



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL:

Estructura y conflictos con otros derechos reales

Memoria de título para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORA:

PALOMA MONSERRAT TAPIA JARA

PROFESORA GUÍA:

MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME

Santiago, Chile

2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO 1. EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL BAJO LA LEY Nº 20.930..... 5

A. CONCEPTO.....	5
B. NATURALEZA JURÍDICA	8
<i>B.1) Derecho de propiedad sobre el predio objeto del contrato.....</i>	<i>8</i>
<i>B.2) Los derechos reales limitados.....</i>	<i>10</i>
<i>B.3) Conservation easements.....</i>	<i>12</i>
<i>B.4) Derecho real de servidumbre.....</i>	<i>15</i>
<i>B.5) Derecho real de usufructo.....</i>	<i>17</i>
C. CARACTERÍSTICAS.....	20
D. TITULAR.....	22
E. FORMA DE CONSTITUCIÓN	24
F. EFECTOS	26
G. TERMINACIÓN.....	28

CAPÍTULO 2. CASOS DE CONFRONTACIÓN DE DERECHOS MINEROS, ELÉCTRICOS Y MEDIOAMBIENTALES, ESTATALES Y PRIVADOS.....29

A. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS SERVIDUMBRES MINERAS Y ELÉCTRICAS	32
<i>A.1) Servidumbre legal minera.....</i>	<i>33</i>
<i>A.2) Servidumbre legal eléctrica.....</i>	<i>37</i>
B. CIERTOS CONFLICTOS QUE SE HAN PRODUCIDO ENTRE INTERESES ESTATALES Y/O PRIVADOS MINEROS, ELÉCTRICOS Y MEDIOAMBIENTALES	44
<i>B.1) Superposición de derechos reales mineros y eléctricos.....</i>	<i>44</i>
<i>B.2) Conflictos entre intereses estatales, y entre intereses estatales y privados, por solicitud de imposición de derechos reales en inmuebles fiscales.....</i>	<i>47</i>
<i>B.3) Conclusiones y síntesis de las principales discusiones observadas en la jurisprudencia reseñada.....</i>	<i>57</i>

CAPÍTULO 3. ENFRENTAMIENTO ENTRE EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL E INTERESES MINEROS, ELÉCTRICOS, MEDIOAMBIENTALES, ESTATALES Y PRIVADOS.....62

A. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA POSIBILIDAD DE OBSTACULIZACIÓN ENTRE DERECHOS REALES	64
B. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LOS DERECHOS REALES EN ESTUDIO.....	65
C. EL DRCM Y LAS SERVIDUMBRES LEGALES ESTUDIADAS ANTE UN POSIBLE CONFLICTO DE SUPERPOSICIÓN	68

<i>C.1) Intereses y derechos constitucionales involucrados</i>	69
<i>C.2) Relaciones temporales – espaciales entre los distintos derechos reales: superposición - coexistencia</i>	72
<i>C.3) Conflicto de superposición de acuerdo a criterios de prelación y temporalidad establecidos en la legislación aplicable</i>	74
<i>C.4) Rol de los constituyentes</i>	75
<i>C.5) Orden N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales</i>	82
<i>C.6) Verificación de la superposición de acuerdo a la jurisprudencia</i>	83
D. LA SITUACIÓN DEL DRCM ANTE LOS CONFLICTOS OBSERVADOS EN LA JURISPRUDENCIA EN CASOS EN QUE EL PREDIO OBJETO DEL JUICIO ES PROPIEDAD FISCAL	84
<i>D.1) Destinación del uso de suelo</i>	85
<i>D.2) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental</i>	89
<i>D.3) Función social de la propiedad</i>	91
E. EL TÉRMINO DE UN DRCM	92
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA	99
ANEXO: TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA	104

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del nuevo derecho real de conservación medioambiental, creado el año 2016 bajo la Ley N° 20.930. Se analizan sus principales elementos, naturaleza jurídica, características, titulares, efectos, constitución y terminación. En este proceso se relaciona el derecho real de conservación con otras instituciones jurídicas, como los *conservation easements* existentes en Estados Unidos y los derechos reales de servidumbre y usufructo contemplados en la legislación nacional. En una segunda parte, se reseñan ciertos conflictos jurídicos observados en la jurisprudencia nacional que tienen dentro de sus protagonistas a derechos mineros, eléctricos y medioambientales, donde juegan un rol importante intereses de particulares e intereses estatales. A partir de lo anterior, se relaciona el derecho real de conservación medioambiental, tal como está instaurado en la Ley N° 20.930, con los derechos reales mineros y eléctricos. Se plantean hipotéticos escenarios de confrontación, desarrollándolos en base a la legislación aplicable y la jurisprudencia observada hasta el momento en los conflictos reseñados. Concluyendo que el escenario para el derecho real de conservación medioambiental es complejo, en virtud de lo observado en la legislación vigente, la jurisprudencia y el desarrollo de materias medioambientales en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

El día 25 de julio de 2016 se publicó la Ley N° 20.930 que Establece el Derecho Real de Conservación Medioambiental. El proyecto de ley mencionaba entre los fundamentos para legislar sobre la materia que, en el marco de los avances hacia un desarrollo sostenible, se debía velar por armonizar dos intereses estratégicos: el crecimiento económico, y la utilización racional de los recursos naturales junto a la preservación de paisajes y ecosistemas en contribución a la protección del ambiente¹. El mecanismo propuesto para lograr dicho objetivo fue la conservación privada, y como antecedente se utilizó la figura de los “*conservation easements*” (servidumbre de conservación) existente en Estados Unidos. Para hacer aplicable este tipo de instrumento a nuestro sistema continental se creó el derecho real de conservación medioambiental, el cual encuentra asidero en las ramas del Derecho Civil, Derecho Medioambiental y Derecho Constitucional. Lo anterior lo hace un interesante objeto de estudio.

Se debe partir de la base de que los derechos reales de conservación y las servidumbres de conservación en la teoría del derecho medioambiental son un tipo de mecanismo de conservación privada, la cual se reconoce como una mejor opción frente a los mecanismos estatales de conservación, considerados poco eficientes². Dentro de los fundamentos para legislar y promover la conservación privada se mencionan en doctrina: evitar el aumento del gasto estatal; lograr la internalización social de las prácticas de conservación, conducentes a un manejo sustentable de la biodiversidad; generar patrones de desarrollo sustentable a nivel urbano y rural, así como a nivel local, comunitario e indígena³. Conocidas eran las virtudes de la conservación privada en la experiencia extranjera, la cual en Chile no contaba con un marco

¹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 1.

² Mario Bezanilla Lástrico. “Servidumbres o derechos reales de conservación”, (Tesis de pregrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2005): capítulo 1.

³ Jaime Ubilla Fuenzalida, “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: Consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho”, en: *Revista de Derecho Ambiental*, n° 1 (2003): 73.

normativo suficiente para promoverla⁴, aun cuando particulares ya habían iniciado este tipo de proyectos, como en el caso de la Fundación Lahuén en la Reserva El Cañi, Reserva Ecológica Huilo Huilo, Parque Karukinka, Santuario de la Naturaleza Salar de Huasco, Parque Pumalín, Parque Tantauco, Parque Oncol, entre otros⁵.

Identificada la necesidad de contar con un marco legal que sustentara esta actividad se buscó una figura dentro de nuestro derecho que permitiera lograr los objetivos planteados eficientemente, considerándose que la figura del derecho real era la apropiada. Dentro de las características que la hacían útil se mencionó que: i) goza de una fuerte protección legal y es más perdurable; ii) se puede exigir y hacer valer en contra de cualquiera, dado su carácter *erga omnes*; iii) al estar bien definidos los derechos y obligaciones de las partes, y con la posibilidad de exigir su cumplimiento forzado a una persona determinada, aumentan las posibilidades reales de obtener los fines de conservación, lo que se refuerza por la circunstancia de fundarse en un pacto que se acordó voluntariamente⁶.

En cuanto a su legitimidad constitucional, ésta se puede analizar desde dos puntos de vista. Por un lado el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y por el otro, el derecho de propiedad (a este último nos referiremos en acápite siguientes). El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entregándole al Estado el deber de velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza, y con este objetivo autoriza a que la ley pueda “establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Es en relación a la tutela de la preservación de la naturaleza que en el proyecto de ley se hizo hincapié en la legitimidad constitucional que tenía este nuevo derecho real. Se debe tener presente que en doctrina se ha afirmado que el contenido de este derecho es a “vivir” en un

⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 1-2.

⁵ Centro de Estudios Públicos, “Seminario: Liderazgo del sector privado en la conservación del medio ambiente, 28 de marzo de 2008”, *en: Revista Estudios Públicos*, ed. de Leonel Sierralta, n° 112 (2008): 169-266.

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 4-7.

medio ambiente libre de contaminación, no a un medio ambiente libre de contaminación⁷, pues esto constituiría una utopía, ya que la actividad ordinaria humana genera contaminación naturalmente. Por lo tanto, el derecho real de conservación medioambiental constituiría un mecanismo óptimo para tutelar la preservación de la naturaleza en función de garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación a las personas⁸.

Habiendo expresado lo atractivo e interesante del derecho real de conservación medioambiental para estas ramas del derecho, procede indicar los objetivos del presente trabajo. Como objetivo general se busca describir el derecho real de conservación medioambiental, y analizar ciertos conflictos que pudieren darse en su ejercicio frente a otras figuras jurídicas contempladas en nuestra legislación y de amplia aplicación.

Para ello se procederá a examinar los principales elementos del derecho real de conservación medioambiental de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 20.930. Asimismo se espera describir ciertos conflictos de relevancia jurídica que se han producido crecientemente en los últimos años, en que derechos constituidos a favor de diferentes actividades y sujetos se ven enfrentados. A partir de lo anterior se espera proyectar diferentes interrogantes y dificultades observadas en dichos conflictos, y que podrían eventualmente afectar de algún modo el desarrollo de un derecho real de conservación medioambiental. Por último, se busca proponer lineamientos a los conflictos y cuestionamientos planteados en base a lo establecido en la legislación y a lo observado en la jurisprudencia.

Para alcanzar los propósitos señalados se empleará el método analítico, a fin de precisar los elementos que componen el derecho real de conservación medioambiental; el comparativo, especialmente en lo que se refiere a la identificación de la naturaleza jurídica de este derecho real y el inductivo, en el desarrollo de los conflictos y criterios propuestos.

⁷ Jorge Bermúdez Soto, “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en: *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° 21 (2000): 10.

⁸ Al respecto, Bermúdez es categórico en expresar que este derecho tiene como titular a las personas naturales, es decir, tiene un contenido antropocéntrico, y no procede la invocación del derecho con un afán meramente protector de la naturaleza en cuanto bien jurídico en sí mismo tutelado. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en: *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° 21 (2000): 10-11.

Finalmente, en términos de estructura esta investigación se desarrollará en tres grandes partes. En primer lugar, se analizarán los principales elementos del derecho real de conservación medioambiental, como su concepto, naturaleza jurídica y características en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 20.930. En segundo lugar, se plantearán ciertos conflictos que tienen como protagonistas a dos importantes actividades económicas del país, la actividad minera y la actividad eléctrica, con el objetivo de desprender los principales aspectos de estos conflictos legales y jurisprudenciales, esbozando el interés en ellos respecto al derecho real de conservación medioambiental y su desarrollo. Y en la tercera parte se aplicará lo desprendido en el capítulo anterior a hipotéticos casos de confrontación con el derecho real de conservación medioambiental, observando como éste se desenvolvería, y cuales serían sus ventajas y desventajas en dichos conflictos jurídicos. Si bien en este trabajo se analizará jurisprudencia, ésta se referirá a los conflictos producidos entre derechos reales relacionados con la actividad minera y eléctrica; no con el derecho real de conservación medioambiental, debido a que por lo reciente de su creación, no existe jurisprudencia al respecto al momento de desarrollo de este trabajo.

CAPÍTULO 1. EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL BAJO LA LEY N° 20.930

A. CONCEPTO

El proyecto de ley en su artículo 2° señalaba que “El derecho real de conservación consiste en una limitación al dominio de un inmueble, que se constituye voluntariamente con la finalidad de contribuir a conservar el ambiente, en beneficio de la comunidad en su conjunto, cuyo ejercicio y protección quedan especialmente entregados a una persona jurídica determinada en calidad de titular, y en virtud de la cual se imponen ciertos gravámenes al bien raíz afectado”⁹. Durante la discusión parlamentaria se realizaron modificaciones y precisiones a este concepto, de manera de adecuar esta nueva figura del derecho real de conservación (en adelante DRCM) a la normativa legal y constitucional vigente. De esta manera, la definición de DRCM contemplada en el artículo 2° inciso 1° de la Ley N° 20.930 (en adelante la Ley) lo define como “un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste”.

De la definición transcrita resalta la naturaleza de derecho real de esta nueva figura jurídica, lo cual conlleva relevantes consecuencias. El artículo 577 del Código Civil dispone que “derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”; a su vez, la doctrina lo ha definido como aquel que atribuye a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más o menos amplio, dependiendo del contenido del derecho de que se trate¹⁰. Dentro de sus características esenciales se identifican las siguientes: se han concebido clásicamente como una relación persona – cosa, como un poder jurídico inmediato y directo sobre la cosa; es un derecho absoluto, es decir, es “aquel derecho cuyo titular puede hacerlo valer contra todos los demás sujetos (*erga omnes*), porque se estima que sobre todos ellos pesa el deber de no perturbar ni

⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 8.

¹⁰ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 13-14

violar el derecho mismo”¹¹; sus elementos son dos: la persona (sujeto activo del derecho), y la cosa (objeto del derecho)¹²; el número de derechos reales es cerrado (*numerus clausus*)¹³, y consiste en que sólo la ley puede crearlos de manera particular; se adquieren por la concurrencia de un título y un modo de adquirir; finalmente, de éstos nacen acciones reales¹⁴.

Este derecho real está constituido por la facultad de conservación del patrimonio ambiental, que de acuerdo al artículo 2º de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente que la Ley N° 20.930 hace aplicable, consiste en “el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”.

La parte final de la definición de DRCM, al especificar en qué consiste esta facultad indica que es la facultad de conservar el patrimonio medioambiental “de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste”. La pregunta que surge es qué quiere decir la Ley con “ciertos atributos o funciones de éste”. En la discusión parlamentaria el uso de los términos “atributos – funciones” fue examinado, pero no se especificó a qué se aludía con ellos. Por una parte, la palabra atributo de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española constituye “cada una de las cualidades o propiedades de un ser”¹⁵. Por otra parte, en el caso de la palabra función, se hizo referencia en la discusión parlamentaria al Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (Boletín N° 9.404-12), aún en tramitación. Se efectuó esta referencia puesto que en este proyecto el término función era sinónimo de un término técnico, el de “servicios ecosistémicos”¹⁶. El artículo 2º

¹¹ *Ibíd.*, 16.

