

CONFLICTOS DE LOS CONCESIONARIOS MINEROS CON LOS PROPIETARIOS DEL SUELO¹

JUAN PAULO BAMBACH S.²

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

El tema a que me referiré a continuación les sonará conocido y largamente tratado en anteriores jornadas de esta misma fundación. En esta ocasión, se tratará específicamente el caso chileno, bajo la suposición de que los comentarios que siguen son, en general, aplicables a los demás países sudamericanos que comparten la tradición jurídica de Chile, originada, en lo relativo a la minería, en la legislación española y, en el derecho civil de Europa continental en lo relativo al derecho de propiedad.

La sola reedición de la discusión sobre la ocupación predial y la solución de las controversias que surgen a partir de ello, es prueba de que lejos de estar zanjada la discusión, la problemática adquiere cada vez mayor actualidad y relevancia. Así, es frecuente encontrar que un mismo predio pueda quedar sujeto al gravamen de ser ocupado para el desarrollo de diversas actividades como es la exploración y explotación minera, el tendido de redes de transporte de gas, la instalación de acueductos, postaciones eléctricas, instalaciones de telecomunicaciones, uso de energía geotérmica, etc.

Esta coexistencia entre propietario del suelo y concesionarios o titulares de derechos de diversas clases en un mismo ámbito espacial, da lugar a disputas especialmente cuando se trata de actividades reñidas con el destino del predio o cuando resultan incompatibles los actos de los concesionarios entre sí. La primera contienda predial surgirá siempre entre el dueño del bien raíz y el concesionario que pretende limitar el dominio predial en beneficio de su propia actividad. Cuando los concesionarios son distintos y de distinta naturaleza veremos que la discusión agregará las alegaciones de preferencias e invocaciones de mejor derecho para alcanzar la ocupación con preeminencia y exclusividad.

No debemos olvidar, sin embargo, que el sujeto central en toda esta discusión es el propietario del predio, y que todas las aspiraciones de terceros recaen siempre sobre un predio ajeno que le pertenece a aquel en dominio pleno superior por cierto, en categoría y contenido, a cualquier otro derecho en lo que a ocupación de refiere.

La idea de esta breve exposición es tratar de ilustrar acerca de este derecho superior que detenta el dueño del predio, revisar los derechos de los distintos concesionarios con respecto a la utilización del suelo, la vía jurídica como debe materializarse tal ocupación y diversos criterios posibles para solucionar los conflictos que pueden surgir con motivo de dicha ocupación.

II. DOMINIO PREDIAL

Premisa básica entonces para adentrarse en el análisis de esta problemática y para enunciar posibles soluciones es la siguiente: "*El dominio predial es superior en cuanto a ocupación del predio*".

Dicha superioridad arranca de los siguientes atributos propios del dominio predial:

1. *Su originalidad*: Jurídicamente, la primera ocupación del suelo es aquella que se realiza por parte del propietario del inmueble, y es este por ende, de no mediar gravamen sobre el mismo, el único que puede definir el destino económico del suelo, conforme a las limitaciones propias impuestas por la ley. Ello no es sino la consecuencia inmediata del ejercicio de las facultades inherentes y propias del dominio, cual es, el uso y goce y disposición respecto de un bien determinado, a saber, el suelo o propiedad superficial³.

¹ Ponencia presentada previamente por el autor en el seminario denominado "Derecho Minero e Inversión en América Latina", organizado por la "Rocky Mountain Mineral Law Foundation" y celebrado en Lima, Perú, en el mes de abril de 2003.

² Socio del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner.

³ La Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo de un Recurso de Apelación interpuesto por un minero en contra del plan regulador urbanístico, declaró que el destino de las tierras corresponde al propietario superficial en la forma que mejor crea conveniente, respetando las limitaciones establecidas por las leyes. "Lo contrario importaría desconocer las facultades esenciales de la propiedad superficial, lo que sería inconstitucional". C. Apelaciones Concepción, 1995, "Sociedad Minera Navidad Limitada con I. Municipalidad de Concepción".

2. *Su plenitud*: Si recurrimos a la clasificación de cosas que hace nuestro Código Civil distinguimos entre aquellas corporales e incorporales. Las primeras tienen entidad física, en cambio las segundas son meros derechos. Así como las cosas corporales pueden ser muebles o inmuebles atendida a su movilidad, las cosas incorporales se reputan muebles o inmuebles, según la cosa en que han de ejercerse⁴. En lo que nos interesa, los derechos pueden ser reales o personales, dependiendo si se ejercen sobre cosas sin respecto a determinadas personas, o si solo son exigibles respecto a determinadas personas⁵. El dominio es precisamente uno de estos derechos reales, que conforme a la ley se ejerce sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

Sobre los derechos, dice el legislador, hay una especie de propiedad o dominio, especie de propiedad que no es idéntica al dominio que se ejerce sobre una cosa corporal⁶. El dominio del dueño del suelo es un derecho real que se ejerce sobre una cosa corporal, el inmueble, confundiendo su dominio con la propiedad misma. Objeto y Derecho se confunden. En tal sentido el dominio del dueño del predio es independiente ya que existe por sí y no requiere de ningún otro derecho para permitir su ejercicio, a diferencia de los demás derechos reales, que con respecto al predio son derechos sobre cosa ajena.

El dominio sobre las cosas corporales es el derecho real por excelencia y se le ha denominado en la doctrina como la verdadera "propiedad". Sobre los demás derechos, la ley se encarga de señalar que existe y se tiene una especie de propiedad o dominio. La propiedad es el "más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, unitario y virtualmente universal sobre una cosa corporal. Aun cuando coexistan derechos reales sobre una misma cosa, estos no implican participación en la propiedad sino cargas que la comprimen"⁷.

