

ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL SOBRE AMPLIACION  
DE SERVIDUMBRE MINERA.

“DOMANCIC DRAGICEVIC, DRAGO  
CON BAUZA ALVAREZ, LORENZO”.

FELIPE ILLANES DIEZ

A decorative graphic consisting of several horizontal lines of varying lengths, stacked vertically, positioned to the left of the main title text.

**MEMORIA  
DE  
TITULO**

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL

ME.DER

26336

(31)

2012

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
**FACULTAD DE DERECHO**

11-09444-co

**MEMORIA DE PRUEBA.**

**Nombre del alumno:**

Felipe Illanes Diez.

**"ANÁLISIS DEL FALLO  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE AMPLIACIÓN DE  
SERVIDUMBRE MINERA.  
"DOMANCIC DRAGICEVIC, DRAGO  
CON BAUZÁ ALVAREZ, LORENZO".**

**FACULTAD DE DERECHO  
2012**

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
FACULTAD DE DERECHO

Santiago, 17 de agosto de 2012

Señora  
Solange Doyharçabal Casse  
Directora  
Facultad de Derecho  
Presente

Señora Directora:

El Departamento de Investigación Jurídica ha revisado la Memoria de Prueba del alumno, don **FELIPE ILLANES DIEZ**, titulada "ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE AMPLIACIÓN DE SERVIDUMBRE MINERA. "DOMANCIC DRAGICEVIC, DRAGO CON BAUZÁ ÁLVAREZ, LORENZO", y sobre la base de este segundo estudio y del Informe de la Profesora Guía, señorita María Luisa Baltra Vergara, viene en confirmar la nota Cinco coma Cinco [5.5], con la que ha sido calificada.

Dios guarde a la señora Directora,

  
VICTOR MUKARKER OVALLE  
DIRECTOR

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
"PROFESOR ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA"

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA

P.S.: Se acompaña Informe de la Profesora Guía,  
señorita María Luisa Baltra Vergara

VMO/Pmp.

voluntarias refiriéndose especialmente a su constitución, para finalizar enumerando las causales de extinción de las servidumbres.

En el Capítulo II, *Las servidumbres mineras*, se refiere al marco legal que las regula, el objeto que persiguen y cuáles son las características que revisten. Más tarde, se preocupa de aclarar en materia minera la situación de los predios dominantes y sirvientes y finaliza indicando la diferencia que revisten las servidumbres mineras de las civiles.

En el Capítulo III, *Introducción al caso Domancic Dragicevic con Bauzá Alvarez Lorenzo*, realiza una cronología de los hechos, de las acciones intentadas por las partes y de las resoluciones que se dictaran los tribunales ordinarios de justicia al conocer del juicio de ampliación de servidumbres mineras. Una vez hecho, hace una cronología de la presentación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que hiciera el señor Bauzá ante el tribunal Constitucional, en donde especifica cuáles serían los artículos de la ley N° 18.097, orgánica constitucional sobre concesiones mineras y del Código de Minería que impugna, esto es, los artículos 8° de la ley orgánica y los artículos 124 y 125 referidos al Código.

En el mismo capítulo hace una referencia a cuáles son los requisitos del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el hecho de existir pendiente una causa judicial en que incide el requerimiento.

En el Capítulo IV, *Argumentos de hecho y derecho de las partes respecto a la contienda constitucional*, tal como lo define el título revisa los antecedentes y argumentos planteados por la requirente Agrícola Bauzá S.A. para luego referirse a los argumentos entregados por el requerido.

En el Capítulo V, *Fallo Tribunal Constitucional*, revisa antecedentes previos del fallo, lo que se canaliza en entregar aspectos planteados por el referido Tribunal en la parte

expositiva. Luego, realiza un análisis del tema de fondo en donde plantea, de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal que la servidumbre no vulnera el derecho de propiedad y por otro lado trata lo referente al permiso que debe dar el dueño para imponer servidumbres en terrenos que se encuentran plantados. Asimismo, se refiere a lo que el Tribunal ha considerado para el caso en análisis respecto al hecho que si la ampliación de la servidumbre privaría a la requirente del dominio de los árboles plantados y del uso del terreno para un objeto lícito.. Así también hace referencia al hecho que si el requirente se encontraría en un estado de indefensión, vulnerando el debido proceso y si la servidumbre provisional afecta la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos.

Finaliza la revisión del fallo haciendo mención al voto disidente del Ministro Mario Fernández Baeza

En las Conclusiones, hace una revisión final del caso, dando a conocer sus planteamientos frente a lo resuelto por el Tribunal.

La bibliografía utilizada es adecuada al tenor del caso que ha sido motivo de revisión y análisis del memorista.

Consecuencia de lo antes señalado, y dado que se trata de un caso práctico, interesante, relativamente nuevo, considero que el trabajo del señor Illanes debe ser evaluado con nota 5,5 (cinco coma cinco)

Saluda atentamente a Ud.

  
Maria Luisa Baltra Vergara  
Profesora de Derecho de Minas y Aguas

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL  
FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE  
AMPLIACIÓN DE SERVIDUMBRE MINERA.**

***“DOMANCIC DRAGICEVIC DRAGO CON  
BAUZÁ ÁLVAREZ LORENZO”***

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR  
AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA: SRA. MARÍA LUISA BALTRA VERGARA.  
AUTOR: FELIPE ILLANES DIEZ.

SANTIAGO, JUNIO 2012

*Muy humildemente me gustaría dedicar este trabajo a varias personas que me han ayudado en este largo proceso que ha significado el estudio de la carrera de derecho. Quisiera hacer una especial mención a mis padres, que siempre me motivaron en este camino y creyeron en mí, también quiero mencionar muy especialmente a la Fran, que con su apoyo y cariño hicieron del proceso algo mas llevadero y con sentido.*

*Dedico también este trabajo a Nuestra querida casa de estudios, Universidad Gabriela Mistral y muy especialmente a mi querida profesora, Sra. María Luisa Baltra, por su constante y desinteresada ayuda, por estar siempre disponible para un consejo y por su constante motivación en el estudio del derecho.*

## ABREVIATURAS

- TC.** = Tribunal Constitucional.
- CM.** = Código de Minería.
- CC.** = Código Civil.
- CPR** = Constitución Política de la Republica.
- Art.** = Artículo.
- DFL** = Decreto con Fuerza de Ley.
- LOCCM** = Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

# INDICE GENERAL

Introducción .....	07
--------------------	----

## *Capítulo Primero*

### LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL

I. Definición .....	11
II. Características de las servidumbres .....	11
III. Clasificación .....	13
IV. Ejercicio del derecho de servidumbre .....	15
V. Las servidumbres naturales .....	16
VI. Las servidumbres legales.....	16
VII. Servidumbres de tránsito .....	18
VIII. Servidumbres voluntarias .....	19
IX. Extinción de las servidumbres .....	22

## *Capítulo Segundo*

### LAS SERVIDUMBRES MINERAS

I. Generalidades .....	24
II. Marco Legal .....	25
III. Objeto .....	28
IV. Características de las servidumbres mineras .....	28
V. Predios dominantes y sirvientes .....	30
VI. Diferencias de las servidumbres mineras con las civiles..	32

### *Capítulo Tercero*

#### INTRODUCCION AL CASO DOMANCIC DRAGICEVIC CON BAUZÁ ÁLVAREZ LORENZO

I. Cronología de los hechos, de las acciones y de las resoluciones judiciales .....	33
A. La gestión pendiente .....	33
B. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.....	39
II. Artículos impugnados en el requerimiento .....	40
III. Requisitos del recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad .....	42
IV. Causa judicial pendiente en que incide el requerimiento...	43

### *Capítulo Cuarto*

#### ARGUMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LAS PARTES RESPECTO A LA CONTIENDA CONSTITUCIONAL

I. Por la parte de la Requirente .....	46
II. Por parte del Requerido .....	50

*Capítulo Quinto*

FALLO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Cuestiones previas .....	53
II. Fondo del asunto .....	53
1. La servidumbre no vulnera el derecho de propiedad.....	54
2. Sobre el permiso del dueño para imponer servidumbre en terreno plantado.....	56
3. Sobre si la ampliación privaría a la Agrícola del dominio de los árboles plantados y del uso del terreno para un objeto licito .....	58
4. Sobre si el requirente esta en un estado de indefensión y se vulnera el debido proceso.....	59
5. Si la servidumbre provisional afecta la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos .....	59
6. El voto disidente .....	60
Conclusiones .....	65
Bibliografía .....	69

## INTRODUCCION

Esta memoria de prueba, se refiere a una disputa entre particulares sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y autorización provisoria de una ampliación de una servidumbre minera, caso resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 24 de septiembre del año 2009, ROL 1284-08-INA.

De manera introductoria diremos que **Agrícola Bauzá S.A.**, que es la demandada en la gestión pendiente y requirente del recurso de inaplicabilidad, sostiene que es dueña de un predio de cordillera de 86.000 hectáreas, de las cuales sólo una mínima porción (1%) es cultivable. Esa porción cultivable, regable, está plantada con árboles frutales: 70 hectáreas de parronales de uva de mesa, 60 de uva pisquera y 90 de nogales.

La parte demandante en la gestión pendiente, el señor **Drago Domancic Dragicevic**, en representación de cuatro sociedades legales mineras, fundada en los artículos numero 124 y 125 del Código de Minería (en adelante, el "CM") y del artículo 8º inciso 5º de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, numero 18.097. (en adelante

“LOCCM”<sup>1</sup>) ha solicitado la ampliación de una servidumbre minera de tránsito, constituida a su favor en julio del año 2005. La ampliación pedida en mayo de 2007, recae justamente sobre aquellas tierras plantadas o arboladas en el 1% cultivable. La actual servidumbre de aproximadamente 2,25 hectáreas se pretende ampliar a 100 hectáreas.

Salta a la vista, aún antes de iniciar nuestro estudio, que existen varios derechos en pugna: por un lado, el derecho de propiedad de la concesión minera y la facultad de catar y cavar para poder explorar y luego explotar los minerales que se encuentren en sus respectivos límites que, sin las servidumbres respectivas se hace imposible, y por otro lado, el derecho de propiedad que tiene el dueño del terreno superficial.

En seguida, nos preguntamos si es legal la forma en que cabe constituir una servidumbre de tránsito, los permisos que se requieren, si pueden estos ser o no suplidos, y si estas mismas exigencias son necesarias para ampliar una servidumbre minera previamente constituida. La forma como cabe fijar las indemnizaciones, si puede ser constituida en forma provisoria o definitiva, y los límites del otorgamiento provisional para que se respete su derecho de propiedad, sobre todo en el caso de tener a la fecha del requerimiento de ampliación de servidumbres árboles frutales plantados. También si este proceso cumple con las garantías procesales y si se respeta el principio de igualdad ante la ley.