¹² La teoría clásica que pretende explicar la esencia de los derechos reales es la que reconoce estos dos elementos. En contraposición se encuentra la Teoría Personalista u Obligacionista, que no acepta la relación entre persona – cosa, afirmando que sólo pueden existir relaciones entre personas, siendo Planiol uno de los defensores de esta postura. Al respecto véase: Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 19-20.

¹³ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 22.

¹⁴ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 6, (Santiago: Jurídica de Chile, 2013), 3: 26.

¹⁵ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, s. v. “atributo”, acceso el 3 de julio de 2017, <http://dle.rae.es/?id=4KiETWb>

¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 273.

letra r) del proyecto mencionado, define a “servicio ecosistémico” como aquella “contribución directa o indirecta de los ecosistemas al bienestar humano”. Se objetó la alusión al concepto de servicio ecosistémico, indicando que en consideración a la naturaleza de la figura en cuestión, y perteneciendo el DRCM al área del derecho privado, lo que correspondía era que se utilizara la terminología propia del derecho civil para regularlo¹⁷.

Entonces, cabe preguntarse qué significa el término “función” en derecho civil. Si se hace un repaso a esta rama no se observa un concepto específico de función, pudiendo entenderse que lo que se afirmó fue teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil respecto a la interpretación de la ley, de acuerdo al cual “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”. Por lo tanto, dada la amplitud de los conceptos y su carácter subjetivo, la definición de qué constituye un atributo o función del inmueble quedará entregada a las partes, y serán ellas las que lo determinen.

Para concluir este punto de análisis, apropiado es destacar que previo a la creación del DRCM, Jaime Ubilla había entregado una definición de los derechos reales de conservación, la cual resulta inclusiva de todos los elementos que componen el DRCM de acuerdo a la estructura establecida en la Ley, representando de manera precisa lo que es el DRC en Chile:

“Los derechos reales de conservación, corresponden a derechos reales que recaen sobre un predio y que ceden a favor de una persona natural o jurídica (servidumbre personal), que imponen restricciones al ejercicio del dominio sobre el predio, y que eventualmente establecen acciones obligatorias al titular del predio o incluso al titular del derecho real, con el objeto de proteger o conservar, en distintos grados, los recursos naturales existentes en tal predio.”¹⁸

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Jaime Ubilla Fuenzalida, “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: Consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho”, *en: Revista de Derecho Ambiental*, n° 1 (2003): 79.

B. NATURALEZA JURÍDICA

En este punto se tratarán diversas materias que explican la naturaleza jurídica del DRCM y se hará alusión a otras figuras jurídicas con las que se ha relacionado al DRCM.

B.1) Derecho de propiedad sobre el predio objeto del contrato

Para poder constituir un DRCM una de las partes debe ser titular del derecho de dominio sobre el inmueble, el cual se reconoce como requisito *sine qua non* para que pueda constituirse un DRCM a favor de un tercero. En este sentido se expresan Alessandri – Somarriva – Vodanovic al afirmar que, en contraposición al derecho de dominio que es un derecho general e independiente, se encuentran el resto de los derechos reales son derechos dependientes, pues presuponen la existencia de la propiedad, al ser derechos sobre cosa ajena (*ius in re aliena*)¹⁹. Por lo tanto, se distinguen dos sujetos en la relación en un DRCM: el titular del derecho de dominio sobre el inmueble, y el titular del DRCM.

El dominio se ha reconocido como el más completo y absoluto de los derechos reales, facultando a su titular para gozar y disponer de una cosa de manera absoluta, sólo teniendo como limitaciones la ley y el derecho ajeno, según la definición del artículo 582 del Código Civil. Tres son sus principales caracteres: absoluto, perpetuo y exclusivo²⁰. Su exclusividad, no impide que el dueño pueda constituir otros derechos reales a favor de terceros, ya que el dominio no se pierde, sólo se ve limitado²¹.

Dos grandes corrientes son las que han estructurado el concepto de dominio, las definiciones sintéticas y las definiciones analíticas. Las definiciones sintéticas son aquellas que se basan en un criterio cualitativo, por lo que dan un concepto unitario de la propiedad, prescindiendo de la mención de las facultades que otorga al titular; ven en la propiedad un derecho unitario y abstracto, siempre igual y distinto de sus facultades²². En cambio, las

¹⁹ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 38.

²⁰ *Ibíd.*, 37-39.

²¹ *Ibíd.*, 37-38.

²² *Ibíd.*, 36.

definiciones analíticas – entre las cuales se encuentra la definición de dominio del Código Civil y que permite entender el origen del DRCM– explican el concepto de propiedad en base a un criterio cuantitativo, como una suma de facultades o atribuciones del dueño de la cosa sobre la que recae el derecho de propiedad²³.

De acuerdo a las definiciones analíticas, la propiedad se descompone en sus facultades: uso, goce y disposición. Es la facultad de disposición la que permite comprender la fuente del DRCM; se puede disponer material y jurídicamente de una cosa²⁴: i) se dispone materialmente de la cosa destruyéndola, transformándola o degradándola; ii) se dispone jurídicamente de la cosa, en sentido amplio, cuando el titular se desprende del poder que tiene sobre la cosa, sea o no a favor de tercera persona, por acto entre vivos o por causa de muerte, siendo tipos de disposición jurídica la renuncia, el abandono y la enajenación. En la constitución de un DRCM es la enajenación – entendida en su acepción amplia – la que opera al momento de la disposición jurídica, esto es, “todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona o constituye sobre él un nuevo derecho real a favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el suyo ya existente”²⁵. Por lo tanto, es en ejercicio de la facultad de disposición jurídica que el propietario del inmueble voluntariamente limita su derecho de dominio, constituyendo a un tercero en titular de un derecho en particular sobre su inmueble, específicamente, un DRCM que le permite efectuar obras de conservación del patrimonio ambiental, y que a su vez, obliga al dueño del predio a efectuar ciertas obras.

Para finalizar, la legitimidad constitucional del DRCM respecto al derecho de propiedad se encuentra en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política en sus dos primeros incisos. En efecto, la moción parlamentaria se refirió a esta garantía manifestando que, en primer lugar, el DRCM como bien incorporal gozaría de protección jurídica como objeto del derecho de propiedad; y en segundo lugar, se señaló que si la Carta Fundamental admitía y permitía que la ley impusiera limitaciones a la propiedad en consideración a su función social, con mayor razón

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*, 51.

²⁵ *Ibíd.*, 54.

sería lícito que el mismo titular auto impusiera limitaciones a su derecho²⁶. En el mismo sentido, durante la discusión del proyecto el Profesor Patricio Zapata, informó que tanto la doctrina como jurisprudencia constitucional distinguen entre la regulación, la limitación y la vulneración del derecho de propiedad. Señaló que “la regulación consiste en la especificación, fundamentalmente por ley, de las formas en que lícitamente pueden buscarse ciertos objetivos privados. Se regula, entre otras cosas, para evitar colisión de intereses y derechos, optimizar las eficiencias, y para controlar mejor eventuales abusos”²⁷. Bajo este respecto “el derecho real de conservación constituye una nueva forma de regular los bienes, y, como tal, en concordancia con la Carta Fundamental, sin constituir limitación, ni vulneración. Aun cuando, desde el punto de vista del derecho civil, miradas las facultades del propietario, este derecho real limita o acota su haz de poderes, se trata de una autolimitación libre, que desde el punto de vista constitucional, marca una diferencia cualitativa con las interferencias desde fuera.”²⁸. Lo anterior guarda absoluto sentido con la esencia del derecho de propiedad y sus características, siendo un poderío absoluto de su titular, pudiendo usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa, es totalmente ajustado a la ley y la Constitución Política que éste pueda limitarse voluntariamente, pues está haciendo ejercicio de la esencia del derecho, la capacidad de disposición.

B.2) Los derechos reales limitados

En este punto nos referiremos al DRCM como derecho real limitado y como derecho real *in faciendo*. En primer lugar, los derechos reales limitados o restringidos “son aquellos que, comparados con el derecho real patrón, el dominio, presentan un contenido más limitado o reducido”²⁹; en doctrina han existido dos grandes corrientes que pretenden explicar su naturaleza. La primera, la concepción clásica, afirma que “el dominio es una suma de derechos parciales, autónomos pero encerrados dentro del dominio; los derechos reales limitados son fracciones o desmembramientos de la propiedad: se separan de ella y la dejan con uno o más miembros o fracciones de menos. Al constituirse un derecho real limitado, se sustrae del

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 4-5.

²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 31.

²⁸ *Ibíd.*, 32.

²⁹ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 2: 79.

dominio un derecho parcial para que viva fuera de éste”³⁰. La segunda, la corriente moderna, sostiene que “el derecho de dominio lejos está de ser la suma de una serie de facultades; es un derecho *único* que comprende todos los poderes posibles de goce y disposición; los derechos reales limitados no son facultades desgajadas o desprendidas del dominio, que, existiendo con fisonomía propia dentro de éste, se sacan al exterior ... La autonomía de los derechos reales limitados sólo existe cuando ellos se consideran *fuera* del dominio, siendo de notar que no nacen desprendiéndose de éste; surgen originariamente, *ex novo*... Por tanto, el titular del derecho real limitado no sucede al propietario y éste no traspasa su facultad; el titular del derecho real limitado no adquiere su titularidad por tradición o transmisión del propietario, sino por constitución del derecho a su favor”³¹.

Observando la forma en que se plantea el DRCM en la Ley, es posible afirmar que éste sigue una concepción moderna de los derechos reales limitados, puesto que no se visualiza cómo el propietario de un inmueble podría tener específicamente, como tal, dentro de sus facultades la de conservar el mismo, sino que más bien lo que se entiende es que esta facultad se encuentra dentro de la facultades generales de uso y disposición material, por tanto, es al momento de constituir el DRCM que el dueño del predio y el futuro titular del DRCM lo crean con objetivos y contenidos específicos, fuera del dominio del titular del inmueble. La misma Ley ejemplifica esto, pues habla de “constitución” del DRCM, demostraciones son “Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria...” (artículo 2º inciso 1º), “Contrato constitutivo. El contrato mediante el cual se constituye el derecho real de conservación ...” (artículo 5º inciso 1º).

En segundo lugar, para referirnos al concepto doctrinario de “derechos reales *in faciendo*”, nos remitiremos a lo explicado por el Profesor Daniel Peñailillo durante la tramitación de la Ley³². Los derechos reales, como género, imponen al resto de las personas “el deber de respetar las prerrogativas del titular sobre la cosa en que recaen”³³. En el caso de los derechos reales limitados, a lo anterior, se añade también el respeto que debe tener el propietario de la cosa respecto el titular del derecho real limitado, de esta manera, el propietario del bien

³⁰ *Ibíd.*, 83.

³¹ *Ibíd.*

³² Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 262-269.

³³ *Ibíd.*, 268.

“está particularmente obligado a abstenerse de perturbar el ejercicio del derecho real limitado por parte del titular”³⁴. Por lo tanto, por regla general, estos derechos reales limitados, “fuera de tolerar su ejercicio, no imponen al dueño un deber (positivo) de ejecutar actividades en la cosa, en provecho del titular del derecho real”³⁵. Y es en esto último donde surge la particularidad de los derechos reales *in faciendo*, pues “en ellos, además de tolerar el ejercicio del derecho real, se impone al dueño el deber de ejecutar determinadas actividades (para el cumplimiento más integral del objetivo asignado al derecho real de que se trata)”³⁶.

B.3) Conservation easements

La figura jurídica extranjera que enmarcó la creación de un mecanismo de conservación que se ajustara a las condiciones y estructuras de nuestro país fue la de los “*conservation easements*”, mecanismos de conservación privada originados hace aproximadamente 30-40 años en Estados Unidos, cuya traducción al español es de “servidumbres de conservación”. De acuerdo a lo señalado por Gerald Korngold, sus principales características son las siguientes: i) Un interés privado en poder de una organización no lucrativa, creado voluntariamente por las partes; ii) Restringe al dueño del predio sirviente de alterar los atributos medioambientales de la propiedad; iii) Un derecho limitado, sin posesión, donde el dueño del predio sirviente mantiene sus derechos sobre la tierra; iv) “*In gross*”, es decir, el titular de la servidumbre no necesita ser dueño del predio colindante al predio sirviente para poder constituir la servidumbre; v) Es perpetuo, o al menos es posible la perpetuidad; vi) Existe un interés en la propiedad del titular de la servidumbre, es decir, un interés efectivo en la tierra en sí misma y no solamente una obligación contractual del dueño del predio gravado; vii) Vinculante a los sucesores de la propiedad sirviente; viii) Asignable como un derecho de propiedad (*property right*) a otras organizaciones no lucrativas o entidades gubernamentales³⁷.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*, 269.

³⁷ Gerald Korngold, “Globalizing conservation easements: Private law approaches for international environmental protection”, *en: New York Law School Legal Studies*. Research Paper Series 10/11 # 2, (New York Law School, 2010): 5.

Tal como menciona Harvey M. Jacobs, las bases teóricas de los *conservation easements* parten de la concepción de que la propiedad – bajo el sistema del *common law* – es conceptualizada como un haz de derechos (*bundle of rights*). Bajo esta idea la propiedad comprende un conjunto de derechos que tienen que ver con la naturaleza física y con un conjunto de relaciones sociales. Los derechos pueden separados del haz, pueden ser separados entre sí, pueden ser incorporados y extraídos del haz; en este escenario los *conservation easements* representan uno de los derechos en el haz³⁸. Éstos son comúnmente estructurados como acuerdos legales entre el dueño del predio y una organización elegible, de tal manera de restringir permanentemente futuras actividades en el predio y proteger las utilidades de conservación de la tierra. Permiten al dueño del predio mantener su propiedad y usarlo sujeto a las restricciones del acuerdo, pudiendo venderlo o transferirlo manteniéndose los *conservation easements* sin alteración, por esto se dice que los *conservation easements* “run with the land” (corren con la propiedad), en el entendido de que son accesorios a la misma.

Teniendo en cuenta una descripción general de los *conservation easements*, y advirtiendo que éstos se generaron en una tradición jurídica distinta a la nuestra, cabe mencionar las dificultades que se reconocieron al intentar acercar esta figura al sistema continental. Quien efectuó una precisa identificación de éstas fue Gerald Korngold, quien en su texto “*Globalizing Conservation Easements: Private Law Approaches for International Environmental Protection*” señaló tres dificultades para la aplicación de las servidumbres de conservación privada (*private conservation easements*) en los países donde imperara la tradición del *civil law*³⁹: i) La prohibición de “*in gross servitudes*”, que consisten en servidumbres que se pactan sobre un predio sin existir otro predio el cual sea beneficiado; ii) El rechazo de la imposición de obligaciones positivas (*affirmative obligations*) al dueño del predio gravado con la servidumbre; iii) Número limitado de derechos (*numerus clausus*), sólo se permiten los creados por la ley.

³⁸ Harvey M. Jacobs, *Conservation easements in the U.S. and abroad: Reflections and views toward the future*, Working Paper, (Lincoln Institute of Land Policy, 2014): 2-3.

³⁹ Gerald Korngold, “Globalizing conservation easements: Private law approaches for international environmental protection”, *en: New York Law School Legal Studies*. Research Paper Series 10/11 # 2, (New York Law School, 2010): 29-34.