Contrariamente a lo que ocurre con el dueño del predio, el dominio del concesionario se ejerce sobre su concesión, es decir, sobre una cosa incorporal, derecho que en algunos casos será real como sucede con la concesión minera y el derecho de aprovechamiento de aguas, y en otros, no pasarán de ser meros derechos personales, ambos casos derechos emanados de actos de la administración o de los tribunales de justi-

cia. Consustancial al dominio predial es esa conexión directa con el predio. Tal conexión no concurre tratándose del dominio del concesionario minero, donde el objeto es su concesión que a su turno es un derecho real cuyo objeto es el aprovechamiento de los minerales hallados dentro de los límites de su concesión. Lo mismo ocurre con el dominio del titular del derecho de aprovechamiento de aguas, derecho real que se ejerce sobre las aguas concedidas de conformidad a la ley⁸. Tratándose de los demás concesionarios como el de transporte de gas, el eléctrico, el de infraestructura sanitaria, el de telecomunicaciones, etc., el dominio recae simplemente sobre su respectiva concesión, un derecho personal emanado del acto administrativo consistente en el otorgamiento de una "concesión". Sin embargo, ninguno de estos dominios son suficientes para ocupar del predio ajeno y requerirán para ello de la constitución de un derecho real, a saber el derecho real de servidumbre, derecho que será complementario o adicional al derecho real del derecho del concesionario minero y del derecho de aprovechamiento de aguas (derecho sobre derecho)⁹.

En términos simples, el concesionario jamás podrá afirmar ser dueño del predio, sino que en el mejor de los casos podrá afirmar tener un derecho sobre el predio ajeno y en virtud de tal derecho podrá ocuparlo para el uso específico que corresponda.

3. *Su territorialidad*: El dominio predial tiene una dimensión física o territorial completa, lo que deriva de su ejercicio directo sobre la cosa. No debemos olvidar que las cosas incorporales son en definitiva entes morales, sin entidad física¹⁰, de lo que se sigue que no son propiamente muebles o inmuebles¹¹ en el sentido corporal y que por lo tanto no crean una relación directa sobre la cosa.

⁴ Art. 580 del Código Civil.

⁵ Artículo 577 y 578 del Código Civil.

⁶ Artículo 583 del Código Civil.

⁷ Tratado de los Derechos Reales. Alessandri, Somarri-va y Vodanovic, pag. 35 y ss.

⁸ Artículo 6 del Código de Aguas: "El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código".

⁹ "Las cosas Incorporales en la Doctrina y el Derecho Positivo". Alejandro Guzmán Brito. Pág. 215 y ss.

¹⁰ La concesión minera es un derecho real que se reputa inmueble, real por cuanto el objeto es el aprovechamiento de sustancias minerales concesibles en términos exclusivos y excluyentes, sustancias minerales se hallan dentro de los límites territoriales de un yacimiento que a su turno es un inmueble.

¹¹ El tratadista Pothier los califica de "*quae in jure consistunt*", señalando que estas cosas incorporales no son susceptibles de cualidades de muebles ni de inmuebles, desde el momento que estos existen solo en el entendimiento. Se refiere a la clasificación de los bienes como algo artificial.

Esta territorialidad que caracteriza al dominio predial es plena y abarca tanto el suelo como el subsuelo. Expresiones empleadas por la ley, tales como "propietario superficial", "subsuelo", "tierras en cuyas entrañas", inducen a error ya que parecieran restringir el dominio del dueño de un bien raíz a lo estrictamente superficial, arrebatándole a todo cuanto se halle bajo la superficie. La máxima romana de que quien es dueño del suelo lo es también del cielo y del subsuelo, reconoce a la propiedad del suelo la propiedad de lo que está sobre y lo que está bajo de este. A esta amplitud se opone la teoría restrictiva, la que limita la propiedad solo al plano horizontal, restringiéndola a las capas más próximas del subsuelo, concepción que desnaturaliza y hace imposible en definitiva el derecho de propiedad del inmueble. La doctrina mayoritariamente aceptada ha pasado a ser la denominada doctrina ecléctica, que fija el ámbito de territorialidad del dominio del predio en función de que aquel requiera del uso del subsuelo y del espacio aéreo para el desarrollo de su actividad económica¹².

La territorialidad del concesionario es, en cambio, una concepción teórica. En el caso del concesionario minero las normas sobre forma y dimensiones de la cara superior tiene como único objeto delimitar el ámbito espacial donde puede explorar y explotar y hacerse dueño de los minerales concesibles que se extraigan, con exclusividad y preferencia respecto de otro concesionario minero¹³. La propia historia del artículo 26 del Código de Minería confirma lo señalado, cuando se rechazó la modificación de texto que incluía la expresión "límites de su extensión territorial", fundándose el rechazo en lo equívoco de emplear términos propios de medida de superficie terrestre. La territorialidad del derecho real de aprovechamiento de aguas a su turno tiene por fin señalar el punto físico de donde se captarán las aguas y su restitución (cuando son derechos consuntivos), sean estas superficiales o subterráneas. Tratándose de la concesión de distribución y transporte de gas, la territorialidad queda fijada en función de la zona concesionada para tales servicios públicos, lo que geográficamente determinará el área a ocupar con el tendido del sistema de transporte.

