

# A DOS DÉCADAS DE LA INSTITUCIONALIDAD MINERA CHILENA

SERGIO GÓMEZ NÚÑEZ

*Profesor de Derecho de Minería, Escuela de Derecho,  
Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo*

## INTRODUCCIÓN

En una mirada a lo que ha sido nuestra historia minera, nos encontraremos que ha existido una irregular permanencia de sus normas. El advenimiento de la Independencia nos sorprendió con una legislación minera, las Ordenanzas de Nueva España o de México, impuesta por la Corona española a partir de 1785, legitimada por los usos y costumbres mineras posteriores y ratificada en 1833 por el Estado chileno como leyes de la República. Las que tuvieron su primera rectificación por la dictación y puesta en vigencia el 1857 del Código Civil hasta que surgió la legislación patria por la dictación de nuestro primer Código de Minería en 1874. Es decir, tuvimos unas Ordenanzas de Nueva España vigentes durante 35 años bajo el gobierno español y 64 años bajo el Chile independiente, es decir, alrededor de cien años como legislación minera vigente. Eso da solidez y permanencia, debido principalmente a la internalización que los mineros habían hecho de sus disposiciones. Transcurrió un breve lapso entre el Código de 1874 y Código de Minería de 1888 de solo catorce años, luego cuarenta y dos años al Código de 1930, que solo duró dos años y, finalmente, algo más de cincuenta años de vigencia el Código de 1932.

Este último Código, formativo de toda la estructura de la minería metálica y no metálica, el carbón y los hidrocarburos, vio sus bases alteradas profundamente en virtud de la reforma constitucional de 1971, que resultó ser –sorprendentemente– la antesala de la legislación actual, cuyo mayor impacto estuvo en la ratificación del dominio del minero sobre la concesión minera –y no la propiedad sobre el yacimiento– y, por supuesto, la nacionalización de las empresas de la gran minería del cobre.

El punto de partida de la legislación que ahora comentamos tiene precisamente su base en la Constitución Política del Estado de 1980, vigente a partir de marzo de 1981, que estableció los principios fundamentales de la legislación minera, desarrollados posteriormente por la

Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras en enero de 1982 que, naturalmente, dio paso a la promulgación del Código de Minería y su Reglamento. Sabemos que entró en vigencia en diciembre de 1983.

Desde el punto de vista general debemos agregar a la legislación minera: el Tratado Minero Chileno-Argentino, el Tratado Antártico sobre explotación de riquezas minerales, la ley sobre Fuentes Geotérmicas y la Convención del Mar.

Por ello entonces que nos ha parecido legítimo reflexionar sobre el Derecho Minero cuando estamos próximos a ver cumplidos veinte años desde su entrada en vigencia, tomando en consideración la promulgación –mas no su vigencia– de la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras.

## I. BASES DE LA LEGISLACIÓN MINERA CHILENA

Podemos sintetizar las bases que esta legislación ha tenido y tiene en la actualidad, en los siguientes puntos:

- 1º El dominio del Estado sobre todas las sustancias minerales, cualquiera sea el lugar en que se encuentren.
- 2º Amplia concesibilidad de las sustancias minerales.
- 3º Plena libertad para investigar (catar y cavar) sustancias minerales y adquirir derechos mineros.
- 4º Las sustancias minerales concesibles solo pueden ser exploradas y explotadas por medio de concesiones mineras judicialmente otorgadas.
- 5º Las sustancias minerales inconcesibles solo pueden ser exploradas o explotadas por el Estado, sus empresas, por concesiones administrativas o contratos especiales de operación otorgados administrativamente.
- 6º Las sustancias que, naturalmente siendo minerales, pero que la ley ha declarado que no se consideran minerales, son de libre disponibilidad conforme el derecho común.

- 7° Obligación del cumplimiento de la función social por parte del concesionario minero que obedece: a) intereses generales de la nación b) seguridad nacional c) utilidad y salubridad pública d) la conservación del patrimonio ambiental.
- 8° La expropiación de la concesión minera solo procede si existe pago previo conforme el valor presente de la concesión.
- 9° Repulsa a la comunidad en la actividad minera.
- 10 Plena libertad contractual.
- 11 La existencia de un Catastro Nacional de Concesiones Mineras con base en coordenadas U.T.M.

En síntesis, debemos dejar establecido que para aquellos ya familiarizados con la vetusta legislación minera de 1932, constituyó toda una revolución de nuestro ordenamiento.

## II. FORTALEZAS DE LA LEGISLACIÓN MINERA

Debemos señalar que, en general, la nueva legislación fue exitosa, pero debió subsanar por el camino alguno serios inconvenientes que perturbaban al minero y al inversionista, lo que en mayor o menor medida fueron objeto de correcciones posteriores, mediante la dictación de los diversos cuerpos legales que vinieron a modificar esta legislación.