¿ Tiene el concesionario minero derecho a imponer gravámenes a todas las personas con el objeto de descubrir el mineral de tanta

---

<sup>1</sup> Ley publicada en el diario oficial el 21 de enero del año 1982.

importancia para nuestro país? ¿ Puede una sociedad agrícola vetar las condiciones mínimas que tiene un minero para desarrollar el derecho que le establece la ley? ¿debe soportar la sociedad agrícola que se destruyan sus cultivos ? ¿ debe el Tribunal Constitucional elegir entre un derecho u otro? ¿ son los preceptos impugnados realmente contrarios a nuestra Constitución?

Dedicaremos el **primer capítulo** a una breve explicación de los aspectos mas relevantes de servidumbres. Pretendemos en ningún caso lograr en este tema alguna originalidad, sino simplemente exponer en forma sistemática esta materia, para permitir compararla con la servidumbre Minera.

En el **segundo capítulo** de esta obra, nos hacemos cargo de lo que son las servidumbres mineras, tratando de hacer énfasis en las diferencias que posee respecto a las servidumbres civiles. Intentaremos especialmente, hacer hincapié en las servidumbres que realmente nos interesan en este trabajo, que son las del artículo 120, N° 3 del CM, o sea, la servidumbre de TRANSITO.

En el **capítulo tercero**, expondremos de la mejor manera y procurando ser lo mas imparcial posible, dejando de lado nuestras opiniones, una narración cronológica de todos los acontecimientos, actuaciones judiciales, hechos materiales y de todo aquellos que en mí

opinión, el lector debe saber para formarse una buena idea del conflicto, y por que no, de hacerse su propia impresión de esta interesante disputa.

Analizaremos en profundidad los antecedentes del caso, los artículos impugnados, los requisitos de un requerimiento constitucional y todos los antecedentes de la causa judicial pendiente, la cual es el centro del recurso de inaplicabilidad.

Solo una vez de que hayamos narrado los orígenes y desenvolvimiento de la contienda, pasaremos de lleno al corazón de nuestra memoria, el **capítulo cuatro**. Se trata de dedicarnos mas propiamente a los preceptos constitucionales del caso.

Nos abocaremos a los argumentos esgrimidos por las partes, trataremos de entender cada una de las opiniones de los mas importantes juristas del país, como son Don Arturo Fermandois Vohringer, Don Eugenio Evans Espiñeira, Don Luis Hevia Campusano, o del abogado Rodrigo Díaz de Valdés.

En el **capítulo quinto**, analizaremos todos los argumentos esgrimidos por el tribunal constitucional, y trataremos férreamente de hacernos una opinión propia, con nuestras convicciones y argumentos. Este será muy probablemente el capitulo mas interesante y al que le dedicaremos mas tiempo.

Finalmente estaremos en condiciones de dar nuestra opinión acerca del caso, conclusiones, repercusiones e importancia de este fallo.

## Capítulo Primero

# LAS SERVIDUMBRES EN GENERAL

**I. Definición.** En virtud de lo dispuesto en el Art. 820 del CC, servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.

De esta definición se desprende la concurrencia de tres **elementos**:

- 1- La servidumbre es un gravamen impuesto en beneficio de un predio.
- 2- El gravamen debe soportarlo otro predio.
- 3- Es necesario que los predios sean de distintos dueños.<sup>2</sup>

## II. Características de las servidumbres.

Las servidumbres tienen los siguientes caracteres jurídicos:

- 1- Es un gravamen: el predio que soporta la servidumbre se llama *serviente* (servidumbre pasiva) y el que reporta la utilidad se denomina *dominante*

---

<sup>2</sup> Peñailillo Daniel. De los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Tercera edición actualizada. Editorial Jurídica, año 1999. Pág. 279.

(servidumbre activa).

Este gravamen no significa una limitación de las facultades del dominio del dueño del predio sirviente, sino que simplemente consiste en respetar la servidumbre que lo grava.

2- Es un gravamen real: lo que significa que las servidumbres son inmutables, aunque los predios, dominante y sirviente, cambien de dueño.

3- Es un derecho inmueble.

4- Es un derecho accesorio: en el sentido que las servidumbres no pueden tener vida independiente del predio a cuyo favor están establecidas (Art. 825 CC). De ahí es que las servidumbres no pueden cederse, hipotecarse ni embargarse independientemente del predio al cual acceden.

5- Es un derecho perpetuo: es decir, subsiste mientras existan los predios a que se refiere y la necesidad o justificación del gravamen. Sin embargo, esta perpetuidad tiene dos excepciones:

- Las servidumbres se extinguen por el no uso.
- Las servidumbres constituidas por un tiempo limitado o bajo condición.

6- Es un derecho indivisible: es decir, no admite ejercicio parcial (arts. 826 y 827). De este carácter se desprenden algunas consecuencias:

- Si un predio pertenece a varias personas, todas deben consentir para que en dicho predio se constituya una servidumbre.
- La interrupción y la suspensión de la prescripción respecto de uno de los propietarios del predio dominante favorece a todos los demás (art. 886 CC).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>. Peñailillo Daniel. ob. cit., p. 280

### III. Clasificación.

La clasificación de las servidumbres admite diversas agrupaciones en base a los siguientes factores:

**A. Según su origen:** Las servidumbres se dividen en:

- 1) Naturales: Son aquellas que provienen de la natural situación de los lugares. En su constitución no intervienen ni la ley ni la voluntad del hombre.
- 2) Legales: Son las impuestas por la ley.
- 3) Voluntarias: Son las constituidas por un hecho del hombre.

**B. Según su objeto:** Desde este punto de vista, las servidumbres pueden ser:

- 1) Positivas: Son las que sólo imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito. A veces imponen al dueño la obligación de hacer algo, como ocurre en la servidumbre de demarcación (art. 823 CC).
- 2) Negativas: Son las que imponen al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo. Por ejemplo, la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura.

**C. Según su naturaleza:** Las servidumbres admiten dos divisiones. En la primera de ellas, las servidumbres pueden ser:

- 1) Aparentes: Son las que continuamente están a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o una puerta destinada a él.
- 2) Inaparentes: Son las que no se conocen por una señal exterior, como la de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras

análogas.<sup>4</sup>

Respecto a la segunda división, las servidumbres pueden ser (Art. 822 CC):

1) Continuas: Son las que se ejercen o se pueden ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante.

2) Discontinuas: Son las que se ejercen a intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito.

La razón de admitir dos divisiones en esta clasificación es que las servidumbres continuas y discontinuas pueden ser aparentes o inaparentes, resultando cuatro combinaciones de servidumbres:

1- Continuas y aparentes, como la del acueducto cuando el canal está al descubierto.

2- Continuas e inaparentes, como la del acueducto que va por tubos subterráneos.

3- Discontinuas y aparentes, como la de tránsito que se manifiesta por una senda o camino.

4- Discontinuas e inaparentes, como la de tránsito cuando no se manifiesta por una señal externa.

**Importancia de esta última clasificación:** Importa desde diversos puntos de vista:

1) En materia de prescripción adquisitiva: Sólo se pueden adquirir por este

---

<sup>4</sup> Peñailillo Daniel. ob. cit., p. 282

modo las servidumbres continuas y aparentes. Las demás sólo se pueden adquirir por medio de un título (art. 882 CC).

2) En materia de extinción por el no uso: Las servidumbres se extinguen por haberse dejado de gozar durante tres años (art. 885 N° 5 CC). Si se trata de una servidumbre continua, este plazo se comienza a contar desde que se realice un acto contrario a la servidumbre. En las discontinuas, este plazo comienza a contarse desde la última vez que el propietario del predio dominante pasó por el predio sirviente.

3) En materia de constitución por destinación del padre de familia: Sólo procede en las servidumbres continuas y aparentes (art. 881 CC).<sup>5</sup>

#### **IV. Ejercicio del derecho de servidumbre.**

Para saber los derechos del dueño del predio dominante y del sirviente, hay que atenerse a la fuente que le dio origen, es decir, si la servidumbre es legal o natural, habrá que atender a la normas que da la ley, y si es voluntaria, al acto o a su forma de poseerla (art. 884 CC).

En todo caso, deben considerarse las reglas que señalan los arts. 828, 829 y 830 del CC.

***Art. 828.** El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título.*

***Art. 829.** El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el*

---

<sup>5</sup> Peñailillo Daniel. ob. cit, p. 283

*dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será lícito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras.*

**Art. 830.** *El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo.*

*Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas.*

Podemos apreciar que el legislador establece claramente que la persona que tiene derecho a una servidumbre, también tiene derecho a explotarlas, y de hacer los arreglos necesarios para esto, pues o si no, sería un derecho bastante estéril.

**V. Las servidumbres naturales.** Las servidumbres naturales son aquellas que derivan de la natural situación de los predios. El dueño del predio sirviente debe soportarlas y no tiene derecho a indemnización alguna.

El Código Civil contempla un solo caso de servidumbre natural, que es la de libre descenso y escurrimiento de las aguas (art. 833).<sup>6</sup>

**Art. 833.** *El predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello.*

*No se puede por consiguiente dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial.*

*En el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante, que la grave.*

*Las servidumbres establecidas en este artículo se regirán por el Código de Aguas.*

---

<sup>6</sup> Peñailillo Daniel. ob. cit., p. 284

Esta servidumbre es mas un caso de la naturaleza, de por si fortuito, y como bien es lógico, por su esencia, respecto a ella, no cabe indemnización alguna.

**VI. Las servidumbres legales.** Como ya hemos dicho, las servidumbres legales son aquellas impuestas por la ley, aun contra la voluntad del dueño del predio sirviente. El Art. 839 del CC. subclasifica las servidumbres legales en relativas al uso público o a la utilidad de los particulares.

**Servidumbres de utilidad pública:** Estas servidumbres son:

**a. *Uso de las riberas para los menesteres de la pesca y de la navegación o flote:*** Estas servidumbres estaban reglamentadas en el Art. 840, norma que fue derogada por el Código de Aguas de 1951, y cuyo estudio corresponde a la cátedra respectiva.

**b. *Servidumbres establecidas por reglamentos u ordenanzas especiales:***

En realidad no son verdaderamente servidumbres, ya que carecen de predio dominante; se tratan de restricciones o privaciones del dominio. Su estudio corresponde a la cátedra del Derecho Administrativo.

**Servidumbres de interés privado:** Se refiere a ellas el art. 841 del CC<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Peñailillo Daniel. ob. cit., p. 282

**Art. 841.** *Las servidumbres legales de la segunda especie son asimismo determinadas por las ordenanzas de policía rural. Aquí se trata especialmente de las de demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista.*<sup>8</sup>

## **VII. Servidumbre de tránsito.**

CONCEPTO. Es el derecho que tiene el dueño del predio que se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, para exigir paso por alguno de éstos, cuando fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando la indemnización correspondiente (Art. 847 CC)<sup>9</sup>

es aquella que tiene derecho a imponer un predio cuando está desprovisto de toda comunicación con un camino público. Ésta es una verdadera servidumbre, pues hay predio dominante, predio sirviente y gravamen, que este último sería dejar pasar los vehículo, animales, etc. del predio dominante<sup>10</sup>. Como servidumbre que es, tiene las siguientes

### **características:**

- 1- Es una servidumbre positiva, ya que deja hacer al predio dominante.
- 2- Es una servidumbre discontinua, porque se requiere de un hecho actual del hombre. Jamás podrá adquirirse por prescripción ni por la destinación del padre de familia, sino que sólo por medio de un título.
- 3- Puede ser aparente o inaparente.