4. *Su perpetuidad*: El dominio predial por naturaleza es perpetuo, y no conlleva el germen del término o caducidad por su no ejercicio o por el transcurso del tiempo, salvo que se haya

establecido expresamente. El derecho a ocupar predios ajenos emanados de concesiones o gravámenes está siempre ligado a la finalidad específica que se persigue con su otorgamiento o concesión y por ello son generalmente temporales. Ejemplo de lo anterior es el caso del usufructuario, quien gozará de su derecho real de usufructo por el plazo acordado o hasta la muerte de aquel, se extinguirá por haber faltado a sus obligaciones en forma grave, por destrucción de la cosa fructuaria o por renuncia del derecho; o el derecho real de servidumbre, que terminará por la llegada del plazo, por renuncia o por su no ejercicio. Tratándose de los derechos de los concesionarios encontramos en la mayoría de las veces plazos o causales de término o de caducidad por su no ejercicio o por incumplimiento de ciertas exigencias aparejadas a su otorgamiento. La propia concesión minera de exploración queda sujeta a un plazo determinado y se pierde también por haberse realizado explotación. La concesión de explotación, aunque indefinida, queda sujeta a la renuncia, caducidades y nulidades establecidas en la ley, además de la caducidad por desamparo o no pago de patentes, estas últimas establecidas como un modo indirecto de satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento¹⁴. Otro ejemplo lo encontramos en la Ley de Gas, cuando señala que las concesiones están sujetas a la su caducidad, las que ocurren por la simple causal formal, como es la no reducción a escritura pública dentro del plazo legal, por la no ejecución de parte de las obras en los plazos fijados, por deficiencia en la explotación de la concesión de distribución o por interrupciones injustificadas¹⁵. Causales de caducidad similares afectan a la concesión eléctrica¹⁶.

5. *Su protección constitucional*: La garantía del artículo 19 N° 24 inciso 1 de la Constitución Política de la República de Chile garantiza a toda persona el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Esta protección constitucional protege no solo el dominio del propietario predial sino que también el dominio del concesionario sobre su derecho de concesión, tenga esta el carácter de real o se trate de un derecho personal, exigiendo como

¹⁴ "Además, el hecho que la concesión minera pueda tener una duración indefinida no significa que ella carezca de término. Por lo demás el propio proyecto de ley señala causales de terminación como ser la caducidad, la renuncia y la expropiación". Tribunal Constitucional 26/11/1981.

¹⁵ Artículos 18, 44 y 45 del Decreto con Fuerza de Ley 823. Ley de Servicio de Gas.

¹⁶ Artículo 38 del D.F.L. N° 1 Ley Eléctrica.

¹² Teoría formulada por el tratadista alemán Ihering.

¹³ Artículo 26 del Código de Minería "La concesión minera tiene por objeto todas las sustancias concesibles que existen dentro de sus límites".

único presupuesto el que tales derechos tengan un contenido patrimonial. Aun más, la citada norma constitucional se refiere expresamente al dominio concesional minero y de los derechos de aprovechamiento de las aguas¹⁷. Sin embargo, la protección difiere en su amplitud tratándose de cosas corporales e incorporeales, diferencias que se explican por la naturaleza misma de los bienes y las atribuciones efectivamente susceptibles de ser protegidas. Así, tratándose del propietario predial, por tratarse de un dominio sobre un bien corporal, la garantía asegura la forma de usar, gozar y disponer de la propiedad¹⁸, facultades que no es oficioso proteger respecto bienes incorporeales desde el momento en que estos no pueden usarse ni disfrutarse por tratarse de entes incorpóreos. Por otra parte, la norma constitucional establece que nadie puede ser privado del bien sobre que recae la propiedad, lo que debe entenderse como la cautela de la posesión del bien mismo. Esto último no presenta mayor complicación tratándose del dominio predial donde la infracción importaría la privación de la posesión del inmueble, pero no del dominio mismo. La situación es distinta tratándose de las cosas incorporeales, como lo son las concesiones, ya que la privación del derecho importa la privación del objeto mismo. Así, la privación de la concesión de transporte de gas importa la privación del objeto mismo que es la facultad exclusiva y excluyente de transportar gas en la zona concesionada. Finalmente, en materia de indemnizaciones en caso de expropiación encontramos otra variación de esta protección constitucional¹⁹. En caso de expropiación de un bien corporal, en lo que nos ocupa, de un inmueble, la regla es la reparación completa del daño patrimonial, esto es, daño emergente (lo que vale la cosa) y el lucro cesante (los beneficios futuros que rinda la cosa). Tratándose de las cosas incorporeales o derechos, incluso de los reales, la estimación de los perjuicios en caso de expropiación se realiza en atención al derecho mismo y no de la cosa material. Un ejemplo de lo anterior es la evaluación de los perjuicios en caso de expropiación de la concesión minera, que se determinan en función del valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias minerales objeto de la concesión²⁰.

III. SERVIDUMBRES PREDIALES

“La ocupación predial requiere que el concesionario cuente con servidumbre predial u otro título”.

Si la ocupación originaria, plena y territorialmente completa corresponde al propietario o dueño del predio, todas las demás ocupaciones serán el resultado de un desmembramiento de dicho dominio. Solo el dominio predial entonces podrá dar cabida a la ocupación predial, sea en forma voluntaria o en forma forzada.

Se accederá voluntariamente a dicha ocupación cuando el titular del dominio predial consienta o acuerde dicha ocupación, incluida la mera tolerancia (acuerdos privados como el arriendo o comodato, o la constitución de servidumbre voluntaria). De otra parte, se impondrá la ocupación cuando sea el resultado de la constitución de la correspondiente servidumbre en forma judicial o se imponga por mandato de la ley (servidumbres eléctricas).

Dependerá del tipo de bien el modo en que se lleve a cabo dicha ocupación. Así, respecto de los inmuebles fiscales y los particulares, sujetos al estatuto del derecho común, la ocupación se materializa la mayor de las veces mediante la constitución de servidumbres, sin perjuicio de las otros acuerdos contractuales que las partes pueden alcanzar. Los inmuebles nacionales de uso público por su parte, solo serán susceptibles de ser ocupados mediante la autorización administrativa o permiso de la autoridad bajo cuya tuición estos se encuentren, ya que respecto de estos no es posible constituir servidumbres ni gravarlos de alguna forma²¹.

