO DE MINERÍA DE 1983. 1. *El contexto de la legislación minera nacional al estudiarse un nuevo Código de Minería.* 2. *Preparación del nuevo Código de Minería.* i) *Proyecto de Código de Minería de Enrique Morandé.* ii) *Proyecto de Código de Minería del Ministerio de Samuel Lira Ovalle.* iii) *Discusión en las comisiones legislativas.* 3. *Reseña bibliográfica.* 4. *Sobre el orden de los papeles de Enrique Morandé.* 1. *Papeles cuyo contenido dice relación con los objetivos que debe perseguir el nuevo Código de Minería.* 2. *Papeles que tratan el tema de la superposición de concesiones.* 3. *Papeles que tratan el tema de la nulidad de la concesión minera.* 4. *Documentos relativos a otros temas.* a) *Documentos relativos a terminologías y conceptos usados en nuestra legislación.* b) *Consideraciones sobre el régimen de propiedad minera.* c) *Documentos escritos en apoyo de su labor docente.* d) *Correspondencia.* I. *IDEAS DE ENRIQUE MORANDÉ PARA UN NUEVO CÓDIGO DE MINERÍA (1982-1983): SISTEMATIZACIÓN Y SÍNTESIS DE SUS PAPELES.* II. *EPÍLOGO: 1. Consagración de las ideas de Enrique Morandé en el Código de 1983: la superposición de concesiones y la acción de nulidad en el nuevo Código.* a) *El problema de la superposición en el nuevo Código.* b) *La acción de nulidad en el Código de 1983.* 2. *Resurgimiento de las ideas de Morandé Tocornal en el debate de 1992 sobre la superposición de concesiones: la nueva ley 19.573.* a) *Nueva participación de Enrique Morandé Tocornal en el debate de 1992.* b) *Modificaciones al Código de Minería de 1983.* c) *Comentarios de Enrique Morandé en relación con la indicación sustitutiva.* d) *La nueva Ley 19.573.* 3. *Consideraciones finales relativas al Código de Minería.* BIBLIOGRAFÍA.

### Abreviaturas:

- CPR 80 : Constitución Política de la República de Chile del año 1980  
LOCCM : Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones mineras  
CM 83 : Código de Minería del año 1983  
CM 32 : Código de Minería del año 1932  
CM 30 : Código de Minería del año 1930  
CM 88 : Código de Minería del año 1988  
CC : Código Civil de la República de Chile  
CPC : Código de Procedimiento Civil  
COT : Código Orgánico de Tribunales  
S/D : Sin data o fecha

\* Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, enero de 1999. Dirigida por el profesor Alejandro Vergara Blanco. En esta publicación se omite el Capítulo II de la tesis.

Durante la génesis del actual Código de Minería, Enrique Morandé Tocornal entregó todos sus conocimientos a la labor prelegislativa, defendiendo varias de sus ideas de jurista, entre otras la de defender los derechos de los concesionarios mineros y de evitar el fenómeno de las concesiones superpuestas en nuestro país, de las nulidades y otros temas que se pondrán en este trabajo.

El objetivo de este estudio es mostrar las opiniones de Enrique Morandé Tocornal, sin contrastarlas con las de otros profesores o autores de Derecho Minero. Estas ideas de Enrique Morandé fueron expuestas en los 42 pape-

les escritos por él durante el período de estudio del Código de Minería de 1983.

Se trata de una tesis dedicada específicamente al estudio de instituciones de indudable interés práctico y teórico en el Derecho Minero chileno contenidas en estos trabajos, hasta ahora inéditos, cuya divulgación y análisis espero constituya un enriquecedor aporte para el estudio y desarrollo de nuestro Derecho Minero.

Es mi intención sacar a la luz las ideas de Enrique Morandé, las que tienen un valor inestimable para la discusión de la legislación minera, discusión que está siempre vigente y en constante resurgimiento.

En las líneas que siguen hay un agradecimiento explícito al profesor Alejandro Vergara Blanco, quien en su constante trabajo editorial, y por la vía de sus cátedras en las distintas universidades del país, ha buscado siempre transmitir a jóvenes generaciones un profundo sentimiento por el Derecho Minero, y de su importancia para nuestro país.

## INTRODUCCIÓN

### LEGISLACIÓN MINERA VIGENTE A LA ÉPOCA DE LA DISCUSIÓN DEL CÓDIGO DE MINERÍA DE 1983

#### 1. El contexto de la legislación minera nacional al estudiarse un nuevo Código de Minería (1971-1983)

No obstante la vital importancia de la minería en nuestro país como principal fuente de progreso y desarrollo, hasta 1971 no existía en Chile una normativa jurídica de rango constitucional que enmarcara la actividad minera.

El CM32 estableció un determinado orden jurídico en esta área que rigió plenamente hasta la reforma constitucional de 1971, fecha en la que por primera vez en la historia de nuestro Derecho Minero se consagraron en la Constitución normas jurídicas mineras.

La Ley N° 17.450, del 16 de julio de 1971, vino a modificar el régimen jurídico minero existente.

Esta ley, conocida principalmente como la responsable de la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre introduce además un cambio fundamental en materia minera al modificar la CPR25.

Al artículo 10 N°10 de la CPR25 se le agregó un nuevo inciso y la disposición quedó establecida de la siguiente manera:

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

Según Vergara Blanco, el contenido jurídico de esta reforma constitucional se presentó como una continuidad histórico-legislativa, consagrando el mismo vínculo que había detentado el Estado chileno frente a las minas desde su nacimiento como tal: *dominio*. Pero, según señala este autor, ahora se consagra de una forma expresamente redundante, para evitar toda duda: *"absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible"*.<sup>1</sup>

Creemos que esta nueva forma de regular la relación del Estado con las minas se debió a que finalmente se tomó conciencia de la vital importancia de la actividad minera para la economía de nuestro país y de la necesidad de darle consagración constitucional a la normativa minera.

Pero esta reforma constitucional era necesaria también desde otro punto de vista.

Como es sabido, la Ley 17.450 dispuso la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre, como resultado de un proceso jurídico-constitucional y jurídico político, tras el cual el Estado recuperaba una riqueza básica, considerando que así reivindicaba la soberanía nacional que en cierto sentido había perdido en manos de los inversionistas norteamericanos.

Como señala Seda Espejo<sup>2</sup>, las compañías cupreras norteamericanas operaban con formas legales de contratos leyes, producto de las negociaciones entre las mismas y el Estado chileno, convenios que se conocieron con los nombres de "chilenización" y "nacionalización

<sup>1</sup> Vergara Blanco, Alejandro. *"Presupuestos Histórico-Dogmáticos del estudio del derecho minero vigente."* RDMA, Vol. VII, pp. 113-152, 1996.

<sup>2</sup> Seda Espejo, Mario, *"De la defensa de la concesión minera"* (Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda. Santiago, 1989), pág. 22.

pactada". Se resolvió seguir el camino de la reforma constitucional para nacionalizar el cobre y evitar así impugnaciones de carácter técnico jurídico.

Esta normas fueron de general aplicación para chilenos, extranjeros, pequeños y medianos mineros. A todos ellos les fue dada la calidad de concesionarios por esta ley, que además introdujo a la CPR25 la 16ª disposición transitoria.

Esta disposición transitoria señaló que mientras una "nueva ley" determinara las características de las concesiones mineras, los titulares de derechos mineros seguirían rigiéndose por la legislación vigente, principalmente constituida por el CM32.

Como es sabido, la esperada ley minera nunca se dictó, debido a lo cual la reforma constitucional de 1971 no tuvo gran aplicación práctica y siguió operando el sistema vigente bajo el CM32.

En consecuencia podemos señalar que la reforma de 1971, aparte de nacionalizar la Gran Minería del Cobre, y de darle rango constitucional a normas meramente legales, en la práctica no constituyó ningún cambio fundamental para el sector minero.

El cambio de gobierno que ocurrió en septiembre de 1973 tampoco significó una variación inmediata en el dominio del Estado sobre las minas. El CM32 siguió vigente con algunas modificaciones de menor importancia.

Luego el Acta Constitucional N° 3, referida a los derechos y deberes constitucionales, señaló que "un Estatuto especial que regulará todo lo concerniente a la propiedad minera...".

La Comisión de Estudio de la nueva Constitución recomendó que se consagrara el principio del dominio eminente del Estado sobre las minas. El Consejo de Estado fue de la misma opinión al pronunciarse sobre tal Proyecto.

Esta teoría regalista o del dominio eminente señala que la propiedad minera es del Estado como un dominio solo simbólico, y no como el dominio pleno, con todos los atributos y facultades de este. Recordemos que en la época del derecho minero medieval las *regalías* constituían todos aquellos derechos que los reyes se reservaban para sí, lo que se aplicaba a las minas<sup>3</sup>.

Pero estas ideas no se consagraron en la Constitución, la que en definitiva volvió a repetir lo señalado por la Ley 17.450, el año 1971.

La CPR80 estableció las bases generales que regulan la minería chilena, las que se encuentran en el artículo 19 N° 24 y en la 2ª y 3ª disposiciones transitorias.

El estatuto regulatorio de la actividad minera se encuentra regulado principalmente en los incisos 6° al 10° del N° 24 del artículo 19 en la siguiente forma:

*Inciso 6°: "El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas. Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas."*

*Inciso 7°: "Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración y explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de ley orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifique su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión."*

*Inciso 8°: "Será de competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho."*

*Inciso 9°: "El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número."*

<sup>3</sup> Vergara Blanco, Alejandro. "Presupuestos Histórico-Dogmáticos del estudio del derecho minero vigente". RDMA, Vol. VII, pp. 113-152, 1996.

Inciso 10°: "La exploración, explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existente en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley se determinen como de importancia para la seguridad nacional.

El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas y contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional."

Según se desprende de las disposiciones transcritas, la Constitución otorga al Estado el dominio absoluto de todas las minas del país, pero a la vez encomienda a la Ley Orgánica la función de determinar qué sustancias mineras pueden ser objeto de concesión minera.

La concesión minera sobre las sustancias declaradas por ley como concesibles, es una institución jurídica consagrada constitucionalmente y protegida por la garantía constitucional de que trata el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

El texto de nuestra Constitución parece reconocer en forma simultánea dos especies de dominio sobre las sustancias minerales concesibles: el dominio del Estado sobre las minas y el del titular sobre su concesión minera. El primero con un carácter genérico y el segundo de carácter particular, dependiendo de si se trata de sustancias susceptibles o no de ser dadas en concesión.

La Constitución mantiene los postulados establecidos en 1971, incluso la 2ª disposición transitoria es muy parecida a la 16ª disposición transitoria de la Constitución de 1925.

La 2ª disposición transitoria constituye una norma fundamental en el sistema regulatorio de la actividad minera, la que señala lo siguiente:

#### Disposición segunda transitoria:

"Mientras se dicta el nuevo Código de Minería, que deberá regular, entre otras materias, la forma condiciones y efectos de las concesiones mineras a que se refieren los incisos séptimo al décimo del número 24 del artículo 19 de esta Constitución Política, los titulares de los derechos mineros seguirán regidos por la legislación que estuviere en vigor al momento en que entre en vigencia la Constitución, en calidad de concesionarios.

"Los derechos mineros a que se refiere el inciso anterior subsistirán bajo el imperio del nuevo Código, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a la extinción, prevalecerán las disposiciones de dicho nuevo Código de Minería. Este nuevo Código deberá otorgar plazo a los concesionarios para cumplir los nuevos requisitos que se establezcan para merecer el amparo legal.

"En el lapso que medie entre el momento en que se ponga en vigencia esta Constitución y aquel en que entre en vigor el nuevo Código de Minería, la constitución de derechos mineros con el carácter de concesión señalados en los incisos séptimo a décimo del número 24 del artículo 19 de esta Constitución, continuará regida por la legislación actual, al igual que las concesiones mineras que se otorguen".

La misma Constitución reiteró expresamente que las empresas de la Gran Minería del Cobre nacionalizadas en 1971, continuarían perteneciendo al Estado chileno.

Lo que distingue además a lo establecido por la nueva Constitución de lo señalado por la Ley 17.450, es que la CPR80 estableció la necesidad de que una Ley orgánica complemente las normas de derecho minero que ella había señalado. Tal objetivo se cumplió con la dictación de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, publicada en el Diario Oficial, el 21 de enero de 1982.

La misma ley dispone que esta debía entrar en vigencia simultáneamente con el nuevo Código de Minería.

Esta LOCCM, según lo señaló su principal impulsor, el entonces Ministro de Minería José Piñera, fue como la "cuadratura del círculo"<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> Piñera José, "El Cascabel al Gato" (Santiago, Editorial Zig-Zag, 1991), p. 121.

para referirse a lo difícil que fue lograr su establecimiento y al tratamiento indudablemente político que trató de dársele a su elaboración.

Sin embargo se le reconoce en forma unánime el mérito de compatibilizar las disposiciones que regulan el régimen de la propiedad minera por ella establecidas, con el texto de la Constitución.

Durante la tramitación de la LOCCM hubo una discusión relativa al carácter de la ley llamada a determinar qué sustancias minerales podían ser catalogadas de concesibles.

Se discutió si acaso tenía que ser una ley orgánica o una ley común, debido a una supuesta falta de claridad en la redacción de la disposición constitucional regulatoria de la actividad minera.

Se argumentó que la frase relativa a la determinación de las sustancias concesibles no califica la ley que la deba reglamentar; en cambio, la frase referente al régimen legal de las concesiones mineras especifica que esta ley debe tener el carácter de orgánica constitucional.

La Junta de Gobierno buscó dirimir el conflicto tomando la atribución que le confiere el artículo 82 N° 2 de la Constitución, precepto que permite encomendar al Tribunal Constitucional la resolución de cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional. La Junta envió por oficio N° 52 de fecha 9 de noviembre de 1981 un requerimiento al Tribunal Constitucional, a fin de que este se pronuncie sobre la constitucionalidad de los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 3° de la LOCCM. Tales disposiciones son las que señalan las sustancias minerales que tienen el carácter de concesibles.

El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 26 de noviembre de 1981, señaló en forma categórica que la "determinación de las sustancias que pueden ser objeto de concesiones de exploración o explotación, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, es de la competencia de la Ley Orgánica Constitucional".

Por lo anterior, resolvió que la ley llamada a determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso 6° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración y explotación, debe tener el carácter de Ley Orgánica Constitucional.

El 26 de septiembre de 1983, al conmemorarse el centenario de la fundación de la Sociedad Nacional de Minería, se promulgó el nuevo CM83.

La Ley N° 18.248, publicada el 14 de octubre de 1983, contenía el nuevo Código, el que comenzó a regir 60 días después, el 13 de diciembre de 1983, conjuntamente con la LOCCM.

## 2. Preparación del nuevo Código de Minería

Los documentos a los que se refiere esta tesis fueron escritos por Enrique Morandé Tocornal durante esta etapa, que podríamos llamar de discusión del CM83.

Siguiendo con lo que fue la historia de su dictación, a la época en que se iniciara su discusión, el CM32 entonces vigente cumplía a la fecha 50 años de existencia.

En ese lapso este cuerpo legal demostró constituir una útil herramienta legal que se ajustaba a las necesidades de los mineros en ese entonces, realidad que evidentemente ha cambiado.

Junto con asumir la Junta de Gobierno, se planteó la necesidad de reemplazar el CM32, por otro que fuera más acorde con las innovaciones tecnológicas y el crecimiento y la modernización general que afectó a la industria minera en el transcurso de casi seis décadas.

La dictación de un nuevo Código de Minería correspondía a un mandato constitucional, según el cual la LOCCM sólo comenzaría a regir en la fecha en que dicho Código sea publicado. Pero aparte de este mandato constitucional existía una razón práctica que hacía imprescindible la dictación de una nueva normativa minera, esto es, el gran número de juicios mineros que se ventilaban en esa fecha en los tribunales de nuestro país.

### i) *Proyecto de Código de Minería de Enrique Morandé*

De acuerdo a lo que se señala en el papel N° 39, cuyo contenido expondremos más adelante, tenemos conocimiento de que se contrató en calidad de Consultor de la Cuarta Comisión Legislativa a Enrique Morandé Tocornal. El período para el cual fue contratado fue a contar del 31 de diciembre de 1981 y hasta el 31 de marzo de 1982.