---

<sup>8</sup> Por su importancia para este trabajo sólo nos referiremos a la servidumbre de Tránsito.

<sup>9</sup> Rozas Vial Fernando. Derecho Civil. Bienes. Editorial Universitaria. Año 1984. Págs. 355.

<sup>10</sup> Rozas Vial Fernando. ob. cit., p. 356.

En cuanto a los **requisitos** para su constitución (art. 847):

1- Que el predio que trata de imponer la servidumbre esté desprovisto de toda comunicación con el camino público.

2- Que esta comunicación con el camino público sea indispensable para el uso y beneficio del predio.

3- Que se indemnice previamente al propietario del predio sirviente

Si las partes no se convienen, se reglará por peritos tanto el importe de la indemnización, como el ejercicio de la servidumbre (art. 848).

El art. 849 contempla el derecho del predio sirviente para pedir que se le exonere de la servidumbre.

*Art. 849. Si concedida la servidumbre de tránsito en conformidad a los artículos precedentes, llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que le dan un acceso cómodo al camino, o por otro medio, el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno.*

*Finalmente, el art. 850 establece que si se vende o permuta alguna parte de un predio, o si es adjudicada a cualquiera de los que lo poseían proindiviso, y en consecuencia esta parte viene a quedar separada del camino, se entenderá concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna.*

**VIII. Las servidumbres voluntarias.** Rige en materia de servidumbres voluntarias el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que cada cual podrá constituir las servidumbres que quiera, mientras no sean contrarias al orden público y a la ley (art. 880 CC).

Entonces, tendrán el carácter de voluntarias:

1- Las servidumbres que las partes hayan convenido libremente.

2- Las servidumbres legales en que haya faltado alguno de sus requisitos.

**Constitución de las servidumbres voluntarias:** Las servidumbres pueden constituirse:

**A. Por título:** El título debe entenderse en el sentido de acto jurídico que da origen a la servidumbre. Es la de mayor aplicación.

Las servidumbres pueden constituirse por acto entre vivos o por acto testamentario, sean gratuitos u onerosos.

¿La constitución de estas servidumbres requiere de solemnidades?

En principio, no está sometida a solemnidades especiales, pero la realidad nos dice otra cosa.

1) Si se constituye por acto entre vivos a título oneroso: La regla general es que se configurará una compraventa, y como la servidumbre siempre es un derecho real sobre un inmueble, requerirá que se otorgue por escritura pública (art. 1810 CC).

2) Si se constituye por acto entre vivos a título gratuito: Generalmente se configurará una donación, y como recae sobre inmuebles, requerirá escritura pública (art. 1400 CC).

Además, deberá efectuarse el trámite de la insinuación, si la cosa donada vale más de dos centavos (art. 1401 CC).

3) Si se constituye por testamento: La constitución de la servidumbre está sometida a las solemnidades del acto testamentario.

Finalmente, es necesario señalar que cualquier clase de servidumbre puede constituirse por medio de un título (art. 882).

**B. Por sentencia judicial:** Las sentencias judiciales son declarativas y no atributivas de derechos. El Código contempla un solo caso en que la

servidumbre se constituye por sentencia judicial, la cual es aquella que recae en el juicio de partición (art. 1337 No 5).

**Art. 1337.** *El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen:*

*5º En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.*

**C. Por prescripción:** Sólo pueden adquirirse por prescripción las servidumbres continuas y aparentes, pues las demás sólo se pueden adquirir por medio de un título.

La imprescriptibilidad de las demás servidumbres se justifican:

1) Respecto de las servidumbres discontinuas: Los actos que las constituyen pueden ser considerados por el propietario del predio sirviente como de su simple tolerancia (art. 2499 CC).

2) Respecto de las servidumbres inaparentes: Se explica la falta de posesión pública.

Cuando estudiamos la prescripción como modo de adquirir, el plazo para prescribir adquisitivamente los derechos reales inmuebles dependía si la posesión era regular o irregular (art. 2512), salvo las situaciones especiales que expresamente contempla la ley. Pues bien, el art. 882 establece las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por la prescripción de cinco años, y la excepción en esta regla consiste en que no se distingue entre posesión regular e irregular. Esos cinco años se cuentan por igual a ambas clases de poseedores.

**D. Por destinación del padre de familia:** Es el acto por el cual una persona establece entre dos porciones de su heredad, o entre dos predios que le pertenecen, un estado de cosas que constituiría servidumbre si las heredades o sus partes pertenecieran a diferentes dueños (art. 881 CC).

La destinación del padre de familia requiere la concurrencia de **cuatro elementos:**

- 1- Que los predios separados hayan pertenecido al mismo dueño.
- 2- Que el servicio se haya constituido por el mismo dueño.
- 3- Que se trate de un ejercicio continuo y aparente.
- 4- Que en el acto de enajenación o de la partición no se haya establecido expresamente otra cosa. La destinación del padre de familia tiene lugar en los siguientes casos:

1- Cuando el propietario de un predio establece entre dos partes de un mismo predio un servicio, y después las distintas partes de ese predio pasan a ser de diferentes dueños.

2- Cuando el predio sirviente y el dominante pasan a manos de un solo dueño, y éste deja subsistente la servidumbre como servicio.

Por tanto, si el predio sirviente y el predio dominante vuelven a tener distintos dueños, se constituye una nueva servidumbre por destinación del padre de familia, y así sucesivamente.

## **IX. Extinción de las servidumbres.**

Las servidumbres se extinguen por las causales indicadas en los arts. 885 y 886 del CC.

- 1- Por resolución del derecho del que las ha constituido.

- 2- Por la llegada del día o por el cumplimiento de la condición que se hubiere fijado para su terminación.
- 3- Por la confusión, o sea, la reunión perfecta o irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño.
- 4- Por la renuncia del dueño del predio dominante.
- 5- Por haberse dejado de gozar durante tres años.
- 6- Por la imposibilidad de ejercicio (art. 887).

## **Capítulo Segundo**

# **LAS SERVIDUMBRES MINERAS**

### **I. Generalidades**

Como se expuso en el marco legal, el derecho “fuerte” del concesionario minero, implica ejercer las facultades de catar y cavar. Esta facultad no se refiere tan solo a examinar y abrir la tierra sino también a la facultad de imponer servidumbres mineras. En ese contexto, cuando hablamos de servidumbres mineras, por lo general hablamos de facultades derivadas de la concesión, Como dice el profesor Samuel Lira Ovalle: “La circunstancia de coexistir, respecto de un mismo terreno o lugar, el derecho del dueño del suelo con las facultades y derechos que confiere la legislación minera sobre las sustancias minerales, obligó al legislador a contemplar los mecanismos adecuados para que el minero pudiera efectuar las labores de búsqueda, explotación y beneficio de dichas sustancias. Además, consideró conveniente que, con el mismo objeto, las concesiones mineras quedaran obligadas a dar ciertas facilidades a otras concesiones mineras.<sup>11</sup> Obviamente estas cargas pueden gravar tanto a los predios superficiales como a otras concesiones mineras, pero para el desarrollo de esta

---

<sup>11</sup> Ovalle Lira Samuel - Curso Derecho de Minería - Tercera edición Editorial Jurídica 1996 Págs. 124.

Memoria, interesan las servidumbres constituidas sobre propiedad superficial. El debate no toca servidumbres mineras impuestas a predios sirvientes que sean a si mismos concesiones mineras.

## **II. Marco Legal.**

La LOCCM 18.097, publicada en el Diario oficial de 21 de enero de 1982, estableció el régimen de constitución, los derechos, las obligaciones, duración y extinción de las concesiones mineras. De acuerdo al art. primero, las concesiones mineras pueden ser de exploración o de explotación y constituyen derecho reales e inmuebles distintos e independientes del dominio del predio superficial aunque tengan un mismo dueño.

Las concesiones mineras son oponibles al Estado o a cualquier persona, transmisibles y transferibles (artículo segundo). Todo concesionario minero tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión. Dicha facultad se ejercerá de conformidad a la presente ley y estará sujeta a las limitaciones que se prescriban en el CM. Las limitaciones se establecerán , siempre con el fin de precaver daños al dueño del suelo o de proveer a fines de interés publico. Estas limitaciones consistirán en las necesidades de obtener permisos de el dueño del suelo o de la autoridad correspondiente, según el caso, para ejercer la facultad de catar y cavar en ciertos terrenos. El código establecerá un procedimiento concentrado, económico y expedito, para obtener dicho permiso en caso de negativa de quien deba otorgarlo. Sin embargo solo el

dueño del suelo podrá permitir catar o cavar en casas o sus dependencias, o en terrenos que contengan arbolados o viñedos ( artículo 7º LOCCM).

El artículo N° 8º de la LOCCM, por su parte, establece que “los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituya las servidumbres convenientes a la exploración o explotación minera. Respecto de esas concesiones los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros, por canchas y depósitos minerales, desmontes, relaves, y escorias; por plantas de extracción y beneficios minerales; por subestaciones y líneas eléctricas y comunicación, canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y obras complementarias; y a los gravámenes de trancitos y de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, cañerías, túneles, planos inclinados andariveles, citas transportadoras y todo otro medio que sirva para unir las labores de la concesión con los caminos públicos, establecimientos de beneficios, estaciones de ferrocarril, puertos de embarque y centros de consumo. Dichas concesiones están sujetas a favor de otras.....”

Las servidumbres a favor de concesiones mineras son esencialmente transitorias, no podrán aprovecharse en fines distintos y cesaran cuando termine su aprovechamiento, podrán ampliarse o restringirse con el desarrollo que adquieran las labores desarrolladas con ellas.

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

El CM en los Art 109 a 125 inclusive regula el derecho de los concesionarios a imponer servidumbres, entre esas normas interesan particularmente el:

**Artículo 120.-** Desde la constitución de la respectiva concesión y con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, los predios superficiales están sujetos a los siguientes gravámenes:

1° El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias;

2° Los establecidos en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos, de acuerdo con la legislación respectiva, y

3° **El de tránsito y el de ser ocupados por caminos**, ferrocarriles, aeródromos, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir la concesión con caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo. del Conservador de Bienes Raíces, o del de Minas, en su caso.

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

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

### **III. Objeto**

El objeto de cualquier tipo de servidumbres minera, nos dice el artículo 120 del CM, “es facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una conveniente y cómoda exploración y explotación mineras.