Como es posible apreciar, la figura jurídica creada a través de la Ley N° 20.930, supera las dificultades planteadas. En primer lugar, al no constituirse como servidumbre, no se faltó a los requisitos que esta figura jurídica exige en nuestro ordenamiento, como es la existencia de dos predios que deslinden uno con el otro y que pertenezcan a distintos dueños. En segundo lugar, también se superó el conflicto con las obligaciones de hacer que pueden imponerse al dueño del predio que se afecta con el DRCM, pues si bien en nuestro derecho las servidumbres no contemplan la posibilidad de imponer al propietario del inmueble gravado obligaciones de hacer algo, sí se puede lograr a través de la figura de los derechos reales. Específicamente, mediante la categoría de los derechos reales *in faciendo*; inclusive en el proyecto de ley que creaba el DRCM, se identificó a éste dentro de la categoría de los derechos reales *in faciendo*⁴⁰.

Finalmente, sin perjuicio de las dificultades que superó la creación de este nuevo DRCM, de todas maneras se observa una posible desventaja del DRCM frente a los *conservation easements*: los incentivos tributarios contemplados; la existencia de éstos es un gran aliciente a los propietarios de terrenos que presenten valores medioambientales para constituir *conservation easements*⁴¹. Durante la tramitación del proyecto de ley se informó que para estudiar posibles incentivos tributarios, era necesaria una moción del Ejecutivo, lo que no había ocurrido. Además se recalcó que se seguiría el modelo de otras legislaciones en que primero se creaban los mecanismos de conservación privada, y luego se comenzaba el estudio de posibles incentivos tributarios⁴².

Por lo tanto, se puede señalar a modo de conclusión que el DRCM y los *conservation easements* tienen similitud en cuanto a los objetivos que buscan, siendo ambos mecanismos de conservación del medioambiente, pero distan en cuanto a estructura y elementos, no constituyendo el DRCM un *conservation easements*.

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 8.

⁴¹ Jeffrey O. Sundberg, y Richard F. Dye. *Tax and property value effects of conservation easements*, Working paper, (Lincoln Institute of Land Policy: 2006): 2-3.

⁴² Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 30.

B.4) Derecho real de servidumbre

Relacionado con el punto anterior cabe hacer una comparación entre el derecho de servidumbre y el DRCM, ya que los *conservation easements* que sirvieron de base para su creación constituyen servidumbres en el sistema anglosajón, debiendo analizarse si el DRCM tiene o no semejanzas con el derecho de servidumbre. Además, la Ley en su artículo 1º hace alusión a ciertos artículos que rigen a las servidumbres en el Código Civil (artículos 826, 828, 829, 830), lo que permitiría presuponer una cierta relación.

El Código Civil señala que: “*Servidumbre predial*, o simplemente *servidumbre*, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” (artículo 820). Respecto a sus elementos, se reconoce que en el DRCM no existe predio dominante ni predio sirviente, sólo existe un predio involucrado sobre el cual se constituye el DRCM, y no existe utilidad o beneficio de un predio a favor de otro, es uno el predio beneficiado debido a las actividades que un tercero o el propietario se hayan obligado a efectuar. Éstas se caracterizan como un derecho real, inmueble, accesorio, perpetuo e indivisible⁴³, asemejándose con el DRCM (en ambos casos la perpetuidad es un elemento de la naturaleza).

El Código Civil clasifica las servidumbres en continuas/discontinuas, positivas/negativas, aparentes/inaparentes, naturales/legales/voluntarias (la Ley N° 20.930 no clasifica el DRCM). Respecto a la clasificación continua/discontinua, es posible prever que la forma de ejercer el DRCM será, por un lado, a través de actividades que suponen un hecho actual del hombre, como labores de limpieza, reparación, mantención, etc., siendo aplicable la clasificación discontinua; o también a través la abstención de efectuar ciertas actividades, en que no es necesario un hecho actual del hombre para el ejercicio del derecho real, basta con la abstención, siendo por tanto aplicable también la clasificación continua al DRCM. La categoría positiva/negativa puede ser aplicable en ambos casos al DRCM, ya que en cuanto a la restricción o prohibición de destinar el inmueble a determinados fines estamos ante una obligación negativa (se abstiene de efectuar algo que sin mediar el DRCM le sería lícito); y en el caso de que el titular del DRCM se obligase a efectuar ciertas actividades en el predio, el titular del derecho de

⁴³ Fernando Rozas Vial, *Derecho civil: Los bienes*, (Santiago: Forense, 1984): 338-339.

propiedad sobre el predio estaría ante una obligación positiva de dejar hacer. Sin embargo, la Ley concibe otro tipo de obligaciones que no se producen en el caso de las servidumbres, lo cual se tratará en el punto siguiente. La clasificación aparente/inaparente no es aplicable como tal al DRCM, ya que las actividades de conservación que se pueden llevar a cabo son tan variadas y pueden tener efectos tan imprevisibles, que no sería posible determinar cómo tal actividad en específico generó tal consecuencia. Por lo demás, puede ocurrir que las obras sólo sean de mantenimiento del estado actual, por lo que no habría una forma nítida de observar señales de su existencia. Con respecto al origen natural/legal/voluntario, indiscutiblemente sólo aplica el último para el DRCM, pues la Ley consagra que el DRCM se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio (artículo 2º). Y aun más, dentro de los tipos de constitución voluntaria de servidumbres, sólo corresponde para el DRCM la constitución mediante un título y la prescripción. En el caso del título, cabe resaltar que si bien tanto para el caso de las servidumbres como el DRCM se exige que el derecho se constituya mediante escritura pública, sólo en el caso del DRCM se exige inscripción en el Registro Conservatorio, cuestión que es facultativa para las servidumbres (salvo excepciones). Por lo tanto, el DRCM está sujeto a las reglas de la posesión inscrita, y las servidumbres reguladas en el Código Civil a las reglas de la posesión de inmuebles no inscritos.

De acuerdo a la naturaleza y contenido del gravamen que se impone, la servidumbre puede consistir en que el dueño del predio sirviente: i) tenga que sufrir ciertos actos de uso; ii) tenga que abstenerse de ejercer ciertos actos de dominio⁴⁴. Esto difiere del contenido del DRCM, pues éste no sólo considera la posibilidad de obligar al dueño del predio de abstenerse de ejecutar algo, o dejar hacer algo, sino que también, como elemento característico, se contempla la posibilidad de imponer obligaciones de hacer algo al dueño del predio. Si bien su contenido es diferente, en su ejercicio ambos gozan de las prerrogativas establecidas en los artículos 828, 829 y 830 del Código Civil, pues la Ley N° 20.930 los hace expresamente aplicables.

En cuanto a la extinción de las servidumbres son aplicables al DRCM las causales mencionadas en los artículos 885 y 887 del Código Civil, como también la expropiación por causa de utilidad pública. Por su parte, el artículo 12 de la Ley indica que el DRCM se extinguirá

⁴⁴ *Ibíd.*, 338.

por las causales generales de terminación de los derechos reales – punto al que nos referiremos más adelante – y especialmente por: i) la transferencia del bien gravado; ii) la disolución de la persona jurídica titular del derecho, salvo estipulación en contrario; iii) la expropiación del inmueble gravado. En comparación, las causales de extinción establecidas expresamente para las servidumbres son más, sin embargo, es posible afirmar que varias de ellas son aplicación de las reglas generales del derecho de obligaciones, siendo plenamente aplicables la resolución del derecho del constituyente, la llegada del día o condición, y la renuncia del titular del DRCM por aplicación del artículo 12 del Código Civil; como también es aplicable a ambas figuras la expropiación por causa de utilidad pública. La confusión podría ser causal aplicable al DRCM, entendiéndose como la reunión de las calidades de titular del DRCM y del derecho de dominio sobre el inmueble en la misma persona. Respecto al no uso, es complejo hacer una comparación, ya que la Ley no hace referencia a plazos y requisitos, pero sí se puede afirmar que procedería esta causal en aplicación de las reglas generales. Un punto interesante es lo que ocurre con la causal prevista en el artículo 887, en que por el estado en que se encuentran las cosas sea imposible usar de ellas. A nuestro parecer la Ley N° 20.930 debiera contemplar una causal similar a ésta, en que se permita se considere el término del DRCM debido a la disminución o desaparición de las características medioambientales del predio haciendo imposible su ejercicio (lo que no sería lo mismo que la pérdida o la destrucción de la cosa objeto del derecho). Por supuesto, en estos casos la estimación y decisión de si es posible continuar con la conservación del predio sería de las partes.

En conclusión, el DRCM no constituye una servidumbre, puesto que los elementos que caracterizan y configuran a cada uno de estos derechos reales son diferentes, como es el hecho de que en la servidumbre existen dos predios, y uno se ve gravado en utilidad de otro. Por lo demás, el DRCM prevé que el dueño del predio se obligue a efectuar ciertas actividades; en cambio, en la servidumbre no se contempla esa opción. Sin embargo, en cuanto a las formas de ejercicio, de constitución y término, encuentran similitudes, lo que se puede derivar del carácter de derechos reales limitados de ambos.

B.5) Derecho real de usufructo

Una de las figuras con las cuales también se ha asimilado el DRCM es al usufructo. En efecto, durante la discusión legislativa, Jaime Ubilla señaló que “si este nuevo derecho real se asimila a una institución, ella debe ser en todo caso el usufructo, el que a pesar de que constituye una limitación, está orientado al valor de ciertos intangibles que son el uso y el goce”⁴⁵.

El Código Civil define el usufructo como un “derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible” (artículo 764). Es la percepción de los frutos lo que acerca especialmente el DRCM al usufructo, puesto que la Ley contempla la posibilidad de que las partes pacten que el titular del DRCM perciba los frutos que de la actividad de conservación se originen (artículo 6° inciso final). En cuanto al elemento personal el DRCM es similar al usufructo, ya que nos encontramos con el propietario del predio y el titular del DRCM. Cabe resaltar en este punto que en el usufructo coexisten el derecho de propiedad en manos del nudo propietario (quien constituye a favor de un tercero un usufructo), y el derecho de usufructo en manos del usufructuario, siendo éste el mismo escenario que se produce en el DRCM, en el que coexisten el derecho de propiedad del dueño del predio, con el DRCM constituido a favor de un tercero. Por otro lado, en cuanto al elemento real, el caso del DRCM es más restringido, ya que sólo se concibe su constitución respecto de bienes inmuebles; en cambio, el usufructo procede respecto cosas corporales o incorpóreas, muebles o inmuebles. Éste se caracteriza como un derecho real, una limitación al dominio, un derecho temporal (esencialmente sujeto a plazo), intransmisible, que se ejerce sobre cosa ajena⁴⁶; difiriendo con el DRCM en la temporalidad y en la intransmisibilidad.

De las formas de constitución del usufructo señaladas por el artículo 766 del Código Civil, se debe descartar la categoría legal. La constitución por título opera en ambos casos, tanto de manera gratuita como onerosa; y tanto para el caso del DRCM y del usufructo recaído sobre inmueble se exige escritura pública – la que constituye el título – e inscripción en el Registro Conservatorio correspondiente – que corresponde al modo, de acuerdo a los artículos 686 y 767

⁴⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 238.

⁴⁶ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 128.

del Código Civil, y artículo 5° de la Ley N° 20.930. Por tanto, ambos están sujetos al sistema de posesión inscrita, y comienzan a producir sus efectos una vez efectuada la inscripción correspondiente.

De la causales de extinción del usufructo se encargan los artículos 804 a 809 del Código Civil, a las cuales se debe agregar la expropiación por causa de utilidad pública. La llegada del plazo puede ser aplicada en el caso del DRCM si así se estipula en el contrato constitutivo, pero a diferencia del caso de usufructo, éste no es un elemento de la esencia del DRCM. La causal por muerte del usufructuario, se podría asemejar en el caso de la extinción del DRCM cuando el titular es una persona jurídica y ésta se disuelve; no pasaría lo mismo en el caso de que el titular fuese una persona natural, puesto que la Ley establece expresamente que el DRCM es transmisible. La extinción por resolución del derecho del constituyente y la renuncia del titular del derecho son aplicación de las reglas generales; y en cuanto a la prescripción, la Ley al no establecer plazos ni requisitos especiales no proporciona elementos para efectuar una comparación precisa, teniendo que hacer aplicación de las reglas generales sobre prescripción. La consolidación del usufructo con la nuda propiedad en el DRCM procedería por la consolidación de la titularidad del DRCM con la titularidad de la propiedad del predio. La destrucción completa de la cosa fructuaria junto a la expropiación por causa de utilidad pública también son aplicables, ya que al producirse estas circunstancias desaparece el objeto sobre el cual estaba constituido el derecho. Finalmente, en cuanto a la sentencia judicial, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 809 del Código Civil, dicha sentencia "...lo declara extinguido..." el derecho real. Este término, en el caso del DRCM procedería, a modo de ejemplo, en casos de solicitud de la resolución del contrato en conformidad al artículo 1489 del Código Civil.

En conclusión, el DRCM y el usufructo – cuando se constituye de forma voluntaria por el nudo propietario – se asemejan en que ambos son limitaciones al dominio impuestas voluntariamente por el dueño del inmueble, y aun más se asemejan en los casos en que se pacte en el DRCM que el titular podrá percibir los frutos que deriven de la conservación del inmueble. Sin embargo, sus fundamentos y objetivos son diametralmente diferentes, puesto que la percepción de los frutos en el DRCM sólo procede de así convenirse, y a nuestro parecer sería un derivado eventual de las obras de conservación, pero no el factor determinante de la

constitución misma del derecho. Al contrario, la percepción de los frutos en el usufructo es esencial, y es lo que fundamenta su constitución, por lo que el usufructuario hará obras de conservación para obtener los frutos como objetivo primordial. Puesto de otra manera, en el DRCM el objetivo es la conservación del patrimonio ambiental, y los frutos serán un accesorio a ésta; en el caso del usufructo, los frutos son el objetivo, y la realización de ciertas obras de conservación será el medio para obtener dichos frutos.

C. CARACTERÍSTICAS

El artículo 3° de la Ley indica que el DRCM es un derecho inmueble, transferible, transmisible, inembargable, indivisible y perpetuo. Su carácter inmueble se desprende de la regla establecida en el artículo 580 del Código Civil, conforme el cual los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe.

Su transferibilidad emana del carácter de instrumento flexible que se le dio al DRCM en su creación. Por lo demás, este carácter se comprende de forma de permitir e incentivar su existencia, puesto que puede darse la circunstancia de que su titular no pueda seguir adelante con la conservación del predio, pero tuviera interés en que se siguieran efectuando labores de conservación. Lo óptimo en este caso sería transferir su derecho a otra persona que tuviera la posibilidad y quisiera seguir adelante con ella.

Respecto a su carácter transmisible, se explicó que “es de la esencia de este derecho pues asegura la durabilidad y la mantención de la conservación ambiental por largo plazo”⁴⁷; como también que “la transmisibilidad es de la esencia del derecho porque queda afectado al inmueble y no la persona del propietario”⁴⁸. Lo anterior se entiende en consideración a que el objetivo de este derecho es tanto el provecho del patrimonio ambiental de un inmueble como el beneficio de la sociedad toda, lo cual se va a producir continuamente hacia el futuro, independiente de quien sea el propietario del predio y el titular del DRCM. Se debe mencionar que la Ley no

⁴⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 37.