Unas pocas líneas para recordar la institución de la servidumbre predial. Nuestro Código Civil la define como un derecho real inmueble consistente en el gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Llama sirviente al predio que sufre el gravamen y predio dominante al que reporta la utilidad. Las servidumbres son derechos accesorios del predio gravado y favorecido y por lo tanto inseparable de este. Finalmente y en lo que nos interesa, se clasifican en positivas o negativas, según imponga al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer o prohibición de hacer, respectivamente²².

¹⁷ Artículo 19 N° 24 incisos 10 y 11, respectivamente, de la Constitución Política de 1980.

¹⁸ Artículo 19 N° 24 inciso 2 de la Constitución Política de 1980.

¹⁹ Artículo 19 N° 24 inciso 3 de la Constitución Política de 1980.

²⁰ Artículo 11 de la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

²¹ “Los bienes nacionales de uso público no son susceptibles de apropiación por lo particulares ni de ser gravados con derechos reales que importen un desmembramiento del dominio que sobre ello corresponde a la Nación toda”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36, sección primera, página 32.).

²² Artículos 577 y 820 y siguientes del Código Civil.

Entre los elementos más destacables de la servidumbre predial están: (i) la existencia de un predio dominante y un predio sirviente. Se trata de un derecho real inmueble porque como veremos, siempre el predio sirviente tendrá tal calidad²³. Aunque usualmente el predio dominante es un inmueble, ciertas leyes especiales han reconocido por mera ficción legal a las concesiones como predios dominantes, para efectos de beneficiar una con la utilidad de predios que actúan como sirvientes. Ejemplo son los derechos de catar y cavar, las concesiones mineras, la concesión de transporte y distribución de gas, el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, etc.; (ii) constituye un gravamen real, atendido a que el servicio predial es en definitiva una carga o un desmembramiento del dominio pleno sobre un predio, desmejorándolo y empobreciéndolo en beneficio de otro predio o derecho de distinto dueño; y (iii) consecuencia de lo anterior, quien soporta la limitación a su dominio y de cualquier otro que tenga derechos sobre aquel debe ser indemnizado.

A continuación me referiré a algunas de las servidumbres prediales contenidas en leyes especiales:

1. *Concesión y Servidumbre Minera*: La relación entre dominio minero y dominio superficial está regulada por la vía de la servidumbre. Solo mediante la servidumbre minera el título minero adquiere aptitud predial.

La concesión minera es un derecho real e inmueble, distinto e independiente del dominio sobre el predio superficial, aunque tengan el mismo dueño²⁴. Este derecho real otorga la exclusividad a su titular, llamado concesionario, para explorar y explotar libremente su concesión y hacerse dueño de los minerales concesibles hallados dentro de los límites de la concesión si se trata de una concesión de explotación, y a ser indemnizado en caso de expropiación de su concesión²⁵. Esta independencia la ha confirmado una jurisprudencia reciente, que conociendo de un conflicto entre un concesionario minero y un concesionario de gas, resolvió que "la pertenencia minera importa el dominio -por ende posesión- de las sustancias minerales que se extraigan de una determinada extensión territorial. En este orden

de ideas... el concesionario podrá defender la posesión de su concesión, pero relativamente a la extracción de sustancias minerales, no a las actividades que pueden realizarse en general en el suelo superficial... respecto del cual resulta independiente"²⁶.

Es evidente que el ejercicio de labores mineras, sean estas de exploración y explotación minera, requerirá inevitablemente de la ocupación de los terrenos superficiales. Dispone la ley que los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para los trabajos mineros²⁷. Este es precisamente el momento en que entran en conflicto ambos derechos, puesto que la actividad del concesionario minero afectará necesariamente los intereses del propietario. Con el objeto de solucionar dichos conflictos, permitiendo y facilitando por una parte la conveniente y cómoda exploración y explotación minera y beneficio de minerales y protegiendo al mismo tiempo los derechos del propietario del suelo, el legislador creó y estableció el mecanismo de las servidumbres mineras²⁸. De no existir la servidumbre minera, se haría lisa y llanamente imposible el desarrollo de cualquier actividad minera²⁹.

El concesionario minero no tiene derecho sobre el terreno superficial que encierra la cara superior de su concesión minera. Y es así porque su derecho es distinto al dominio sobre el dominio predial, pues mientras el derecho del dueño del predio es el dominio "*plena in re potestas*" sobre el inmueble mismo, el derecho del concesionario es un derecho real sobre una cosa incorporal como es la concesión, diferente del dominio y de distinta jerarquía que aquel, menor por cierto en cuanto a la ocupación del terreno superficial. De lo anterior, que la ocupación del suelo no resulte consustancial al derecho del concesionario minero, el que solo goza del derecho a imponer servidumbres para permitir el desarrollo de sus actividades de exploración, explotación y beneficio de minerales. De frente al propietario del suelo entonces, el concesionario minero no tiene derecho alguno a ocupar el suelo sin antes constituir legalmente la servidumbre

²⁶ Corte Suprema, 13-6-2000, Recurso Casación en el Fondo "Compañía Minera de Tocopilla con Gasoducto Nor Andino".

²⁷ Artículo 8 de la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

²⁸ Materia regulada in extenso en los artículos 120 y siguientes del Código de Minería

²⁹ Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 14 de septiembre de 1995, en Recurso de Protección caratulado "Sociedad Minera Navidad Limitada con I. Municipalidad de Concepción", confirmado por la Corte Suprema con fecha 2 de noviembre de 1994.

²³ Predio está definido como casa o heredad. Artículo 568 del Código Civil.

²⁴ Artículo 19 N° 24, inciso 6 y siguientes de la Constitución Política, artículo 2 de la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras y artículo 2 del Código de Minería.