Como podemos apreciar el objeto de toda servidumbre minera es obviamente “ lograr una eficaz explotación del mineral ” y que este no se quede enterrado u escondido en la tierra, por esto es lógico pensar que sería inútil toda explotación mineral de un predio que se encuentre aislado de la comunidad y cuyos frutos no puedan ser aprovechados por mas personas que las que ahí habitan.

### **IV. Características de las servidumbres Mineras**

Para entender de forma completa esta institución, de las servidumbres mineras, seguiremos las características que nos entrega la profesora Carmen Ansaldi Domínguez y que nos dice que: <sup>12</sup>

a) Son legales, y en consecuencia son obligatorias para el predio o concesión sirviente.

---

<sup>12</sup> Ansaldi Domínguez Carmen. Curso de Derecho Minero. Segunda Edición. Editorial Metropolitana, Págs. 279 y 280.

b) Los perjuicios que se causen al predio sirviente deberán ser indemnizados. (Art 8 Inc. 4 LOCCM y 122 CM)

c) Son esencialmente transitorias pues cesan cuando termina el aprovechamiento o explotación de la concesión. ( Art 8 Inc. 5 LOCCM y 124 CM)

d) Deben usarse sólo para el fin establecido, no pueden aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión, o del establecimiento de beneficio, o del ejercicio de las facultades de catar o cavar para los cuales hayan sido constituidas, y cesaran cuando termine ese aprovechamiento ( Art 8 Inc. 5 LOCCM y 124 CM)

e) Pueden ampliarse o restringirse según las necesidades del minero. (Art 8º Inc. 5º LOCCM y 124 de CM) En tal caso, se deberá igualmente ampliar o reducir las indemnizaciones de acuerdo a lo pactado y a las reglas comunes. ( subrayado es nuestro)

f) Normalmente, las servidumbres se pueden ejercer desde que están legalmente constituidas, pero el artículo 125 del CM dispone que el juez puede autorizar su goce desde luego, o sea, mientras se tramita el juicio de constitución de servidumbre, en caso de no haber producido acuerdo entre las partes. ( rindiendo la respectiva caución)

g) Cuando se trata de servidumbre de concesión a concesión, ella no puede impedir o dificultar considerablemente la exploración o explotación de la concesión sirviente.

## V. Predios Dominantes y Sirvientes

En la servidumbres legales mineras el concepto de predio dominante y sirviente es muy importante. Serán **predios dominantes**:

A - Las concesiones minerales ya constituidas, de explotación o de exploración. (Art. 8º de la LOCCM y 109 y 120 CM)

B - Los establecimientos de beneficio de minerales ( Art 121 del CM) donde se realizan las operaciones minerales como fundir o refinar.

. Por otro lado, los **predios sirvientes**, en las servidumbres mineras legales son:

A – Los predios superficiales ( Art 8 Inc. 2 de la LOCCM y 19 Inc. 1 y 120 CM)

B – Las concesiones mineras ya constituidas ya sea de explotación o exploración.

Luego las explicaciones de lo que se entiende por predio dominante y sirviente en materia minera, es cuando finalmente llegamos a la

servidumbre que nos interesa para entender el fallo que analizaremos mas tarde, que es la servidumbre de tránsito.

Brevemente diremos que sobre los predios superficiales se pueden constituir 3 clases de servidumbres como nos ilustra el profesor Juan Luis Ossa Bulnes:

A - “ La de ocupación, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales (propios y ajenos); por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías (de agua, ventilación u otras), habitaciones, construcciones y demás obras complementarias (Art. 120 N° 1)

B – Las establecidas en beneficio de las empresas concesionarias de servicios eléctricos, de acuerdo con la legislación respectiva ( artículo 120 N° 2) Esta legislación es el decreto con fuerza de ley N° 1, del ministerio de minería, de 22 de junio de 1982, sobre ley general de servicios Eléctricos, cuyo Capitulo V consulta diversas servidumbres a favor de aquellas empresas y regula especialmente su constitución, efectos, indemnizaciones y competencia judicial.

C – La de TRANSITO y la de ser ocupados por CAMINOS, ferrocarriles, aeródromos, cañerías ( de trasportes de minerales), túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro sistema que sirva para unir el predio dominante con caminos públicos, establecimientos

de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos, aeródromos y centros de consumo (artículos 120 N° 3 )”<sup>13</sup>

## **VI. Diferencia de las Servidumbres Mineras con las Civiles**

Una principal diferencia con las servidumbres civiles, es que las mineras son esencialmente transitorias, ya que siendo la mina agotable, cesan cuando termina su aprovechamiento, e incluso, tratándose de la facultad de catar y cavar, la ley les señalo plazo en atención a las especiales características que adopta su ejercicio.

Por otra parte, pueden ampliarse y restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento de beneficio, no pudiendo aprovecharse en fines distintos de los propios de dichos concesión o establecimiento (Art 8 Inc. 5° LOCCM y Art 124 CM)<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Ossa Bulnes Juan Luis. Tratado de Derecho Minero. Cuarta edición actualizada y ampliada Tomo I. Editorial Jurídica año 2007 Págs. 276.

<sup>14</sup> Lira Ovalle Samuel. Ob, cit. p. 207

### **Capítulo Tercero**

## **INTRODUCCIÓN AL CASO *DOMANCIC DRAGICEVIC CON BAUZÁ ÁLVAREZ LORENZO.***

### **I. Cronología de los hechos, de las acciones y de las resoluciones Judiciales**

#### **A. La gestión pendiente**

1) Por sentencia de 25 de Julio del año 2005, la Ilustre Corte de Apelaciones de La Serena, luego de casar de oficio el fallo de primera instancia, dictó sentencia de reemplazo en la causa ROL 85-2004 del tercer Juzgado de letras de Ovalle, por el cual declaró constituida la **SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO** en favor del grupo de pertenencias mineras denominadas “ **MANTO 7 SEPTIMO 1 AL 20**” gravamen que quedó singularizado en un camino de 1.500 metros de largo por un ancho medio de 15 metros, a partir del portón de acceso al predio sirviente, ubicado sobre el canal del molino.

Fueron partes de la señalada causa:

- Como demandante el señor **DRAGO DOMANCIC DRAGECIVIC**, como persona natural y en su calidad de titular del dominio de las citadas

concesiones.

- Como demandado, don LORENZO SEGUNDO BAUZA ALVAREZ, como persona natural, en su calidad de dueño del predio que resultaría gravado con la servidumbre.

- Constituyeron predio dominante de la servidumbre solicitada, únicamente, el grupo de pertenencias mineras denominada MANTO 7 SEPTIMO 1 AL 20.

- Constituyo predio sirviente de la servidumbre solicitada el inmueble denominado Reserva Cora numero Dos, del proyecto de Parcelación Los Molles, ubicado en la Comuna de Monte Patria, Provincia del Limarí.

2) Tal sentencia fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 22 de Noviembre de 2006, dictándose el cúmplase en primera instancia con fecha 26 de Diciembre del mismo año. La inscripción de esta servidumbre señala que la indemnización fijada para ejercerla es de 4 millones de pesos.

3) La servidumbre de tránsito en cuestión quedo así constituida a favor de las pertenencias MANTO 7 SEPTIMO 1 AL 20, de propiedad del señor Domancic Dragecivic. Posteriormente, las pertenencias beneficiadas con la servidumbre pasaron a ser de propiedad de la empresa SOCIEDAD LEGAL MINERA MANTO 7 SEPTIMO UNA DEL DISTRITO MINERO HACIENDA VALDIVIA, tercero que no fue parte en el citado juicio, pero, no obstante hizo inscribir la servidumbre, según consta de la inscripción de fojas 102, N° 95, del registro de hipotecas y gravámenes del conservador de Bienes Raíces de Monte Patria, del mes de marzo de 2007.

La citada inscripción hizo oponible frente a terceros caso de la Junta de Vigilancia del río Rapel, quien se ha visto perjudicada con dicha servidumbre.

4) En juicio sumarísimo el 25 de mayo de 2007 el señor Drago Domancic Dragicevic, actuando en representación de cuatro sociedades legales mineras, presentó **demanda de ampliación de la servidumbre** según lo permite el artículo 120 del CM, dejando constancia de que los terrenos solicitados son terrenos rurales abiertos y sin cultivar, que se viene en ampliar la servidumbre de tránsito con el objeto de facilitar la cómoda exploración y explotación de las concesiones mineras que integran el proyecto minero “ Mollacas”, de manera de ocupar en toda su extensión y conforme a los numerales 1, 2, 3, del Art 120 del CM.

Es decir, la ampliación es solicitada, por la cesionaria de la servidumbre de tránsito primitiva, se extiende a otras 3 sociedades legales mineras que no fueron parte de la causa 85-2004 primitiva y abarca en toda la extensión de las concesiones los gravámenes que en sus tres numerales autoriza el Art 124 del CM. Por consiguiente se viene en solicitar la ampliación, a 100 hectáreas en vez de las 2,25 primitivas.

En el quinto otrosí -según lo permite el Art 125 del CM -se solicita conceder desde ya en forma provisoria y mientras se tramita la presente causa, las servidumbres legales mineras solicitadas fijando la caución que el peticionario deba rendir.

5) Por resolución del tercer juzgado de Ovalle, de fojas 131 con fecha 4 de junio de 2007 se proveyó la demanda de ampliación de servidumbre. Esta

resolución ordeno formar cuadernos separados y conservo el rol 85-2004 es decir el mismo rol donde constaba la constitución de transito primitiva.

6) Con fecha 22 de octubre de 2007 Agrícola Bauzá Ltda. Es decir , la cesionaria del predio sirviente, se opone a la demanda de ampliación de servidumbre minera.

Como cuestión preliminar plantea que la solicitud de tres de las 4 peticionarias no es admisible porque ninguna de esas 3 sociedades mineras es titular de servidumbre alguna. Luego plantea que el predio esta plantado y por consiguiente ni puede ampliarse ni puede constituirse servidumbre alguna sin la autorización del dueño del predio sirviente, explica, que en efecto que el predio sirviente existe un programa de forestación , que comenzó con un programa de “manejo forestal” aprobado por CONAF por resolución de 23 de julio de 2003, la cual posteriormente fue materia de una conversión a un programa de plantación de nogales, según consta en otra resolución de CONAF de 6 de julio del 2007.

Al margen de discutir la falta de legitimidad activa se alega que la ampliación de la servidumbre minera no puede significar la constitución de otra servidumbre distinta a la que se tiene constituida. En las alegaciones se alega la improcedencia de la de ampliación de servidumbres mineras por falta de la autorización del dueño y de terceros, que como la junta de vigilancia del río Rapel, en lo que cada uno de ellos compete. En cuanto a la cuantificación del daño emergente, la extracción de los 10.000 nogales plantados en el terreno motivo de la litis se avalúa en 40.000 millones de pesos, y por concepto de daño moral un perjuicio no inferior a los 30 millones de dólares, sin perjuicio de lo que en definitiva determine el juez

de la causa.