⁴⁸ *Ibíd.*

distingue si la transmisibilidad es aplicable sólo al dueño del predio o también al titular del DRCM (evidentemente esto sólo es posible en el caso que el titular sea una persona natural), por lo que si el legislador no distingue, se desprende que es transmisible para ambos sujetos.

Por otra parte, su carácter inembargable sólo se refiere al DRCM como tal, no en relación al inmueble al que está sujeto, ya que de hecho el inmueble es susceptible de ser realizado en pública subasta de acuerdo a la reglas generales. Por lo mismo, en el artículo 11 de la Ley se dispuso que en el caso de que el inmueble sea adquirido por un tercero en pública subasta, éste tendrá derecho a optar si lo mantiene o se extingue.

Éste es indivisible, por lo que no puede constituirse, extinguirse o ejercerse por partes, lo cual encuentra cabida en el artículo 826 del Código Civil, que la Ley hace expresamente aplicable.

Finalmente, la duración del DRCM fue un punto muy debatido en la tramitación del proyecto de ley, prefiriéndose su perpetuidad. Quienes proponían la indefinición de su duración indicaban que para el cumplimiento de los objetivos medioambientales del DRCM eran necesarios plazos extensos. De hecho la Ministra del Medio Ambiente de la época, María Ignacia Benítez, recalcó que una duración indefinida era más compatible con los fines de conservación y con la autonomía de la voluntad⁴⁹. Los detractores del carácter indefinido argüían que esto podría atentar contra la libre circulación de los bienes, y el derecho de dominio, específicamente respecto la facultad de disposición; a estos puntos se refirieron Jaime Ubilla y Daniel Peñailillo. El primero explicó que “a diferencia de los derechos reales establecidos en el Código Civil, el derecho real de conservación no tendría un carácter de gravamen, sino más bien, sería concebido como un activo o capital natural capaz de crear riqueza”⁵⁰, y por lo mismo “no limitaría la circulación de los bienes, principio que inspiró el espíritu del Código Civil de limitar temporalmente los gravámenes, sino por el contrario, la promovería ...”⁵¹. El segundo comentó que en el caso del DRCM no se trata de “una voluntad caprichosa dirigida al entorpecer de la propiedad o a un afán de conservar una vinculación del suelo a un linaje o a otra

⁴⁹ *Ibíd.*, 177.

⁵⁰ *Ibíd.*, 181.

⁵¹ *Ibíd.*

consideración social; se trata de que es uno de los pocos fines de beneficio colectivo, público, para la generalidad de la población y más aún de las generaciones futuras”⁵².

D. TITULAR

El artículo 4° de la Ley dispone la titularidad amplia del DRCM, materia que fue extensamente discutida durante su tramitación. En un principio eran limitadas las personas habilitadas para ser titulares de DRCM, para luego extenderse a toda persona natural o jurídica, pública o privada. De hecho, el proyecto de ley, en su artículo 5°, disponía que podrían ser titulares de un DRCM: i) El Ministerio de Bienes Nacionales; ii) La Comisión Nacional del Medio Ambiente; iii) La Corporación Nacional Forestal, CONAF; iv) Las Municipalidades; v) Las Corporaciones y Fundaciones constituidas con sujeción al Título XXXIII del Libro I del Código Civil, que tengan como objeto o fin exclusivo actividades relacionadas con la conservación y con el patrimonio ambiental en general, entre las que se incluían actividades de educación. Como puede apreciarse, en un comienzo sólo ciertas personas jurídicas podían ser titulares de DRCM.

En cuanto a las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro se rechazaba su inclusión argumentando que como tales sus objetivos primordiales dirían relación con el lucro y no con la conservación medioambiental, perdiéndose el objetivo del derecho y prestándose para abusos, usos incorrectos y especulaciones⁵³. Por esto, se consideró que de incluirlas en el listado debía exigirse que fueran personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro que tuvieran entre sus objetivos sociales la protección del medioambiente. El primer paso en este camino fue permitir que personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, fundaciones y corporaciones, pudieran ser titulares siempre y cuando tuvieran como objeto principal la conservación medioambiental, lo que debía estar reflejado tanto en sus estatutos como en sus prácticas⁵⁴. Quienes promovían esta idea expresaban que con la exigencia de ser personas sin fines de lucro con conocimiento y dedicación a la conservación medioambiental se daría eficacia y seguridad frente a los objetivos del DRCM; incluso se contempló crear un Registro a cargo

⁵² *Ibíd.*, 294.

⁵³ *Ibíd.*, 285-287.

⁵⁴ *Ibíd.*, 35.

del Ministerio del Medio Ambiente, donde se incluirían aquellas organizaciones interesadas en ser titulares de un DRCM⁵⁵.

Al momento de plantearse la posibilidad de extender la titularidad a todo tipo de personas, Jaime Ubilla presentó un informe que trataba los beneficios de ampliar la gama de titulares del DRCM. Dentro de los argumentos mencionaba que esto era coherente con el sistema de derechos reales establecido en nuestra legislación, ya que en otros derechos reales, donde las facultades otorgadas permitían inclusive la explotación intensiva de la cosa, no había restricción en la titularidad, y si en este derecho lo que se pretendía era el fomento y la protección de la biodiversidad debía ser aun más obvia la extensión de la titularidad. Por lo demás, el DRCM bajo su percepción no es una institución que sólo importe interés público, al contrario, es una institución transversal al interés privado y al interés público. En este mismo sentido señalaba que ampliando la titularidad se estaría reconociendo y respetando la libertad individual, permitiendo al sector privado desarrollar actividades legítimas de su interés con relación a la conservación medioambiental⁵⁶.

La extensión de la titularidad a toda persona natural y jurídica, de derecho privado o público, nos parece concordante con la esencia y los fundamentos de esta figura jurídica. La conservación del medioambiente no es sólo un tema de políticas públicas, sino también de interés de los particulares; en los hechos, son estos últimos los que tienen mayores posibilidades de lograr objetivos de conservación, en especial en lo que dice relación con la inversión tanto monetaria como humana que supone este tipo de actividad. Por lo demás, el concepto “conservación privada” no tiene sentido que se restrinja a la idea de que es privada porque el terreno que se sujeta al DRCM pertenece a un particular, y éste decide voluntariamente constituir un derecho real sobre su propiedad; al contrario, el concepto de conservación privada debe apuntar tanto a que el propietario del inmueble y/o el titular del derecho real sea un privado. El hecho de que en un principio la titularidad sólo pudiera recaer en ciertas personas jurídicas muy específicas dejaba en absurdo la idea de que se debía promover con este derecho la

⁵⁵ *Ibíd.*, 80-81.

⁵⁶ *Ibíd.*, 282-284.

participación de capitales privados en la conservación del medioambiente, prácticamente seguía en el rumbo de que la conservación era una actividad del Estado.

En cuanto a la oposición que existía frente a que personas que no tuvieran como objetivos principales la conservación, que no fueran personas jurídicas, o que tuvieran fines de lucro fueran titulares de DRCM, se debe ser consciente de que la mala utilización de las herramientas e instituciones que contempla la legislación nacional se da en todas las ramas del derecho, sin importar el objetivo que se persiga con tal herramienta o institución, y por eso mismo la ley prevé sanciones a estas conductas. Limitar y excluir a quienes tienen un real interés en llevar a cabo obras de conservación de la biodiversidad habría sido un error, y probablemente un perjuicio para el desarrollo del DRCM.

E. FORMA DE CONSTITUCIÓN

El DRCM se constituye a través de una convención, específicamente un contrato. La Ley se refiere a ello en los artículos 2º, 5º, 7º y 8º. El contrato deberá celebrarse por escritura pública, debiendo contar con las menciones exigidas por el artículo 7º, y deberá inscribirse en el Registro del Conservador respectivo. Al respecto se efectuarán algunas observaciones.

Al momento de la tramitación se estuvo de acuerdo en que la inscripción del contrato constitutivo es el acto por el cual el DRCM nace a la vida jurídica, y le otorga oponibilidad frente a terceros. Ahora bien, una corrección de redacción es necesaria al inciso 1º del artículo 5º, ya que en su literalidad da a entender que el derecho se constituye mediante el contrato, y que éste además puede ser utilizado como título, como si se estuviera ante una situación accidental que queda a la decisión de las partes, inexactitud que también ha hecho manifiesta Hernán Corral en un artículo en que se refiere a la creación de este nuevo derecho real⁵⁷. No es que el contrato sirva como título, el contrato es el título, y a través de la inscripción se efectúa la tradición.

⁵⁷ Hernán Corral Talciani, “Sobre el nuevo derecho real de conservación. Primeras impresiones”, *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral* (blog), 3 de julio de 2016, <https://corraltalciani.wordpress.com/2016/07/03/sobre-el-nuevo-derecho-real-de-conservacion-primeras-impresiones/>

El mismo artículo 5° señala que la inscripción deberá solicitarse en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente, sin definir cuál será éste. Sin embargo, dicha imprecisión se suple con lo establecido en los artículos 52 N° 1 y 2, y 54 inciso 1° del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de los cuales se desprende que la inscripción del DRCM se deberá solicitar en el Conservador de Bienes Raíces del departamento en que esté situado el inmueble.

Otro punto en el que hace detenerse Hernán Corral⁵⁸ es que al momento de enumerar las menciones que debe contener el contrato constitutivo se indica que se debe anexar un plano suscrito por los comparecientes y que deberá cumplir con ciertos requisitos (artículo 7° N° 2). Al momento de sugerir que se incluyera este elemento se subrayó que este plano tendría eficacia limitada, sólo para ilustrar mejor y dar claridad al predio del que se trata, pero “no puede afectar los derechos que puedan tener terceros con relación a las características y medidas de los inmuebles, para lo cual hará falta que una sentencia judicial dirima cualquier discordia que pueda estar latente en las inmediaciones del predio”⁵⁹. En cuanto a su eficacia se secunda la idea de que tenga efectos limitados, ya que podría prestarse para usos inapropiados; respecto a la exigencia del mismo, por ser relativamente novedosa, se produce cuestionamiento sobre cuál será la sanción por no acompañar este plano. En la práctica ante los Conservadores de Bienes Raíces, cuando se ingresa una solicitud de inscripción, el Conservador efectúa el estudio respectivo. De existir algún error u omisión, o de no cumplirse con lo exigido por la ley, o al no acompañarse algún documento necesario para efectuar la debida inscripción, el Conservador rechaza la solicitud y devuelve los instrumentos al interesado con los reparos que deban efectuársele para que posteriormente se vuelva a ingresar habiendo enmendado los errores o faltas. Por lo que, de acuerdo a la práctica jurídica, lo que debería ocurrir en estos casos es que al no anexar el plano en el contrato constitutivo, el Conservador debería rechazar la solicitud de inscripción e indicar a las partes que deben anexar el plano para proceder a ella. Lo mismo debería ocurrir en el caso de que se anexe el plano pero se no cumpla con las indicaciones exigidas por la ley, o que no hubiere sido suscrito por todos los comparecientes.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 287.

Finalmente, un punto que llama la atención es la redacción del artículo 8° N° 1 que dispone que la inscripción del contrato constitutivo, y sus modificaciones, “es requisito, prueba y garantía del mismo”. Curiosa es la redacción de este artículo, ya que una interpretación literal lleva a la conclusión de que la inscripción es requisito, prueba y garantía del DRCM, lo cual difiere del principio de que la inscripción es “requisito, prueba y garantía de la posesión” de acuerdo al sistema de posesión inscrita instaurado en el Código Civil. A nuestro parecer la redacción es errada y el artículo debería disponer que la inscripción es requisito, prueba y garantía de la posesión del DRCM, lo que sería concordante con el artículo 715 del Código Civil, y gozaría acertadamente de los resguardos establecidos en los artículos 724, 728, 924 y 2505 del mismo Código.

F. EFECTOS

El artículo 6° de la Ley dispone que “las partes deberán acordar al menos una de las siguientes prohibiciones, restricciones u obligaciones: 1.- Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, de explotación agrícola, forestales o de otro tipo; 2.- Obligación de hacerse cargo o contratar servicios para la mantención, limpieza, descontaminación, reparación, resguardo, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz; 3.- Obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato constitutivo, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado, dentro del marco de un uso sostenible de los mismos”. Antes de iniciar el análisis, aclarar que en este apartado se tratarán principalmente los tres numerales transcritos, ya que el inciso 6° será objeto de análisis del siguiente capítulo, y al inciso final ya nos hemos referido al tratar la naturaleza del DRCM y su relación con el derecho real de usufructo.

Este artículo originalmente se titulaba “Gravámenes al dominio”, siendo modificado en su enunciación y contenido. Tenía 7 numerales, entre los que se incluían restricciones de uso de suelo, de tránsito al inmueble, obligación de permitir al titular hacerse cargo de ciertas labores de conservación, como también permitir al titular supervisar la ejecución de un plan de manejo,

y cualquiera otra obligación, sea de dar, hacer o no hacer cuyo objetivo fuera la conservación del patrimonio ambiental acordada por las partes⁶⁰.

El numeral 1 fue objeto de discusión respecto a si la prohibición era copulativa en cuanto a los giros, o bastaba con que se restringiera en alguno de ellos. Se concluyó que bastaba para cumplir con la obligación con extenderse a uno de ellos, pues se entendía que los propietarios tienen visiones distintas acerca la conservación de sus predios, y podrían desear dedicar su propiedad a otras actividades como el turismo, la investigación o la actividad agrícola⁶¹. Lo anterior, tiene conformidad con lo planteado respecto a la libre circulación de los bienes y las restricciones al derecho de dominio, ya que de limitar en exceso la actividad que un propietario pudiera llevar a cabo en su predio deformaría el DRCM y lo desincentivaría. Las restricciones de los numerales 2 y 3 excedían, a nuestro parecer, los objetivos que se buscan con el DRCM. Por su parte, las obligaciones de los numerales 5 y 6 resultaban innecesarios, ya que si el dueño del predio constituyó a favor del tercero un derecho como éste con fines de conservación, es de lógica que deba permitirle hacer obras y labores de conservación en el predio; distinto es el caso de las obligaciones de ejecutar ciertas actividades que se le imponen al dueño del predio, ya que como se indicó la figura de los derechos reales *in faciendo* es un híbrido entre derecho real y personal, y no es la regla general, por lo que se hace necesario que se indique la posibilidad de convenir este tipo obligaciones.

Las actuales restricciones, prohibiciones y obligaciones previstas son lo suficientemente amplias como para dar margen a que las partes puedan establecer restricciones y obligaciones más específicas que se ajusten a la realidad y necesidades de la biodiversidad que se pretende conservar. Con las restricciones y prohibiciones de ejercer ciertos giros se precave que en el predio puedan desarrollarse actividades que resulten incompatibles y/o perjudiciales con los objetivos de conservación. En el caso de las obligaciones, puede resultar beneficioso que sea su propietario quien las lleve a cabo, ya que probablemente sea él quien sepa como gestionar de mejor manera los valores medioambientales que se encuentran en el predio.

⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 9-10.

⁶¹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 83.

G. TERMINACIÓN

El artículo 12 de la Ley señala que el DRCM se extinguirá por las causales generales de terminación de los derechos reales, y especialmente por: i) La transferencia del bien gravado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 11; ii) La disolución de la persona jurídica titular del derecho, salvo estipulación en contrario; iii) La expropiación del inmueble gravado.

El primer cuestionamiento que surge de este artículo es qué es lo que se quiso expresar con “causales generales de terminación de los derechos reales”, puesto que en nuestra legislación no hay un catálogo de estas supuestas causales, ni aun los manuales tradicionales de derecho civil hacen una enumeración de éstas. Además, si se intenta hacer una comparación entre los distintos derechos reales, las causales más bien dicen relación con la naturaleza y características de cada uno, algunas causales se asemejan o se repiten, pero en general son diversas; no olvidar que al mencionar “de los derechos reales” sin más, se incluyen todos, por lo que resulta complejo, o al menos extraño, comparar las posibles causales de extinción del DRCM con las causales de extinción de la hipoteca o la prenda. Menos confuso habría sido, si lo que se deseaba era acercar el DRCM con el resto de los derechos reales, hacer alusión a las causales de extinción de otros derechos reales similares al DRCM, y en general a las causales de terminación de los contratos que resultan de la aplicación de las reglas generales. De esta forma, procederían causales como la llegada del plazo, la resolución por incumplimiento, la renuncia del titular, el mutuo acuerdo, la confusión, la destrucción de la cosa en que recae el derecho y la resolución del derecho de quien lo hubiere constituido.

Una causal de terminación común es la prescripción, a la cual no se refiere la Ley en el artículo 12, ni se remite al Código Civil, por lo que habría que entrar en la misma discusión que ocurre respecto a la prescripción del usufructo, por no distinguir ni especificar el legislador. Es decir, habría que determinar si el DRCM se extingue o no por el simple no uso, y si es por lo tanto necesario que otro haya ganado por prescripción adquisitiva el dominio sobre el DRCM. Debido a la extensión y objetivos de esta tesis no se efectuará un análisis detallado de la materia.

CAPÍTULO 2. CASOS DE CONFRONTACIÓN DE DERECHOS MINEROS, ELÉCTRICOS Y MEDIOAMBIENTALES, ESTATALES Y PRIVADOS

Desde hace un tiempo se han observado en la jurisprudencia nacional ciertos conflictos cuya ocurrencia ha ido en aumento. De manera introductoria se puede comentar que en estas situaciones se observa el enfrentamiento de derechos e intereses de diversa índole, como son intereses mineros, eléctricos y medioambientales, tanto estatales como privados. Básicamente, estos conflictos se han producido en circunstancias en que existen derechos constituidos a favor de proyectos de desarrollo minero, y/o existen derechos constituidos a favor de proyectos de desarrollo eléctrico. Producto de esto, los titulares de los respectivos derechos han solicitado la imposición de las respectivas servidumbres para poder ejecutar sus proyectos, pero al momento de la solicitud se produce la oposición del dueño del predio en que se pretenden instalar o de un tercero, debido a que dichos terrenos han sido destinados a usos incompatibles con la servidumbre que se solicita o ya se han establecido o solicitado la imposición de otro tipo de servidumbres (también de carácter legal) que hacen incompatible la existencia de los distintos tipos de servidumbres en el mismo lugar. Más específicamente, se ha observado que en áreas en que se solicita la imposición de servidumbres legales mineras o eléctricas se ha destinado el terreno por el Fisco – a través del Ministerio de Bienes Nacionales – a ciertos usos, o los

instrumentos de planificación han reservado esas zonas para ciertas actividades, o el lugar donde se solicita constituir una servidumbre ya existe otra – o se solicitan al mismo tiempo – cuyas naturalezas y características hacen inviable su coexistencia.

Esto claramente genera un problema a los titulares de los distintos derechos involucrados, como es el derecho de dominio del dueño del predio, el derecho de dominio del concesionario sobre su concesión, como del titular del derecho de servidumbre, ya que ven imposibilitado el ejercicio de sus respectivos derechos; y aun más, la situación se complica cuando el enfrentamiento se produce entre derechos que tienen un importante sustento legal y constitucional. En estas situaciones los tribunales ordinarios de justicia se han visto llamados a intervenir y dar solución a estos conflictos, teniendo que definir la preferencia de alguno de los derechos en juego sobre el otro en base a criterios fácticos, legales y constitucionales. Ahora bien, debido al sustento legal y constitucional que importan los intereses en juego, las decisiones de los tribunales no han estado ajenas a la dificultad de intentar conciliar posiciones respecto a materias de gran relevancia, como es privilegiar la defensa del medioambiente con el desarrollo de actividades industriales generadoras de daño medioambiental. Una demostración de ello es que en la gran mayoría de los fallos a reseñar existe voto en contra, lo que es señal de la dificultad del asunto y la existencia de diferentes posiciones en los Tribunales Superiores de Justicia.

Como se dijo, los intereses en conflicto tienen un importante sustento legal, y ese es el caso particular de las servidumbres mineras y eléctricas, que se han visto directamente enfrentadas en ciertos casos – objeto de análisis del siguiente apartado – puesto que ambas tienen el carácter de servidumbres legales. Las servidumbres legales – o forzosas – son aquellas en que cumplidos los supuestos en cada caso, pueden imponerse, porque la ley lo autoriza, aun contra la voluntad del dueño del predio sirviente⁶². Ahora bien, éstas podrán constituirse por vía convencional o judicial. Se constituirán de manera convencional cuando el dueño del predio ha aceptado voluntariamente su imposición, lo que tiene su sustento legal en que él está facultado para sujetar su predio a las servidumbres que estime, por lo que no se hace necesario imponer forzosamente la servidumbre. Se constituirán por vía judicial cuando el dueño del predio

⁶² Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 2: 192.

manifieste su negativa a la constitución de la servidumbre⁶³, caso en el cual será el juez en el procedimiento respectivo quien decidirá si las declara constituidas o no. Por lo tanto, el origen remoto de estas servidumbres es la ley, pero será el acuerdo de las partes o la sentencia del tribunal el que las declare constituidas.⁶⁴

Por estas características es que estas servidumbres legales y algunos de los conflictos que se han presentado en su ejercicio resultan atractivas de estudio. Y aun más, resulta interesante proyectar y analizar cómo podría desenvolverse un DRCM frente a situaciones como las que se detallarán, donde importantes intereses jurídicos con sustento constitucional, pero objetos distintos se enfrentan y uno debe preferirse. ¿Por qué el interés frente al DRCM?, debido a su particular objeto y fundamento: la conservación del patrimonio medioambiental, que como ya se señaló, pareciera contraponerse a otros intereses como los contenidos en actividades industriales como la minera y la eléctrica.

Más específicamente, las razones para prever un posible conflicto entre este tipo de actividades y los derechos reales que en su ejercicio se constituyen, en especial el caso de las servidumbres, son las siguientes. En primer lugar, se tiene en consideración el carácter legal de las servidumbres mineras y eléctricas, en virtud del cual, aún de existir oposición del dueño del predio en que se pretenden constituir, de cumplirse con los requisitos previstos por la ley, éstas serán impuestas sobre el predio⁶⁵; pudiendo ocurrir que en dicho predio exista un DRCM previamente constituido, y el ejercicio de la servidumbre sea perjudicial o un obstáculo para los objetivos de conservación medioambiental del propietario del predio y del titular del DRCM. En segundo lugar, como se mencionó, tanto la industria minera como eléctrica son de gran importancia para el desarrollo económico del país, y las obras que estas actividades conllevan suponen importantes recursos monetarios, humanos y de infraestructura. Pero al mismo tiempo,

⁶³ Alejandro Vergara Blanco, *Instituciones de derecho minero*, (Santiago: Legal Publishing Abeledo Perrot, 2010): 455-456.

⁶⁴ Juan Ossa Bulnes, *Tratado de derecho de minería*, tomo 2, 5ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2012): 517.

⁶⁵ La situación de especial interés para este trabajo es la confrontación en un mismo predio de un DRCM y un servidumbre legal, puesto que estas últimas son impuestas por la ley, pudiendo el propietario del predio sirviendo ser obligado a tolerarlas aun en contra de su voluntad, lo que podría generar un importante conflicto de intereses. Por esta razón, no nos referiremos a las servidumbres voluntarias pues en éstas existe disposición y acuerdo entre las partes, teniendo la posibilidad de configurar y adaptar los derechos reales a constituirse en atención a los ya constituidos de manera tal que no afecten ni causen perjuicio unos a otros.

estas actividades generan y han generado un gran impacto medioambiental, lo que tiende a contraponerse muchas veces a las ideas de desarrollo sustentable y conservación medioambiental, que cada día parecieran aumentar en importancia social. En efecto, fue uno de los pilares en que se apoyo la promoción y creación del DRCM. Como se verá, uno de los temas a tratar por los tribunales al momento de discernir los conflictos a comentar, ha sido el impacto medioambiental de la instalación y ejercicio de las obras de servidumbre y cómo estas actividades han generado, generan y generarán un menoscabo al medioambiente, analizándose incluso el deber de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Lo anterior permite visualizar de antemano una relación de confrontación de tipo medioambiental entre el DRCM y las servidumbres legales eléctricas y mineras, teniendo en consideración que el peculiar objeto del DRCM es la “conservación del patrimonio medioambiental”. Por lo tanto, si bien en nuestra legislación existen otras servidumbres legales, como son las reguladas por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 que fija el texto del Código de Aguas, se eligieron las mencionadas debido a la importancia de las actividades económicas que éstas representan, la envergadura de las obras que conllevan, los efectos medioambientales que provocan, y debido a que éstas son las involucradas en los conflictos jurídicos que tanto interés presentan para los objetos de este trabajo.

De este modo, este capítulo se dedicará al estudio de las servidumbres legales indicadas, sus características, algunos conflictos que las han afectado en su ejercicio, como también ciertos enfrentamientos que se han producidos entre intereses privados y estatales derivados de la existencia de incompatibilidad entre los objetivos buscados por cada uno de ellos con el ejercicio de sus respectivos derechos y funciones. Esto permitirá en el siguiente capítulo poder analizar específicamente cómo un DRCM podría verse expuesto a un enfrentamiento con alguno de estos derechos, haciendo revisión de las principales disposiciones legales aplicables, como también las complejidades, discusiones y criterios observados en la jurisprudencia reseñada en este capítulo.

A. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS SERVIDUMBRES MINERAS Y ELÉCTRICAS

A continuación se describirán los principales elementos de las servidumbres mineras y servidumbres eléctricas⁶⁶, como son su conceptualización, características esenciales, requisitos y procedimiento de constitución.

A.1) Servidumbre legal minera

La servidumbre legal minera se encuentra regulada en la Ley N° 18.248 “Código de Minería” (en adelante CM), la Ley N° 18.097 “Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras” (en adelante LOCCM). Además, le son aplicables ciertas normas del Código Civil a las cuales el CM se remite expresamente. Su asidero constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 24 inciso 6° que al referirse a la propiedad de las minas dispone: “Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”. La legislación aplicable no ha definido expresamente qué es la servidumbre minera, sin embargo, la doctrina ha señalado que son “los gravámenes que se imponen en virtud de ley sobre un predio superficial en utilidad de una concesión minera, de un establecimiento de beneficio o del ejercicio de la facultad de catar y cavar; o sobre una concesión minera, en utilidad de otra o de un establecimiento de beneficio”⁶⁷.

En cuanto a su naturaleza, el Tribunal Constitucional en fallo de causa Rol N° 1284-2008, ha expuesto que existe identidad sustancial entre la servidumbre minera y la servidumbre civil, y que en lo no previsto por la LOCCM y el CM la servidumbre minera se rige por el derecho común aplicable a las servidumbres⁶⁸. El Tribunal Constitucional resalta la particularidad de que en la servidumbre minera “el predio dominante no es una ‘casa o heredad’, como establece el Código Civil, pues puede beneficiar a una concesión minera, a un establecimiento de beneficio o al ejercicio de catar y cavar. Y los predios sirvientes, es decir, los gravados con la servidumbre, pueden ser tanto los terrenos superficiales como las

⁶⁶ Hacer presente que si bien la ley ha denominado a estas figuras como “servidumbres”, se ha reconocido que más bien corresponden a limitaciones o restricciones al derecho de propiedad en razón de intereses de orden social, públicos o privados. Al respecto : Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo 9, (Santiago: Jurídica de Chile, 2013), 4: 95.

⁶⁷ Juan Ossa Bulnes, *Tratado de derecho de minería*, tomo 2, 5ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2012): 509.

⁶⁸ Tribunal Constitucional, 24.9.2009, Causa Rol N° 1284-2008, considerando 12.

concesiones mineras”⁶⁹. Finalmente, el Tribunal Constitucional la identifica como una limitación al dominio, apoyándose en lo señalado y citando a Juan Luis Ossa y Samuel Lira: “en la medida que no hay privación de dominio, sino un gravamen ... la servidumbre es una limitación al dominio”⁷⁰.

De acuerdo a lo establecido en la legislación aplicable, las servidumbres mineras se clasifican en “servidumbre predial minera” y “consorcio de servidumbres mineras”. La primera, es “aquella servidumbre que grava al derecho de propiedad del terreno superficial en favor del titular de derechos mineros, para catar y cavar y para la exploración, explotación y beneficio de los minerales”⁷¹. Y el consorcio de servidumbres mineras es “aquel gravamen (que la ley llama igualmente servidumbre) que grava a un derecho minero en favor de otro, pero que, en definitiva, origina la existencia de dos derechos mineros beneficiarios de una misma servidumbre respecto de un mismo predio superficial; de ahí que quepa considerarlo un verdadero *consorcio* de servidumbres”⁷². Para el objeto de este trabajo, nos referiremos preferencialmente a la servidumbre predial.

En cuanto a sus características, el Tribunal Constitucional en el fallo ya indicado (causa Rol N° 1.284-2008), señaló que las servidumbres mineras que gravan el terreno superficial tienen las características propias de las servidumbres civiles, es decir, son gravámenes, constituyen un derecho real, son derechos inmuebles y son accesorias⁷³. Además, le reconoció ciertas características particulares, como que son servidumbres legales, son esencialmente transitorias, no son inmodificables, están afectas a un fin determinado, entre otras⁷⁴. Al respecto se debe señalar que su transitoriedad deriva por una parte de las características de la actividad minera, puesto que los recursos son esencialmente agotables; por lo tanto, mientras perdure la posibilidad de explotar la mina, y para ello sea necesaria la existencia de mecanismos que

⁶⁹ *Ibíd.*, considerando 13.

⁷⁰ *Ibíd.*, considerando 15.

⁷¹ Alejandro Vergara Blanco, *Instituciones de derecho minero*, (Santiago: Legal Publishing Abeledo Perrot, 2010): 464.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Tribunal Constitucional, 24.9.2009, Causa Rol N° 1284-2008, considerando 14.