En enero de 1982 Enrique Morandé Tocornal comenzó a elaborar un Proyecto de Código de Minería.

Este Proyecto elaborado por los profesores Enrique Morandé y Arturo Marín Vicuña fue enviado al Ministerio de Minería en los primeros días de julio de 1982 durante el ministerio de Hernán Felipe Errázuriz Correa.

El señor Errázuriz envió este Proyecto a la Presidencia el 8 de julio del mismo año, mediante el oficio conductor N° 181. El proyecto se acompañó del Mensaje Presidencial y de un Informe Técnico en el cual se explicaban las bases conceptuales de las normas propuestas<sup>5</sup>.

El mismo Mensaje destacaba que el Proyecto de Enrique Morandé y Arturo Marín perseguía principalmente los siguientes objetivos:

- a) En primer lugar hacer más expedito el procedimiento de constitución de concesiones mineras.
- b) En segundo lugar, la protección de los derechos de los concesionarios.
- c) Y en tercer lugar la incorporación a la legislación minera de métodos y técnicas compatibles con las actuales modalidades de explotación y exploración de los yacimientos.

Pero a este valioso Proyecto nunca se le dio trámite; el documento oficial fue devuelto sin firmas por la Junta de Gobierno, lo que quiere decir que no se le dio sanción legal.

#### ii) Proyecto de Código de Minería del ministerio de Samuel Lira Ovalle

En septiembre de 1982, la historia cambiaba. Fue en estos días en que asumió como Ministro de Minería el Sr. Samuel Lira Ovalle, específicamente el 30 de agosto de 1982.<sup>6</sup>

En cuatro meses se preparó un nuevo Proyecto, que se convirtió finalmente en Código de Minería.

Este nuevo Proyecto dejó totalmente en el olvido el antes redactado por Enrique Morandé y Arturo Marín.

Por la forma como posteriormente resurgió la discusión, somos de la opinión de que probablemente este Proyecto ni siquiera fue estudiado a fondo.

La Comisión encargada de la redacción del nuevo Código fue presidida por el Ministro de Minería, señor Samuel Lira Ovalle, e integrada por los profesores Carlos Ruiz Bourgeois, Juan Luis Ossa Bulnes, Carlos Hoffmann Contreras y los abogados señores Antonio Urrutia y César Vicuña.<sup>7</sup>

El proyecto confeccionado por esta Comisión fue promulgado prácticamente sin modificaciones.<sup>8</sup>

Este proyecto, que finalmente se convirtió en Código de Minería, también fue acompañado el Mensaje Presidencial y del Informe Técnico Ministerial correspondientes.

#### iii) Discusión en las comisiones legislativas

Sobre la Comisión redactora del CM83, dentro del Poder Ejecutivo, no se conocen actas, lo que significa una gran pérdida al construir la historia de esta ley.

La "historia fidedigna" del CM83 la podemos encontrar en:<sup>9</sup>

Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, *Transcripciones y Antecedentes de la ley 18.248 (Nuevo Código de Minería)*, 4 Volúmenes: I, tomo 107, fojas 1 a 486; II, Tomo 108, fojas 487 a 916; III, Tomo 109, fojas 917 a 1397; y IV, Tomo 110, fojas 1398 a 1874.

De esta historia fidedigna también encontramos publicado el Informe de la Secretaría de Legislación.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> RDM Vol. IV, 1993, p. 149.

<sup>6</sup> Valencia Avaria, Luis. "Anales de la República". Santiago. Editorial Andrés Bello (1986), Tomo II, p. 672.

<sup>7</sup> Lira Ovalle, Samuel. "Curso de Derecho de Minería" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.), p. 33.

<sup>8</sup> Artículo titulado "Legislación Minera", publicado en la página Editorial del diario "El Mercurio", el día 11 de julio de 1983.

<sup>9</sup> Este párrafo está basado en el artículo del profesor Alejandro Vergara Blanco: "Antecedentes sobre la historia fidedigna de las leyes mineras (1966-1983)" RDMA, Vol. III, 1992, pp. 197-200.

<sup>10</sup> Ver Revista Chilena de Derecho, volumen 11 (1984), pp. 139 a 194.

Otro antecedente legislativo importantísimo en esta historia fidedigna es la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de septiembre de 1983.<sup>11</sup>

A esta discusión legislativa también corresponden las sesiones conjuntas celebradas por las Comisiones Legislativas los días 11, 13 y 25 de julio de 1983<sup>12</sup>, las que conjuntamente con la ya señalada sentencia del Tribunal Constitucional son imprescindibles para comprender el debate que allí se produjo sobre el tema de las concesiones superpuestas, debate que procuraremos dar a conocer mediante el análisis de los documentos inéditos de Enrique Morandé Tocornal.

Además del Informe Técnico y del Mensaje respectivo, está el extenso Informe que la 1ª Comisión Legislativa elevó el 9 de agosto de 1983, a la Junta de Gobierno, que incluye numerosos antecedentes que facilitan la acertada inteligencia del nuevo cuerpo legal.<sup>13</sup>

El proyecto de ley sobre nuevo Código de Minería, que es el cuarto elaborado en un lapso de diez años, ingresó al correspondiente trámite legislativo el 4 de enero de 1983, oportunidad en que quedó radicado en la primera Comisión Legislativa, con despacho ordinario extenso.

Es importante destacar, para lo que será la discusión central de este trabajo, que al estudiarse este proyecto de Código de Minería se dijo en forma enfática, por quienes se abocaron a su redacción, que *él eliminaría la superposición de pertenencias mineras*<sup>14</sup>, lo que, como veremos más adelante, no fue así, o por lo menos no en la forma como se planteó.

En julio de 1983 la segunda Comisión Legislativa solicitó una comisión conjunta para analizar algunos aspectos del proyecto de Código de Minería elaborado por el Ministro de Minería, Samuel Lira.<sup>15</sup>

Las objeciones planteadas por la Segunda Comisión se suscitaron frente al complejo problema jurídico que se produce en el caso de una superposición de concesiones.

Como señalamos en el párrafo anterior, los autores del proyecto en debate intentaron, según sus dichos, prohibir la superposición, diseñando un sistema, que según se señaló por los entendidos, era muy novedoso y original. Se destacó mucho la exigencia de requisitos técnicos y publicitarios cuyo objetivo sería darle mayor precisión a los derechos adquiridos y a prevenir posibles conflictos entre concesionarios.

Como ya señalamos, la sentencia de Tribunal constitucional del 6 de septiembre de 1983, al igual que las sesiones conjuntas celebradas por las Comisiones Legislativas los días 11, 13 y 25 de julio de 1983, son indispensables para comprender la normativa de 1983, en especial en lo relativo al debate que se produjo sobre el régimen de amparo y la superposición de concesiones.

No obstante las aclaraciones hechas, resulta necesario destacar el hecho de que con el CM83 se llegó a la culminación de un proceso de arduas discusiones e investigaciones.

Con la aprobación final de tan debatido proyecto, la legislación minera nacional quedó entonces constituida por tres cuerpos legales diferentes que por orden de prelación son los siguientes:

En primer lugar la CPR80; en segundo lugar la LOCCM y en tercer lugar por el nuevo CM83.

Esta historia prelegislativa es esencial para comprender el contenido de los papeles de Enrique Morandé, el que se dará a conocer en el capítulo segundo de este trabajo. Por ello es que el orden que se le dio a cada uno de ellos depende de la fecha en que este fue escrito por Enrique Morandé en relación a la discusión que paralelamente se llevaba cabo en las comisiones.

Un gran espíritu renovador de la legislación minera fue una característica de esta década en la que participaron numerosos especialistas en la materia, como profesores de Derecho de Minería, abogados dedicados a los litigios de títulos mineros, ministros de Estado y hombres públicos.

Entre ellos merece destacarse la enigmática y desconocida figura de Enrique Morandé To-

<sup>11</sup> Sentencia republicada con todos los antecedentes del requerimiento, en RDMA, Vol. I. (1990), pp. 331 a 339.

<sup>12</sup> Estas sesiones se encuentran editadas por el profesor Vergara Blanco en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 19 N°2 (1992), pp. 365-404.

<sup>13</sup> Ossa Bulnes, Juan Luis. *"Derecho de Minería"*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile (1989), pp. 24.

<sup>14</sup> Diario "El Mercurio", del día 15 de mayo de 1983, Cuerpo C, Columna 1, título: "Estudian Nuevo Código de Minería".

<sup>15</sup> Artículo titulado "Legislación Minera", publicado en la página Editorial del diario "El Mercurio", el día 11 de julio de 1983.

cornal, quien lamentablemente hasta hoy no ha recibido el crédito que su invaluable aporte al Derecho Minero chileno merece.

A continuación presentaremos una breve reseña de su biografía.

### 3. Reseña biográfica<sup>16</sup>

Don Enrique Morandé Tocornal nació en Santiago, el 29 de enero de 1923.

Realizó sus estudios tanto primarios como secundarios en el Colegio de los Padres Franceses, conocido hoy como los Sagrados Corazones de Santiago.

Fue reconocido como un brillante alumno, manifestando desde temprano una inclinación hacia el área humanista.

En 1941 ingresa a estudiar Derecho a la Pontificia Universidad Católica de Chile. Cursa allí el primer año y luego traslada sus estudios a la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile.

En 1946 le es otorgado el título de abogado con grandes honores.

Contrajo matrimonio con doña María Gloria Arthur Aránguiz, y fue padre de cuatro hijos.

Profesionalmente, Enrique Morandé Tocornal ha sido reconocido como un destacado abogado especialista en Derecho de Minería de nuestro país.

Su prestigio como abogado, asesor y director de importantes empresas del área minera fue reconocido a nivel internacional. Se desempeñó en empresas tales como la Compañía Minera Disputada de Las Condes, Salí Hoschtchild, Carolina de Michilla, Andacollo, Empresa Nacional del Petróleo y la Sociedad Nacional de Minería.

Fue profesor de Derecho de Minería en la Facultad de Derecho de Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad Finis Terrae.

Sus vastos conocimientos y experiencia en los estudios del Derecho de Minería, unidos a su gran trayectoria profesional, lo llevan a ser un personaje de tal importancia que fue elegido

como Comisionado para la redacción de la LOCCM y especialmente en lo que fue la redacción de nuestro actual Código de Minería.

Durante la etapa de discusión de este cuerpo legal, el profesor Morandé, en forma constante y a veces muy silenciosa, se dedicó a preparar gran cantidad de informes sobre los distintos temas que eran objeto de discusión en las Comisiones Legislativas. Los temas más recurridos en sus escritos eran la superposición de pertenencias mineras y la defensa de los derechos del concesionario minero, problemas íntimamente relacionados y de fundamental importancia en la preparación del nuevo Código.

Algunos de sus artículos iban dirigidos a personas determinadas, como lo son otros miembros de las comisiones redactoras, como Samuel Lira Ovalle, Juan Luis Ossa Bulnes (a quienes a veces identificaba con sus iniciales: S.L.; J.L.O.) y Hernán Felipe Errázuriz, entre otros, con quienes el profesor Morandé mantuvo siempre una discusión muy enriquecedora en beneficio de la eficacia de los preceptos del futuro Código de Minería.

Durante la génesis de nuestro actual Código de Minería, Enrique Morandé entregó todos sus conocimientos con el fin de defender los derechos de los concesionarios mineros y de evitar el fenómeno de las concesiones superpuestas en nuestro país.

Literalmente se puede decir que dedicó su último aliento a la gran meta de perfeccionar nuestra legislación minera; fue así como al ser invitado a exponer su postura a la Comisión de Minería del Senado en el mes de junio de 1993, en plena discusión del Proyecto de Ley que buscaba modificar el Código de Minería en lo relativo al problema de la superposición de concesiones, Enrique Morandé fallece en ese mismo lugar antes de poder iniciar la exposición en el Congreso Nacional, que efectuaría ese mismo día.

Tras este lamentable acontecimiento, todos los trabajos y demás documentación dejada por Enrique Morandé fueron entregados por su familia al Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama, dirigido en esa época por el profesor Alejandro Vergara Blanco, para su investigación.

Cada uno de aquellos documentos es testigo de una época llena de conflictos económicos, políticos e ideológicos en torno a la función que debía cumplir el Estado en la actividad minera del país.

<sup>16</sup> Sobre el particular, véase exposición de Vergara Blanco, Alejandro, "Homenaje póstumo al Profesor Enrique Morandé Tocornal" en: Revista de Derecho de Minas. Vol. IV, (1993), pp. 13-14.



En este contexto surgieron y resurgieron varias teorías o simples posturas que buscaban dar solución a las falencias de nuestra legislación minera, las que en su gran mayoría provenían de la poca claridad de importantes preceptos de nuestro antiguo CM32.

El contenido de los trabajos de Enrique Morandé, hasta ahora inéditos, es de una enorme riqueza jurídica, cuya divulgación y análisis se realizará en parte en el presente trabajo, esperando ser un enriquecedor aporte para el estudio y desarrollo de nuestro Derecho Minero.

#### 4. Sobre el orden de los papeles de Enrique Morandé Tocornal

Este trabajo está destinado al estudio de los 42 papeles inéditos de Enrique Morandé Tocornal<sup>17</sup>, los que se clasificarán de acuerdo a su contenido de la siguiente forma:

##### 1. Papeles cuyo contenido dice relación con los objetivos que debe perseguir el nuevo Código de Minería.

Papel N° 1: "En qué y para qué el Proyecto Ministerial de Nuevo Código de Minería se aparta de las normas sobre constitución y adquisición de derechos mineros contenidas en el Código de 1932".

Papel N° 2: "Objetivos del Código de Minería".

Papel N° 3: "La dictación de un nuevo Código de Minería es algo obligatorio y necesario."

Papel N° 4: "Objetivos principales del Proyecto del Código de Minería."

Papel N° 5: "Algunas consideraciones generales sobre el Proyecto de Código de Minería."

Papel N° 6: "Un objetivo para una legislación minera".

Papel N° 7: "Objetivo de la dictación de un nuevo Código de Minería".

Papel N° 8: "Objetivos de un nuevo Código de Minería".

Papel N° 9: "La concesión minera es un derecho distinto al dominio".

##### 2. Papeles que tratan el tema de la superposición de concesiones.

Papel N° 10: "Consideraciones sobre la preferencia para mensurar en la nueva legislación".

Papel N° 11: "El artículo 51 del Proyecto no vulnera la Ley Orgánica Constitucional sobre C.M."

Papel N° 12: "Algunas consideraciones acerca de la oposición a la solicitud de mensura por manifestación antelada."

Papel N° 13: "Condicionar la preferencia del descubridor al hecho de deducir oposición a la solicitud de mensura presentada por un manifestante posterior, es contrario a la Ley Orgánica Constitucional."

Papel N° 14: "Orden de las fechas de las manifestaciones".

Papel N° 15: "Se afirma que el proyecto favorece al primer manifestante aunque no sea precisamente el descubridor."

Papel N° 16: "Consideraciones sobre la existencia de dos o más inscripciones de actas de mensura que cubren una misma mina".

Papel N° 17: "Efectos de la sentencia constitutiva de la concesión".

Papel N° 18: "Derechos reales iguales o distintos sobre una misma cosa".

Papel N° 19: "Modos de explicar la superposición de concesiones".

Papel N° 20: "Efectos de la inscripción del acta de mensura según Julio Ruiz Bourgeois".

Papel N° 21: "El artículo 94 del Proyecto es inconstitucional y también contrario a la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras".

Papel N° 22: "La solución de los proyectos de Hernán Felipe y de Samuel frente a la Constitución."

Papel N° 23: "Algunas consideraciones sobre el artículo 91 del Proyecto de Código de Minería y de un texto que se ha propuesto para reemplazarlo."

##### 3. Papeles que tratan el tema de la nulidad de la concesión minera

Papel N° 24: "La defensa del derecho del concesionario."

Papel N° 25: "Nulidad de la concesión."

Papel N° 26: "La acción de nulidad de la concesión de que tratan los artículos 95 y siguientes del Proyecto debe suprimirse".

<sup>17</sup> Estos papeles se publicaron en la *Revista de Derecho de Minas*, vol. IX (1998). En el capítulo primero de este trabajo solo se ofrece una síntesis de cada uno de estos papeles; su contenido íntegro puede ser consultado en la publicación señalada.

Papel N° 27: "El nuevo Código de Minería no podrá desvirtuar la preferencia para constituir concesión que la Ley Orgánica Constitucional consagró en favor del descubridor."