Cuáles, entonces, podríamos resumir han sido sus mayores fortalezas:

- a) Adecuación de ciertas normas en el Código de Minería, a saber: la Ley 18.681 de diciembre de 1987, que introdujo adecuaciones al procedimiento de oposición a la solicitud de mensura; la Ley 18.941 de febrero de 1991, que otorgó el auxilio de la fuerza pública para efectuar trabajos mineros en caso de oposición y modificó el procedimiento de oposición a la constitución de la concesión; la Ley 18.941 de 1990 que impuso sanción a los ingenieros de minas o peritos mensuradores que se superpusieron a concesiones mineras constituidas. Entre varias otras modificaciones.
- b) La integración con normas complementarias como el DL 600 de fomento a la inversión extranjera.
- c) La suscripción de un Tratado Minero con la República Argentina.

Desde 1991 en que se suscribe el *Acuerdo de Complementación Económica* (ACE 16), seguido del Protocolo N° 3 Sobre Cooperación e Integración Minera, hasta la firma del *Tra-*

*tado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina* el 29 de diciembre de 1997, hasta su promulgación como ley de la República el año 2000, diversos Protocolos complementarios han posibilitado que en el futuro puedan llegar a ser desarrollados en la frontera importantes proyectos mineros.

- d) Tratado sobre minería submarina. Como sabemos, el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay, Jamaica, se aprobó la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y sus Anexos*.

Posteriormente, con fecha 28 de julio de 1994 se adoptó en Nueva York, el *Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*.

En Chile, esta Convención y el Acuerdo fueron sometidos al Congreso Nacional, y aprobadas por este.

El Instrumento de ratificación del Gobierno de Chile de ambos Tratados Internacionales se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas con fecha 25 de agosto de 1997. Ambas habían entrado en vigor internacional el 16 de noviembre de 1994 y 28 de julio de 1996, respectivamente

Mediante la dictación del *Decreto Supremo N° 1.393* el 28 de agosto de 1997 de Relaciones Exteriores fue promulgada como ley de la República al publicarse en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1997.

- e) Sistema de UTM, en la constitución de la propiedad.
- f) El catastro minero
- g) Sistema de constitución de la propiedad minera confiable

## III. DEBILIDADES QUE PRESENTA LA LEGISLACIÓN MINERA

Sin embargo, el tiempo, ese inasible e incomprensible factor que tiene por virtud mostrarnos nuestros aciertos y deficiencias, indefectiblemente se ha hecho presente. Ese mismo tiempo que ha traído nueva tecnología y desarrollo, nos reclama constantemente renovaciones y adecuaciones.

Ello nos lleva a enunciar los defectos, limitaciones y falta de adecuación que la sociedad, de alguna manera, manifiesta y reclama de nuestra legislación minera.

Nos ha parecido legítimo dar esta mirada retrospectiva, observar sus fortalezas y debilidades y ver cómo esta legislación se comporta frente a los embates de los requerimientos que

el desarrollo impone. Ello nos ha permitido observar:

- a) Falta de integración con la normativa ambiental.

La irrupción de las disposiciones ambientales, insinuadas muy generalmente en la Constitución Política de 1981, pero que no fueron tributarias —como consideramos que era necesario— de una Ley Orgánica Constitucional, ha significado que dichas normas ambientales se contradigan con la normativa minera. Tanto es así que la estricta ejecución de una deja, necesariamente, a la otra sin aplicación. Ejemplo de ello lo encontramos con los requerimientos ambientales para la exploración. Estas normas ambientales deberían estar contempladas o citadas, al menos, en los permisos a que se refiere el artículo 15 del Código de Minería.

- b) Concesiones mineras diversas.

Constituye esta una larga discusión: ¿Es necesario tener una concesión para explorar y otra que permita, además explotar? Pareciera que dos concesiones diferentes, con procedimientos, plazos y obligaciones distintas, trae aparejada una serie de confusiones y probablemente aspirar a una concesión única resulte una solución adecuada.

- c) Adecuar la jurisdicción de los tribunales.

Sabemos que la adecuación de la jurisdicción de los tribunales de justicia a la organización administrativa del país, ha dejado a los tribunales sin jurisdicción en zonas marítimas, en las cuales podría llegar a constituirse una concesión (que tuviera acceso por túneles desde tierra), por encontrarse fuera del territorio de la comuna respectiva. Tal constitución adolecería de nulidad de derecho público. En tal caso, debiera extenderse la jurisdicción de los tribunales.

- d) Nuevo concepto de demasías.