⁷⁴ *Ibíd.*

permitan llevar a cabo las labores, tendrá causa la existencia de la servidumbre⁷⁵. Por lo mismo, éstas cesarán cuando termine su aprovechamiento, ya que su imposición tiene como presupuesto el aprovechamiento de una concesión, si no se produce tal aprovechamiento carece de causa el gravamen impuesto. Concordante con esto, éstas no pueden aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, puesto que siendo una limitación al dominio su imposición y constitución no puede extenderse a fines más allá de los previstos. Por lo mismo, también se caracterizan por ser mutables, pudiendo ampliarse o restringirse según lo exijan las actividades propias de la respectiva concesión o establecimiento.

Para que proceda la constitución de una servidumbre minera, en primer lugar, se requiere la existencia de una facultad de catar y cavar, o una concesión minera de exploración o explotación a favor del solicitante de la servidumbre, lo cual se desprende de su carácter de accesoria⁷⁶. En segundo lugar, la servidumbre debe prestar utilidad a la actividad minera a desarrollarse. En este sentido, se ha afirmado que “la servidumbre no puede consistir en un mero gravamen, esto es, en una simple disminución del derecho de propiedad del titular del predio sirviente, que no genere a la vez una utilidad efectiva al predio dominante”⁷⁷. En tercer lugar, previamente se debe determinar la indemnización a pagar. De acuerdo al artículo 122 del CM esta indemnización procede respecto de todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos (servidumbre sobre predio superficial) o al de la concesión sirviente (consorcio de servidumbres), o a cualquiera otra persona; dicha indemnización podrá pagarse de una sola vez o de forma periódica; esta indemnización puede ser convencional o judicial. El Tribunal Constitucional ha sentenciado que el monto de la indemnización “Incluye, por tanto, el daño patrimonial y el daño moral. Y no se limita al valor del terreno ocupado, pues se habla de *‘todo perjuicio’*”⁷⁸. Esta indemnización, según el artículo 122 del CM, procedería respecto de: i) el dueño de los terrenos; ii) el dueño de la concesión sirviente; iii) cualquiera otra persona. Este

⁷⁵ En el caso de existir una concesión de exploración, la transitoriedad de la servidumbre minera es más evidente, puesto que la concesión a que accede no puede durar más de 4 años por disposición de la ley. Y lo es aun más la servidumbre impuesta producto de una facultad de catar y cavar, que tiene un plazo de duración máxima de 6 meses desde el inicio de su ejercicio.

⁷⁶ Las concesiones mineras, por su parte, de acuerdo a los artículos 5º de la LOCCM y 34 del CM, se constituyen siempre por resolución judicial dictada en procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.

⁷⁷ Juan Ossa Bulnes, *Tratado de derecho de minería*, tomo 2, 5ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2012): 507.

⁷⁸ Tribunal Constitucional, 24.9.2009, Causa Rol N° 1284-2008, considerando 22.

último sujeto es de especial interés respecto de nuestro objeto de estudio, el DRCM, puesto que podría dar lugar a la indemnización no sólo al dueño del terreno en que se constituye la servidumbre y existe un DRCM, sino también al titular del DRCM, ya que éste podría ver eventualmente afectado su DRCM válidamente constituido.

La constitución de una servidumbre minera de acuerdo al artículo 123 del CM, y en concordancia con su carácter legal, puede efectuarse por vía convencional o por vía judicial. En el caso de que la servidumbre minera se constituya por vía convencional, ésta deberá constar en escritura pública, y será la forma de efectuar la tradición del derecho real de servidumbre de acuerdo al artículo 92 del CM, que se remite al artículo 698 del Código Civil. Si se constituye por vía judicial, ésta constará en la sentencia firme y ejecutoriada que así lo declare. Un punto interesante respecto a la constitución vía judicial de la servidumbre minera es lo que ocurre con el artículo 125 del CM, ya que éste faculta al juez para que mientras se tramitan los autos sobre constitución de servidumbre minera pueda 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”. Esto se conoce como la concesión provisional de la servidumbre, y al respecto el Tribunal Constitucional ha sentenciado que de lo expuesto tanto por la doctrina como la jurisprudencia se desprende que, en cuanto al término “desde luego” que utiliza el artículo 125, no implica una constitución de la servidumbre sin bilateralidad, sino que requiere audiencia de las partes, y éstas deberán proporcionar las pruebas para que el tribunal estime pertinente la constitución provisional de la servidumbre.⁷⁹

Tanto en el caso de que la servidumbre se constituya judicial o convencionalmente, la sentencia o la escritura pública deberán inscribirse, para que sean oponibles a terceros de acuerdo al artículo 123 inciso 2º del CM. En el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces, cuando la servidumbre recae sobre predio superficial; o en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Minas, cuando la servidumbre recae en una concesión de exploración o explotación ya constituida. Por lo tanto, respecto la servidumbre minera, la inscripción constituye una formalidad por vía de publicidad⁸⁰. De esta

⁷⁹ *Ibíd.*, considerandos 46 y 47.

⁸⁰ Para el caso de la concesión minera propiamente tal, de acuerdo a los artículos 91 y siguientes del Código de Minería, la sentencia que la otorga debe inscribirse quedando sujeta la concesión al sistema de posesión inscrita

forma, la servidumbre minera comenzará a producir sus efectos y el titular de ella entrará en su ejercicio una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia que concede la servidumbre o se hubiere celebrado convención entre las partes, habiéndose determinado el importe de la indemnización, y pagado de acuerdo a la forma establecida en la convención o en la sentencia.

A.2) Servidumbre legal eléctrica

La servidumbre eléctrica se encuentra regulada en el D.F.L N° 4 que contiene “Ley General de Servicios Eléctricos” (en adelante LGSE), en el Decreto Supremo N° 327 que contiene el “Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos” (en adelante el Reglamento), y en la Ley N° 20.936 que “Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional” (en adelante Ley de Transmisión). Su sustento constitucional se encuentra en el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución Política, pues éstas se insertan en el presupuesto de aquellas limitaciones y obligaciones que la ley puede establecer a la propiedad que deriven de su función social. Uno de los componentes de esta función social es la utilidad pública, con la cual se identifica a las concesiones y servidumbres eléctricas, ya que en efecto éstas se caracterizan – valga la redundancia – por la utilidad pública que prestan; es más, esté o no declarada como servicio público la instalación a la cual accede la servidumbre, todas son parte de un solo sistema que tiene por objeto proveer un servicio básico a la población.

La servidumbre eléctrica no ha sido definida por la legislación aplicable, sin embargo se puede conceptualizar como aquel gravamen impuesto sobre un predio a favor de quien detenta la titularidad de una concesión eléctrica definitiva, con el objeto de servir a la construcción, establecimiento y explotación de ciertas instalaciones eléctricas. Su imposición acarrea una indemnización para el dueño del predio gravado, incluyéndose aquéllas que se imponen sobre instalaciones eléctricas a favor de terceros. El artículo 71 del Reglamento distingue dos clases de servidumbres legales eléctricas: prediales, y de postación y paso⁸¹; esta distinción importa en

establecido en nuestro Código Civil. Por tanto, la inscripción constituye requisito, prueba y garantía de la posesión del derecho real de concesión minera.

⁸¹ Las servidumbres prediales son “aquellas que se establecen en favor de un concesionario para la construcción, establecimiento y explotación de sus instalaciones eléctricas”; y las servidumbres de postación y paso son “aquellas

cuanto a la forma de constitución de la servidumbre y la indemnización a que ella da a lugar. Debido a que la servidumbre de postación y paso se establece respecto a instalaciones eléctricas ya existentes, las que a su vez suponen servidumbres prediales preexistentes, en este trabajo nos referiremos preferentemente a las servidumbres prediales.

La servidumbre eléctrica presenta esencialmente los mismos elementos característicos que la servidumbre común descrita en el Código Civil, ya que constituye una limitación al dominio, es un gravamen impuesto sobre un predio (sirviente) con el fin de prestar utilidad a otro predio (dominante). La salvedad es que el predio dominante en estos casos, no es en los hechos lo que común y naturalmente se identifica como predio, sino más bien, corresponde a una abstracción de la idea de predio dominante, y lo que constituye para la LGSE el predio dominante en la servidumbre predial es “una instalación eléctrica, es decir, una central hidráulica productora de energía, o líneas de transmisión o de distribución, con sus torres o postes sustentadores”⁸².

La servidumbre eléctrica es accesoria a una concesión eléctrica, y al respecto se debe hacer presente que la legislación eléctrica distingue dos tipos de concesiones eléctricas, concesiones provisionales y concesiones definitivas. Las primeras, se otorgan por resolución de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, por un plazo que no puede exceder de dos años contados desde su otorgamiento – sin perjuicio de que pueda prorrogarse por dos años más – y que “tienen por objeto permitir el estudio de los proyectos de las obras de aprovechamiento de la concesión definitiva, y otorgan al concesionario el derecho para obtener del juez de letras respectivo el permiso para practicar o hacer practicar en terrenos fiscales, municipales o particulares, las mediciones y estudios que sean necesarios para la preparación del proyecto definitivo” (artículo 15 Reglamento). Las concesiones definitivas, son aquellas que se otorgan mediante decreto supremo del Ministerio de Energía, por orden del Presidente de la República, por plazo indefinido, y que “tiene por objeto el establecimiento, operación y explotación de centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica, subestaciones eléctricas, líneas de transporte de energía eléctrica o instalaciones de servicio público de distribución” (artículo 16

que debe soportar un concesionario o el propietario de una instalación eléctrica a favor de terceros” (artículo 71 Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos).

⁸² Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2º ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 111.

Reglamento). Es importante tener presente estas figuras para el estudio de las servidumbres eléctricas, puesto que sólo las concesiones definitivas dan lugar a la constitución de servidumbres. La concesión provisional “no crea el derecho a imponer servidumbres, pues el gravamen en que éstas consisten excede las posibilidades del título provisorio que, por lo demás, como se ha indicado, tiene una finalidad específica”⁸³. Por esto es que todo lo que se señale respecto a las servidumbres eléctricas en este apartado, y a las concesiones a las cuales acceden, es en referencia a las concesiones eléctricas definitivas. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dicho, las servidumbres eléctricas se caracterizan por ser accesorias y de duración indefinida (artículo 14 y 31 LGSE, artículo 16 Reglamento).

Las servidumbres eléctricas presentan una particularidad en su forma de constitución frente a las servidumbres mineras, ya que se pueden constituir administrativa, convencional o judicialmente. En la práctica, la constitución administrativa es la de mayor utilización, por lo que se analizará preferentemente, y la mayor parte de las alusiones se harán a ella.

La constitución administrativa es “el acto administrativo terminal del procedimiento de concesión, esto es, el decreto supremo que otorga la concesión definitiva eléctrica, el que – ya se trate de una concesión para generar, transportar o distribuir energía eléctrica –, crea y constituye, por el solo ministerio de la ley, un gravamen específico que afecta terrenos particulares, fiscales o municipales, constituyendo el señalado gravamen un derecho real de servidumbre, que habilita al concesionario para la ocupación de los señalados terrenos (artículos 2º N° 4 letra a), 49 y 50 del D.F.L N° 1, y artículo 71 del Reglamento). También es el título concesional el que en determinados casos impone a su titular el peso de soportar las servidumbres relativas al uso de sus instalaciones eléctricas (artículos 2º N°4 letra b) y 51 del D.F.L N°1, y artículo 71 del Reglamento)”⁸⁴.

Para que se conceda la constitución de servidumbre eléctrica a través de este procedimiento es necesario, en primer lugar, el otorgamiento de una concesión eléctrica definitiva; en efecto, el artículo 72 del Reglamento exige que junto a la concesión se solicite la

⁸³ Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2º ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 37.

⁸⁴ Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2º ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 115.

servidumbre predial⁸⁵. En segundo lugar, es necesaria la aprobación de los planos especiales de servidumbres que deben acompañarse al momento de solicitarse la concesión, para efectos de su aprobación y establecimiento junto al decreto de concesión definitiva (artículo 48 LGSE). Estos planos deberán ser notificados a los dueños de las propiedades afectadas o a sus representantes, lo que supone que se ha declarado la admisibilidad de la solicitud de concesión definitiva eléctrica (artículo 38 Reglamento). Además, éstos contienen precisión respecto al uso y ocupación del suelo que efectivamente se efectuará, y se ha manifestado que “la importancia de estas precisiones en los *‘planos especiales de servidumbres’* estriba en que ellos son básicos para la posterior ocupación del suelo, pues serán *‘aprobados’* por el mismo acto administrativo que contiene la concesión (art. 28 inciso 2º LGSE), y en base a ellos se constituyen en tal decreto, de pleno derecho, las servidumbres respectivas, las que se establecerán, igualmente, en base a tales planos especiales aprobados en el decreto de concesión (art. 47 LGSE)”⁸⁶. De acuerdo al artículo 72 del Reglamento, los planos deberán indicar “las condiciones actuales de los predios sirvientes, su destinación, los propietarios de los predios afectados, el área ocupada, la longitud de las líneas que los atravesarán y la franja de seguridad de las obras que quedarán dentro del predio”; y añade que se entenderán por “condiciones actuales” aquellas existentes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. En tercer lugar, se debe determinar la indemnización a pagar al dueño del predio afectado, y en los casos en que no se produjere acuerdo entre el concesionario y el dueño del predio respecto al valor del o los terrenos, a petición de alguna de las partes, el Superintendente designará una o más “comisiones tasadoras”, para que ésta(s), con audiencia de las partes fijen el monto de las indemnizaciones a pagarse⁸⁷. La LGSE indica que los perjuicios que comprende la indemnización que se pagará al dueño del predio sirviente son: i) El valor de todo terreno ocupado por las obras hidroeléctricas, incluidas las de embalse y estanques, por los postes y las torres de las líneas, por las zanjas de las líneas subterráneas, por los edificios y por los caminos de acceso, según los planos de servidumbres; ii) El valor de los perjuicios ocasionados durante la construcción de las obras o como

⁸⁵ Al respecto se debe señalar que el Reglamento en su artículo 72 dispone que las servidumbres prediales enumeradas en el artículo 71, sólo podrán ser solicitadas por el petitionerario de una concesión para generación hidráulica, transporte, transformación o distribución de energía eléctrica.

⁸⁶ Alejandro Vergara Blanco, *Derecho eléctrico*, (Santiago: Jurídica de Chile, 2004): 110.

⁸⁷ Este avalúo debe ser puesto en conocimiento de las partes, y éstas podrán reclamar del avalúo dentro de un plazo de 30 días, a contar de la fecha de la notificación, siendo aplicables desde ese momento las reglas del Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil (artículos 65 y 68 LGSE), es decir, serán aplicables las reglas del procedimiento sumario.

consecuencia de ellas o del ejercicio de las servidumbres. Igualmente el valor de los perjuicios que causan las líneas aéreas; iii) Una indemnización por el tránsito que el concesionario tiene derecho a hacer para los efectos de la custodia, conservación y reparación de las líneas. Adicionalmente, se señala que “si al constituirse una servidumbre quedaren terrenos inutilizados para su natural aprovechamiento, el concesionario estará obligado a extender la servidumbre a todos estos terrenos” (artículo 69 LGSE).