Esencialmente por las mismas razones se opone a la petición subsidiaria de constitución de servidumbres mineras. Finalmente en lo que interesa, se oponen a la constitución provisional aduciendo que los permisos y autorizaciones que requieren las disposiciones legales atinentes deben acreditarse antes de que se autorice provisionalmente la servidumbre.

7) En esta misma fecha, la junta de vigilancia del río Rapel, solicita el rechazo de la demanda como tercero, aduciendo desde el punto de vista procesal que la causa se encuentra afinada mediante la constitución de la servidumbre de tránsito primitiva. Ni la demandada ni los demandantes son las mismas partes que intervinieron en la constitución de esta servidumbre. Que si bien una servidumbre de tránsito puede ampliarse o restringirse, esta no se puede trasmutar a otro tipo de degravamen. Que no cabe por lo tanto extenderla a la servidumbre que de los números uno y dos del 120 del CM. En cuanto al fondo, dado que el terreno está cercado y además cultivado, ni el permiso del propietario puede ser suplido por el juez ni puede tampoco autorizarse en la ampliación sin que conste en las autorizaciones de los canales del "Buitre y del Molino", que nacen del río Palomo, cuestión que hace en lo relativo a las cuestiones de agua que el permiso sea dado por escrito por el gobernador provincial del Limarí quien está obligado a requerir informes a las personas que resulten afectadas, quienes tienen derecho a ser indemnizados de todos los perjuicios del daño ambiental que se les provoque.

La falta de estos permisos impide bajo sanción de nulidad absoluta otorgar las servidumbres demandadas. En cuanto a las indemnizaciones señala

que la junta de vigilancia del río Rapel evalúa el daño derivado de la contaminación de las aguas necesariamente se verán contaminadas, en relación a los recursos tierra aire, en 50 millones de dólares.

8) El 16 de enero del 2008 se celebra una inspección personal del tribunal que da cuenta de que en el sector del Canal del Buitre existe un terreno susceptible de ser plantado, que la parte demandada hace presente que existen 50 hectáreas de plantaciones de nogales, llegando a 4900 plantas de nogales que hubieren sido plantados los meses de marzo- abril de 2007, indicando que antiguamente en el sector se habían plantado atriplex que corresponde a plantas de forrajes, las que habrían fracasado por el exceso de agua existente en el lugar, ya que el atriplex es una planta de secano, para lo cual habrían suscrito un convenio con CONAF, el cual tenía que cumplir el año 2007, de lo contrario deberían pagar multas, razón por la cual plantaron los nogales; además por se ese sector favorable para dicha especie y por tenerlos en invernadero en stock, pidieron la desafectación del terreno. Agregan además que el riego en ese sector es por gravitación manual, mediante mangueras, pero que se estudia la instalación de un sistema de riego por goteo.

Se deja constancia de la efectiva existencia del canal “ El Buitre” y de su ubicación, desde ese lugar se pudo observar que bajan mangueras de regadío y pequeñas plantas de nogales.

9) Por resolución de primero de agosto de 2008 haciéndose cargo de la petición consignada en el quinto otrosí de la demanda de ampliación, el tribunal decreto la autorización provisoria de las ampliación de las

servidumbre solicitadas fijando la caución en 60 millones de pesos.

10) Se ignora la suerte de la ampliación misma. El relato de este caso concluye con la sentencia del Tribunal Constitucional, el cual se va a pronunciar sobre la inaplicabilidad planteada por el requirente, Agrícola Bauzá, desestimándola.

## **B. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad**

11) El 9 de diciembre de 2008, el señor Lorenzo Bauzá Álvarez, en representación de Agrícola Bauzá S.A., interpuso un **requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad** de los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8º, inciso quinto, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, N° 18.097, en el juicio sobre ampliación de servidumbre minera sustanciado ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, Rol 85-2004, caratulado “Domancic Dragicevic, Drago, con Bauzá Álvarez, Lorenzo”. Subsidiariamente se pide una indemnización por daño emergente, lucro cesante y daño moral por 40.000 millones de pesos.

12) El 23 de diciembre de 2008 La Primera Sala del Tribunal declaró admisible la acción deducida y ordenó, asimismo, la suspensión del procedimiento en que incide.

13) El 17 de Marzo de 2009 Se formulan por parte de el señor Domancic

las observaciones al requerimiento.

14) El 11 de junio de 2009 Se procedió a la **vista de la causa**, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados señores Arturo Fermandois Vöhringer, por parte de Agrícola Bauza, y Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín, por don Drago Domancic Dragicevic.

15) El 24 de Septiembre de 2009 el Tribunal Constitucional declara que se **RECHAZA EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD** y que se pone fin a la suspensión del procedimiento declarada anteriormente.

## **II) Artículos impugnados en el requerimiento**

Luego de la breve descripción de las servidumbres del Código Civil en el Capítulo Primero y de las servidumbres mineras en el Capítulo Segundo, es hora de pasar a de lleno a la materia motivo de este estudio que es un fallo del tribunal constitucional originado por **un Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad** con fecha 9 de diciembre de 2008 presentado por el señor Lorenzo Bauza Álvarez en representación de **Agrícola Bauzá S.A. respecto de los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8º, inciso 5º, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, N° 18.097, en el juicio ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, Rol 85-2004, caratulado “Domancic Dragicevic Drago con Bauzá Álvarez, Lorenzo”.**

Las disposiciones del código de minería que se impugnan, y que a juicio

del requirente son incidentales en la causa pendiente, actuando de forma contraria a la constitución son los siguientes :

**1) Artículo 124.** *Las servidumbres son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán<sup>15</sup> ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades propias de la respectiva concesión o del establecimiento”.*

**2) Artículo 125.** *Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá<sup>16</sup> autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado”.*

El respectivo requerimiento que analizamos también impugna de manera absoluta la improcedencia del inciso quinto del artículo 8º de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, que dispone literalmente lo siguiente:

**3) Artículo 8º inciso 5º LOCCM 18.097.** *Las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán<sup>17</sup>*

---

<sup>15</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Ídem.

*ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ella.*

### **III) Requisitos del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**

Como bien sabemos, algunas de los **caracteres del recurso de inaplicabilidad** por inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Se puede solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal. Ello comprende la ley propiamente tal, como un D.F.L., un Decreto ley e incluso un Tratado.

b) Debe tratarse de un precepto legal específico, concreto y no de un capítulo de una ley o un texto legal completo, pues en tal caso al igual que la Jurisprudencia de la Corte Suprema, podría ser declarado inadmisibile.

c) Este precepto legal debe tener aplicación en cualquier gestión. El concepto de gestión es amplísimo y comprende obviamente todos los procesos, juicios y procedimientos más variados. Así, a saber, procedimientos de la reforma procesal penal; antiguo sistema de procedimiento penal; los juicios civiles y comerciales; reclamaciones tributarias de todo tipo; aduaneras; reclamaciones de multas impuestas por Superintendencias (las más variadas); Tribunales de Policía Local; Juicios Arbitrales; Código de Justicia Militar y sus procedimientos; Recursos de Protección, de Amparo; Reclamaciones Administrativas; Asuntos del

Trabajo; Asuntos de Familia, etc.

En buenas cuentas, cualquier asunto jurisdiccional, del orden temporal y que esté contemplado no solo en el Art. 76 de la C.P. sino en otras normas, puede ser objeto de la acción de inaplicabilidad si es que en la gestión se pretende que rija una norma que por alguien se estima inconstitucional.

d) La aplicación del precepto legal, debe tener relación con una gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial.

e) La clasificación de tribunales en ordinarios y especiales. Esta clasificación es muy antigua, y como es sabido, los Tribunales ordinarios son los que figuran en el Código Orgánico de Tribunales.<sup>18</sup>

#### **IV) Causa judicial pendiente en que incide el requerimiento**

Como bien pudimos analizar, para que sea admisible un Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es necesario que exista una gestión pendiente, y que los artículos impugnados resulte relevantes para la sentencia de dicho fallo, por lo que me paréese importante aclarar algunos hecho de la causa judicial pendiente en que incide el requerimiento.

Una sentencia de reemplazo dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 12 de julio de 2005, en la causa Rol 85-2004, **constituye una servidumbre minera de tránsito** a favor del solicitante, titular de la

---

<sup>18</sup> **Saenger G Fernando. .Estudios Constitucionales. Editorial Jurídica, Págs. 117**

concesión denominada “Manto Siete Séptimo de 1 al 20”.

Dicha servidumbre afecta a parte de un predio de propiedad actual de la sociedad requirente (antes del señor Lorenzo Bauzá) y consiste en un **camino interior de un ancho aproximado de 15 metros y de 1.500 metros de longitud, también aproximada**. En la misma sentencia judicial se estableció el pago de la correspondiente indemnización, fijada en una suma cercana a los \$4.000.000 <sup>19</sup>

Es decir la servidumbre constituida tenía una extensión equivalente a 2,25 Hectáreas.

Posteriormente, y casi 2 años después, con fecha 25 de mayo de 2007, el señor Drago Domancic Dragicevic, actuando en representación de cuatro sociedades legales mineras, presentó demanda de **ampliación de la servidumbre** referida, en juicio sumarísimo, solicitando al tribunal que ésta se extendiera a todos los gravámenes permitidos en el artículo 120 del Código de Minería, artículo al cual nos referimos extensamente en el capítulo dos de nuestro trabajo, al mencionar las servidumbres en predios superficiales y más precisamente a las servidumbres de Trancito.

Según expresa el señor Drago Domancic Dragicevic esta solicitud es necesaria “con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación minera de las pertenencias mencionadas”<sup>20</sup>, mencionando además de manera expresa que los terrenos en los que pretende obtener la respectiva ampliación de la servidumbre **corresponderían a terrenos rurales abiertos y sin cultivos**.

---

<sup>19</sup> **Datos sacados del propio requerimiento de inaplicabilidad, y del portal jurídico Vlex de Internet:**

[http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/67323611?ix\\_resultado=1.0&query%5Bbuscable\\_id%5D=CL&query%5Bbuscable\\_type%5D=Pais&query%5Bcache\\_engine%5D=redis&query%5Bq%5D=bauza+alvarez](http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/67323611?ix_resultado=1.0&query%5Bbuscable_id%5D=CL&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bcache_engine%5D=redis&query%5Bq%5D=bauza+alvarez)

<sup>20</sup> **Dato página Internet Vlex**

Este ultimo punto ha sido del todo controvertido ya que agrícola Bauza es enfática en afirmar que dichos terrenos no son en lo absoluto terrenos rurales abiertos sin cultivos, por el contrario, estos terrenos se encontrarían desde el año 2007 **plantados por una gran cantidad de NOGALES**, plan de forestación que por lo demás se encontraría aprobado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF)

A su vez, la concesión minera representada por el señor Domancic solicito al tribunal de Ovalle la concesión provisoria de las servidumbres solicitadas, conforme lo dispuesto en el artículo 125 del Código de Minería, lo que se ha concedido por resolución de primero de agosto de 2008, estableciéndose una caución de \$60.000.000 para responder de los posibles perjuicios que se ocasionen al dueño del terreno superficial afectado.