#### 4. Documentos relativos a otros temas:

a) Documentos relativos a terminologías y conceptos usados en nuestra legislación:

Papel N° 28: "Observaciones a las redacciones propuestas por Samuel Lira Ovalle en reemplazo de los incisos 2° y 3° del artículo 2° del Proyecto de Código preparado por el Ministerio."

Papel N° 29: "La cuestión de los desmontes, escorias y relaves."

Papel N° 30: "Los efectos de la sentencia constitutiva de la concesión de exploración."

Papel N° 31: "Denominación de pertenencia a la concesión de explotación."

b) Consideraciones sobre el régimen de propiedad minera:

Papel N° 32: "Todas las disposiciones de la Ley 18.097, con excepción de las de su artículo 3° transitorio, tienen el carácter de Ley Orgánica Constitucional."

Papel N° 33: "Consideraciones sobre el régimen de propiedad minera."

Papel N° 34: "Consideraciones sobre el dominio de las sustancias minerales."

Papel N° 35: "Cuestiones de constitucionalidad de ciertos preceptos del Código de Minería."

Papel N° 36: "Algunas consideraciones sobre la aprobación del Proyecto de Código de Minería."

c) Documentos escritos en apoyo de su labor docente:

Papel N° 37: "Cuestionario sobre instituciones básicas de Derecho Minero."

Papel N° 38: "Respuestas a un cuestionario sobre el Proyecto de Código de Minería."

d) Correspondencia:

Papel N° 39: Resolución de la Honorable Junta de Gobierno de fecha 5 de enero de 1998, por la cual

se contrata a Enrique Morandé como Consultor de la Cuarta Comisión Legislativa.

Papel N° 40: Carta de Enrique Morandé Tocornal, de fecha 22 de enero de 1982, dirigida a César Raúl Benavides.

Papel N° 41: "Carta al señor César Raúl Benavides Escobar (s/f)

Papel N° 42: Carta al general señor Washington García, de fecha 20 de julio de 1983.

#### CAPÍTULO I:

IDEAS DE ENRIQUE MORANDÉ TOCORNAL PARA UN NUEVO CÓDIGO DE MINERÍA (1982-1983): SISTEMATIZACIÓN Y SÍNTESIS DE SUS PAPELES<sup>18</sup>

#### 1. Papeles de Enrique Morandé que dicen relación con los objetivos que debe cumplir el nuevo Código de Minería

Papel N° 1: "En qué y para qué el proyecto Ministerial de Código de Minería se aparta de las normas sobre constitución y adquisición de derechos mineros contenidas en el Código de 1932" (24 de febrero de 1982).

En este artículo el profesor Morandé explica en forma muy detallada y en un claro lenguaje al alcance incluso de quienes no tengan conocimientos de materias mineras, en qué y para qué el Proyecto de nuevo Código de Minería preparado por el Ministerio se aparta de lo establecido por el CM32 en materia de constitución de los derechos mineros y de otras cuestiones relacionadas con su adquisición por prescripción.

Papel N° 2: "Las reuniones de Morandé, Lira y Ossa, de los días 16 y 17 de marzo de 1982" (18 de marzo de 1982).

En este trabajo Enrique Morandé deja constancia de las dos grandes divergencias teóricas existentes entre su pensamiento sobre los objetivos del Código de Minería y las posturas de los señores Ossa y Lira.

Las dos principales divergencias entre ellos, discutidas precisamente en las reuniones sostenidas durante los días 16 y 17 de marzo de 1982, son las siguientes:

<sup>18</sup> Los papeles de Enrique Morandé Tocornal, relativos al estudio de un nuevo Código de Minería, se señalarán correlativamente desde el N° 1 al N° 40. Vid. nota anterior sobre su publicación.

En primer lugar la discusión en relación al procedimiento de constitución de las concesiones.

Don Enrique Morandé propicia un procedimiento de constitución sencillo, que no pueda transformarse en contencioso; por su parte, los señores Lira y Ossa, según sostiene Morandé, propician un sistema de constitución complejo, susceptible de convertirse en contencioso.

En segundo lugar, el profesor Morandé pretende que los manifestantes posteriores que obtengan resolución antes o después que el manifestante antelado no adquirirán dominio ni posesión y, por consiguiente, que no podrán adquirir por prescripción el dominio sobre la parte de su extensión concedida al manifestante antelado.

Por el contrario, los señores Lira y Ossa pretenden que el derecho de concesión y la posesión respectiva corresponden a quien primero obtenga la resolución judicial, y que la posesión se pierda sucesivamente en favor de quienes obtengan resoluciones posteriores, y para que el concesionario no pierda su derecho por prescripción extintiva exigen que se interponga oportunamente una acción de nulidad de mensura en contra de cada uno de los que posteriormente obtengan resolución.

Papel N° 3: "*La dictación de un nuevo Código de Minería es algo obligatorio y necesario*" (26 de julio de 1982).

En este artículo el autor expresa su preocupación en torno a que la dictación de un Código de Minería es algo obligatorio, necesario y conveniente.

Dejando de lado las razones de derecho público que obligan a ello, el profesor Morandé argumenta que la dictación de un nuevo Código de Minería es fundamental para cerrar el ciclo legislativo minero que inició la Constitución y que la LOCCM continuó.

A su vez, destaca la importancia de la LOCCM al resolver cuestiones básicas de derecho minero, cuyas importantes disposiciones no regirán mientras el nuevo Código no sea publicado.

Según sostiene Enrique Morandé, el interés por darle vigencia a las disposiciones de la LOCCM basta para demostrar la necesidad y conveniencia de la pronta dictación del Código, a lo que se suma el hecho de que el nuevo Código deberá tratar todas las materias que la LOCCM le encomendara, entre las que se desta-

ca todo lo que se relaciona con la constitución de la concesiones y la protección de los derechos de los concesionarios y de aquellos que hayan solicitado la constitución de concesiones.

Para Enrique Morandé no hay razón que pueda justificar la demora en la dictación de este cuerpo legal, debido a que se trata de una misión indiscutiblemente más sencilla que aquella llevada a cabo para fijar las bases de la legislación minera chilena en la Constitución y la LOCCM.

Papel N° 4: "*Objetivos principales del Proyecto de Código de Minería*" (17 de agosto de 1982).

Profundizando en el tema de los documentos anteriores, el autor destaca cuáles han de ser, desde su punto de vista, los tres objetivos principales que ha de perseguir un proyecto de Código de Minería.

Tales objetivos, según Enrique Morandé serían los siguientes:

- a) Permitir al descubridor que constituya la concesión que tiene derecho a constituir.
- b) Entregar la protección adecuada al derecho de concesión, evitando que el titular para conservarlo tenga que accionar contra aquellos que sin tener la calidad de descubridor pretendan constituir concesiones sobre la misma extensión territorial.
- c) Establecer un sistema único, aplicable a las concesiones constituidas durante la vigencia del CM32 y las que se constituyan después, para que queden fijadas con precisión las extensiones territoriales de las concesiones existentes a lo largo de todo el país.

Papel N° 5: "*Algunas consideraciones generales sobre el Proyecto de Código de Minería*" (1° de junio de 1983).

Siguiendo con la tónica expuesta en otros documentos, el profesor Morandé realiza diversas consideraciones al Proyecto de Código de Minería.

En lo principal del artículo, el autor hace una crítica al Proyecto desde dos puntos de vista:

Desde el punto de vista jurídico, señala que, entre otras falencias, el Proyecto confunde la concesión minera con la extensión territorial de la misma.

Desde el punto de vista técnico, postula que el Proyecto no aprovecha con fines de simplifica-

ción todas las posibilidades que le brindan la eliminación del hallazgo y la creación de los conceptos de terreno pedido y de terreno manifestado, el empleo de coordenadas, etc.; por el contrario, estaría recurriendo a operaciones muy complicadas, las que, según el autor, no se justifican con el sistema que propone el Proyecto.

A lo largo del artículo, el profesor Morandé insiste en la necesidad de que el nuevo Código de Minería establezca un procedimiento expedito para la constitución de las concesiones mineras, al igual que el señalamiento de normas claras tendientes a proteger los derechos de los concesionarios frente a las acciones de otros particulares.

Papel N° 6: *"Un objetivo para una legislación minera"* (S/D).<sup>19</sup>

Documento donde el autor establece el que a su modo de ver constituiría el principal objetivo de una legislación minera, cual es, *el otorgamiento de una protección eficaz al derecho de los concesionarios mineros*, señalando la manera de alcanzar dicho objetivo al momento de establecer las distintas disposiciones del nuevo Código de Minería.

Papel N° 7: *"Objetivo de la dictación de un nuevo Código de Minería"* (S/D).

En este trabajo el autor expresa en forma más extensa sobre cuáles serían los objetivos que la dictación del nuevo Código de Minería debe alcanzar y los medios más idóneos que permitan su más pronta y completa realización.

El profesor Morandé expone parte del problema en estas sabias palabras que me permito transcribir:

*"Admitir la obstrucción infundada y abusiva para la constitución de la concesión por parte del descubridor, importa un contrasentido jurídico, pues resulta insensato aceptar que la ley pueda proteger el derecho del descubridor para constituir su concesión, pero, al mismo tiempo, franquear los medios para evitar que ese mismo derecho llegue a materializarse, y también ello se opone decididamente a la finalidad de explotar*

*cuanto antes las riquezas mineras, por cuanto permite atrasar indefinidamente la explotación de una mina"*.

El autor insiste en la necesidad de que el proyecto de Código de Minería dé una solución definitiva a situaciones como esta, impidiendo que degeneren en un asunto contencioso.

Según la opinión del profesor Morandé el problema señalado deriva de una idea falsa, consistente en entender a las oposiciones como necesarias para proteger y garantizar los legítimos derechos de descubridores y concesionarios:

*"La falsedad de tal idea queda de manifiesto si se concluye como no puede dejar de hacerse que en verdad, el sistema de oposiciones concebidas a la manera recordada, era en realidad una obligación insoportable impuesta a descubridores y concesionarios para la conservación de su derecho, porque su cumplimiento, en el caso del descubridor, significaba enredar su tramitación hasta el extremo de no poder nunca constituirse la concesión, y porque, su incumplimiento, en el caso de descubridores y concesionarios, se traducía en la pérdida de sus derechos"*.

El profesor Morandé reconoce que el Proyecto, al eliminar las oposiciones, está en perfecta armonía con lo establecido por la LOCCM en su artículo 5 inciso 3°, precepto que no acepta que la preferencia del descubridor pueda extinguirse por dejar él de oponerse a la gestión de otro que pretenda hacer valer derechos sobre la misma extensión territorial.

Papel N° 8: *"Objetivos de un nuevo Código de Minería"* (S/D).

Una acelerada explotación y explotación de las reservas mineras del país, tendientes a la obtención de riqueza que contribuya al desarrollo económico y social especialmente dirigido a los sectores más pobres, constituye, a juicio del autor, la gran meta de la legislación minera chilena.

En este artículo el profesor Morandé señala que para lograr la meta señalada, el nuevo Código de Minería debe cumplir necesariamente con los siguientes objetivos:

En primer lugar el establecimiento de un procedimiento expedito para la constitución de las concesiones mineras.

<sup>19</sup> Sigla que significa que el documento individualizado no tiene fecha dada por su autor. Por lo tanto se los clasificó de acuerdo a su contenido a continuación de aquellos que sí estaban fechados.

En segundo lugar la consagración de las debidas protecciones que aseguren adecuadamente los derechos que para el descubridor resulten de la sentencia constitutiva de la concesión.

En tercer lugar la creación de un catastro o registro que permita conocer a nivel nacional la ubicación de las concesiones y de los terrenos francos.

Mediante una acuciosa revisión de las disposiciones del CM32, y de las distintas posiciones doctrinales que de él nacieron, el autor concluye que ellas no son lo suficientemente buenas para conseguir que el procedimiento de constitución de las concesiones sea expedito y que los derechos de los concesionarios gocen de la protección debida, razón por la cual el nuevo Código debe esmerarse en superar dichas falencias.

Papel N° 9: "*La concesión minera es un derecho distinto al dominio*" (S/D).

En este trabajo el autor, mediante diversas y claras enunciaciones, realiza un razonamiento tendiente a demostrar que el derecho de concesión es distinto al derecho de dominio.

Tomando como base que la propia constitución y la LOCCM disponen que la concesión es un derecho distinto al dominio, el autor plantea las diferencias esenciales que existen entre el derecho de propiedad y el derecho de concesión, las que llevan a un buen entendedor a la conclusión de que evidentemente no son lo mismo.

Debido a esta diferencia, el profesor Morandé postula que el nuevo Código de Minería debe emplear los términos con la mayor precisión posible, a fin de armonizar con la técnica legislativa correcta adoptada por la LOCCM y la CPR80.

El artículo concluye con unas sabias palabras del autor que exponen en forma brillante las diferencias que para él existen entre el derecho de concesión y el de dominio, las que a continuación me permito transcribir:

"El derecho de propiedad no es objeto de otro derecho de propiedad y, en cambio, el derecho de concesión minera, por disposición constitucional, y al igual que los demás derechos, es objeto del derecho de propiedad o de dominio."

## 2. Papeles de Enrique Morandé que se refieren al problema de la superposición de concesiones

Papel N° 10: "*Consideraciones sobre la preferencia para mensurar en la nueva legislación*" (28 de enero de 1982).

Como su título bien lo señala, en este documento el autor realiza diversas consideraciones sobre la preferencia para mensurar en favor del manifestante antelado y del concesionario de exploración existente en el CM32 y analiza cómo algunas de sus disposiciones en lugar de dar una protección adecuada a los derechos legítimamente adquiridos, constituían un factor que incitaba a una manifiesta violación de ellos, concluyendo que tales disposiciones no deben ser reproducidas en el nuevo Código de Minería.

El autor analiza la redacción propuesta por Juan Luis Ossa Bulnes, observando cuáles serían las disposiciones que se habrían conservado del CM32 y aquellos aspectos en que se apartaría del mismo.

Finalmente plantea algunas de las situaciones a que podría dar lugar el inciso final del artículo 44 propuesto por Juan Luis Ossa Bulnes, el que postula que el concesionario, para conservar su concesión, estaría obligado a reaccionar judicialmente ante la solicitud de mensura de un manifestante posterior.

El profesor Morandé llega a la conclusión de que al aceptar un precepto como este, se estaría admitiendo una causal de pérdida de la concesión no prevista en la Ley Orgánica de Concesiones Mineras.

Papel N° 11: "*El artículo 51 del Proyecto no vulnera la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras*" (24 de enero de 1982).

El autor comenta en qué forma el artículo 51 del proyecto de Código de Minería es plenamente concordante con el inciso 2° del artículo 4° de la LOCCM, debido a que al disponer el primero que "sobre una extensión territorial solo puede haber un dueño de concesión minera" solo vendría a repetir lo señalado por la Ley Orgánica no cabiendo la contradicción entre ambos preceptos.

Papel N° 12: "*Algunas consideraciones acerca de la oposición a la solicitud de mensura por manifestación antelada*" (24 de febrero de 1982).

El autor se refiere al alcance práctico de la oposición a la solicitud de mensura desde el

punto de vista del manifestante antelado y del manifestante posterior.

En este artículo el autor sostiene que para el manifestante antelado la oposición a la solicitud de mensura constituiría un imperativo legal para que este pueda conservar su derecho preferente para mensurar; desde el punto de vista del manifestante posterior viene a constituir una expectativa de adquirir una preferencia para mensurar que antes no tenía, la que se materializaría por la negligencia del antelado al no presentar oposiciones.

Papel N° 13: *"Condicionar la preferencia del descubridor al hecho de deducir oposición a la solicitud de mensura presentada por un manifestante posterior, es contrario a la Ley Orgánica Constitucional"* (24 de febrero de 1982).

En este pequeño artículo de no más de media página el profesor Morandé deja establecida su postura en relación a lo que sucedería si el nuevo Código de Minería dispusiera que, para no perder su preferencia, el descubridor debiera deducir oposición a la solicitud de mensura presentada por un manifestante posterior.