²⁵ Artículo 11 Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

respectiva³⁰. Todo el régimen de servidumbre minera de nuestra legislación se construye precisamente a partir del reconocimiento de esta ocupación preferente del propietario del predio y de la obligación del concesionario minero de indemnizar el daño que se le cause al propietario del terreno superficial con ocasión de los trabajos que ejecute³¹.

La constitución de las servidumbres, su ejercicio y las indemnizaciones que correspondan, se determinarán por acuerdo de los interesados que conste en escritura pública o por resolución judicial. En lo que se refiere a perjuicios, se establece que las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de las indemnizaciones por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o a cualquier otra persona.

2. *Concesión y Servidumbre de Gas*: La Ley de Servicios de Gas por su parte regula las concesiones para establecer, operar y explotar el servicio público de distribución de gas de red y las redes de transporte de gas de red³². Esta concesión a diferencia de la concesión minera no reviste el carácter de real. Es por ende un derecho de aquellos denominados personales, con carácter patrimonial y cuya observancia puede reclamarse a la autoridad, la que por un acto propio y administrativo ha concedido el derecho a desarrollar la actividad de distribución y/o transporte de gas en una zona determinada para abastecer en términos exclusivos a clientes o consumidores finales.

El decreto de concesión, junto con imponer deberes, crea en favor del concesionario el derecho a ocupar bienes fiscales y nacionales de uso público y de imponer servidumbres para ocupar predios y/o otras concesiones con tuberías e instalaciones³³. Por una ficción legal, similar a la

utilizada en la legislación minera, legislación de aguas o legislación eléctrica, la concesión de transporte o de distribución de gas y el desarrollo de las actividades que esta reconoce y ampara, adquiere la calidad de predio dominante. Los bienes raíces tienen a su parte el carácter de predios sirvientes³⁴. No cabe duda que la Ley de Gas solo reconoce al inmueble como predio sirviente, único por lo demás capaz de prestar un servicio predial a las actividades de distribución y transporte de gas. Expresiones tales como "servidumbre de bienes raíces", "propiedad ajena", "finca", "terrenos", "predio", "inscripción conservatoria" a que recurre el legislador, despejan cualquier duda respecto a la calidad del predio sirviente.

Es el decreto de concesión el que aprueba los planos de servidumbre a imponer en propiedades fiscales, municipales o particulares objeto del servicio predial. Las servidumbres sin embargo no nacen "*ipso iure*" como se verá ocurre en materia eléctrica, sino que requieren ser constituidas sea voluntaria o judicialmente. Las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de la indemnización a pagar por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente en su caso, o a cualquier otra persona³⁵.

3. *Concesión y Servidumbre Eléctrica*: Todo lo referente al sistema concesional eléctrico está contenido en la Ley Eléctrica y en su respectivo Reglamento de Servicios Eléctricos³⁶. La normativa eléctrica comprende la concesión para (i) establecer, operar y explotar las instalaciones de servicio público de distribución de energía eléctrica, (ii) para establecer centrales hidroeléctricas, (iii) para establecer subestaciones de distribución, y (iv) para establecer líneas de transporte de energía eléctrica. Solo las actividades mencionadas en el (i) exige que el interesado cuente con una concesión³⁷.

La concesión eléctrica, a diferencia de la concesión minera y de la concesión de aguas, no es un derecho real, sino que un acto meramente administrativo en virtud del cual surgen derechos personales para sus titulares, consistentes en la facultad exclusiva para explotar un servicio público o para construir y operar las demás instalaciones concesionadas. La territorialidad de la concesión eléctrica, en el caso de la distribución de servicio público, está dada por la

³⁰ Alejandro Vergara Blanco, "Conflictos entre concesionarios eléctricos y concesionarios mineros". Revista de Derecho de Minas, Vol. V, pp 79-84, 1994.

³¹ Artículo 14 y 120 y ss del Código de Minería y artículo 8 de la Ley 18.097. Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

³² D.F.L. N° 323 de 1931, Ley de Gas

³³ El artículo 12 inciso del D.F.L N° 323, Ley de Gas, dispone que las concesiones de servicio público de distribución y redes de transporte de gas, crean a favor del concesionario el derecho a ocupar con su red y dispositivos afectos a ella las calles, plazas, veredas, avenidas, caminos y otros bienes nacionales de uso público, cruzar ríos, canales, vías férreas, puentes, acueductos y redes de distribución de otros servicios públicos...". Agrega que crea a favor de los concesionarios "las servidumbres para tender tuberías a través de propiedades ajenas y para ocupar y cerrar los terrenos necesarios para estaciones de bombeo, centros reductores de presión... y en general, todas las obras requeridas para la construcción y operación de las redes y dispositivos afectos a ella".

³⁴ Artículos 22-A y siguientes del D.F.L. N° 823, Ley de Gas.

³⁵ Artículo 22 B del D.F.L. N° 823, Ley de Gas.

³⁶ D.F.L. N° 1, Ley Eléctrica y D.S. N° 327, Reglamento de la Ley Eléctrica.

³⁷ Artículo 2 y 4 del D.F.L. N° 1 Ley Eléctrica.

zona de concesión³⁸. En los demás casos, la territorialidad está definida en función de la ubicación de las instalaciones y tendidos.