## Capítulo Cuarto

# ARGUMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LAS PARTES RESPECTO A LA CONTIENDA CONSTITUCIONAL

### I) Por la parte requirente (Agrícola Bauzá)

1) Se plantea que los terrenos en los que se pide ampliar la servidumbre minera vigente se encontraban **plantados** a la época de formularse la respectiva solicitud, por lo que debiera aplicarse la misma limitación que prevé el artículo 7º de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras para el concesionario minero que desee constituir servidumbre minera por primera vez en predio plantado, esto es, pedir autorización del dueño.

**Artículo 7 Loc.** *Todo concesionario minero tiene la facultad exclusiva de catar y cavar en tierras de cualquier dominio con fines mineros dentro de los límites de la extensión territorial de su concesión. Dicha facultad se ejercerá de conformidad con las normas de la presente ley y estará sujeta a las limitaciones que se prescriban en el Código de Minería. Las limitaciones se establecerán siempre con el fin de precaver daños al dueño del suelo o de proveer a fines de interés público; consistirán en la necesidad de obtener permiso del dueño del suelo o de la autoridad correspondiente, en su caso, para ejercer la facultad de catar y cavar en ciertos terrenos. El Código establecerá un procedimiento*

*concentrado, económico y expedito para obtener dicho permiso en caso de negativa de quien debe otorgarlo. Sin embargo, sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos.*<sup>21</sup>

La autorización del dueño del predio plantado NO puede ser suplida por el juez ni tampoco el pago de una indemnización. A su entender, “el artículo 7 citado se transforma en la norma básica de protección de los derechos del dueño del predio superficial por cuanto la ley se remite expresamente a ello al regular los derechos y obligaciones de los concesionarios de exploración y explotación.

A su vez, el artículo 10 de LOCCM al establecer los derechos exclusivos de hacer calicatas y otras labores de explotación minera, sujeta este derecho a los Art 7 y 8 de LOCCM. En el mismo sentido, el artículo 11 al aludir los derechos de explotación exclusivos del concesionario de explotación sujeta el derecho a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la LOCCM.

Lo mismo hace el Art 15 del CM en su inciso final respecto a la facultad de catar y cavar sobre terrenos que no sean abiertos e incultos. Este Art 15 reitera la técnica legal de remitirse al Art séptimo de la LOCCM. Al desconocerse la exigencia del permiso del propietario del predio superficial a la ampliación de la servidumbre y al otorgamiento provisional de esta se vulneran :

- i) El artículo 19 N° 3 inciso 5 del CPR.
- ii) El artículo 19 N° 2 del CPR.
- iii) El artículo 19 N° 24 incisos 1º, 3º, 5º del CPR.

---

<sup>21</sup> **el subrayado es nuestro.**

1.1) Se vulnera el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, pues al privar de toda defensa al propietario, generando un procedimiento que no es racional ni justo y con ello vulneratorio del Art 19 N° 3 de la CPR.

Se sostiene que de aplicar los artículos impugnados se descartarían o negarían valor a la única defensa de fondo que podría hacer valer como demandado, dueño del terreno superficial, en el juicio de ampliación de servidumbre minera sobre un predio arbolado, y que ello no se aviene con un procedimiento racional y justo vulnerando la garantía constitución que estable el artículo 19 N° 3 inciso 5.

Critica además que el artículo 125 reduzca a un solo requisito -la caución- el otorgamiento del gravamen de manera provisional y que elimine toda defensa del afectado dueño superficial, en especial, la de oponer la excepción de falta de su permiso.

**Artículo 19 N° 3 inciso 5 CPR:** Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las **garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.**

1.2) Se vulnera el precepto constitucional del artículo 19 N° 2 , esto es, el principio de igualdad y no discriminación arbitraria, ya que la aplicación de las normas que impugna crearía una **diferencia caprichosa** entre la persona demandada en juicio para constituir una servidumbre minera y a la que se demanda para ampliar una ya constituida que afecta terrenos que se encuentran plantados a la fecha de la solicitud. Se alega que el segundo

no se le exigiría ni podría oponerse a la ampliación de servidumbre que afecta un predio plantado.

**Artículo 19 N° 2 CPR: *La igualdad ante la ley.*** *En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

1.3) Además se agrega que se vulneraría el derecho a la propiedad establecido como norma constitucional en el Art 19 N° 24 Incisos 1, 3 y 5 ya que privaría a la sociedad agrícola de la propiedad de los árboles plantados, bienes inmuebles por adherencia, y de la facultad de uso de ese predio, destinado por lo demás a un fin lícito, como es la agricultura de árboles frutales. En rigor, se sostiene que la aplicación de los Art 124 y 125 del CM y del Art 8 inciso 5 de LOCCM vulnera el “bloque de constitucionalidad” conformado por el Art 19 n° 24 inciso 6 de la propia CPR, el Art 7 de la LOCCM, que protege al dueño del predio superficial.

**Art 19 N° 24 CPR: *El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*** *Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

***Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.***

2) EN RESUMEN: De aplicarse los artículos que se objetan de inconstitucionalidad el juez que conoce el asunto debería autorizar la ampliación y el otorgamiento provisional de servidumbres mineras sobre terrenos plantados antes de la sentencia definitiva y sin el consentimiento del dueño de los terrenos superficiales afectados y, con ello, se contradice la protección que la Constitución Política de la República le reconoce al propietario del terreno superficial por dos vías independientes:

- i. Por imponer de manera transitoria fuertes cargas al predio superficial (que no podrían mantenerse en la sentencia definitiva)
- ii. Al dar lugar a un estatuto de ampliaciones de servidumbres mineras sobre terrenos arbolados más privilegiado que la constitución de la servidumbre original, eximiendo del permiso del dueño del terreno superficial.

3) Creo que es importante reiterar la postura de Agrícola Bauza al ser enfática en señalar que solo violando la CPR el propietario superficial estaría soportando la extracción de todos los frutales que tiene plantados en un área de 50 hectáreas, conforme a un plan de explotación de largo plazo, aprobado por la Corporación Nacional Forestal, vigente desde hace más de 5 años pues existirían en el predio afectado cerca de **1.000 nogales** plantados en el mes de abril de 2007 (6 meses antes de que se le notificara la demanda de ampliación).

## **II ) Por parte del requerido (Domancic Dragicevic)**

4) En respuesta del requerimiento de inaplicabilidad el Señor Domancic en representación de cuatro sociedades legales mineras plantea la improcedencia de este. Por dos razones principalmente:

4.1) Dice que la acción deducida se referiría exclusivamente a un cuestión de interpretación legal de cargo del tribunal competente y no del Tribunal Constitucional. Y que autorizar la ampliación de la servidumbre o la autorizar de manera provisoria su uso, es una cuestión de mera legalidad. Con ello además contradice la existencia un supuesto de echo "Bloque de constitucionalidad" en materia de servidumbres.

4.2) Agrega que toda la defensa de Agrícola Bauza para impedir el legitimo derecho de las mineras a explotar los yacimientos, se basa en que no se puede ampliar la servidumbre sin su autorización y que esta además no puede ser suplida ya que es una exigencia de orden público que no podría ser omitida por el tribunal de la instancia, pero ha añadido, y reiterado en innumerables ocasiones que ello procede cuando se solicite respecto de predios efectivamente plantados. El señor Domancic agrega que al conceder de manera provisoria la ampliación de la servidumbre, el tribunal de justicia en el que se tramita la gestión pendiente determinó que **en el terreno afectado no existían plantaciones** y luego de ello Agrícola Bauzá interpuso un **recurso de protección** en contra de dicha actuación jurisdiccional, mismo que **la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó** en primera instancia y que la **Corte Suprema confirmó** en segunda instancia.

Agrega el señor Domancic que la acción de inaplicabilidad deducida se funda en un hecho falso y que se encuentra controvertido en el juicio respectivo, por lo que su dilucidación corresponde precisamente a esa

Corte y no al Tribunal Constitucional. (Jurisprudencia Roles 1140, 1006, 1008, 1018, 1049, 947 y 12898)

Domancic es fuerte en aclarar que es de falsedad absoluta que al tiempo de el requerimiento de ampliación de servidumbre ( 25 de mayo del año 2007) los predios se encontrasen plantados con árboles frutales, se indica además, que los antecedentes técnicos presentados acreditarían que los terrenos en discusión no son aptos para la plantación y que además se encuentran en proceso de desertificación. 4.3) Abuso procesal reiterado: bajo este titulo el señor Domancic enumera una serie de actuaciones procesales que Agrícola Bauza la interpuesto con el objeto de impedir los derechos legítimos de las concesiones mineras que representa.

4.4) Mala Fe Procesal: también bajo este titulo las mineras hacen ver que de acogerse el recurso esto implicaría una nueva forma de impugnar resoluciones judiciales dictadas por los tribunales ordinarios en materias de su competencia, lo que obviamente es contrario a la Constitución como ha señalado el propio Tribunal Constitucional en el considerando 11 de la sentencia ROL 1214-2008.

Finalmente el señor Domancic estima que todo lo antes expuesto es suficiente para declarar inadmisibile el recurso y estima **inconducente** referirse a las hipótesis de inconstitucionalidad planteadas en el requerimiento deducido.

## Capítulo Quinto

# FALLO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### I. Cuestiones previas

El Tribunal Constitucional luego de la parte expositiva, parte en el párrafo II el fallo haciendo tres importantes aclaraciones:

“ Primero que al Tribunal en sede constitucional no le corresponde involucrarse en asuntos que implique definir la eventual contradicción entre dos preceptos legales ya que este es un asunto de legalidad, y que para estas controversias legales, existen otras instancias jurisdiccionales y otros procedimientos.

Segundo que esta Magistratura, al resolver una inaplicabilidad, usa como parámetro sólo la Constitución. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado, es únicamente la Constitución, no la ley.

Tercero que a esta Magistratura no le compete controlar la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un precepto legal que pueda hacer el tribunal que conoce de la causa que constituye la gestión pendiente. No toca a esta jurisdicción declarar que un tribunal ha actuado ilegalmente. Ello debe ser corregido a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento.”

## II – Fondo del asunto

Luego de estas aclaraciones previas, el Tribunal Constitucional nos dice que ya esta en condiciones de fallar sobre el fondo del asunto, y que para ello en primer termino se referirá a las servidumbres mineras en el párrafo III.

En segundo lugar el TC se refiere al impacto que soportan dichos predios al constituirse las servidumbres y si esto vulnera o no la **protección a la Propiedad** (Art. 19 N° 24 CPR). A esta materia dedica el párrafo IV del fallo.