En armonía con la opinión entregada por el autor en otros artículos, el profesor Morandé sostiene que en el caso de procederse de esa manera se estaría agregando un caso de pérdida de preferencia distinto a los dos casos señalados por la LOCCM. Recordemos que los casos de pérdida de preferencia señalados por la LOCCM consisten en que haya habido fuerza o dolo para anticiparse en el trámite y que haya habido fuerza o dolo para retardar el del que realmente descubrió primero. En consecuencia, para el profesor Morandé, agregar a través del nuevo Código de Minería una causal no contemplada en la LOCCM, sería a su juicio contrario a dicha Ley Orgánica.

Papel N° 14: *"Orden de las fechas de las manifestaciones"* (16 de marzo de 1982).

En este documento el profesor Morandé deja constancia de la opinión de Samuel Lira en relación a la importancia de las fechas de las manifestaciones mineras, tema en el cual él realiza diferentes argumentaciones. En definitiva el profesor Morandé deja planteada la siguiente pregunta que resume el núcleo de su eterna discusión con el señor Lira y otros expertos:

*"¿Para qué imponer al manifestante antelado la carga de tener que oponerse al manifestante posterior, so pena de perder su preferencia?"*

Papel N° 15: *"Se afirma que el proyecto favorece al primer manifestante, aunque no sea precisamente el descubridor"* (16 de agosto de 1982).

En este trabajo el autor se hace cargo de esta aseveración hecha, por los entendidos en el tema en relación con que el proyecto de Código de Minería no sería claro al respecto.

El profesor Morandé señala que esta aseveración es imprecisa debido a que por la forma en que está hecha, no es posible comprender si la idea es afirmar que el proyecto favorece al primer manifestante, o que lo favorece aunque no tenga la calidad de descubridor, porque no señala a quién habría de favorecer en su lugar.

En este artículo el profesor Morandé sostiene que en definitiva lo que realmente importa es que el Proyecto en lo que dice relación con la calidad de descubridor y a su preferencia para constituir la concesión, respeta cabalmente las normas establecidas en esta materia por la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

Papel N° 16: *"Consideraciones sobre la existencia de dos o más inscripciones de actas de mensura que cubrían una misma mina"* (17 de febrero de 1983).

Durante la vigencia del CM32 surgieron diversas doctrinas jurídicas que según el autor tuvieron como consecuencia práctica el desincentivar la inversión minera, ya que menguaron los derechos de los concesionarios y descubridores.

En este artículo, Enrique Morandé enuncia la más importante de dichas doctrinas, expuesta y defendida en la obra *"Instituciones de Derecho Minero"*, de Julio Ruiz Bourgeois, profesor de Derecho Minero de la Universidad de Chile.

Esta doctrina fue formulada en relación a la situación que se originaba por la existencia de dos o más inscripciones de actas de mensura sobre una misma mina. Adhiere a ella Armando Uribe Herrera, en su *Manual de Derecho de Minería*.

El profesor Morandé expone en este trabajo el porqué se manifiesta contrario a esta teoría, señalando sus inconvenientes y criticando sus fundamentos, con el objeto de difundirla y así evitar que se consagre en el nuevo Código.

Papel N° 17: "*Efectos de la sentencia constitutiva de la concesión*" (17 de mayo de 1983).

En una primera parte de este trabajo el profesor Morandé analiza los efectos de la sentencia constitutiva de la concesión a la luz del artículo 91 del Proyecto.

Para el autor, el artículo 91 del Proyecto de Código de Minería no resulta lo suficientemente claro al definir cuál es el objeto del dominio y de la posesión.

Esta disposición señala en su inciso 1° que "*la sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión*".

El profesor Morandé destaca enfáticamente que las concesiones no se *otorgan* por sentencia sino que se *constituyen* por ella. Según este punto de vista el artículo señalado no resultaría del todo claro.

Según el criterio del autor, claramente plasmado en este artículo, la base del problema se resume en lo siguiente:

"Saber si toda sentencia que se dice constitutiva de concesión lo es realmente, o si solo es constitutiva de concesión aquella que se refiere a una extensión territorial sobre la cual no está vigente otra concesión constituida con anterioridad".

En una segunda parte del documento el análisis se desvía hacia el artículo 94 del Proyecto, que establece la no procedencia de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de una concesión sobre la cual se haya constituida otra. Este artículo deja a salvo la acción de nulidad a la que se refiere el artículo 95 del Proyecto.

El autor postula que la solución planteada por el Proyecto en este artículo 94 es contraria a la Constitución, ya que estaría aceptando que se produzca la extinción de una concesión minera sin que una resolución judicial lo establezca.

También concluye que es contraria al artículo 4° inciso final de la LOCCM, porque aceptaría la constitución de una concesión minera donde ya existe otra.

Finalmente el profesor Morandé plantea en forma enfática que la solución que tal disposición entrega es contraria a Principios Generales de Derecho, porque estaría admitiendo que alguien adquiera lo ajeno, sin que medie ninguna de los modos reconocidos por el Derecho para la adquisición de los bienes.

Papel N° 18: "*Derechos reales iguales o distintos sobre una misma cosa*" (S/D).

El contenido del artículo se resume en una serie de preguntas y respuestas tendientes a dilucidar el problema de si pueden haber dos o más derechos reales iguales sobre una misma cosa.

Si aplicamos el concepto de derechos reales al conflicto de las superposiciones, según el autor el problema se resume en el siguiente cuestionamiento:

"¿Pueden haber simultáneamente dos concesiones mineras distintas sobre las mismas sustancias que existan en una misma extensión territorial?"

Papel N° 19: "*Modos de explicar la superposición de concesiones*" (S/N).

En una primera parte de este artículo, el autor se refiere brevemente a los dos modos de explicar la superposición de concesiones:

En primer lugar se puede entender que hay una sola concesión o un solo derecho, existiendo dos o más interesados que se disputan su dominio y su posesión. El otro modo como se puede explicar este fenómeno es aceptar que hay dos o más concesiones distintas o dos o más derechos, cada uno de los cuales pertenece y es poseído por una persona diferente.

Si se sigue esta última explicación, el autor sostiene que caben aun dos explicaciones posibles; aceptar que son eficaces todos los derechos o concesiones, o que solo una de las concesiones o uno de los derechos es eficaz y que los otros son ineficaces. En una segunda parte del documento el profesor Morandé observa que el proyecto de Código de Minería, no obstante aceptar la existencia de superposiciones, no determina claramente la naturaleza de esta superposición. Este no se pronunciaría sobre si ellas nacen de un solo derecho en disputa o del hecho de existir dos concesiones distintas.

En una segunda parte del documento el profesor Morandé observa que el proyecto de Código de Minería, no obstante aceptar la existencia de superposiciones, no determina claramente la naturaleza de esta superposición. Este no se pronunciaría sobre si ellas nacen de un solo derecho en disputa o del hecho de existir dos concesiones distintas.

Finalmente el autor expone sobre lo que era la institución de la superposición en el CM32, concluyendo que no obstante no ser pocas las teorías que se formularon durante la vigencia

de dicho cuerpo legal, todas ellas explicaban el problema de la superposición admitiendo que se trataba de un único derecho o una sola concesión, cuyo dominio y posesión se disputaban los titulares de dos inscripciones de actas de mensura practicadas en tiempos distintos.

Papel N° 20: *"Efectos de la inscripción del acta de mensura según Julio Ruiz Bourgeois"* (S/D).

En este documento el autor desarrolla la teoría de Julio Ruiz Bourgeois exponiendo su manifiesto desacuerdo con sus argumentos.

El profesor Bourgeois, en su libro *"Instituciones de Derecho Minero"*<sup>20</sup>, expone en forma muy clara un argumento sustancial en su postura:

*"..... Si el Estado ha otorgado con anterioridad pertenencias sobre todo o parte de yacimientos a otro particular, a cuyo nombre están inscritas en el momento en que se efectúa una inscripción posterior en favor de un segundo peticionario, este último no puede adquirir la propiedad sino simplemente pasa a tener la posesión inscrita que lo habilitará para adquirir en definitiva el dominio por medio de la prescripción".*

Según Julio Ruiz Bourgeois, el nuevo concesionario por el hecho de la inscripción adquiere la posesión de la concesión; el profesor Morandé señala al respecto que el caso no corresponde a los señalados en el artículo 728 del CC como causales de cancelación de la inscripción, como tampoco corresponden al señalado en el artículo 30 inc. 2° del mismo cuerpo legal, precepto que señala lo siguiente:

*"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En ese caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.*

*"Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción."*

El profesor Morandé no se explica por qué motivo según esta teoría el concesionario más antiguo pierde su posesión, dado que el Estado no es tenedor a nombre de otro.

A su juicio el profesor Bourgeois no se detiene en el significado del término "originario", que se emplea en el artículo 72 del Código de 1932; el realizar dicho análisis le permitiría concluir que el término en tal contexto podría entenderse como que no es posible dar la posesión originaria que ya ha sido dada a otro.

Don Enrique Morandé sostiene que el profesor Bourgeois tampoco consideraría la situación de que la nueva inscripción no corresponda a ninguna realidad posesoria, es decir, que se dé el caso de que alguien que nunca ha tenido un contacto real con el yacimiento logre una inscripción a su nombre.

En relación a este punto me permito transcribir parte de este artículo donde se puede apreciar la agudeza de las críticas del profesor Morandé a la postura del profesor Bourgeois:

*"No considera la situación de que la inscripción del nuevo concesionario no corresponda a ninguna realidad posesoria, lo que puede llegar a concluir algo tan contrario a la razón y a la justicia que el titular de la inscripción nueva, que nunca ha tenido la tenencia material del yacimiento, pueda llegar a prescribir en contra del titular de la inscripción antigua, que siempre ha tenido la tenencia material del yacimiento."*

Papel N° 21: *"El artículo 94 del Proyecto es inconstitucional y también contrario a la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras"* (S/D).

En este trabajo el autor busca una solución al problema que se produce cuando aparece constituyéndose una nueva concesión minera sobre una extensión territorial donde ya existe otra concesión, teniendo ambos por objeto las mismas sustancias mineras.

El artículo 94 del Proyecto busca dar solución a este grave problema. El profesor Morandé realiza un análisis de la disposición y de él extrae los siguientes postulados:

En primer lugar sostiene que sobre la extensión territorial en que existe una concesión minera puede constituirse otra.

En segundo lugar, que si se llega a constituir una concesión minera sobre la extensión

<sup>20</sup> Ruiz Bourgeois, Julio: *"Instituciones de Derecho Minero"*, Editorial Jurídica. Santiago (1949) Tomo I. pág. 354.



territorial en la que existe otra, el titular de esta pierde la posesión de su concesión.

En tercer lugar, que el titular de la concesión más antigua, quien por la razón señalada pierde la posesión de ella, no tiene derecho a la acción reivindicatoria.

En cuarto lugar, que el que ha sido despojado de la posesión de la concesión más antigua, tiene derecho a la acción de nulidad de la concesión, que le permite solicitar que se declare nula la concesión constituida con posterioridad a la suya.

Tras este análisis, el autor concluye que el artículo 94 del Proyecto, al tolerar que pueda constituirse una concesión minera en la extensión territorial donde ya existe otra, infringe abiertamente el artículo 4° inciso final de la LOCCM, que como ya hemos señalado en repetidas oportunidades prohíbe en forma expresa el constituir más de una concesión sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial.

Papel N° 22: *"La solución de los proyectos de Hernán Felipe Errázuriz y de Samuel Lira frente a la Constitución"* (S/D).

En este trabajo Enrique Morandé plantea el siguiente conflicto:

El hecho de dictarse una sentencia constitutiva de concesión, que el autor identifica como B, que se superpone a otra que llama A, la que había sido constituida antes, genera un grave conflicto de intereses que requiere ser solucionado.

Don Samuel Lira Ovalle y Hernán Felipe Errázuriz proponen cada uno un proyecto de solución al conflicto señalado. El profesor Morandé recoge en este documento ambos proyectos de solución, analizándolos en forma separada.

Primero examina los aspectos jurídicos y luego los aspectos constitucionales de cada proyecto. Finalmente el autor se detiene a examinar los problemas constitucionales que a su juicio presentaría el proyecto de solución planteado por Samuel Lira.

Papel N° 23: *"Algunas consideraciones sobre el artículo 91 del Proyecto de Código de Minería y de un texto que se ha propuesto para reemplazarlo"* (S/D).

El profesor Morandé realiza diversa consideraciones sobre tal disposición, empezando por su origen, el que se encuentra en los artículos 71 y 72 del CM32.

Estas consideraciones apuntan a establecer que las disposiciones del artículo 91 del Proyecto son innecesarias, por limitarse a repetir disposiciones constitucionales o de la LOCCM.

Me permito citar el siguiente párrafo de este documento donde está plasmada una interesante postura del profesor Morandé en relación con el artículo 91 del Proyecto:

"...Resultaría muy útil establecer que la sentencia que declara constituir una concesión minera en una extensión territorial donde ya existe una concesión, no produce ningún efecto, o sea, que por una parte, no sirve para constituir ninguna concesión ni para otorgar el dominio ni la posesión de ella, y que, por otra parte, no extingue la concesión constituida con anterioridad, ni pone fin al dominio ni a la posesión que su titular tiene sobre ella."

A juicio del profesor Morandé, dicha precisión se justificaría para evitar que prosperen las teorías desprovistas de todo fundamento jurídico formuladas bajo la vigencia del CM32, las que el proyecto busca consagrar.

### 3. Papeles de Enrique Morandé que se refieren a la acción de nulidad de la concesión minera

Papel N° 24: *"La defensa del derecho del concesionario"* (19 de mayo de 1983).

En este trabajo el autor analiza el tratamiento que le da el Proyecto a la defensa del derecho del concesionario.

Según el parecer del autor, el Proyecto ha establecido la solución más desfavorable para el concesionario, sancionándolo con la pérdida de su concesión, del dominio y de la posesión, por el solo hecho de que otra persona constituya una nueva concesión sobre la misma extensión territorial, despojándolo de la acción de oposición a la solicitud de mensura presentada por otro, y confiriéndole, como única protección, la acción de nulidad de la concesión.

El profesor Morandé plantea en este trabajo la siguiente inquietud, que para él era constante y que la expresaba tanto en sus cátedras como en otros de sus escritos:

Para el autor no queda claro cómo el concesionario que ha sido privado de su derecho y que no tiene la acción reivindicatoria podría recuperar su posesión perdida, porque las acciones de nulidad tienen por objeto dejar sin efecto un acto o contrato y no recuperar la posesión.

Desde su punto de vista la solución establecida por el Proyecto es contraria a la CPR80, ya que admite que una concesión se extinga sin que haya una declaración de extinción emanada de los Tribunales Ordinarios de Justicia, extinguiéndose por el solo hecho de que otra sentencia establezca la constitución de una nueva concesión.

Tal solución a juicio del autor es también contraria a la LOCCM al permitir que sobre una misma extensión territorial se constituya más de una concesión minera.

Me permito transcribir la frase final del documento, donde se aprecia claramente esta inquietud del autor, relativa a que la adopción de tal normativa tenga graves consecuencias en la práctica:

"La solución del Proyecto, por ser tan inconveniente para el concesionario, en lugar de servir de estímulo a la inversión minera, no podrá sino desalentarla..."

Papel N° 25: "*Nulidad de la concesión*" (19 de mayo de 1983).

En este documento el autor trata en forma específica el tema de la nulidad de la concesión minera.

Primero ahonda en el antecedente histórico más inmediato de esta acción de nulidad, el que se encuentra en el artículo 63 del CM32, disposición que consagraba la acción de nulidad de la operación de mensura.

A continuación realiza un paralelo entre dicha acción y la acción de nulidad que establece el Proyecto de Código de Minería, tomando en cuenta las causales que las hacían operar, la finalidad perseguida y los intereses jurídicos que cada una de ellas busca proteger.

El autor llega a la conclusión de que si bien las causales establecidas en el artículo 63 del CM32, eran prácticamente las mismas que hoy toma el artículo 95 del Proyecto para hacer operar la acción de nulidad de la concesión, ambas acciones persiguen finalidades distintas y no protegen los mismos intereses jurídicos.

Papel N° 26: "*La acción de nulidad de la concesión de que tratan los artículos 95 y siguientes del Proyecto debe suprimirse*" (S/D).

En este trabajo el autor analiza detalladamente el Proyecto, en lo que respecta a la nulidad de la concesión minera, concluyendo que la regulación de la acción de nulidad contiene un cúmulo de inconstitucionalidades, de erro-

res y contradicciones jurídicas, que en conjunto hacen aconsejable su eliminación.