De concederse la servidumbre por vía administrativa, el título lo constituirá, tal como señalan Evans y Seeger, “el respectivo decreto de concesión y los planos especiales aprobados por aquél”⁸⁸. No se exige por la ley que se inscriban en el Conservador de Bienes Raíces; es más, el artículo 29 de la LGSE sólo ordena que el decreto que otorga la concesión definitiva se publique en el sitio electrónico del Ministerio de Energía dentro del plazo de 15 días desde la publicación en el Diario Oficial del decreto, y se reduzca a escritura pública. La exigencia de que el decreto que otorga la concesión definitiva, y las servidumbres eléctricas correspondientes, se deba reducir a escritura pública se condice con el artículo 698 del Código Civil que exige que la tradición de un derecho real de servidumbre se efectúe por escritura pública. Por otra parte, se debe estar a lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento del Registro Conservatorio, en cuanto a que los títulos en que se constituyen servidumbres son de aquellos que pueden inscribirse, no que deben inscribirse. Por tanto, para efectos de la prueba de la posesión se ceñirá al artículo 925 del Código Civil. Lo anterior, no obsta a que el concesionario pueda inscribir las servidumbres otorgadas teniendo como título el decreto de concesión definitiva en que aquellas se le otorgan.

Por lo tanto, la servidumbre eléctrica se entenderá constituida “por el decreto que, al mismo tiempo, constituye la concesión eléctrica; y jurídicamente operará esta constitución por el solo ministerio de la ley, una vez finalizada la tramitación del expediente administrativo respectivo, y expedido el decreto concesional”⁸⁹. En cuanto a su ejercicio puede ocurrir que la constitución de las servidumbres y el monto de la indemnización hayan quedado establecidos y pagados por convención de las partes antes o durante el procedimiento de concesión

⁸⁸ Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2º ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 116.

⁸⁹ Alejandro Vergara Blanco, *Derecho eléctrico*, (Santiago: Jurídica de Chile, 2004): 244.

administrativa, por lo que el ejercicio iniciaría una vez expedido el decreto concesional. Pero también puede ocurrir que no exista acuerdo entre las partes y el monto de la indemnización se fije en un procedimiento aparte, caso en el cual, de acuerdo al artículo 67 de la LGSE sólo una vez exhibido el comprobante de pago o de consignación judicial el concesionario puede solicitar al tribunal que lo ponga en posesión material de los terrenos⁹⁰.

En lo que se refiere a la constitución convencional y judicial de la servidumbre eléctrica se debe puntualizar que en el caso de la constitución convencional, al no expresar la LGSE ni el Reglamento reglas particulares para el caso, este tipo de constitución queda sujeta a las reglas generales establecidas por el Código Civil respecto a la constitución voluntaria de las servidumbres en sus artículos 880 y siguientes, siendo aplicables las normas sobre constitución por título y por reconocimiento del dueño del predio. En el caso de la constitución judicial, ésta más bien será aplicable a casos de prescripción, y de controversia en cuanto a las indemnizaciones a pagar. Sin embargo, al respecto no se profundizará más debido a que consiste más bien en aplicación de las reglas generales, y en especial atención a que – como ya se señaló –, la constitución administrativa es la más aplicada en la práctica.

Finalmente, para concluir el estudio de la servidumbre legal eléctrica, es interesante para los efectos de este trabajo referirse a una etapa en el procedimiento administrativo que la LGSE prevé, en el cual terceros pueden hacer observaciones a las solicitudes de concesión. Esta gestión consiste en que una vez que haya sido declarada admisible la solicitud de concesión definitiva, se deben notificar los planos especiales de las servidumbres que se impondrán al dueño de la o las propiedades que se verían afectadas por la concesión y sus respectivas servidumbres, sean predios de particulares o fiscales (artículo 27 LGSE). Dentro de los 30 días siguientes a la notificación, los dueños de los predios afectados podrán efectuar ante la Superintendencia observaciones u oposiciones a la solicitud de concesión (artículo 27 ter LGSE). Asimismo, se prevé la publicación de los antecedentes de la solicitud de concesión definitiva para ponerla en conocimiento del público en general (a través de periódicos de circulación local, y emisoras radiales), y en este caso, los interesados tienen un plazo de 30 días para formular oposiciones u

⁹⁰ Se han generado controversias frente a la interpretación del artículo 62 de la LGSE que indica el plazo dentro del cual se deberán iniciar las gestiones para hacer efectivas las servidumbres luego de la reducción a escritura pública del decreto de concesión, bajo sanción de caducidad del derecho. Al respecto: Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2º ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 137-141.

observaciones. Las observaciones que se pueden efectuar son específicas, y éstas sólo podrán basarse en: i) la errónea identificación del predio afectado por la concesión o del dueño del mismo; ii) en el hecho de que la franja de seguridad abarque predios no declarados en la solicitud de concesión como afectados por la misma; o iii) en el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el artículo 25 de la LGSE (artículo 27 ter inciso 4º LGSE). Por su parte, las oposiciones deben fundarse en alguna de las circunstancias establecidas en los artículos 53 y 54 de la LGSE. El artículo 53 establece que en el caso de que en un predio existieren líneas eléctricas y se deseara constituir una nueva servidumbre, el propietario de dicho predio podrá exigir que se utilice la línea eléctrica ya existente, procedimiento que se llevará a cabo con audiencia de los interesados ante la Superintendencia. Y el artículo 54 dispone ciertos casos en que no procede constitución de servidumbre, como en el caso de los edificios. Este artículo también señala que los corrales, huertos, parques, jardines o patios que dependan de edificios, sólo podrán quedar sujetos a servidumbres de ser cruzados por líneas aéreas de distribución de energía eléctrica de baja tensión. Finalmente, faculta al dueño del predio atravesado por líneas que quisiere construir bajo ellas, para que pueda exigir del dueño de dichas líneas que varíe su trazado, costo que será asumido por el dueño del predio. Por lo tanto, son calificados los casos en que el dueño del predio o un tercero interesado puede efectuar observaciones u oponerse a la constitución de una concesión eléctrica, y por consiguiente, a las servidumbres que para su ejercicio sean necesarias.

Haciendo alusión al DRCM, interesante es proyectar lo que ocurriría con el titular de un DRCM constituido en la misma zona donde se solicita la constitución de las servidumbres, puesto que a nuestro parecer es un interesado en lo que ocurra con la ocupación del inmueble que pueda eventualmente afectar el derecho que a su favor se ha constituido. Sin embargo, debido a lo limitado del listado de los casos en que se permite objetar o efectuar observaciones al trazado de las obras de servidumbre que se pretende llevar a cabo, difícilmente el titular del DRC podría defender y resguardar sus intereses y derechos válidamente constituidos de manera eficaz.

B. CIERTOS CONFLICTOS QUE SE HAN PRODUCIDO ENTRE INTERESES ESTATALES Y/O PRIVADOS MINEROS, ELÉCTRICOS Y MEDIOAMBIENTALES

Lo primero que resalta de las problemáticas a estudiar es que algunos de los intereses que se contraponen tienen una gran importancia social y económica para el país. En el caso de la actividad eléctrica su importancia reside en la utilidad pública que presta, especialmente en los casos de transmisión y distribución que son expresamente catalogados de “servicios públicos” por la LGSE, salvo excepciones establecidas en la misma ley. En el caso de la actividad minera, el resguardo de la actividad misma y la propiedad de las concesiones mineras tiene sustento, entre otras razones, en la importancia económica y social que tiene para el país la industria, teniendo en consideración que Chile por muchos años ha basado su impulso económico en el sector primario. Como se mencionó, la existencia y ocurrencia de este tipo de conflictos se ha verificado en una creciente e interesante jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, por lo que a continuación se analizarán estas problemáticas en base a los fallos emanados de aquéllos, destacando el contexto en que estos enfrentamientos se han producido y las materias específicas que se han discutido.

A continuación se observarán ciertos conflictos judiciales que se han producido entre particulares, y entre particulares y el Estado, y entre entes del Estado. Estos conflictos son, a grandes rasgos, de dos tipos: (1) superposición de servidumbres y concesiones mineras y eléctricas; y (2) conflictos de intereses mineros y/o eléctricos con intereses estatales, en que el sitio donde se pretenden llevar a cabo las obras de servidumbre y concesión ha sido previamente destinado a un cierto uso por el Estado, en virtud de su facultad de administración y su deber para con los intereses generales de la Nación (como instalación de centrales de generación de energía eléctrica renovables no convencionales, ciertas actividades industriales, intereses paisajísticos – turísticos, entre otros). Se reseñarán cada uno de estos conflictos separadamente.

B.1) Superposición de derechos reales mineros y eléctricos

La Excma. Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de existencia de superposición de derechos reales, al señalar en fallo de fecha 10 de mayo de 2016, causa Rol N° 13.549-2015

autos sobre juicio ordinario de nulidad de derecho público que “en teoría, es posible que se produzca una colisión de intereses entre el ‘concesionario eléctrico’ y el ‘concesionario minero’, pero en la medida que ambos tengan legalmente constituido su título de ocupación, que esos títulos sean recíprocamente oponibles y que se traduzcan o puedan traducirse en la ocupación de una misma porción territorial” (considerando 5º). Por lo tanto, los elementos a tener en cuenta para identificar una situación de superposición de derechos reales, de acuerdo a lo expuesto, son: i) existencia de títulos de ocupación legalmente constituidos; ii) dichos títulos deben ser recíprocamente oponibles; iii) que su contenido se traduzca o pueda traducirse en la ocupación de una misma porción territorial.

Una manifestación clara de lo anterior, y donde se observan los elementos exigidos para estar ante una superposición es lo que ocurrió en causa Rol Nº C-227-2014, seguida ante el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, aún en tramitación. La demanda consiste en una denuncia de obra nueva, la querellante es Minera Santo Domingo y la denunciada es Eletrans S.A. (empresa de transmisión eléctrica). Minera Santo Domingo solicita en su demanda que se decrete la suspensión definitiva de la construcción de ciertas obras, y que se decrete la demolición de lo ya construido. En los fundamentos de hecho indica que es titular de pertenencias mineras en un sector denominado Sierra Santo Domingo (comuna de Diego de Almagro), sobre predio de propiedad fiscal, las cuales se encontrarían inscritas en el Conservador de Minas respectivo (las inscripciones serían del año 2012). Relata que el proyecto está previsto para entrar en funcionamiento el año 2017, para lo cual se han llevado a cabo los procedimientos exigidos por la ley y se han solicitado judicialmente la constitución de ciertas servidumbres mineras. Señala que se encuentra constituida a su favor una servidumbre minera provisoria, la cual también se encontraría inscrita (inscripción sería del año 2013). Y en lo que al tema medioambiental se refiere, indica que se encuentra en proceso de calificación la Resolución de Calificación Ambiental ante el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para la etapa de explotación de las pertenencias. Respecto a la denunciada indica que Eletrans S.A. es titular del proyecto “Línea 2x 220 kV Cardones-Diego de Almagro”, tiene por objeto instalar una línea de alta tensión de aproximadamente 156 km de longitud. El conflicto se produciría pues aparentemente parte de las instalaciones de las líneas de alta tensión estaría sobre el área destinada a depósito de relaves del proyecto minero. Expresa que la Minera tomó

conocimiento de que en noviembre de 2014 la denunciada había iniciado la construcción de su proyecto en el sector de Diego de Almagro, y añade que la ejecución de las obras de la denunciada abarcarían terrenos sobre los cuales la Minera tiene titularidad sobre concesiones, y también tiene titularidad sobre servidumbres constituidas con anterioridad “a cualquier derecho con que pudiere contar la denunciada”.

Por su parte, Eletrans contestó por escrito la demanda en el comparendo de estilo y señaló, en primer lugar, que no era efectivo que la servidumbres provisorias alegadas por la demandante fueran exactamente las que constaban en las respectivas inscripciones, sino que las servidumbres según la copia de inscripción están constituidas a favor de otras pertenencias que las indicadas en la demanda. En segundo lugar, afirma que no existe la superposición que constituye el supuesto de la querrela entablada, pues como señala previamente la denunciante no tiene servidumbres constituidas sobre la misma área en que Eletrans sí tendría constituidas servidumbres. A continuación se refiere a la diferencia entre el dominio sobre el predio superficial y el dominio sobre las concesiones respectivas, indicando que el predio superficial es propiedad del Fisco de Chile, y Minera Santo Domingo no tendría posesión sobre el predio en el que indica se habrían ejecutado obras denunciadas, por lo tanto, la Minera “solamente es titular de concesiones mineras y está desarrollando un proyecto minero que, de obtener las autorizaciones respectivas y cumplir las demás exigencias correspondientes, podría superponerse con la obra de Eletrans”. El denunciado también hace presente que el derecho de la transmisora debería ser preferido debido a que en este caso existiría un enfrentamiento entre “el ejercicio de un derecho de propiedad de un particular, versus el ejercicio de un derecho de interés público”. Añade que “Eletrans posee un título cierto, actual y concreto, constituido por su calidad de adjudicataria de una obra pública concreta, de interés público, para cuya ejecución y explotación ... cuenta con las autorizaciones y requisitos correspondientes (Decreto de adjudicación, Resolución de Calificación Ambiental, permisos sectoriales, servidumbres prediales, etc.)”. Para fundar esto último efectúa una relación temporal de los actos y gestiones efectuadas para llevar a cabo la “Nueva Línea Cardones-Diego de Almagro dos por doscientos veinte kilovoltios: Tendido del primer circuito”, entre las cuales incluye el Decreto de Licitación, Decreto de Adjudicación, Decreto del Ministerio de Bienes Nacionales en que concede a favor de Eletrans ciertas servidumbres, etc.; dentro de los hechos enumerados llama

la atención que la adjudicación del proyecto de transmisión habría sido notificada el 29 de mayo de 2012.

De lo expuesto por las partes se observa claramente el enfrentamiento entre los derechos reales constituidos a favor de empresas cuyas actividades son complementarias y excluyentes a la vez. La cuestión está en determinar y probar si efectivamente el área donde supuestamente se encontraban constituidas las servidumbres provisionales mineras es la misma donde aparentemente la transmisora ha iniciado la instalación de las obras y servidumbres que se le habrían adjudicado y concedido. Por lo demás, un punto importante a tener presente será la relación temporal de los hechos, puesto que de lo relatado por las partes, se da a entender que ambas habrían estado efectuando los respectivos trámites en periodos de tiempo similares, o inclusive, simultáneamente. Por otra parte, ¿cuál es el derecho que debe primar: la propiedad del concesionario minero o el interés público que ampara las obras de transmisión?. Como se dijo, la causa aún se encuentra en tramitación, y a la fecha de este trabajo no se ha fallado por el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, pero es de suponer que dadas las características de este enfrentamiento, éste llegará hasta el conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.