La concesión eléctrica definitiva habilita para ocupar un predio ajeno y llevar a cabo las obras necesarias para el establecimiento de obras de generación, transporte y distribución de energía. La servidumbre aparece nuevamente como la institución que permite la ocupación predial y es la propia solicitud de concesión la que deberá contener una singularización de los bienes públicos, fiscales y particulares que serán afectados y deberán acompañarse los planos especiales de servidumbre. La legislación eléctrica dispone que las concesiones de líneas de transporte, subestaciones y servicios públicos de distribución crean a favor del concesionario las servidumbres para: (i) tender líneas áreas a través de propiedades ajenas; (ii) para ocupar los terrenos necesarios para el transporte de energía; y (iii) para ocupar los terrenos con subestaciones eléctricas³⁹. Predio dominante de esta servidumbre y por mera ficción legal, serán los derechos emanados de la concesión. Por tratarse de una servidumbre de ocupación, el predio sirviente será siempre el inmueble afectado por la industria concesionada.

La servidumbre eléctrica difiere, sin embargo, de todas las demás servidumbres contenidas en otros cuerpos legales ya que es forzosa, esto es, se impone por el solo ministerio de la ley. Es el propio acto concesional el que crea las servidumbres y el derecho a imponerlas. Prueba de ello es que la propia ley establece que los derechos de ocupación predial se ejercerán plenamente, sin perjuicio de las acciones judiciales que hubiere pendientes, e impone al concesionario la obligación de iniciar las gestiones para hacer efectiva la servidumbre dentro de cierto plazo, so pena de caducidad del derecho a imponerla⁴⁰.

Finalmente, en cuanto al régimen de indemnización, la ley establece que el propietario del predio sirviente tendrá derecho a que se le pague el valor de todo terreno ocupado por postes, líneas y zanjas, por instalaciones y caminos de acceso, todo ello según planos de servidumbre. La ley solo habla del "dueño" y nada menciona respecto a la indemnización de los perjuicios de aquellos terceros que sin ser propietarios prediales detentaren derechos sobre el predio afectado, cuestión que creemos debe resolverse aplicando las reglas generales de donde este tercero deberá

ser reparado por el dueño quien deberá considerar estos perjuicios al momento de oponer su reclamación en contra del valor fijado.

IV. CONFLICTOS PEDIALES

Estaremos frente a este tipo de conflictos, cuando uno o más titulares de derechos emanados de concesiones pretendan ocupar un predio ajeno para el desarrollo de las actividades concesionadas.

1. *Conflictos entre Concesionario y Propietario del Predio*: Son recurrentes los reclamos de concesionarios, especialmente mineros, que reprochan al propietario superficial el ejercicio de sus facultades de dominio en perjuicio del ejercicio de su respectivo derecho.

No nos alargaremos demasiado en este punto y solo insistiremos a este respecto lo tantas veces señalado, en el sentido de que el único título que habilita al concesionario para ocupar un predio superficial es la servidumbre, sin la cual la ocupación y cualquier actividad resultaría ilícita e ilegal.

El predio siempre actúa como "predio sirviente" y la actividad concesionada, sea esta minera, eléctrica o de gas, por una mera ficción legal actúan como "predios dominantes". Jamás la concesión podrá actuar como "predio sirviente" lo que es por lo demás lógico, ya que no vislumbra cuál puede ser el servicio, provecho o utilidad que pudiere prestar una concesión al propietario del suelo, en lo que a ocupación superficial se refiere. Por otra parte, pretender tal cosa, significaría imponer una limitación sobre la propiedad no permitida por la ley. Sostener que el dominio predial queda condicionado y limitado en su ejercicio a lo que pueda hacer eventualmente un concesionario, es condenar a su titular a la más completa incertidumbre y su dominio se hace ilusorio y transitorio. No basta tener concesión sino exteriorizar este interés patrimonial, y es precisamente la servidumbre la que actualiza el contenido patrimonial de los derechos constituidos a favor del concesionario para desarrollar efectivamente la actividad concesionada.

Lamentablemente no siempre los tribunales han fallado en forma unánime sobre esta materia, falta de claridad que contribuye al abuso por parte de concesionarios mineros o meros tenedores de derechos mineros —con dudosa motivación minera— que fuerzan a los propietarios a pagar suculentas compensaciones, aunque este no haya solicitado ni obtenido servidumbre minera, con la sola amenaza de litigios o vías de hecho que pue-

³⁸ Artículo 7 y 26 del D.F.L. N° 1 Ley Eléctrica.

³⁹ Artículo 50 del D.F.L. N° 1 Ley Eléctrica.

⁴⁰ Artículos 59 y 61 en relación al artículo 70 del D.F.L. N° 1 Ley Eléctrica.

dan llegar a entorpecer las actividades que legítimamente realizan en sus predios.

En definitiva, el dueño del predio no está obligado a pedir permiso alguno al concesionario para decidir el destino económico de su inmueble, facultad que solo le quedaría privada de mediar la correspondiente servidumbre o de otro acto voluntario. Por el contrario, existiendo servidumbre predial en favor del concesionario, podrá este defender su derecho real de servidumbre y de ser indemnizado por los actos u omisiones ejecutados por el dueño del predio que le dificulten o le hagan imposible el ejercicio de los derechos concesionados⁴¹.

2. *Conflicto entre Concesionarios:* Es frecuente que concesiones que requieren gravar un mismo predio superficial en servicio de su respectiva concesión. Cualquier relación que se quiera establecer respecto del un predio pasa necesariamente por la constitución de la correspondiente servidumbre o la autorización del dueño. Las concesiones, al carecer de aptitud predial, no pueden jamás llegar a ser predios sirvientes de otras concesiones⁴².

Constituida la servidumbre a favor de un concesionario, este no puede aprovechar ni autorizar el aprovechamiento de la servidumbre en fines distintos para los cuales han sido constituidas. Así, el concesionario de transporte de gas no podrá aprovechar ni autorizar a un concesionario de telecomunicaciones a ocupar su faja de servidumbre para la instalación de una red de fibra óptica ni al concesionario minero aprovechar su servidumbre predial para la instalación de un sistema de transporte de gas⁴³.