Papel N° 27: "*El nuevo Código de Minería no podrá desvirtuar la preferencia para constituir concesión que la Ley Orgánica Constitucional consagró en favor del descubridor*" (S/D).

En este trabajo el autor analiza la institución de la preferencia para constituir concesión que da la LOCCM al descubridor.

La LOCCM le da una preferencia al descubridor para constituir la concesión, y a su vez señala el único caso en que el descubridor no tiene la preferencia, caso que se produciría cuando haya habido fuerza o dolo para anticiparse en el trámite, o para retardar el trámite de quien realmente descubrió primero.

El profesor Morandé señala que el artículo 61 inc. 2° y el artículo 65 del Proyecto son contrarios a las disposiciones sobre preferencia para constituir concesiones mineras establecidas en la LOCCM.

En este documento defiende la tesis de que tales disposiciones vienen a restringir la preferencia a la mensura, atribuyéndosela a quien la LOCCM no se la otorga, como es el manifestante.

#### 4. Otros papeles:

##### 1. Cuestiones sobre terminología y conceptos

Papel N° 28: "*Observaciones a las redacciones propuestas por Samuel Lira Ovalle en reemplazo de los incisos 2° y 3° del artículo 2° del Proyecto de Código preparado por el Ministerio*" (3 de marzo de 1982).

En este documento el profesor Morandé cuestiona el uso de la siguiente frase utilizada por el señor Lira en el Proyecto:

*"Los desmontes son cosas accesorias a la pertenencia de que proceden."*

A juicio del profesor Morandé el uso de esta frase, igual a la establecida por el inciso 2° del artículo 7° del Código de 1932, no vendría al caso.

Desde su punto de vista el artículo 2° del Proyecto tendría por objeto señalar lo que es concesible, vale decir, lo que puede ser objeto

de concesión, no siendo su finalidad el establecer ningún tipo de relación entre bienes.

En este trabajo el profesor Morandé pretende dejar en claro que lo único que interesa en este precepto es el hecho de que las sustancias contenidas en desmontes, escorias y relaves también pueden ser objeto de concesión minera, objetivo para el cual está de más referirse a los desmontes para decir que son accesorios de la pertenencia de que proceden.

Papel N° 29: *"La cuestión de los desmontes, escorias y relaves"* (16 de mayo de 1982).

En este trabajo el autor sostiene la tesis de que la cuestión de los desmontes, escorias y relaves está fuera del ámbito normal del Derecho de Minería.

A su juicio se trata de depósitos artificiales, no de depósitos naturales de sustancias minerales como son las minas, razón por la cual la incorporación de los desmontes, escorias y relaves como materia al Código de Minería debe hacerse teniendo en cuenta tanto los aspectos en que se diferencian a las minas como los que se asemejan.

El artículo 7° del CM32 se ocupa del asunto de los desmontes, escorias y relaves, permitiendo bajo ciertos requisitos constituir sobre ellos propiedad minera.

Para el caso de las escorias y relaves se exige que ellas se encuentren en terrenos abiertos y debía haberse producido el abandono del establecimiento de beneficio que los había originado, y la propiedad minera resultante de la manifestación tenía por objeto exclusivo las escorias y relaves manifestados.

Para constituir propiedad minera sobre los desmontes el requisito es que hubiera caducado el título de la concesión de que procedían, y la constitución de la propiedad minera sobre ellos podía conseguirse mediante la manifestación de ellos o la manifestación de cualquier otra sustancia denunciada existente en el terreno en que los relaves estén constituidos.

De lo anterior se desprende que el artículo 7° del CM32 aceptaba claramente la superposición de pertenencias en un mismo terreno.

La LOCCM establece un sistema diferente para la cuestión de los desmontes, escorias y relaves, debido a que el artículo 4° en su inciso final establece categóricamente la prohibición de constituir más de una concesión sobre las sustancias concesibles existentes en una misma extensión territorial.

Dicha prohibición deja fuera la posibilidad de que la concesión de sustancias concesibles existentes en desmontes, escorias y relaves pueda superponerse a otra concesión, o que otra concesión pueda superponersele.

La LOCCM según lo expone el profesor Morandé, habría regulado sólo la situación de las sustancias concesibles contenidas en los desmontes, escorias y relaves, cuando ellos han sido abandonados por sus dueños.

Lo anterior significa que si al momento de producirse el abandono, ya existe una concesión en la extensión territorial en que están ubicados los desmontes, escorias y relaves abandonados, el titular de la concesión de exploración o explotación allí constituida tendrá sobre las sustancias concesibles existentes en dichos residuos, las mismas facultades que tiene sobre las sustancias concesibles que estén naturalmente depositadas dentro de los límites de su concesión.

En el caso de no existir una concesión sobre la extensión territorial en que se produjo el abandono, quien llegue posteriormente a constituir allí concesión, tendrá los derechos sobre las sustancias concesibles existentes en los desmontes, escorias y relaves allí abandonados.

La LOCCM, si bien otorga derechos respecto de desmontes, escorias y relaves que se encuentren abandonados, olvida precisar bajo qué requisitos estos residuos se entienden abandonados.

El autor señala que no le corresponde al Código de Minería establecer requisitos que no fueron señalados por la LOCCM, pero sugiere establecer presunciones en relación a la prueba del abandono.

Papel N° 30: *"Los efectos especiales de la sentencia constitutiva de la concesión de exploración"* (19 de mayo de 1983).

En este breve documento de no más de una página el autor analiza el artículo 58 del Proyecto de nuevo Código, que trata sobre los efectos de la sentencia constitutiva de la concesión de exploración.

El autor sostiene que el Proyecto daría tratamientos distintos a las sentencias constitutivas de las concesiones de explotación y exploración, a las que se refieren los artículos 58 y 91 respectivamente.

Desde el punto de vista del profesor Morandé, el tratamiento dado por el Proyecto a

los efectos de la concesión de exploración cumple mejor su finalidad que los efectos señalados para la sentencia constitutiva de la concesión de explotación.

Papel N° 31: "*Denominación de pertenencia a la concesión de explotación*" (S/D).

En este trabajo el autor plantea la tesis siguiente: la denominación de "pertenencia" que da el proyecto de Código de Minería a lo que la LOCCM y la CPR80 llaman concesión de explotación no es adecuada.

El profesor Morandé argumenta que tal denominación era utilizada por el CM32 para designar *la materialidad u objeto del derecho de propiedad minera y no al derecho mismo*.

El artículo 29 del antiguo Código establecía que "La propiedad que la ley concede se llama pertenencia. Tiene la forma de un sólido ...".

Continuando con la argumentación destinada a demostrar que la denominación de "pertenencia" no es adecuada para designar en el nuevo Código a la concesión de explotación, el autor hace un análisis del articulado del CM 32.

Con ello busca demostrar que la voz "pertenencia" se refiere a una materialidad, es decir, a la extensión territorial abarcada por una concesión, y no al derecho de propiedad.

A modo de ejemplo, el artículo 55 inc. 2° del CM32 establecía que la solicitud de mensura deberá indicar los nombres, la ubicación y dueños de las pertenencias colindantes.

El profesor Morandé señala al respecto que las cosas incorporales no tienen ubicación en el terreno ni tampoco pueden colindar.

El artículo 67 del CM32 incluía la siguiente frase: "la extensión de terreno encerrada por tres o más pertenencias...".

El autor agrega en relación con esta frase que las cosas incorporales no encierran extensiones de terreno.

El artículo 96 del mismo cuerpo legal establecía que las pertenencias están especialmente sujetas a las servidumbres de ser atravesadas por labores mineras.

A esto el autor agrega irónicamente que las cosas incorporales no pueden ser atravesadas por socavones, ni tampoco puede existir interacción de labores en un derecho.

La jurisprudencia admitió el carácter material del término "pertenencia" que empleaba el CM32.

La Corte Suprema dispuso lo siguiente:<sup>21</sup>

*"para determinar la significación de la palabra pertenencia debe recurrirse al propio Código de Minería. Este, en su artículo 2°, declara que la pertenencia tiene la forma de un sólido, cuya base es un rectángulo de profundidad indefinida dentro de los planos verticales que la limitan. De aquí se desprende que la pertenencia es la materialidad de la mina, vale decir, el terreno, dentro de ciertos límites, donde se encuentran los minerales."*

Según advierte el autor, no solo nos enfrentamos a un problema de denominación inadecuada, ya que el Proyecto en varias de sus disposiciones atribuye a las concesiones características propias de las cosas corporales, las que la LOCCM atribuye a la extensión territorial abarcada con la concesión y no a la concesión.

El autor toma dos artículos que explican claramente la confusión en los conceptos.

El artículo 29 del Proyecto señala: "La concesión podrá dividirse físicamente...".

La LOCCM, en cambio, en su artículo 4° establece correctamente, que "la extensión territorial de una concesión minera podrá dividirse...".

La preocupación del autor radica en que el mal entendimiento de disposiciones como estas, permitirían a más de alguien sostener que la concesión y la pertenencia son una cosa corporal; por consiguiente, creer que la propiedad, que, con arreglo al artículo 91, el concesionario tiene sobre la concesión, es una propiedad que tiene por objeto una cosa corporal, que por lo parecido con la mina podría ser la mina misma.

Este trabajo de Enrique Morandé tiene un enfoque puramente conceptual que evidencia la gran importancia que para él tenía el uso de una terminología adecuada si no perfecta.

El Código de Minería que postulaba el profesor Morandé debía cerrar el campo a todo tipo de interpretaciones contradictorias.

## 2. Reflexiones sobre el régimen de propiedad minera

Papel N° 32: "*Todas las disposiciones de la Ley 18097, con excepción de las de su artículo 3° tran-*

<sup>21</sup> Repertorio. T. 38, sección 1ª, P. 269.

itorio, tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional" (1 de junio de 1983).

Basándose en las dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, de fechas 26 de noviembre y 22 de diciembre de 1981 y con relación a la Ley 18.097, el autor está convencido de que todas las normas de la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras, con excepción de las contenidas en su artículo 3º transitorio, tienen el carácter de ley orgánica.

Continuando con el razonamiento, el profesor Morandé señala que todas las normas que tienen el carácter de ley orgánica son constitucionales y por ende, al estar resuelto por el Tribunal Constitucional que esa normas son constitucionales, concluye sosteniendo que la Corte Suprema no podrá declararlas inaplicables según lo establece el artículo 83 de la CPR80.

Papel N° 33: "*Consideraciones sobre el régimen de propiedad minera*" (S/D).

Documento en el cual el autor expone las consecuencias para el régimen de propiedad minera chilena que derivaron de la modificación introducida a la CPR25 por la Ley N° 17.450, del año 1971.

El principal efecto de dicha modificación sería el cambio del régimen del dominio eminente del Estado y del dominio patrimonial de los particulares sobre las minas, por un régimen que solo admite el dominio del Estado sobre las minas, entregándole a los particulares un derecho de concesión que el profesor Morandé califica como "*precario y desamparado de protección constitucional*".

El autor advierte que la Ley 17.450 no altera solo el régimen de derechos mineros que se constituirán en el futuro, luego de la entrada en vigencia de dicha ley, sino que también afecta los derechos existentes sin respeto por los derechos adquiridos.

Desde el punto de vista del profesor Morandé, la explicación de tal proceder estaría en el afán de nacionalización de las minas, mediante un procedimiento de expropiación sin pago de indemnización, proceso que logra un dominio exclusivo del Estado sobre las minas, eliminando la propiedad privada sobre ellas.

En este documento se explica cómo en dicho contexto se hizo indispensable la dictación de la Constitución de 1980, texto que no restablece el "régimen de los dos dominios", como señala Morandé Tocornal, eminente del Estado

y patrimonial de los particulares, ambos existentes antes de la reforma de 1971; la dictación de la nueva Constitución tampoco habría mantenido el régimen consagrado por la Ley N° 17.450, siendo clara al establecer que sobre las minas no existe más propiedad que la estatal.

El profesor Morandé se detiene en destacar el hecho de que tanto los textos del anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, como el texto que aprobó el Consejo de Estado, contemplaban para el Estado un dominio eminente y para las personas una propiedad minera, pero esta solución fue abandonada por la Constitución Política de 1980, aprobada por el Decreto Ley N° 3.464 y ratificada por el plebiscito del 11 de septiembre de 1980.

Papel N° 33: "*Consideraciones sobre el dominio sobre las sustancias minerales y la concesión*" (S/D).

En este trabajo el autor hace algunas precisiones referidas al derecho de dominio y el derecho de concesión, ambos establecidos por la CPR80.

El primero, respecto de las sustancias no concesibles, por parte del Estado, y el segundo, respecto de sustancias concesibles, por parte de los particulares.

En cuanto a la superposición de las concesiones, si bien periodísticamente se ha expresado que su eliminación constituiría un logro del Proyecto de Código de Minería, el autor destaca que la eliminación de la superposición de las concesiones fue dispuesta por la LOCCM, por ende, según su criterio, no le corresponde al nuevo Código de Minería el establecerla.

Papel N° 35: "*Consideraciones sobre la constitucionalidad de algunos preceptos del Código de Minería*".

El profesor Morandé continúa con el análisis de aquellos preceptos del Proyecto de Código de Minería que durante su tramitación suscitaban cuestiones de constitucionalidad.

En este artículo el autor llega a la conclusión que dichos preceptos respecto de los cuales la Junta de Gobierno ha requerido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional son contrarios a normas específicas de Derecho Minero establecidas en la Constitución y a disposiciones de la LOCCM.

Papel N° 36: "*Algunas consideraciones sobre la aprobación del Proyecto de nuevo Código de Minería*" (S/D).

En este trabajo el autor realiza un análisis retrospectivo de la generación de la LOCCOM y del Código de Minería, sosteniendo que desde su punto de vista hubiera sido más acertado dictar únicamente un Código, algunas de cuyas disposiciones debieron tener el carácter de ley orgánica y otras de ley ordinaria.

### 3. *Papeles escritos en apoyo de su labor docente:*

Papel N° 37: "*Cuestionario sobre instituciones básicas del Derecho de Minería*" (S/D).

Este trabajo fue al parecer elaborado como un material de apoyo a su cátedra de Derecho Minero, debido a la forma en que está redactado. En él el profesor Morandé formula distintos cuestionamientos relativos a aspectos importantes en materia minera, tales como la preferencia para mensurar, la calidad de operación que es la mensura, etc., y otras materias que estaban muy en el tapete en la época de discusión del CM83.

Papel N° 38: "*Respuestas a un cuestionario sobre el Proyecto de Código de Minería*" (S/D).

En este trabajo el autor responde de un modo muy didáctico a las distintas afirmaciones que se realizan en torno a las principales disposiciones del Proyecto del Código de Minería.

El profesor Morandé se aboca a desvirtuar algunas críticas hechas por la opinión pública al Proyecto, y a la vez procura corregir algunas apreciaciones que de él expresan los entendidos.

### 4. *Correspondencia:*

Papel N° 39: "*Resolución Exenta N° 10 de la Honorable Junta de Gobierno*" (5 de enero de 1982).

Por esta resolución se resuelve contratar en calidad de Consultor de la Cuarta Comisión Legislativa, a contar del 31 de diciembre de 1981 y hasta el 31 de marzo de 1982, a los señores Jorge Correa Fontecilla y a Enrique Morandé.

Papel N° 40: "*Carta al señor Cesar Raúl Benavides Escobar*" (22 de enero de 1983).

Por medio de esta carta Enrique Morandé comunica al Presidente de la Cuarta Comisión Legislativa, teniente general César Raúl Benavides, Miembro de la Junta de Gobierno, que

ha recibido el documento por el cual se lo contrata en calidad de Consultor de la Cuarta Comisión Legislativa.

Papel N° 41: "*Carta al señor César Raúl Benavides Escobar*" (14 de junio de 1983).

Por medio de esta carta, Enrique Morandé le comunica a César Raúl Benavides la opinión que le merece el Proyecto del nuevo Código de Minería, luego de la revisión efectuada por el Comité Especial de la Subcomisión de Asuntos Generales de la Cuarta Comisión Legislativa.