En tercer lugar el tribunal se hace cargo de la argumentación de la Agrícola Bauza en cuanto alega la **indefensión del titular** (Art. 19 N° 3 CPR) de un terreno superficial al ser demandado para que amplíe una servidumbre ya constituida.

Finalmente se ve si los preceptos impugnados violan o no el principio de **igualdad ante la ley** que consagra nuestra carta magna (Art. 19 N° 2 CPR) respecto a la modificación de la servidumbre y respecto de la servidumbre provisional. A estas materias dedica el párrafo V y VI del fallo.

### 1) La servidumbre no vulnera el derecho de propiedad

En el párrafo III, el TC se refiere a la servidumbre minera analizando los orígenes históricos y la evolución de esta institución. En los considerandos

10 y 11 se refiere al fundamento constitucional, en los considerandos 23, 13 y 14 advierte que la servidumbre minera no es distinta de la institución civil aunque tenga singularidades como el hecho de ser legales y obligatorias. El considerando 15 lo dedica al fundamento y así sucesivamente en los considerandos 16 al 20 aporta antecedentes sobre la evolución histórica. Todo lo anterior para concluir que las servidumbres mineras, no obstante ser limitaciones al dominio, no son violatorias al derecho de propiedad y, eventualmente, indemnizables, cuestión que aparece en este fallo como una singularidad propia que NO tienen en derecho las servidumbres civiles. Sólo porque existe remisión legal expresa la servidumbre minera es indemnizable, la indemnización debe ser previamente determinada –sea que se constituye en virtud del pacto o de la sentencia judicial- y debe comprender “todo” perjuicio que directa o indirectamente se cause al dueño del terreno o a cualquier otra persona. Con ello el Tribunal Constitucional abre la posibilidad a la indemnización del daño patrimonial, ambiental y, por cierto, también al daño moral. A mi modo de ver, son especialmente importantes en este punto los siguientes aspectos singulares:

a) El TC en este tema es enfático al decirnos que *“las servidumbres mineras no obstante ser limitaciones al dominio, son indemnizables”* por lo que a juicio del tribunal NO HAY DESNATURALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

Es solo una limitación al dominio, no hay ningún desplazamiento patrimonial sino sólo la generación de la obligación de soportar la servidumbre, y que por lo mismo no sería indemnizable de acuerdo a la

regla general dispuesta en el artículo 19 N° 24, inciso segundo, de la Constitución. Sin embargo, en el dominio legal, tanto la LOCCM como el Código de Minería condicionan el establecimiento de la servidumbre a una “previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos... o a cualquier otra persona” (artículo 122 del Código de Minería).

b) Además, la indemnización tiene suficientes garantías. Por de pronto, el hecho que deba pactarse o determinarse por el juez con la constitución de la servidumbre, evita que se dilate su pago o que se sujete a la obtención de rentabilidades de la exploración o explotación. Enseguida, su monto se determina de mutuo acuerdo o por el juez y esta abarca todo perjuicio.

## **2) Sobre el permiso del dueño para imponer servidumbre en terreno plantado**

En el párrafo IV, luego de explicar que las servidumbres mineras no desnaturalizan el derecho de propiedad, el Tribunal Constitucional se hace cargo del problema del permiso del dueño.

Como aclaré en la cuestión de previo y especial pronunciamiento, al Tribunal Constitucional no le corresponde examinar ni pronunciarse sobre situaciones de hecho, como en este caso, de si los terrenos en disputa estaban descubiertos o plantados por mas de 1000 nogales y demás árboles frutales.

Pero el TC sí nos dice que sobre este tema la ley se encargó de establecer ciertos requisitos especiales, reglados por la LOCCM en su artículo N° 7 y por el CM en su Art. 15. El Art. 15 del CM se encuentra dentro de los

preceptos que regulan la facultad de catar y cavar, ya que por regla general los minerales se encuentran ocultos, y es necesario, por el beneficio de la nación toda, que sean descubiertos y que esta facultad o derecho, es propio de toda persona.

Como hemos dicho, esta legislación tienen 2 aspectos: por un lado la facultad de catar y cavar, pero también la facultad de “imponer transitoriamente sobre los predios superficiales las servidumbres que sean necesarias para la búsqueda de sustancias minerales (artículo 19 de el CM).

Bajo esta lógica, el TC nos aclara que la facultad para catar y cavar en terrenos plantados es aplicable tanto a la concesión de exploración (artículo 113) como a la de explotación (artículo 116). El permiso del dueño es doblemente excepcional. Por una parte hace excepción del régimen general de cata libre y luego es una excepción a la regla de cateo reglado, pues se establece sólo respecto de propietarios de casas, plantaciones y vides. Que la justificación de este régimen radica en que son tan grandes los perjuicios que se pueden causar catando y cavando y tan inseguros los ..... para todos, que sólo el dueño del predio los puede autorizar. Como la autorización depende del arbitrio del dueño puede imponer toda clase de condiciones al interesado para obtenerlas. Sin embargo, debe considerarse que un derecho a veto a la facultad de catar y cavar, en la medida que ésta no es aún un derecho, no genera dificultades. En cambio, tratándose de una concesión otorgada, el veto produciría la inviabilidad de la concesión. No hay que olvidar que la posibilidad de imponer servidumbres es un derecho que tiene el concesionario (artículo 109 del CM); y que se adquiere “desde la constitución de la respectiva concesión” siendo su

propósito “facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras” (artículo 120 del CM).

Por ende, la negación del propietario negaría valor a un derecho ya adquirido por parte de la concesión.

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

Finalmente, como lo ha reconocido la jurisprudencia, “quien se encuentra impedido de explotar su concesión, por no contar con la autorización del dueño del suelo, por contener éste arbolados en el sector, mal puede obtener la constitución de gravámenes que faciliten la explotación; como se pretende con las servidumbres de ocupación y de tránsito demandadas<sup>22</sup>”.

Por lo tanto no se afectaría el derecho de propiedad.

### **3) Sobre si la ampliación privaría a la Agrícola del dominio de los árboles plantados y del uso del terreno para un objeto lícito**

El TC, en el párrafo V (considerandos 39 a 43) opina que la ampliación de la servidumbre minera ya constituida no vulnera el derecho de propiedad, ya que estamos al frente de una limitación al dominio y que el titular mantiene la titularidad de la propiedad y que este posee 4 garantías para evitar los abusos:

- Posee la indemnización
- La naturaleza de estas servidumbres, ya que son eminentemente

---

<sup>22</sup> (SCS, rol 1.910/97).

transitorias

- Tiene el derecho a veto
- Y la garantía jurisdiccional de que es finalmente el juez quien las constituye pudiendo oponer sus reservas en el juicio.

Por lo tanto, el TC también descarta este argumento, en los términos planteados.

#### **4) Sobre si el requirente está en un estado de indefinición y se vulnera el debido proceso**

Se sostiene en el requerimiento que la ampliación de la servidumbre ya constituida a favor de un concesionario, no daría garantías suficientes al dueño del predio, vulnerando con ello el derecho constitucional que tiene todo ciudadano al debido proceso, donde pueda oponer acepciones y en general se base en la bilateralidad de la audiencia.

#### **5) Sobre si la servidumbre provisional afecta la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos**

El párrafo XI (Considerandos 44 a 47) se hace cargo de la igual protección en el ejercicio de los derechos.

Se planteó en el requerimiento de la legalidad de imponer provisionalmente al dueño del predio una servidumbre transitoria mientras se tramita el juicio definitivo para establecerla.

El Tribunal Constitucional, al igual como lo explicamos en las características de las servidumbres mineras, capítulo segundo de este

trabajo, nos dice que una de las características que distinguen a la servidumbre minera de la servidumbre civil, por regla general fija y perpetua. En cambio, la servidumbre minera es esencialmente transitoria y no es fija. Que la alteración de la servidumbre implica, por un lado, ampliar o reducir las indemnizaciones que se establecieron. Además, señala que la posibilidad de decretar provisionalmente la constitución de una servidumbre ya estaba contemplada en el Artículo 93 del Código de Minería de 1932 en forma prácticamente idéntica al Art. 125 del CM. El juez por lo demás tiene facultades para concederle o denegarle soberanamente probando los antecedentes del juicio.

El considerando 47 agrega que se requiere audiencia judicial del afectado para acceder a la servidumbre provisional.

Este argumento también es rechazado. El TC aclara que esta es una facultad del juez y que este no está obligado a otorgarla “La sola circunstancia de que estas servidumbres sean legales no obliga al juez a otorgarlas, y el tribunal las constituirá o denegará soberanamente, con los antecedentes que se alleguen en el juicio. Desconocer esta facultad del juez implicaría transformarlo en un mero receptor y tramitador de las pretensiones de los demandantes, cualesquiera que ellas fuesen.

Y que por lo demás este procedimiento requiere de la “audiencia del afectado” por lo que este podría en ese momento alegar sus objeciones en justo proceso.

## **6) El voto disidente**

Cabe destacar que el Fallo del Tribunal Constitucional no fue unánime, ya

que el Ministro señor Mario Fernández Baeza estuvo por acoger el requerimiento en relación al número 24 del artículo 19 de la Constitución, en cuanto al fondo, sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Que aún cuando la inaplicabilidad se circunscribe al caso concreto y no abarca la confrontación abstracta entre el precepto impugnado y la Constitución, lo que hace la diferencia entre los números 6º y 7º del artículo 93 de la Carta, este Ministro disidente hace constar que los preceptos impugnados, artículos 124 y 125 del Código de Minería y artículo 8 inciso quinto de la Ley N° 18.097, denominada Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM), de mutuo sustento, vulneran el número 24 del artículo 19 de la Constitución, especialmente en sus incisos tercero al sexto inclusive. Y una evidente inconstitucionalidad abstracta de un precepto legal sirve de firme sustento a que su aplicación pueda resultar contraria a la Constitución, según reza el número 6º del artículo 93 de la Carta.

b) La citada inconstitucionalidad resulta del contraste entre el carácter provisorio que el mencionado artículo 124 le otorga a la servidumbres – “Las servidumbres son esencialmente transitorias”– y el carácter definitivo que la extensa enumeración del inciso segundo del citado artículo 8º de la LOCCM, supuestamente armónico con aquel, le entrega a “las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras”, a pesar de que en su inciso quinto repite la fórmula “son esencialmente transitorias”, configurándose así una contradicción dentro del mismo artículo sobre este punto principal. En efecto, como ejemplo, no podría

entenderse que obras como tranques o túneles puedan ser consideradas como “transitorias”.