La extensión de la concesión minera hacia la costa y las riveras de costas lacustres, ribe-ranas o marítimas o hacia la cordillera, ameritan un nuevo concepto de demasía, en cuanto esta puede generarse también cuando quede encerrada por la línea costera del lago, río o mar o por la línea de la frontera.

- e) Plazos excesivos.

La circunstancia que nuestra actual legislación minera haya surgido cuando recién estaba irrumpiendo la computación, aún alejada de todo su desarrollo posterior que, como to-

dos sabemos ha significado un salto cualitativo y cuantitativo de la tecnología: programas computacionales como Dbase, Acad, etc., la manera de hacer planos digitalizados (plotters), sistemas globales de posicionamiento de extraordinaria precisión (GPS), distanció-metros electrónicos, la fotografía satelital y su interpretación, etc., han hecho que no solo la determinación en terreno de un área de interés geológico, como su amarre resulte extraordinariamente más simple que antes. Lo mismo ocurre con la operación técnica de mensura y con la confección de planos y cálculos, así como su revisión a través de programas computacionales, lo que nos permite concluir que los plazos para la constitución de un título minero resulten excesivos. No es posible esperar entre la manifestación y su mensura más de ocho meses ni la constitución del título casi un año y medio.

Debemos adecuarnos a los nuevos tiempos, posibilitando legalmente la introducción de la nueva tecnología y, en su mérito, acortando los plazos.

- f) Sociedades mineras instrumentales que sirven de vehículos para litigar en la que sus representantes carecen de responsabilidad jurídica.

Las sociedades legales mineras, e incluso sociedades contractuales mineras, se han constituido, en algunas ocasiones, con el solo propósito de litigar y evadir la responsabilidad del demandante temerario o del perdedor. Con frecuencia existen demandantes que persiguen sorprender con demandas a los mineros, someterlo a ingentes gastos, a un largo litigio a sabiendas que no podrán ganar, pero permiten ejercer una suerte de extorsión al minero, y este, sea para evitar desprestigios a través de la prensa o malograr préstamos que requieren de títulos mineros im-polutos, han debido ceder a ilegítimos requerimientos. Muchos han encontrado una fuente de enriquecimiento —injusto a todas luces— en esto obligando a empresas y empresario a realizar ingentes gastos en la defensa. Al final, todos sabemos el resultado: la demanda es rechazada, el demandante ya no existe porque la manifestación o pedimento de que es dueña la sociedad legal caducó y no hay a quien cobrarle gastos y costas personales. El resultado: pérdida redonda para el minero. En estas circunstancias, debiera modificarse el artículo 180 del Código de Minería en cuanto establece que los socios no son personalmente responsables de las obligaciones de la sociedad y exceptuar-

los respecto de las costas causadas en juicio del que hayan sido parte, incluso, en caso que, por cualquier causa, se haya extinguido la sociedad y extender esta a los representantes de la misma, en forma solidaria.

g) Contrato de avío absolutamente inútil.

Este contrato, muy eficiente a finales del siglo XIX y probablemente a comienzos de XX, constituye una suerte de "fósil" viviente en nuestra legislación. Debiéramos ser capaces de reorientarlo y alivianar su estructura a fin de hacerlo útil o eliminarlo derechamente.

h) Legislar sobre contratos de *joint venture*.

Continuamente los empresarios y mineros chilenos debemos enfrentarnos a este tipo de contrato, con una gran cantidad de normas importadas, pero de frecuente uso en materia minera. Debiéramos darle carta de ciudadanía e introducirlo a nuestro quehacer jurídico. Ello evitaría complejas adecuaciones a la legislación chilena a fin de resguardar los intereses de quienes son parte en él y poder verificar inscripciones y anotaciones registrales tan necesarias para la fluidez de este mercado.

i) Falta de utilización de tecnología más moderna como los GP\_S. Ya hemos hecho referencia a esta tecnología, hoy utilizada en todo vehículo de transporte, en el aire, agua y tierra. Tan necesaria en desiertos, cordilleras y bosques. Solo hacer referencia a la casi imposibilidad de mensurar un área cubierta de árboles en que la labor de un perito se hace poco menos que imposible trazar una línea recta por la obstaculización natural que ocurre, podemos entonces entender el valioso aporte que significaría aceptar esta nueva tecnología e incorporarla al procedimiento de mensura, división, reposición de hitos y linderos y a tanta cuanta gestión sea necesaria.

j) Carencia de disposiciones sobre planes de cierre y abandono de faenas mineras.