El autor adjunta a dicha comunicación los siguientes documentos por él preparados en relación a algunas de las materias más discutidas del Proyecto:

a) "*La tónica del Proyecto de Código de Minería consiste en crear riesgos para la conservación del derecho de concesión y para la preferencia que tiene el descubridor para constituirla.*"

b) "*La solución que aporta el Proyecto de Código de Minería al problema de la superposición ilegítima de concesiones está fundada en varios errores jurídicos y es contraria a disposiciones de la Constitución y de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.*"

Es menester hacer presente que en dicha carta se hace referencia a que conjuntamente con los dos documentos recién señalados, el profesor Morandé también habría enviado un Proyecto de indicaciones relacionadas con las secciones del Proyecto que tratan de la mensura y el acta de mensura.

El Comité le habría confiado la preparación de dichas indicaciones, pero por falta de tiempo no habría alcanzado a pronunciarse sobre ellas.

Lamentablemente el documento al que se hace referencia en esta carta donde figurarían las indicaciones del profesor Morandé referidas a la mensura y al acta de mensura, no aparece dentro de aquellos documentos a los que he tenido acceso, por lo que por ahora no puedo playarme sobre su contenido.

Papel N° 42: "*Carta al señor Washington García*" (20 de julio de 1983).

Don Enrique Morandé sintetiza en estas líneas algunas de las observaciones que formulara verbalmente o por escrito al proyecto de

Código de Minería, realizadas durante su asesoría en la Cuarta Comisión Legislativa.

El autor enfatiza que el enfoque que el Proyecto hace en el tema del saneamiento vicioso, podría no ser el más adecuado para satisfacer el anhelo de garantizar la estabilidad de las concesiones mineras.

## EPÍLOGO

### 1. Consagración de las ideas de Enrique Morandé, en el Código de Minería de 1983. La superposición de concesiones y la acción de nulidad en el nuevo Código

En la primera parte de este trabajo al analizar el contenido de los trabajos de Enrique Morandé, abordamos el problema de la superposición de concesiones. Procuramos señalar en qué consiste, por qué se produce y principalmente cuáles son las perniciosas consecuencias que produce para la minería en nuestro país. También nos referimos a los modos de explicar el fenómeno de la superposición por parte de los autores, y las posturas de solución que buscaron plasmarse en el CM83. Luego nos referimos al tratamiento que el Proyecto Ministerial le dio a este conflicto.

En este acápite nos referiremos al resultado que finalmente tuvo la discusión que se llevó a cabo durante la preparación del CM en torno a cuáles debían ser las posturas que habían de prevalecer en el CM83, especialmente en lo relativo al tema de las concesiones superpuestas. Para ello analizaremos las principales disposiciones del CM83 que vienen a reglamentar la problemática de la superposición y de la nulidad de la concesión minera.

#### a) *El problema de la superposición en el nuevo Código*

Según vimos en la primera parte de este trabajo, este tema de la superposición de concesiones es a todas luces atentatorio contra la exclusividad inherente al derecho de propiedad sobre la concesión minera, garantizado por la CPR80.

Los mineros tienen claro que ya no son propietarios de las minas, como lo eran bajo la vigencia del CM32. A cambio se les ha entregado un "derecho de concesión" que la Constitución

protege con las mismas seguridades que la propiedad.

Pero no obstante tal garantía, debido a la existencia del fenómeno de la superposición de concesiones puede suceder que ellos pierdan sus derechos o sean sometidos a presiones que no tendrían razón de ser.

Si bien el actual CM no dice en ninguna parte que se permite la constitución de concesiones mineras superpuestas, la declaración del actual artículo 27 no es suficientemente vigorosa ni clara al respecto.

Quizás no fue la intención del legislador el crear concesiones superpuestas, pero hay una falencia evidente en los mecanismos creados para evitar este fenómeno, los que son claramente insuficientes.

El mismo Código señala casos que sirven de fundamento para sostener que él permite la superposición de concesiones.

Por ejemplo, el artículo 108 del Código señala que "el titular de una concesión de exploración o el de una pertenencia, constituidas, podrá oponerse a las labores que, dentro de los límites de su respectiva concesión, pretenda ejecutar el titular de otra concesión de exploración cuyo pedimento haya sido posterior al pedimento o a la manifestación del opositor."

A su vez en el artículo 65 inciso 2° se señala que el titular de un pedimento o de una concesión de exploración, de fechas anteriores, que no deduzca oportunamente la acción de oposición a la solicitud de mensura, perderá los derechos emanados de su pedimento o concesión, respecto de los terrenos sobre los cuales se llegue a constituir pertenencia por quien debió haber demandado.

Al decir que el CM83 permite la superposición, no estamos queriendo decir que lo diga expresamente, pues ello en ningún caso es así, pero sucede que por defectos técnicos existentes en este cuerpo legal, en la práctica se da el problema de las concesiones superpuestas.

No son pocas las superposiciones, como tampoco son pocos los juicios que se ventilan ante los tribunales de justicia, pero aunque ellos fueran pocos, no importaría, pues igualmente no se le está entregando la seguridad jurídica requerida a los concesionarios mineros.

La situación que comentamos produce incertidumbre entre quienes tienen concesiones constituidas y tienen temor a perderlas, aun

cuando estas se encuentren amparadas en forma oportuna. El profesor Alejandro Vergara Blanco<sup>22</sup>, en relación a la problemática de las superposiciones, opina que ello se debe no solo a una deficiencia dogmática, sino también a una equivocada apreciación del legislador. A su juicio es evidente que en esta materia de la superposición de pertenencias se ha producido lo que en técnica legislativa se ha llamado "fracaso teórico", pues se habría creído conocer la realidad sobre la que estaría vigente el Código, pero al cumplirse este, en la práctica no se produce el efecto deseado.

Al parecer se pensó que estableciendo muchas disposiciones tendientes a evitar el problema y con la ayuda de métodos modernos se evitaría su ocurrencia, lo que en la práctica no fue así.

Pero en definitiva tenemos la impresión de que el CM83 sí admite la superposición de pertenencias, *porque señala expresamente los efectos jurídicos que se originan cuando ella se produce*. Si el Código dispone el efecto que deriva de una superposición de concesiones es porque ella existe y es la causa de que se vulneren los derechos de los legítimos concesionarios mineros.

En relación a los posibles medios de solucionar este molesto problema, no nos parece correcto señalar que la acción de nulidad establecida en los números 6 y 7 del artículo 95 del CM sea una posibilidad armónica con el artículo 4º inciso 2º de la LOCCM.

La prohibición establecida por este artículo consiste en constituir concesiones superpuestas, y de acuerdo a lo que ya hemos señalado, las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial, en consecuencia existirían una vez dictada la sentencia constitutiva de la concesión.

En este sentido la acción de nulidad, considerada como una solución, parece más bien un "remedio tardío"<sup>23</sup> e incluso un remedio peor aún que la enfermedad, pues resulta especialmente injusto que finalmente se termine favoreciendo a la pertenencia superpuesta y perjudicando a la ya preexistente.

Claramente, al consagrarse una acción de nulidad por superposición, se está dando legitimidad a la situación de la superposición, porque la nulidad solo produce los efectos que le son propios, una vez que es declarada judicialmente la constitución de la concesión.

Mientras la nulidad no se declare, la concesión superpuesta será válida y da lugar a la grave situación de que si el concesionario afectado no acciona judicialmente, está sujeto a la posibilidad cierta de perder su concesión por haberse perdido por prescripción la acción de nulidad que poseía para defenderse contra el titular de la concesión que se le superpuso.

A pesar de que el profesor Morandé no aborda esta materia en forma específica, tenemos el deber de enunciar al menos un aspecto importante en el problema de la superposición de concesiones, que parece muy distinto al problema de la nulidad, pero que en el fondo viene a ser su causa eficiente. Se trata de la responsabilidad de peritos e ingenieros mensuradores. En la práctica estos profesionales realizan mensuras superpuestas y ello permite que finalmente se llegue a obtener una sentencia judicial constitutiva de concesión sobre terrenos ya ocupados.

La causa del problema está en que el CM no contiene ninguna disposición que sancione a los profesionales que en forma consciente o culposa realicen mensuras superpuestas, para quienes existe una total impunidad.

En la parte final de este trabajo, donde nos referiremos a las modificaciones al CM, veremos que este está siendo modificado precisamente en este aspecto, pues se ha llegado a un acuerdo en aceptar que esta es indudablemente una de las causas generadoras del problema de la superposición.

La LOCCM prohíbe en forma absoluta la superposición en su artículo 4º inciso 2º y ha tomado muchas medidas para evitarla, pero en la práctica bien pueden llegar a constituirse concesiones superpuestas. El CM83 ha contemplado causales destinadas a evitar la superposición, pero ellas se encuentran dentro del sistema de la nulidad.

En este caso el primer concesionario, para poner fin a la superposición ilegal de concesiones por la que se ve afectado, deberá ejercitar contra el otro concesionario la acción de nulidad correspondiente.

<sup>22</sup> Vergara Blanco, Alejandro. "El orden público económico". RDMA. Vol. II. 1991. Pág. 89.

<sup>23</sup> Diario "El Mercurio", de fecha 24 de junio de 1992. Sección: Cartas. Artículo titulado: "Superposición de pertenencias mineras", de los señores Alejandro Vergara Blanco y Enrique Evans de la Cuadra.



A modo de conclusión queremos señalar que de acuerdo a lo hasta aquí expuesto y dentro de un contexto amplio de análisis somos de la opinión de que el CM83 en lugar de continuar a la labor iniciada por la LOCCM tendiente a reforzar los derechos de los concesionarios, los disminuyó considerablemente.

La LOCCM prohíbe en forma absoluta la superposición en su artículo 4° inciso 2°, y ha tomado muchas medidas para evitarla, pero en la práctica bien pueden llegar a constituirse concesiones superpuestas debido a la falta de rigor y de claridad de las disposiciones del CM83. Si bien este cuerpo legal ha contemplado causales destinadas a evitar la superposición, ya señalamos que ellas se encuentran dentro del sistema de la nulidad.

En este caso el primer concesionario, para poner fin a la superposición ilegal de concesiones por la que se ve afectado, deberá ejercitar contra el otro concesionario la acción de nulidad correspondiente.

De este modo, el CM termina imponiendo una serie de obligaciones procesales que constituyen un riesgo para la estabilidad de los derechos legítimamente adquiridos de los concesionarios.

Y más aún nos parece que obligar a quien ha obtenido legítimamente un derecho a incurrir en innumerables molestias y desembolsos para conservarlo carece de sentido jurídico.

Solo nos lleva a preguntarnos: *¿Para qué existen entonces los conceptos de preferencia y la exclusividad?*

#### b) *La acción de nulidad en el Código de 1983*

El CM83 da un tratamiento más desarrollado al tema de la nulidad del acto de concesión, en sus artículos 95 a 98, pero igualmente se le continúa llamando nulidad de la concesión.

Uno de los redactores de este cuerpo legal, Juan Luis Ossa<sup>24</sup>, señala que el Código vigente se propuso innovar respecto de las causales de nulidad que establecía el CM32.

Según la opinión de este autor, para llegar a ese objetivo el Código en primer lugar refun-

dió en un solo precepto las causales de nulidad del acto de concesión.

En segundo lugar la enumeración de las causales tiene carácter taxativo, empleando para ello la expresión "solo" al comienzo del artículo 95.

En tercer lugar precisó el concepto de interés actual. A este respecto tenemos que recordar la discusión doctrinaria que se dio en torno al llamado "interés actual" requerido para intentar la acción de nulidad.

En cuarto lugar, fijó el plazo de prescripción extintiva de la acción de nulidad.

El Código en actual vigencia entrega estas causales de nulidad tanto en favor de las pertenencias constituidas como aquellas que están en trámite, definiendo la discusión originada respecto a quién tenía el legítimo interés de entablar la acción. La doctrina actual está conteste en sostener que la acción de nulidad reglamentada en el CM83 se trata de la nulidad del acto constitutivo de la concesión minera, y que este no está solo sujeto a la nulidad establecida en el artículo 95, sino que este acto puede también ser afectado por otros tipos de nulidad que ya caen en la esfera del derecho público.

El CM83 además de establecer las causales de nulidad y el titular de la acción, señaló el procedimiento a seguir y la prescripción de la acción de nulidad, por su no ejercicio en el plazo de cuatro años.

El mecanismo es el siguiente: prescrita esta acción de nulidad por el no ejercicio en el plazo de cuatro años por el titular de una concesión constituida o en trámite, la concesión superpuesta, que nació viciosa, queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que le son propios.

La extinción de la concesión preexistente por la prescripción de dicha acción de nulidad, según se establece en el artículo 96 inciso 3° del CM, no tiene relación con las causales de caducidad o de simple extinción del dominio que se contemplan expresamente en la LOCCM. Esta es una de las críticas en que Enrique Morandé insistió en sus escritos y en los debates en los que participó, pero vemos que lamentablemente prevaleció en las disposiciones del nuevo Código el criterio adverso.

Este criterio contemplado por el CM83 nos parece que va en total desarmonía con otras normas regulatorias de la actividad minera e incluso de mayor jerarquía que el propio CM.

<sup>24</sup> Ossa Bulnes, Juan Luis. "Derecho de Minería". Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989. Pág. 159.

Resulta inevitable llegar a esta conclusión debido a que con arreglo a la LOCCM el amparo de las concesiones se hace mediante el pago de una patente y no por el ejercicio de la acción de nulidad de la concesión.

De lo expuesto hasta aquí queda en evidencia que en el Código de 1983 se plasmaron aquellas ideas que el profesor Morandé intentó erradicar de la cultura jurídica minera chilena.

No está de más recordar que en sus escritos se oponía fehacientemente al saneamiento del título vicioso por la prescripción de la acción de nulidad ya señalada, lo que a su juicio era contrario a derecho.

En relación a la prescripción adquisitiva de la concesión minera, el artículo 93 del nuevo CM viene a regularla, estableciendo que el poseedor de una concesión minera puede ganar la misma por prescripción adquisitiva, perdiéndola de esta forma su dueño.

Establece que el tiempo de posesión necesaria será de dos años para la prescripción ordinaria, y de 4 años en la extraordinaria.

En lo relativo al saneamiento de los vicios de que pueden adolecer las concesiones mineras, debe estarse a lo dispuesto por el artículo 96, que establece que las acciones de nulidad establecidas en los números 1° al 7° del artículo 95 se extinguen por prescripción en el plazo de cuatro años, contados desde la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90.

Según señala Mario Maturana<sup>25</sup>, el artículo 93 al establecer la prescripción adquisitiva de la concesión minera, lo hace de un modo general, dando la impresión de que esta es la regla única aplicable a este modo de adquirir el dominio de una concesión.

El inciso 4° del artículo 93 limita su efecto a una prescripción extintiva específica, la de las acciones de nulidad derivada de las causales establecidas en los siete primeros números del artículo 95.

En consecuencia el Código solo daría normas relativas a los vicios de nulidad que establecen los siete primeros números del artículo 95.

Respecto de la prescripción adquisitiva de las concesiones mineras afectadas por vicios de

nulidad distintos a los establecidos en el artículo 93, se rigen por las normas generales.

La historia fidedigna del establecimiento de estas normas parece confirmar esta opinión.

El Informe del Proyecto sobre nuevo CM, de la primera Comisión Legislativa emitido con fecha 9 de agosto de 1983, señala en relación al artículo 93, al que hacemos referencia la siguiente opinión:

"La Comisión sugiere la aprobación de este artículo en los términos del texto del Ejecutivo, dejando constancia de que la prescripción adquisitiva de concesiones mineras solo opera cuando se disputa entre dos o más personas la propiedad de una misma y única concesión.

*Entiende también que este artículo no se aplica al caso de que una concesión está en situación de sanear su título constitutivo por el transcurso del plazo, pues en tal situación dicho saneamiento se produce solo por la prescripción extintiva de la correspondiente acción de nulidad, que por mera coincidencia será el mismo de la prescripción adquisitiva ordinaria."*

El Poder Ejecutivo indicó la necesidad de excluir las causales 2ª y 3ª del artículo 95 del Proyecto primitivo, consistentes en haberse otorgado la concesión por un órgano carente de jurisdicción o cuya incompetencia sea absoluta, y haberse otorgado la concesión incluyendo expresamente en ella sustancias o yacimientos no concesibles, respectivamente en razón de encontrarse estas causales contempladas en el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

El CM83 en lugar de continuar la labor iniciada por la LOCCM tendiente a reforzar los derechos de los concesionarios, los disminuyó considerablemente, imponiéndoles una serie de obligaciones procesales que constituyen un riesgo para la estabilidad de los derechos legítimamente adquiridos de los concesionarios.