c) En conformidad a lo indicado, los tres preceptos impugnados, en mutuo apoyo y cobertura, contienen una distorsión de la institución de la servidumbre, al transformarla en un modo de adquirir la propiedad y de entregar las facultades inherentes del dominio, ambas situaciones reguladas en el inciso segundo del número 24 del artículo 19 de la Constitución. Según nuestra legislación sobre los derechos reales y la larga tradición jurídica de la que es tributaria, las servidumbres no constituyen la pérdida de la propiedad para el dueño del predio sirviente, sino la aceptación de un “gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” como la define el artículo 820 del Código Civil. Tal atributo del concepto básico de servidumbre no desaparece con el carácter especial de las servidumbres legales, y dentro de ellas, las de interés público y, más específicamente de las llamadas servidumbres administrativas, dentro de las que se encuentran las que acompañan a las concesiones mineras. En consecuencia, carece de base la argumentación edificada sobre las distinciones que tanto el Código de Minería como la citada LOCCM realiza para definir las especificidades en juego, tanto de las concesiones como de las servidumbres que facilitan el ejercicio y aprovechamiento de aquellas, para restarle el carácter provisorio que la servidumbre tiene más allá de la adjetivización que ordenamientos legales especiales le entreguen.

d) En el caso de autos, el requerimiento se sustenta fundadamente en que

la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente. La doctrina reputada al respecto señala que “la carga que impone las servidumbres al fundo que las soporta es mínima comparada con la utilidad que proporcionan al predio que benefician<sup>23</sup> lo que contrasta con la extensión que importa la ampliación de la servidumbre legal minera de tránsito de la especie, de 2,25 hectáreas a una servidumbre de 100 hectáreas. El perjuicio es evidente sólo por la extensión que comprende la ampliación, sin perjuicio de la alegación de que parte del predio- 50 hectáreas-se encuentre plantada con árboles, y del aprovechamiento que de ella se puede hacer de acuerdo a los análisis de los informes periciales que se acreditan en autos. El contraste con la relación entre carga y utilidad de ambas partes ya descrita se acrecienta en la medida en que la ampliación de la servidumbre tiene por objeto “ahondar las faenas de prospección y comenzar paralelamente con la exploración, explotación y/o producción”. Esto es, se contrasta una actividad ya iniciada en el predio, que es necesario interrumpir, con una actividad futura y de hipotéticos beneficios.

f) De lo expuesto se constata que la ampliación de la servidumbre solicitada en los términos de autos, consiste en una adquisición de la propiedad sobre el predio en cuestión, cuyas modalidades deben sujetarse a las regulaciones de la legislación civil tratándose de partes privadas las litigantes en la gestión pendiente. La participación del Estado no procede, a

---

<sup>23</sup> Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio - Tratado de los Derechos Reales. Bienes, Tomo II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Pág.170

excepción que se entendiera como expropiación, incluyendo la judicial, pues no se trata de servidumbres reguladas por los preceptos impugnados, especialmente el artículo 125 del Código de Minería. En consecuencia, la aplicación en la especie de los preceptos impugnados resultan contrarios al número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

## CONCLUSIONES

Al llegar al capítulo final de nuestro trabajo debemos comenzar por distinguir los temas de mera legalidad del conflicto constitucional llamado a ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

Me parece correcta la cuestión de previo y especial pronunciamiento del fallo acerca de que la evaluación de toda inaplicabilidad resulta de comparar las disposiciones legales y el texto constitucional, (ya que la Constitución es su único parámetro)

Comparto el criterio de que la actual inaplicabilidad por inconstitucionalidad admite probar la situación de hecho concreta pues en el actual recurso o acción constitucional no se trata de apreciar en abstracto como la norma legal se ajusta o no a la disposición constitucional, sino, cosa distinta, se trata de un verdadero incidente de constitucionalidad en que corresponderá apreciar el caso concreto en su cotejo con el bloque de constitucionalidad. Entiendo que la Constitución tiene normas y valores que se requieren aplicar a la situación concreta. En ese contexto, es preciso hacer tres comentarios:

El primero, se refiere al distingo entre las cuestiones de mera legalidad y las que conforman propiamente el conflicto constitucional. En este caso concreto, en efecto, como cuestión de mera legalidad no está afectado el principio de que no se pueda constituir servidumbres mineras sobre un predio superficial con plantaciones o viñas sin el permiso del dueño. Como tampoco está afectado el principio de que el permiso del dueño, cuando es legalmente requerible, no puede ser suplido ni por el juez ni por la indemnización. A mi modo de ver, tampoco estaría afectado el principio de que no se puede ampliar o disminuir una servidumbre ya otorgada al margen de la voluntad del dueño. Resulta claro que para poder ampliar la servidumbre es previo haberla tenido concedida y ello no es posible sin la voluntad del dueño.

La segunda cuestión se refiere a la determinación de los hechos acerca de si existían o no tales plantaciones a la época de solicitarse la servidumbre primitiva o la forma de solicitarse la ampliación de la misma. Este tema es evidentemente crucial pero no forma parte de la contienda constitucional. Pertenece íntegramente al plano de la mera legalidad.

La tercera cuestión deriva de las condiciones en las cuales, de acuerdo al marco legal vigente, se puede otorgar provisionalmente la ampliación de la servidumbre. Este punto tiene una arista de mera legalidad y una, en cambio, que nos parece representa el verdadero conflicto de constitucionalidad. El tema de mera legalidad se refiere a que los jueces del fondo, previa audiencia, deberán evaluar, sopesando todos los antecedentes, el otorgamiento o no en forma provisional de la ampliación

solicitada. En ese punto, ni bien lo toca el Tribunal Constitucional en esta sentencia haciendo notar (considerandos 47 y siguientes) que el juez es soberano y no una “mera correa transportadora” del beneficiario para resolver soberanamente si concede o no la ampliación solicitada. En ese punto todavía nos parece que nos movemos en un plano de mera legalidad. Sorprendentemente, la otra arista, la que genuinamente nos parece centra el conflicto de constitucionalidad del caso es la que no se debate directamente pero de la cual se hace cargo el voto disidente.

El tema de constitucionalidad se suscita en torno a la contradicción brutal entre el carácter meramente transitorio de una “limitación” del dominio bajo la doctrina predominante, con el carácter virtualmente expropiatorio que en el hecho, en lo concreto, resulta de la ampliación solicitada.

El verdadero debate constitucional debió haber estado planteado en torno a los incisos 3º, 4º, 5º y 6º del Art. 19 numeral 24 de la Constitución, es decir, haciendo ver al Tribunal Constitucional con claridad que en el hecho la limitación transitoria importaba generar un modo de adquirir el dominio de predio superficial en un escenario en que se puede hacer incluso una toma material del predio por la vía de obtener del juez el otorgamiento provisional de la ampliación de la servidumbre pedida, sin que exista aún una indemnización y sin otro resguardo para el propietario que una mera caución bajo la simple expectativa de que a través de ella se puede llegar a hacer efectiva la completa y total indemnización de todos los perjuicios que irroque al propietario del predio superficial y a los interesados, como la Junta de Vigilancia del Río Rapel.

La sentencia nos parece, en este punto, muy alejada del propio criterio del Tribunal Constitucional. Sólo el estupendo voto de minoría del ministro Mario Fernández Baeza da en el clavo de lo que debiera haber sido la solución constitucional del caso.

Es cierto que el caso no es de fácil solución, en los hechos es un caso límite, pues pareciera que efectivamente no hubo plantío a la época de la constitución de la servidumbre primitiva ni tampoco aparentemente existía a la época en que se solicitó la ampliación. Sin embargo, el verdadero “incidente de constitucionalidad” que representa el examen del caso concreto, al manifestar el Tribunal Constitucional en otras sentencias su sorpresa porque no se rinde prueba sobre el tema que hace al conflicto sub lite, habría debido llevar a que en este caso se rindiera prueba sobre la necesidad de extender a 100 hectáreas una servidumbre de tránsito conferida primitivamente sobre 2,25 hectareas y a poner, por tanto, en el corazón del debate la cuestión de la proporcionalidad entre la supuesta limitación transitoria en abstracto y la forma como, en concreto, se afectan los derechos de usar, gozar y disponer del propietario superficial. A modo de conclusión personal, no me parece que la facultad de catar y cavar, que se considera predio dominante, y sobre lo que se constituye la posibilidad de otorgar las servidumbres, puedan continuar quedando reglada de la forma que actualmente lo están. Mejor sería establecer que el predio superficial es expropiable por causa de utilidad del predio dominante, previo pago al contado de la indemnización compensatoria como condición de la toma de posesión material del predio.

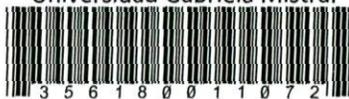
## **Bibliografía**

### OBRAS CONSULTADAS

1. Tratado de Derecho Minero. Juan Luis Ossa Bulnes. Cuarta edición actualizada y ampliada Tomo I. Editorial Jurídica año 2007.
2. Curso de Derecho Minero. Carmen Ansaldi Domínguez. Segunda edición. Editorial Metropolitana. 2007.
3. Curso Derecho de Minería. Samuel Lira Ovalle. Tercera edición. Editorial Jurídica. 1996.
4. Tratado de los Derechos Reales. Bienes. Arturo Alessandri, Manual Somarriva, Antonio Vodanovic: Tomo II, quinta edición, Editorial Jurídica de Chile. 1993.
5. Derecho Civil. Bienes. Fernando Rozas Vial. Primera edición. Editorial Universitaria. 1984.
6. Derecho Civil parte general. Carlos Ducci. Tomo I, segunda Edición. Editorial Jurídica. 1992
7. De los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Daniel Peñailillo. Tercera edición actualizada. Editorial Jurídica. 1999.

8. Estudios Constitucionales. Fernando Saenger G. Editorial jurídica, primera edición. 2003.
9. Memoria de Título Universidad Gabriela Mistral “ Legislación y jurisprudencia de minas y aguas desde 1900 a 1992”. María Luisa Baltra Vergara. 1992.
10. Memoria de Título Universidad Gabriela Mistral “Análisis de Jurisprudencia en Materia minera entre los años 1995 y 2006” Giancarlo Gurrieri Stagno, Año 2007.
11. Memoria de Título Universidad Gabriela Mistral “Las Servidumbres mineras antes la legislación vigente. Eugenio Mauricio Rivas Galleguillos. Año 2007.
12. Memoria de Título Universidad Gabriela Mistral “ La indemnización de perjuicio en las servidumbres mineras” Eduardo Ignacio Gordon Orduña. Año 2007.
13. Pagina Web Tribunal constitucional.  
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/>
14. Fallo completo de ROL 1284 Tribunal Constitucional.  
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1284>
15. Pagina Web Portal Jurídico Vlex.  
<http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-67323611>
16. Pagina Web Servicio Nacional de Geología y Minerías  
<http://www.sernageomin.cl>
17. Pagina Web Servidumbres Mineras en el Perú.  
<http://www.rossellolaw.com/files/Servidumbres%20en%20mineria%20-%20HMA.pdf>

BCA. UNIV. GABRIELA MISTRAL  
Universidad Gabriela Mistral



3 5 6 1 8 0 0 1 1 0 7 2 1