Algunos posibles criterios de solución de conflictos entre concesionarios que pretenden ocupar un mismo predio.

a.- *Criterio de las Actividades Compatibles:* Tratándose de actividades y ocupaciones compatibles, la propiedad podrá ser objeto de servidumbres múltiples, coexistiendo dos o más concesiones en un mismo predio.

Con el objeto de atenuar el impacto de una servidumbre predial y los perjuicios al dueño, el legislador ha previsto que una misma servidumbre pueda ser aprovechada por más de un concesionario. Estamos frente al caso de una servidumbre sobre servidumbre o consorcio de servidumbres. Así, el concesionario en cuyo favor se haya constituido alguna de las servidumbres mineras está sujeta al gravamen de que esa otra servidumbre sea utilizada también en provecho de otra concesión o establecimiento de beneficio⁴⁴. La Ley de Gas por su parte establece que cuando existe una red de transporte de gas en un predio, el propietario de este podrá exigir que se aproveche las existentes cuando desee constituirse una nueva servidumbre de paso sobre su propiedad⁴⁵. Finalmente, la Ley Eléctrica también contempla este coaprovechamiento de servidumbres cuando establece que existiendo líneas eléctricas en su heredad, el propietario de esta podrá exigir que se aprovechen las existentes cuando desee constituirse una nueva servidumbre sobre su propiedad⁴⁶. Aunque no existe un criterio establecido acerca de cómo operan las compensaciones entre concesionario cuando hay un coaprovechamiento de servidumbres, podemos adelantar que al dueño del predio deberá indemnizarse de los perjuicios efectivos por la ocupación, los que en caso de coaprovechamiento de una misma servidumbre, debieran tender a ser idénticos a los sufridos en caso de una única ocupación. Con respecto a los concesionarios, estos debieran compartir los costos de imposición de la servidumbre en función de la porción de terreno ocupado por uno y otro, y en caso de que uno de ellos ya hubiere constituido la servidumbre a favor de su concesión e indemnizado al propietario del predio, deberán operar las compensaciones al dueño del predio y al concesionario, este último en su calidad de titular de una servidumbre predial.

b.- *Criterio de los Derechos Consolidados:* Por razones de seguridad jurídica, se prefieren los derechos y situaciones consolidadas respecto a las que no lo están. Así, si existen faenas mineras en un predio por tolerancia del

⁴¹ Ver supra 1.

⁴² La Contraloría General de la República, conociendo de la legalidad de un decreto de concesión de transporte de gas, rechazó la solicitud de un concesionario minero de rechazo del decreto fundado en que aquel adolecería de irregularidades al no haberse considerado para efectos de las servidumbres las concesiones mineras. Resolvió terminantemente que tras haberse practicado el estudio de jurisdicción del mencionado decreto, este se ajustaba a la normativa vigente y que por lo tanto correspondía tomar razón del mismo. Se mantiene reserva de las partes y dictamen por encontrarse pendiente litigio sobre la materia. Opina de igual forma Carlos Ruiz Burgeois en el caso de conflicto entre concesionarios mineros y concesionarios eléctricos. *Concesiones Mineras y Servidumbres Eléctricas*. Revista de Derecho de Minas y Aguas. Vol. II, 1991.

⁴³ Artículo 124 del Código de Minería y 22 C de la Ley de Gas.

⁴⁴ Artículo 126 del Código de Minería y 8 inciso 3 de la Ley 18.097 Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras.

⁴⁵ Artículo 22 E de la Ley de Gas.

dueño y por largo tiempo, aunque no cuenten con servidumbre se preferirá tal ocupación respecto a la que pretenda un concesionario de transporte de gas. Aquí enfrentamos ocupaciones que dan lugar a servidumbres por prescripción adquisitiva⁴⁷.

c.— *Criterio del Mejor Derecho en el Tiempo*: Como una variante del criterio anterior, se recurre al criterio del tiempo. Así, se prefiere a la ocupación de aquel concesionario que primero ha obtenido servidumbre, aplicándose a este respecto la máxima jurídica de "*qui prior est tempore potius est jure*", que significa que, quien es el primero en el tiempo, es mejor en el derecho. Aquí cobra importancia el tema de la oponibilidad de las servidumbres a terceros, lo que solo ocurre en materia minera y gas, mediante la inscripción conservatoria⁴⁸ y en materia eléctrica, mediante la ejecución de aquellas gestiones tendientes a hacer efectivas las servidumbres⁴⁹.

d.— *Criterio de las Compensaciones*: Finalmente, cuando ninguno de los criterios anteriores permite zanjar un conflicto entre concesionarios, prevalecerá el criterio económico, que se traduce en la compensación de un concesionario a favor de otro por la renuncia a la ocupación preferente y la exclusividad para ocupar un predio determinado, todo ello en función de la rentabilidad económica de cada proyecto.

3. *Incompatibilidad Absoluta de Ocupaciones*: El escenario que más problemas jurídicos acarrea es la coexistencia de dos o más concesionarios que tienen título para ocupar, pero sus actividades no resultan compatibles en un mismo predio. Esta incompatibilidad absoluta se da por lo general siempre entre concesiones de distinta naturaleza, donde la autoridad que otorga las concesiones desconoce de la posible existencia de otras concesiones con derecho a imponer servidumbre sobre un mismo predio.

Esto nos enfrenta a una situación que no tiene una respuesta jurídica, cual es la existencia de un concesionario, titular de una concesión que le habilita para desarrollar una actividad y a ocupar predios para la consecución de dicha actividad, pero cuyo ejercicio no es factible en definitiva por la existencia de otro concesionario que ya detenta título de ocupación predial y

cuya compensación es de tan magnitud que se hace económicamente inviable.