Como se ha señalado en incansables oportunidades, la LOCCM prohíbe en forma absoluta la superposición en su artículo 4° inciso 2° y ha tomado muchas medidas para evitarla, pero en la práctica bien pueden llegar a constituirse concesiones superpuestas. El CM83 ha contemplado causales destinadas a evitar la superposición, pero ellas se encuentran dentro del sistema de la nulidad.

En este caso el primer concesionario, para poner fin a la superposición ilegal de concesio-

<sup>25</sup> Maturana Claro Mario. "La nulidad del acto concesional." Revista de Derecho de Minas. Vol. V. 1994. pp. 41-64.

nes por la que se ve afectado, deberá ejercitar contra el otro concesionario la acción de nulidad correspondiente.

## 2. Resurgimiento de las ideas de Enrique Morandé: debate de 1992, sobre la superposición de concesiones. La nueva Ley 19.573

### a) Nueva participación de Enrique Morandé en el debate de 1992 y en la modificación al Código de Minería

La Constitución y la LOCCM admiten la exclusividad del derecho del titular de la concesión sobre las sustancias minerales existentes en una misma extensión territorial.

La LOCCM prohíbe en forma expresa y terminante la constitución de concesiones superpuestas, lo que demuestra una correcta aplicación de la CPR80 al entregarle a los titulares de las concesiones mineras la propiedad de ellas y una perfecta armonía con el principio de exclusividad garantizado por la Carta Fundamental.

Nuestro Código de Minería, que vino a cerrar este ciclo legislativo, ha demostrado no dar solución a graves problemas existentes en la actualidad en el área minera. Grave falencia si se toma en cuenta la importancia de la minería en nuestro país y la necesidad de que existan cuantiosas inversiones que puedan activarla.

Como vimos en el punto anterior, el CM83 no da una solución al problema de la superposición de concesiones, de otra forma no se explicaría tanta discusión al respecto.

El Código de Minería de 1983 permite la superposición, no porque así lo diga expresamente, sino por falencias técnicas en su elaboración; para ello basta observar las cantidades de juicios en que se ven obligados a participar los titulares de concesiones mineras. La causa de este fenómeno estaría en inexplicables errores de factura del Código de 1983<sup>26</sup>. Ante el fracaso de este cuerpo legal está clara la necesidad de corregir las disposiciones que permiten la existencia de este problema.

Un gran ejemplo de la importancia del tema y de la preocupación que por él han demostrado la mayoría de los expertos en materias mineras en nuestro país es el siguiente: a mediados de 1992, a casi 10 años de la promulgación del CM83, se dio lugar al comienzo de un interesante debate en torno al tema de las concesiones superpuestas.

En las páginas del diario "El Mercurio" se desarrolló por años esta discusión, centrada básicamente en torno a si el nuevo CM permitiría o no la llamada superposición de pertenencias mineras.

El 24 de junio de 1992 los señores Enrique Evans de la Cuadra y Alejandro Vergara Blanco, profesores de Derecho Constitucional y Minero, respectivamente, en un interesante artículo titulado "Superposición de pertenencias mineras", sostienen la tesis de que el CM83 permitiría la superposición de pertenencias.

Para ello se basan en que las disposiciones de este cuerpo legal contemplan la extinción de la concesión preexistente y el saneamiento de la concesión superpuesta por la prescripción de la acción de nulidad de la concesión establecida en los artículos 95 y siguientes del Código. De esta forma, según sostienen estos autores, el CM vigente contravendría la LOCCM, que prohíbe expresa y categóricamente la superposición de pertenencias en su artículo 4º inc. 2º.

Terminan su argumentación destacando que el CM83 no vendría a respetar el derecho de propiedad sobre la pertenencia, derecho garantizado en forma expresa por nuestra Carta Fundamental, debido a que desconocería el derecho exclusivo del concesionario para explorar y explotar las sustancias minerales que se encuentran dentro de los límites de su pertenencia.

Luego, el 23 de julio de 1992, el profesor Morandé demuestra nuevamente su incansable preocupación por el tema al publicar en el mismo diario un artículo titulado "Superposición de pertenencias mineras".

En este artículo el profesor Morandé reconoce que la inquietud de los señores Evans y Vergara, al igual que la de todos los mineros, es bastante justificada, debido a las disposiciones de los números 95 N° 7 y de los incisos primero y tercero del artículo 96 del CM83.

Estos preceptos establecen que por la prescripción extintiva de la acción de nulidad de la concesión que se ha constituido superponién-

<sup>26</sup> Vergara Blanco, Alejandro. "Principios y sistemas del derecho minero. Estudio Histórico-Dogmático." Santiago. Editorial Jurídica de Chile (1992), pp. 368 in fine. Además véase Informe Constitucional N° 226 de 1991.

dose a otra preexistente, se producen la extinción de la primera y el saneamiento de la segunda.

El profesor Morandé sostiene entonces que las disposiciones del Código que dicen prohibir la superposición no son eficaces, porque existirían otras disposiciones en el mismo Código que otorgan el saneamiento a una pertenencia que se superpone a otra, y sancionando con la extinción de la pertenencia preexistente.

El profesor Morandé continúa su argumentación señalando que la disposición del Código de Minería que por la prescripción de la acción de nulidad de la concesión permite el saneamiento de las pertenencias nulas y la extinción de las pertenencias válidas, es inconstitucional por muchas otras razones, además de las señaladas por los profesores Vergara y Evans en el artículo al que ya hemos hecho referencia.

Entre las otras razones, para Enrique Morandé está el hecho de que la disposición en cuestión acepta que las pertenencias terminen constituyéndose por una declaración judicial que declara la prescripción de la acción de nulidad de la concesión, en lugar de hacerlo por una resolución judicial que declare su constitución.

También señala que al tener esa disposición simplemente el carácter de ley ordinaria, legislaría sobre materias reservadas a una ley orgánica constitucional, como lo son las que se refieren a la duración y a la extinción de las concesiones mineras.

Para el profesor Morandé la única forma en que las disposiciones del CM no se contradigan entre sí, y para que sean armónicas con las normas constitucionales y de la LOCCM, es modificando el CM.

Esta modificación, según su opinión, junto con confirmar el respeto de la propiedad del concesionario sobre su pertenencia, pondrá fin a una controversia jurídica que no es en absoluto beneficiosa para los mineros.

Recordemos que lo preceptuado en estos artículos es exactamente la postura que Enrique Morandé trató de evitar que el Código adoptara, pues el previó que el establecimiento de disposiciones como estas daría carta blanca a la existencia de concesiones superpuestas mediante el juego del saneamiento del título injusto y la prescripción extintiva de la acción de nulidad.

De los argumento aquí expuestos, no queda más que reconocer que son similares, si no idénticos a los esgrimidos por este mismo autor en la etapa en que se discutieron los preceptos constitutivos del CM83, disposiciones que ahora nuevamente están en el tapete.

La necesidad de darle punto final a este debate y buscar una solución rápida al problema fue reconocida por el propio Ministro de Minería.

Este resurgimiento del debate tuvo como resultado final que el gobierno se pronunciara al respecto y enviara un Proyecto de Ley para solucionar el problema y dar una mayor claridad al Derecho Minero chileno.

El Proyecto que "*Introduce Modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras*", ingresó a trámite legislativo por Mensaje de su Excelencia el Presidente de la República, el 22 de septiembre de 1992.

Enrique Morandé señaló en su momento que el proyecto se conformaba con dificultar el problema de las superposiciones, haciéndolas menos frecuentes. A su juicio lo que debía hacer el Proyecto es sencillamente prohibir la constitución de concesiones superpuestas y establecer que no producirá efecto alguno la sentencia que dé por constituida una concesión donde ya existe otra.

#### b) *Modificaciones al Código de Minería de 1983*

La finalidad del Proyecto de Modificación es solucionar el tema de la superposición de concesiones mineras, y este problema se produce pues la legislación vigente permite nuevos "procedimientos" en relación a terrenos que debieran estar excluidos de tal posibilidad, por haber sido otorgado con anterioridad un derecho exclusivo a favor de un concesionario cuyo título está vigente<sup>27</sup>.

La modificación principal del Código de Minería para evitar superposiciones debería estar dirigida a evitar nuevas manifestaciones superpuestas a concesiones vigentes.

A todo nuevo manifestante debiera exigírsele *ab initio*, con la colaboración de la adminis-

<sup>27</sup> Vergara Blanco, Alejandro. Informe Constitucional N° 417, pp. 3-5.

tración y de los interesados, probar la no superposición<sup>28</sup>.

El Proyecto en su texto original fue alterado por la llamada *"Indicación Sustitutiva del Proyecto de Ley que introduce modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras"*, contenida en el oficio N° 561-325 dirigido por el Presidente de la República al Senado con fecha 30 de marzo de 1993.

Las modificaciones propuestas por esta Indicación Sustitutiva significaron en la práctica alterar completamente el texto inicial del Proyecto.

Ahora la finalidad no es solo relativa a la superposición de concesiones, sino que esta pasa a tener un triple objetivo:

En primer lugar, "simplificar las normas (propuestas en el primitivo proyecto de ley) destinadas o, a lo menos, dificultar y hacer más infrecuentes las superposiciones (de concesiones) mineras."

En segundo lugar, "imponer la necesidad de contar con el permiso del dueño del terreno superficial para catar y cavar en terrenos clase I, II y III de capacidad de uso agrícola".

En tercer lugar, "evitar que por la vía de la constitución de servidumbres mineras se entorpezca la ejecución de proyectos habitacionales."

Como vemos, esta indicación sustitutiva se refiere a distintas materias, pero nos limitaremos a explayarnos solamente sobre las referidas al tema de la superposición de concesiones.

Analicemos a continuación cuáles fueron estas indicaciones propuestas en lo relativo a las superposición de concesiones.

Dado que la base de la modificación al CM está constituida por el artículo 96, antes de referirnos a ellas, pasaremos a transcribirlo:

Artículo 96: *"Las acciones de nulidad establecidas en los números 1° a 7° del artículo anterior, se extinguen por prescripción en el plazo de cuatro años, contados desde la fecha de la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90."*

"Transcurrido el mismo plazo, tampoco podrán impugnarse la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90 ni la inscripción de la sentencias constitutiva de la concesión.

"Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que, para cada una de estas, señala el artículo 91. La sentencia que en los casos de los números 6° y 7° del artículo anterior, declare la prescripción de la acción de nulidad a que dichos números se refiere, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición.

"La acción de nulidad establecida en el número 8° del artículo anterior se extingue, si debiendo deducir la oposición a que se refiere el número 1° del artículo 61, el interesado no lo hace.

"Sin embargo, esta prescripción no provocará la extinción de la concesión del titular de la acción prescrita, en la parte no superpuesta y se aplicará lo previsto en el artículo 98, en lo que sea pertinente."

Ahora analicemos cuáles fueron estas indicaciones propuestas.

En primer lugar se propuso derogar la segunda oración de su inciso 3°. Aquella que va después del punto, contenida entre las palabras *"la sentencia y la superposición"*.

En segundo lugar se propuso introducir a continuación de su inciso 3°, ya modificado en la forma recién señalada, el siguiente inciso 4°:

"La sentencia que en los casos de los números 6° y 7° del artículo precedente, declare prescrita la acción de nulidad a que dichos números se refieren, declarará también, y en todo caso, que la concesión afectada por la superposición ha sido adquirida mediante la prescripción extraordinaria de que trata el inciso 2° del artículo 93, por el titular de la pertenencia superpuesta, en la parte efectivamente afectada por la superposición."

En tercer lugar se propuso derogar sus actuales incisos cuarto y quinto.

De ser aprobadas las redacciones propuestas al artículo 96 del CM, este quedaría con la siguiente redacción:

"Las acciones de nulidad establecidas en los números 1° a 7° del artículo anterior, se extinguen por prescripción en el plazo de cuatro años, contados desde la fecha a que se refiere el artículo 90."

"Transcurrido el mismo plazo, tampoco podrá impugnarse la publicación del extracto a que se refiere el artículo 90 ni la inscripción de la sentencia constitutiva de la concesión."

"Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se en-

<sup>28</sup> Vergara Blanco, Alejandro. Informe Constitucional N° 371, p. 4.

tiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que para cada una de estas señala el artículo 91."

"La sentencia que en los casos de los números 6º y 7º del artículo precedente declare prescrita la acción de nulidad a que dichos números se refieren, declarará también, y en todo caso, que la concesión afectada por la superposición ha sido adquirida mediante la prescripción extintiva de que trata el inciso 2º el artículo 93, por el titular de la pertenencia superpuesta, en la parte efectivamente afectada por la superposición."

El texto actual del artículo 96 establece que la concesión superpuesta, que es nula, se sana por la prescripción extintiva de la acción de nulidad de la concesión, que corresponde al titular de la concesión válida, y que la concesión válida de este se extingue cuando se produce esa prescripción extintiva de la acción de nulidad.

Comparando esta disposición con el texto que se propone para sustituirlo, este establece que extinguida por prescripción la acción de nulidad que corresponde al titular de la concesión válida, la concesión nula se sana, y que además el titular de la concesión nula adquiere por prescripción extraordinaria la concesión válida.

Terminando con el análisis a la modificación del artículo 96, la Indicación sustitutiva también contiene los siguientes contenidos:

En cuarto lugar propone modificar los artículos 15, 17, 27, 34, 73, 96, 122, 1º transitorio, 2º transitorio, y 3º transitorio del CM.

En quinto lugar propone modificar el artículo 7º de la LOCCM, referido a los derechos de los concesionarios mineros, especialmente a la facultad de catar y cavar.

En sexto lugar propone interpretar los artículos 61 inciso 1º y 84 inciso 1º del CM referidos a la oposición a la solicitud de mensura y al plazo de oposición a la constitución de pertenencias respectivamente.

c) *Comentarios del profesor Enrique Morandé en relación con la Indicación sustitutiva*<sup>29</sup>:

Desde el punto de vista del profesor Morandé la modificación que se propone introdu-

cir al artículo 96 del CM, cuya redacción actual y la formulada por el Proyecto acabamos de exponer, resultaba inconstitucional.

En primer lugar infringiría el 19 N°24 de la Constitución al atentar en contra del derecho de propiedad de que goza el titular sobre su pertenencia.

No existiría la supuesta exclusividad que da la CPR80 y la LOCCM para el dueño de la pertenencia válida, porque se estaría admitiendo la coexistencia de dos pertenencias, la supuesta y la afectada por la superposición.

A su juicio si se admite que la pertenencia superpuesta que es nula tiene la posibilidad de sanearse y que el propietario de la pertenencia que sufre la superposición, que es válida, tiene el riesgo de perderla cuando la gana por prescripción el titular de la pertenencia superpuesta.

En segundo lugar se infringiría el artículo 7º de la CPR80 al permitir el saneamiento de un nulidad que según analizamos anteriormente.

En tercer lugar sería violatoria de los números 2º, 3º y 26º del artículo 19 de la Constitución, porque permitiría que el titular de la pertenencia válida que conserva su posesión, pierda el dominio de ella contra quien es el titular de una pertenencia nula que la gana por prescripción.

Sería atentatorio contra el artículo 19 N° 2 de la Constitución porque con ello se estaría infringiendo la garantía de igualdad ante la ley, al permitir que alguien que no es poseedor de una pertenencia la adquiera y que quien continúa siendo poseedor de ella la pierda.

De esta forma se estaría atentando contra la igualdad de todas las personas para adquirir bienes por prescripción, y para perderlos cuando otros los adquieren por prescripción.

También se estaría violando el artículo 19 N° 3 de la Constitución al no protegerse el dominio de la pertenencia de la misma manera que se protege el dominio de las demás cosas.

Desde el punto de vista del profesor Morandé se está permitiendo que alguien que no es poseedor de la concesión adquiera por prescripción el dominio de ella, en contra de alguien que es un verdadero poseedor, siendo que las normas legales establecen que para ganar por prescripción el dominio de las cosas es

<sup>29</sup> Comentarios al Proyecto de Modificación del Código de Minería, en relación a la superposición de pertenencias mineras, de Enrique Morandé Tocornal. RDM, vol. IV (1993), pp. 15-19.

necesario haberlas poseído y que su dueño haya perdido la posesión de ellas.