Tema que desde hace algunos años se ha transformado en un hecho relevante para el quehacer minero. Nuevos principios, nuevas fases de las etapas mineras se están incorporando, ya no imperceptiblemente, sino claramente en las labores mineras. Hasta recientemente constituía casi un axioma hablar que en la minería existían tres fases: exploración, explotación y beneficio. Hoy claramente debemos agregar el cierre. Pero sabemos que no cualquier cierre, sino aquel que se realiza en concordancia con los principios ambientales y de ingeniería. La minería está asumiendo que

el costo de explotación de una libra de cobre, una onza de oro o de cualquier otro mineral, lleva incorporado el costo ambiental. Normas que se requieren con urgencia, así como el tratamiento tributario que lleva consigo. Hoy, el dinero empleado en cierre de una faena minera no está considerado gasto para producir renta, a menos que vaya asociado a la producción. Si no somos capaces de resolver estas carencias, corremos el riesgo de seguir sumando pasivos ambientales. Y en esta materia: el cierre debe seguir el abandono, única forma jurídica que posibilita que opere el artículo 6° del Código de Minería sobre desmontes, escorias y relaves.

k) El catastro de estacas salitreras.

Desde los inicios de la legislación que comentamos, un catastro o registro de toda la propiedad minera en Chile fue uno de los más importantes desafíos. No podemos negar que parte importante de ello se ha conseguido, pero se echa de menos la existencia de esta información tratándose de la propiedad salitrera. Sabemos las dificultades que allí se dan, la coexistencia de diversas legislaciones y títulos, la ambigüedad de muchos de ellos, hacen en extremos difíciles este cometido, pero es la salida, similar a la minería metálica y no metálica, que permitió ordenar dicha propiedad. Reduciéndose los conflictos al mínimo. Eso podrá dar certeza a quienes se aventuren en las áreas salitreras en búsqueda de nuevos descubrimientos.

l) Una más clara política tributaria.

Todos conocemos el manto de incertidumbre que de tiempo en tiempo se cierne sobre el productor minero y que apunta a la tributación minera. Todos ello trae aparejado una suerte de nerviosismo que no le hace bien a la industria. Es claro que toda legislación—incluso la tributaria—debe adecuarse a nuevos requerimientos y necesidades, pero, por lo mismo, atendida la circunstancia que las inversiones mineras son a largo plazo, la estabilidad requerida mientras se realiza ese proyecto parece ser de la esencia. Es decir: reglas tributarias claras, estables y que coexistan con el desarrollo de las inversiones mineras, de modo de sean consustanciales con la etapa proyectada. Así, nadie se moverá a sorpresas.

m) Ausencia de un manejo de las riquezas básicas (*royalty*).

Otro de los temas vinculados al anterior, consiste en los *royalties* que algunos preten-

den gravar el acceso a las riquezas básicas. Nadie, ni la autoridad o el minero pueden desconocer la recurrencia del tema. Ha estado transitando recientemente y con cierta frecuencia por el mundo político. Pero no menos cierto es que cualquier gravamen a este respecto debería importar una reforma constitucional, ya que la actual institucionalidad jurídica no lo permite.

n) Inadecuado manejo de la moratoria por amparo.

Finalmente, debemos señalar que las recurrentes moratorias otorgadas a los mineros morosos en el amparo de sus concesiones, si bien ha venido a resolver —en la mayoría de los casos— un problema social, no menos cierto es que ha desnaturalizado la finalidad de la patente, desarticulado el catastro minero y produciendo confusión al explorador, todo lo cual ha resultado en un excelente caldo de cultivo para los especuladores de siempre. Resulta en extremo peligroso no saber con la certeza que se requiere qué áreas del territorio nacional se encuentran francas y cuáles están ocupadas por concesiones cuyo titular carece de interés y solo las mantiene porque no importan gasto alguno. Nos parece que habrá

que buscar una mejor fórmula para conciliar todos los intereses en juego.

#### CONCLUSIONES:

Por lo expuesto precedentemente, debemos aspirar a ser más eficientes, claros y precisos en nuestra legislación.

Pareciera que resolver algunos de los problemas enunciados y algunos otros llevará a una suerte de cirugía mayor de nuestras normas mineras que, probablemente, los estamentos involucrados no desee enfrentar, pero ello irá significando que los capitales que llegan a nuestro país para desarrollar proyectos mineros no querrán esperar años antes de vislumbrar el retorno al que legítimamente esperan. No es que propongamos salir a la caza de capitales golondrinas, pero hay que entender que la dinámica actual de los negocios dejó de ser la de hace 20 años. Solo es cuestión de observar la velocidad con que los últimos grandes proyectos se han desarrollado.

Consideramos que si deseamos retomar el liderazgo en materia minera debemos dar los pasos necesarios para adecuar nuestra legislación a los desafíos que la tecnología nos ha impuesto y que el desarrollo nos reclama.