Surgen de inmediato interrogantes tales como: ¿En que situación jurídica queda el derecho de aquel concesionario? ¿Caduca simplemente su concesión por imposibilidad de ejercicio? ¿Puede este concesionario perseguir responsabilidad de la autoridad por el otorgamiento de una concesión incompleta?

Aunque no pretendemos abordar este tema ahora, creemos que es dudoso en todo caso hablar de responsabilidad administrativa. No hay duda que el sistema concesional carece de los mecanismos de coordinación que permitan anticiparse a ocupaciones prediales tratándose de concesiones de distinta naturaleza. Así, es normal que concesionarios de gas pretendan imponer servidumbres prediales en áreas donde ya se ha constituido servidumbre a favor de concesionarios mineros o que existe otro título ocupacional. Es cierto que la autoridad al otorgar concesiones, evalúa técnicamente proyectos y en algunos casos incluso aprueba planos de servidumbre, pero siempre a solicitud de los propios interesados. Pero no debemos perder de vista que la autoridad concede el desarrollo de actividades, objeto último de la concesión otorgada. Si resulta imposible de ejecución tal actividad para un concesionario por los mayores costos asociados a su ejercicio, creemos no es reprochable a la autoridad y que son situaciones que constituyen verdaderos casos fortuitos, riesgos en definitiva de la propia actividad concesionada y que si alguien debió prever es este último.

4. *Indemnización por Ocupación Predial*: En lo que se refiere a perjuicios y como se anticipó, la regla es que las servidumbres se constituirán previa determinación del monto de las indemnizaciones por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o a cualquier otra persona.

Puesto que se trata de una reparación, es preciso que haya algo que reparar⁵⁰. Agrega este mismo autor, que un primer elemento del perjuicio, es que sea cierto, lo que significa que no sea simplemente hipotético. Es decir, debe tratarse de un daño real, efectivo, de manera que de no mediar el daño, la víctima se encontraría en una mejor situación. A propósito de la certidumbre del daño la doctrina ha expresado que "Un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fun-

⁴⁶ Artículo 52 de la Ley Eléctrica.

⁴⁷ Artículo 888 del Código Civil.

⁴⁸ Artículo 123 del Código de Minería y 22 B inciso 3 de la Ley de Gas.

⁴⁹ Artículo 61 Ley Eléctrica.

⁵⁰ Ramón Meza Barros, "Responsabilidad Civil", Edit. Edeval Valparaíso, 1980, pág. 99.

dadas que parezcan, sea presente o futuro, no da derecho a indemnización”⁵¹.

En materia minera la jurisprudencia no es unánime al momento de calificar los perjuicios indemnizables, sosteniendo algunas que debe cancelar el solicitante de servidumbre, deben dirigirse a cancelar los perjuicios efectivos⁵² y otras que entienden que se comprendería también el lucro cesante⁵³. En definitiva, lo que corresponda indemnizar serán aquellos perjuicios efectivos que logren acreditarse en el proceso judicial mediante los medios probatorios que establece la ley.

No hay duda de que al dueño deben reparársele los perjuicios sufridos por el gravamen que sufre su predio. La expresión “o cualquier otra persona” que emplea la ley no puede sino aludir a cualquier tercero que efectivamente detente derechos sobre el terreno superficial y que de la constitución de una servidumbre le sigan perjuicios, como podrá ser el caso de un arrendatario, comodatario o al titular de una servidumbre u otro derecho real sobre el predio. Aquí incluimos al concesionario que ha solicitado y obtenido servidumbre predial, el que en caso de afectarse su derecho deberá ser indemnizado conforme a la regla vista.

Sin embargo, no bastaría ser concesionario y detentar una servidumbre para ser indemnizado, sino que es requisito que se acredite el daño probando la existencia de un proyecto. Así lo ha resuelto una jurisprudencia reciente que rechaza una acción posesoria interpuesta por un concesionario minero en contra de las obras de aducción de gas iniciadas por un concesionario de gas, señalando que “...la actora no ha demostrado siquiera la existen-

cia de proyectos concretos de explotación que pudieren verse perjudicados con la nueva obra”⁵⁴.

V. CONCLUSIONES

Algunas conclusiones de lo anterior podrían ser las siguientes:

1. El derecho de dominio sobre un predio autoriza a su titular para ocuparlo en la finalidad que libremente escoja, salvo limitaciones impuestas por la ley.
2. Los titulares de concesiones no pueden ocupar terrenos fiscales ni privados para cumplir con los objetivos específicos de esas concesiones sin constituir previamente la correspondiente servidumbre sobre el predio respectivo. Se requerirá de permiso, tratándose de bienes nacionales de uso público.
3. La servidumbre que al efecto se constituya debiera estar supeditada al objetivo perseguido por la concesión respectiva y a la subsistencia de esta en el tiempo.
4. Los conflictos entre concesionarios se resuelven en función de la compatibilidad de sus actividades y principalmente por la preferencia en el tiempo de sus respectivas servidumbres o títulos ocupacionales.
5. A falta de una solución jurídica, las controversias entre concesionarios por la ocupación predial se resuelven mediante compensaciones recíprocas.
6. No existe una respuesta jurídica para aquellas concesiones imposibles de ejercerse por imposibilidad de ocupación predial.

⁵¹ Arturo Alessandri R. en su obra “Responsabilidad Extracontractual”.

⁵² Corte Apelaciones de La Serena, 24 de octubre de 1989.

⁵³ Corte de Apelaciones San Miguel, 14 de diciembre de 1988.

⁵⁴ Fallos de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 13 de septiembre de 1999 y 17 de junio de 1999, que revocaron los fallos de primera instancia dictados por el Juzgado de Letras de Tocopilla en causas sobre denuncia de obra nueva, Rol 4.609 y 4.626, caratuladas “Compañía Minera de Tocopilla con Gaseducto Nor Andino”.