La última apreciación del profesor Morandé está referida al artículo 19 N° 26 de la Constitución porque se está admitiendo que adquiere por prescripción quien no es poseedor, en contra de quien es dueño y poseedor, con lo que se está violando el derecho de dominio que este tiene sobre la pertenencia.

En síntesis, para Enrique Morandé esta modificación al Código de Minería en el fondo sigue permitiendo que el titular de una concesión válida que nunca ha dejado de trabajar efectivamente la mina termine perdiéndola contra el titular de la concesión superpuesta, quien nunca ha realizado ningún trabajo en la mina.

Fuera de la evidente injusticia, esta normativa viene a alentar la constitución de concesiones nulas, porque crea para los titulares de éstas concesiones nulas la esperanza de transformarse en titulares de concesiones válidas.

Con lo que hasta aquí hemos expuesto basta para hacernos recordar que estos argumentos fueron los mismos esgrimidos 10 años atrás por quienes discutían sobre las principales disposiciones que debía contener el nuevo CM.

El profesor Morandé ve en todo este proyecto la siguiente inconsecuencia: desde su punto de vista de nada sirve introducir modificaciones a los artículos 27 y 73 del CM.

Argumenta que, por un lado, se sigue prohibiendo la constitución de las pertenencias superpuestas y se ordena a los jueces que velen por el cumplimiento de esta prohibición, y por otro, se dispone que los ingenieros o peritos no pueden en caso alguno abarcar con la mensura terrenos ya mensurados.

Ello no tendría sentido si el artículo 96 les reconoce valor y a la vez se les está dando expectativas a las pertenencias nulas que se superponen a otras para que adquieran validez.

Su postura apunta a que si se modificara el artículo 96 se produciría una contradicción con el artículo 27 del CM.

Recordemos que el artículo 27 señala lo siguiente:

*“Sobre las sustancias concesibles existentes en terrenos cubiertos por una concesión minera no puede constituirse otra.”*

El artículo 96 estaría permitiendo la existencia de pertenencias superpuestas y a su vez el artículo 27 las está prohibiendo.

La redacción propuesta para el artículo 96 hace que en definitiva subsistan en manos de aquel que fue titular de la concesión nula dos concesiones sobre todas las sustancias minerales concesibles que se encuentren en una misma extensión territorial. En definitiva subsistirían la concesión superpuesta y la concesión afectada por la superposición.

En consecuencia del artículo 96 modificado se desprendería que la nulidad de la concesión superpuesta se sanearía, y la concesión que se ve afectada por la superposición, se incorporaría al patrimonio del titular de la pertenencia nula, quien la adquiriría por prescripción ordinaria.

El profesor Morandé no solo critica esta modificación al CM. Luego de que hemos analizado cuál es su opinión en relación con las reformas propuestas, nos referiremos a cuál sería a su juicio la modificación más acertada del CM.

Desde el punto de vista del profesor Morandé es indispensable que se proceda a la derogación de los números 7° y 8° del artículo 95 y de su artículo 96.

La derogación por él propuesta tiene su justificación en el respeto por las normas constitucionales y la correcta aplicación de los principios jurídicos que confieren la seguridad debida a los derechos de los concesionarios mineros.

Finalmente, postula que en lugar de tales disposiciones debería consagrarse una regla que establezca que derechamente la pertenencia que se superpone a otra es nula y no puede afectar a la pertenencia válidamente constituida que sufre tal superposición.

#### d) *La nueva Ley N°19.573*

El 25 de julio de 1998 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.573, que introduce modificaciones al Código de Minería en relación con la superposición de pertenencias mineras.

Esta Ley no es sino el resultado del debate que hemos expuesto en las páginas anteriores iniciado en la época de discusión del Código de Minería de 1983, la que se reanudó en el año

1992, en las páginas del diario "El Mercurio" con la publicación de los profesores Enrique Evans de la Cuadra y Alejandro Vergara Blanco.

Luego de la publicación de esta ley cabe preguntarnos:

¿Pondrá ella punto final al problema de las concesiones superpuestas en nuestro país?

Según Vergara Blanco<sup>30</sup>: *"esta modificación no solucionó el problema, y lo único que ha hecho, como lo dijeron el Pleno de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, es parafrasear el texto de la ley orgánica constitucional."*

A juicio del autor esta ley no establecería mecanismos reales para impedir la superposición y el despojo de concesiones mineras y la legislación continuaría privilegiando a los que se han superpuesto a los concesionarios anteriores. Según el criterio del profesor Vergara la causa de este problema radicaría en el artículo 96 inciso 3° del CM.

En la misma publicación referida el autor señala: *"Faltó en esta ley la derogación expresa de este artículo, dado que es la disposición neurálgica, y que produce toda la inseguridad actual a los títulos mineros."* (...)

La postura del profesor Vergara sigue siendo tan clara como lo fue en sus publicaciones de 1992. Para él, el Código de Minería de 1983 consagra lo que él califica como *"superposición despojo"*, fenómeno que definitivamente esta nueva Ley 19.573 no se acerca a eliminar.

En este artículo el profesor Vergara vuelve a sacar a la luz las ideas de Enrique Morandé, las que aún se mantienen vigentes, pese a la muerte de su creador. Tal como veremos, la publicación de este artículo dio inicio a una nuevo resurgimiento del debate y a lo que podríamos llamar una nueva polémica, la que posiblemente se conocerá en un tiempo más como *"la polémica de 1998."*

El profesor Vergara finaliza su publicación con el siguiente párrafo, el que a continuación me permito transcribir:

*"Una modificación de fondo quedó pendiente, y el Congreso Nacional ha aportado muy poco a solucionar el problema, y más que ajus-*

*tes, como se ha querido llamar a esta modificación, sigue presente en la legislación minera un desajuste notorio con el marco de seguridad y certeza jurídica imperante en el país."*

La respuesta a este artículo solo tardó once días en aparecer publicada en el mismo periódico.

Los profesores de Derecho Minero señores Juan Luis Ossa y Samuel Lira Ovalle publican el día martes 20 de octubre de 1998 una artículo también titulado *"Superposición de Concesiones Mineras"*.

Estos autores expresan que el artículo del profesor Vergara, pero sin referirse directamente a su autor, *"intenta revivir el cuadro sombrío y alarmista en relación con las superposiciones"*.<sup>31</sup>

El criterio que estos autores mantienen en forma enfática, el mismo que dieron a conocer 6 años atrás en el mismo diario "El Mercurio", sostiene que la actual legislación minera ha prohibido siempre la superposición de pertenencias.

Para ellos la nueva ley aparece como un éxito y señalan al respecto los siguiente: *"la Ley 19.573, cuya tramitación empezó en 1992, perfecciona nuestra legislación minera, la que sigue siendo una de las más eficientes y seguras en América Latina, y bajo cuya protección la minería chilena ha gozado de un auge sin precedentes."*

Como podemos apreciar, producto de la publicación de la Ley 19.573 esta discusión que estuvo un poco dormida durante unos años, ha resurgido con mucha fuerza.

Estos artículos son la prueba para afirmar que el debate sobre la superposición de concesiones en Chile está aún vigente y que sobre el tema aún queda mucho por decir.

### 3. Consideraciones finales relativas al Código de Minería de 1983

Luego del desarrollo de esta exposición cabe preguntarnos cuál fue en definitiva el resultado de este debate, es decir, ¿fue el Código

<sup>30</sup> Vergara Blanco, Alejandro. *"Superposición de Concesiones Mineras"*. Artículo publicado el día 9 de octubre de 1998, en el diario "El Mercurio".

<sup>31</sup> Lira Ovalle, Samuel y Ossa Bulnes, Juan Luis: *"Superposición de pertenencias mineras"*. Diario "El Mercurio", 20 de octubre de 1998.



de Minería de 1983 un éxito o solo un nuevo intento legislativo?

Al parecer el actual procedimiento concesional minero establecido por el CM83 en sus artículos 34 a 98 no habría dado cumplimiento a los objetivos que persigue todo procedimiento concesional minero.

Según señala Vergara Blanco, estos principios consisten en la defensa de las exclusividades de las preferencias con publicidad y certeza técnica.

Luego de amplios debates entre expertos y estudiosos de temas mineros, la aprobación de el Código de Minería de 1983 dio nacimiento al primer Código producto de un proceso legislativo normal.

No obstante las críticas y reparos que este cuerpo legal merece, es necesario destacar que constituye un paso fundamental para el desarrollo minero nacional y consecuentemente para nuestra economía.

Antes que nada me parece fundamental señalar que no obstante la gran discusión doctrinaria que se origina en la época preparatoria de este cuerpo legal, finalmente no encontramos en él modificación alguna, de fondo, en cuanto al dominio del Estado sobre las minas.

El CM83 es solo una repetición de las ideas y principios establecidos tanto en el CM32 como en el anterior de 1874. En cuanto al dominio de las minas nada ha cambiado en nuestro país hace más de un siglo.

Según vimos en el desarrollo de esta exposición, el problema de la superposición de concesiones es una cruz que la legislación minera chilena ha venido cargando desde comienzos de siglo.

En cada ocasión en que se ha discutido el tema, las razones esgrimidas por los estudiosos del tema, tanto por los más antiguos como por las generaciones más jóvenes de profesores, vemos que la argumentación es bastante similar a pesar del correr del tiempo.

Enrique Morandé dijo que debía eliminarse la acción de nulidad, y no se le hizo caso a sus proposiciones; ahora, los argumentos dados por Enrique Morandé fueron retomados por quienes diez años más tarde propusieron las modificaciones al Código de Minería. Este resurgimiento del debate es un ejemplo más de que la historia es cíclica, existe una tendencia a volver a instituciones y doctrinas más antiguas

cuando las nuevas no dan resultado, y también se da el fenómeno contrario.

Se han propuesto variadas soluciones a este problema, pero a nuestro juicio, y en armonía con los argumentos de Enrique Morandé, nos parece que una solución sencilla podría estar constituida por aquella consistente en sencillamente no dar lugar a la constitución de la mensura superpuesta, cuando el Servicio Nacional de Geología y Minería informe al juez sobre esta situación.

De ser así solo se daría temporalmente esta figura de superposición, pero solo en relación a las mensuras, ya que finalmente no podría existir superposición de dos pertenencias constituidas, pertenecientes a distintos dueños y con sus respectivos derechos obtenidos mediante una declaración de los tribunales de justicia.

No obstante, sea cual sea la solución final que el resultado de la modificación al Código de Minería dé al problema de las concesiones superpuestas, es imprescindible tener claro que el Estado debe darle un rol fundamental a la defensa de las pertenencias mineras antiguas, que se encuentren vigentes. Debemos recordar que en el momento de ser creadas esas concesiones antiguas se les garantizó la exclusividad y la superposición de concesiones es en esencia, un atentado contra esa exclusividad.

La superposición crea inestabilidad, aunque el número de reclamos a los tribunales no sea tan numeroso; ello se debe a que la gran mayoría de los afectados voluntariamente deciden no recurrir a la justicia y se resignan a perder la propiedad, en circunstancias que quien se ha apoderado de ella logra hacerla legalmente suya gracias a una disposición legal que evidentemente incita a los usurpadores.

Hemos dicho que la Constitución de 1980 le garantiza al concesionario minero la exclusividad del derecho de concesión legítimamente adquirido.

Al analizar la existencia del problema de las concesiones superpuestas pudimos confirmar que este principio de la exclusividad hoy en Chile es casi teórico; en la práctica no existe una real exigencia de parte de los magistrados para que sea respetado por todos aquellos que toman parte en un procedimiento de constitución de pertenencia minera.

Nos arriesgamos a concluir que si este principio se respetara no existiría en nuestro país la problemática de la superposición de concesiones.

Este debate no es de una importancia solo teórica; el problema de la superposición de concesiones tiene un impacto directo en el propietario individual, que es precisamente quien muchas veces guarda silencio ante el atropello de su derecho para evitarse inútiles y costosas gestiones ante los tribunales.

Dado que el minero no es propietario del yacimiento que explora o explota, sino de un derecho de concesión sobre él, se requiere un aumento de las garantías que le aseguren una mejor protección de su derecho.

Eso unido a la aleatoriedad, característica distintiva de la actividad minera, lo que hace que el riesgo que corra un minero al decidirse a invertir en trabajos de exploración o explotación sea mucho mayor al que soportaría si se dedicara a realizar cualquier otra actividad.

Es una realidad indiscutible que el empresario minero está siempre sujeto a ciertos vaivenes políticos, provocados por los cambios de gobierno y de tendencias políticas. Para ello hay que tener presente que la vida de un yacimiento es muy larga, transcurso de tiempo en el que se presentan muchos cambios de tipo político, económico y cultural, que traen inestabilidad a la actividad minera.

No puede ser concebible que el tema de la minería, de tal trascendencia para el desarrollo de nuestra economía, se haya utilizado en momentos de nuestra historia con propósitos más bien políticos y no técnicos.

La defensa del derecho de propiedad que tiene un titular sobre su concesión, debe fundarse en un dominio que tenga la calidad de intangible y protegido eficazmente por las garantías constitucionales.

Actualmente en la minería chilena son los sectores de la pequeña y mediana minería con los que debe tenerse una consideración especial. Ella reviste importancia por su participación en los rubros de cobre, oro y plata, hierro y plomo y diversos minerales metálicos, como los nitratos naturales, el yodo y el carbonato de calcio. Pero además debe tenerse en consideración el alto número de empleos que este sector ofrece al país y a manos de ellos se efectúan la mayoría de los trabajos dedicados a la búsqueda de yacimientos minerales.

En definitiva no me queda más que destacar que más que excesivos debates técnicos, algunos de los cuales como pudimos percibir en el desarrollo de este trabajo contienen un alto contenido político, lo que nuestro país necesita es la inversión de capitales que logre maximizar el potencial minero existente a lo largo de todo nuestro territorio.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALTRA VERGARA, MARÍA LUISA; VERGARA BLANCO, ALEJANDRO; VRSALOVIC OYARZO, LJUBICA. *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código de Minería”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- GÓMEZ NÚÑEZ, SERGIO. *“Manual de Derecho de Minería”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991. (1989), pp. 43-65.
- LIRA OVALLE, SAMUEL. *“Curso de Derecho de Minería”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 273.
- OSSA BULNES, JUAN LUIS. *“Derecho de Minería”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 406.
- PIÑERA ECHEÑIQUE, JOSÉ. *“Legislación minera. Fundamentos de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras”*. Editorial Jurídica de Chile. 1982, pp. 110.
- REYMOND ALDUNATE, CARLOS. *“Defensa del derecho preferente para mensurar que la ley otorga al primer manifestante de un yacimiento minero”*. Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1955.
- RUIZ BOURGEOIS, CARLOS. *“Fundamentos Constitucionales del Derecho de Minería”*. Revista de Derecho de Minas y Aguas (U. de Atacama), vol. I, (1990), pp. 75-83.
- RUIZ BOURGEOIS, JULIO. *“Instituciones de Derecho Minero Chileno”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.
- SEDA ESPEJO, MARIO. *“De la defensa de la concesión minera”*. Editorial ConoSur, Santiago, 1989, pp. 243.
- TALA JAPAZ, ALBERTO, *“La concesión minera como especie de propiedad litigiosa”*. Revista de Derecho de Minas y Aguas (U. de Atacama), vol. I (1990), pp. 161-164.
- URIBE HERRERA, ARMANDO. *“Manual de Derecho de Minería”*. 3ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968.
- URIBE HERRERA, ARMANDO. *“Reforma de la legislación minera chilena”*. Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. *“Antecedentes sobre la historia fidedigna de las leyes mineras (1966-1983)”*. Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. III (1992), pp. 197-200.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. *“El dominio eminente y su aplicación en materia de minas”*. Revista Chilena

- de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XV (1988), pp. 87-110.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. "Homenaje póstumo al profesor Enrique Morandé Tocornal". Revista de Derecho de Minas y Aguas, vol. IV, 1993, pp. 13-15.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. "Presupuestos Histórico-Dogmáticos del Estudio del Derecho Minero Vigente". Revista de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, vol. XVII, 1996, pp 113-152.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. "Principios y Sistemas del Derecho Minero. Estudio Histórico-Dogmático". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 433.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. "Sobre los derechos mineros en Chile". Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica, vol. XVI.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO. "Teoría del dominio público y la afectación minera". Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XVII (1990), pp. 135-159.