B.2) Conflictos entre intereses estatales, y entre intereses estatales y privados, por solicitud de imposición de derechos reales en inmuebles fiscales

En los casos a reseñarse a continuación, los terrenos donde se solicita la imposición de ciertas servidumbres - especialmente mineras - son de propiedad fiscal, y el Estado a través del organismo correspondiente, ya sea mediante un decreto o instrumento de planificación territorial, a destinado ese terreno a ciertas actividades que no se avienen con la actividad que se pretende llevar a cabo con la servidumbre solicitada. En estas circunstancias, se han generado discusiones respecto a los intereses privados y estatales en juego – inclusive en ciertas circunstancias han sido empresas estatales las que se han visto enfrentadas con el Fisco –, a la procedencia de dichas destinaciones, la función social de la propiedad, el deber de ingreso de las solicitudes de servidumbre al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental previo a su solicitud por vía judicial, entre otras.

B.2.1) Conflictos por destinación del uso de suelo en terrenos fiscales

En el primer caso, causa Rol N° 13.175-2013, la Corte Suprema conoció de recurso de casación en el fondo, deducido en contra de la sentencia de segunda instancia que revocó el fallo de primera instancia, que concedía la demanda de ampliación de servidumbres mineras de ocupación y tránsito. La demandante era Codelco, y la demandada el Fisco de Chile. La recurrente de casación alegaba dos principales errores, el primero consistente en “establecer e imponer como requisito previo a la constitución de una servidumbre legal minera, que el concesionario minero deba obtener las aprobaciones y permisos medio ambientales que exige la ley 19.300” (considerando 1°); y el segundo error, se cometía al prohibir “la constitución de una servidumbre legal minera sobre terrenos calificados como ‘sitio priorizado para la conservación de la biodiversidad en la Región de Antofagasta’ ” (considerando 1°)⁹¹.

La Corte acogió el recurso de casación, razonando en su considerando 5° que respecto al cuestionamiento de si es necesario someterse previamente al Sistema de Evaluación Ambiental se debe atender tanto a lo expuesto por la Ley N° 19.300 como al estatuto legal minero. Afirma que “cuando la ley 19.300 se refiere a los ‘proyectos o actividades’ que deben someterse al sistema de evaluación ambiental, requiriendo la presentación de una Declaración, o un Estudio -como es el caso- de Impacto Ambiental, supone que la tal actividad o proyecto estén en condiciones de ser efectivamente ejecutados...” (considerando 5°), siendo necesario que quien vaya a ejecutar la servidumbre sea titular de dicho derecho. Agregan que esto también se comprende desde el punto en que estas servidumbres igualmente se pueden constituir por acuerdo de las partes, a las cuales el CM sólo exige que consten en escritura pública, no siendo legítimo imponerles su sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante SEIA) si la Ley no lo exige. Por lo tanto, sería erróneo exigir a aquellas servidumbres que se constituyan por vía judicial una condición adicional (sometimiento previo al SEIA) que no se exige a aquéllas que se constituyen vía convencional; a su parecer aquello “conduciría a

⁹¹ Al respecto se debe señalar que, como se señaló en la discusión parlamentaria, los sitios denominados “priorizados para la conservación de la biodiversidad” no constituye la misma figura que un DRCM, pues el DRCM es un acuerdo entre partes, y la categoría de “sitio priorizado” es una categoría de protección oficial otorgada por el Estado, lo cual conlleva ciertos efectos. Sin embargo, un DRCM podría ser un mecanismo para llevar a cabo la protección y conservación de un sitio declarado “sitio priorizado para la conservación de la biodiversidad”. Al respecto véase: Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 175-177.

aceptar dos categorías distintas de servidumbres, unas sometidas a una carga mayor que las otras, dependiendo únicamente de la voluntad de las partes, lo que, a más de no tener sustento en la ley, repugna a la lógica y contraría la naturaleza de orden público de las normas que regulan el sistema de evaluación de impacto ambiental, que las hace indisponibles para las partes” (considerando 5º).

El fallo fue acordado con voto en contra, el cual discurría entre el derecho a llevar a cabo la actividad minera y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, expresando en su número 5 que “la servidumbre minera no puede constituirse en la zona ya indicada (Lote 1), pues indefectiblemente la peticionaria la solicitó para ejecutar obras con fines distintos e incompatibles con los previstos por el Plan Regional de Desarrollo Urbano vigente...” (número 5 voto disidente). A juicio de los disidentes no es escindible la constitución con el ejercicio de la servidumbre, y sería inadecuado que en primer lugar fuera el Estado que a través de su órgano judicial concediera la servidumbre, para después a través de su órgano administrativo impidiera su ejercicio por no avenirse con los fines previstos en la legislación. A continuación, en su número 6 manifiestan que es una falacia suponer que una servidumbre como la objeto del recurso “sólo constituye una mera expectativa de ejecutar esos proyectos o actividades, y por ende no requiere la declaración o estudio de impacto ambiental que sí sería obligatorio para su pleno ejercicio” (número 6 voto disidente), eso sería simplemente un argumento para no abordar el problema de fondo. Y en su número 7 se critica el hecho de que la controversia, en primera instancia, se hubiera centrado en el derecho de propiedad del titular de la servidumbre (concesionario minero), desatendiendo el derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, afirmando que “no puede prevalecer el derecho particular del concesionario minero por sobre las normas de mayor jerarquía contenidas en la Constitución Política de la República que aseguran el derecho de todos los habitantes de la nación a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y que consignan que es deber del Estado velar para que ese derecho no sea afectado y se tutele la preservación de la naturaleza” (número 7 voto disidente).

En jurisprudencia contraria a la anterior, se encuentra fallo de fecha 5 de septiembre de 2016 de la Corte Suprema en causa Rol N° 8.133-2015, conociendo de recurso de casación en la forma y en el fondo deducido por la parte demandante de servidumbre legal minera

(Compañía Minera Arbiado Chile Ltda.), contra la sentencia de segunda instancia que revocó el fallo de primera instancia, que concedía la servidumbre legal minera demandada. En los hechos la demandante solicitaba la imposición de ciertas servidumbres legales en un predio que era propiedad del Fisco. El terreno que estaba reservado en virtud de ciertos convenios efectuados entre el Ministerio de Energía y el Ministerio de Bienes Nacionales al desarrollo de proyectos de generación de energías renovables no convencionales, y en él se encontraba en fase de instalación el Parque Eólico Taltal. Dentro de los hechos que se tuvieron como establecidos por los jueces del fondo se tuvo particularmente en cuenta por la Corte que “la exploración, explotación y demás faenas mineras que generará la servidumbre minera hará imposible el uso posterior del terreno para los fines a que está destinado”, y “la falta de energía en el país y la política estatal de desarrollo de energías denominadas limpias o no convencionales” (considerando 8°).

Al momento de rechazar el recurso de casación en el fondo, confirmando el fallo de segunda instancia, la Corte tuvo presente en relación a los alegatos efectuados por el recurrente, la noción de función social de la propiedad. De acuerdo a la Corte, la función social de la propiedad permitiría “conciliar el ejercicio del derecho de propiedad con la satisfacción de las necesidades de la comunidad para su mantenimiento y desarrollo sustentable...” (considerando 9°). Aún más, señala la Corte que es la misma Constitución Política la que determina los elementos que componen la función social de la propiedad, incluyendo entre ellos a la utilidad pública “referido a lo que beneficia o genere provecho facilitando el progreso e interés de la sociedad en sus diversos ámbitos” (considerando 9°), y la conservación del patrimonio ambiental “que representa todo lo que permita preservar y potenciar la riqueza ambiental y el equilibrio ecológico en diferentes dimensiones, imponiendo limitaciones o prohibiciones que eviten su degradación, también las sanciones legales pertinentes, pudiendo incluso limitarse el ejercicio de otros derechos fundamentales” (considerando 9°). A continuación, refiriéndose al conflicto que se generaba al haber sido destinada esa zona a ciertos objetivos por un organismo del Estado afirmó que, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 125 CM, las servidumbres no podían constituirse en la zona solicitada pues su fin era distinto e incompatible con el fin previsto para esa zona por la autoridad administrativa. Y asimismo, no es posible escindir la constitución del ejercicio de la servidumbre, siendo inapropiado que en primer lugar

fuera el Estado que a través de su órgano judicial concediera la servidumbre, para que después a través de su órgano administrativo impidiera su ejercicio por no avenirse con los fines previstos en la legislación (considerando 11). En su considerando 12 agrega que “la facultad de administrar los inmuebles fiscales por parte del Estado, con la finalidad de satisfacer y posibilitar el desarrollo del país, esto es, en función del interés general de la Nación, lo autoriza para destinar propiedades fiscales con dicho propósito”, y esto mismo permite a los sentenciadores hacer prevalecer normas de mayor jerarquía contenidas en la Constitución Política sobre el derecho particular del concesionario minero.

El fallo fue acordado con voto en contra, el cual razonó sobre la base del carácter público y notorio de los argumentos alegados y sobre las circunstancias de hecho en que se encontraba el predio, afirmando que los sentenciadores de segunda instancia en su fallo habían excedido de los términos fijados en primera instancia, al basarse en los efectos que las servidumbres mineras solicitadas podrían generar en el proyecto energético, lo cual incide en una cuestión de hecho de carácter técnico. También se objetó que se hubiere aceptado una alegación que no fue objeto de discusión ni prueba, consistente en el “grave déficit de energía que presenta el país” (letra b voto disidente), que obligaría al Estado a buscar otras matrices energéticas como la eólica y la solar, cuestión que a su parecer no constituye un hecho público y notorio, sino una mera afirmación. A su juicio también se debía tener presente que el área de reserva tiene una extensión total de 287.393 hectáreas, y la extensión solicitada para servidumbre corresponde a 2.478,21 hectáreas; por lo demás, de acuerdo al informe evacuado por perito no existiría superposición, y las faenas de servidumbre no afectarían al sector en que se encontraría el Parque Eólico Taltal (letra d voto disidente).

Tópicos como la función social de la propiedad, los intereses generales de la nación y la destinación del suelo analizados al momento de fallar la causa anterior también fueron desarrollados por la Corte Suprema al momento de fallar las causas Rol N° 19.081-2015 y Rol N° 12.886-2015. Lo curioso de estas causas es que en ambas las partes eran las mismas, por una parte se encontraba Minera Pampa Fénix S.C.M (demandante), y por otro estaba el Fisco (demandado). Ambas causas se habían visto en primera instancia en el 4° Juzgado de Letras de Antofagasta, difiriendo en las fechas de ingreso de las demandas en un año, 2013 y 2014

respectivamente; sustancialmente diferían en la extensión del área sobre el cual se solicitaba la constitución de ciertas servidumbres (aproximadamente 10.000 hectáreas de diferencia). Lo que se demandaba era la constitución de ciertas servidumbres mineras a favor de Minera Pampa Fénix sobre un predio propiedad del Fisco. Dichas servidumbres fueron concedidas en 1º instancia en ambas causas. Dichas sentencias fueron apeladas por el Fisco, y la Corte de Apelaciones de Antofagasta revocó ambas, ante lo cual Minera Pampa Fénix dedujo recursos de casación en la forma y fondo para ante la Corte Suprema en ambos casos.

En causa Rol ingreso Corte Suprema N° 19.081-2015 (rol de ingreso 1º instancia N° 5.281-2013), los hechos que se tuvieron por probados fueron que el área en que se solicitaba la constitución de las servidumbres consistía en un área reservada al desarrollo de energías renovables no convencionales por destinación del Ministerio de Bienes Nacionales (Decreto Exento N° 338 de 2010), donde se encontraban concedidas de forma previa servidumbres a favor de Parque Eólico Taltal S.A y Transmisora Eléctrica del Norte S.A; además de una destinación a favor de Carabineros de Chile, y rutas camineras (entre ellas la Ruta 5). El demandante de servidumbres señalaba que el proyecto que pretendía llevar a cabo era la futura explotación de reservas de nitrato, sulfato y yodo; además, señalaba que para diseñar y llevar a cabo dicho proyecto se habían invertido grandes cantidades de dinero, y las ganancias y expectativas a futuro eran promisorias de acuerdo a estudios de expertos. Criticaba el hecho de que en segunda instancia se hubiere revocado la sentencia de primera por priorizar el hecho de que el terreno estaba reservado a proyectos de matriz energética renovable no convencional, ya que si bien en los hechos se habían aprobado dos convenios marco con ese fin, durante su vigencia sólo se había llevado a cabo una sola licitación (llamado a licitación Parque Eólico Taltal), lo que no daría sustento al argumento en resguardo de las reservas efectuadas en función de búsqueda y aumento de matrices energéticas para el país. Por lo tanto, las defensas a favor del desarrollo e instalación de proyectos de energías renovables no convencionales y la supuesta existencia de prioridad por matriz energética se había constituido en una limitación sin suficiente fundamento de su derecho de propiedad, el cual le facultaba a solicitar – y obtener – la imposición de las servidumbres necesarias para llevar a cabo su proyecto (considerando 11); en este mismo contexto controvertía la calificación de hechos públicos y notorios que se le había dado a ciertas afirmaciones efectuadas en 2º instancia.

La Corte rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo⁹², sentenciando que las servidumbres no podían ser constituidas en la zona solicitada debido a que tenían un fin distinto e incompatible con el previsto por la autoridad administrativa para el terreno en cuestión (considerando 16). Por otra parte, consideraba que la discusión no sólo debía centrarse en el derecho de propiedad del concesionario minero, sino también en la facultad del Estado de administrar los inmuebles fiscales con miras a los intereses generales de la Nación, lo que lo autorizaba a destinar la propiedad fiscal con ese propósito (considerando 17°). Afirmaba finalmente que la constitución de la servidumbre debía respetar la normativa vigente, lo que incluye la preceptiva sobre destinación de suelo contenida en los decretos exentos emanados de la autoridad administrativa, y en este sentido, también debe ajustarse a la Constitución Política y “si no es posible la explotación de la mina, la configuración de la servidumbre respectiva resultará inoficiosa ya que no puede aprovecharse para fines distintos de aquellos propios de la concesión minera para la cual fue estatuida” (considerando 18).

En la segunda causa, Rol N° 12.886-2015 (rol de ingreso 1° instancia N° 2.043-2014), el área en que se solicitaba la constitución de las servidumbres también se encontraba destinada por Decreto Exento N° 338 de 2010 del Ministerio de Bienes Nacionales a reserva para proyectos de energías renovables no convencionales⁹³. En este caso, la Corte también se refirió a los conceptos de función social como limitante del derecho de propiedad y a los intereses generales de la Nación para fundar el rechazo de los recursos de casación en la forma y fondo⁹⁴, de igual manera que en el caso anterior.

⁹² Fallo acordado con voto en contra.

⁹³ Un punto interesante dentro de la relación que efectúa la Corte Suprema en su fallo de los argumentos expuestos por la recurrente es que esta afirma que “las concesiones mineras dado su origen judicial, su amplia protección constitucional y legal, y su carácter de derecho erga omnes, prevalecen por sobre la zona de reserva creada por sí y ante sí entre los Ministerios de Bienes Nacionales y Energía” (considerando 9°, síntesis de los argumentos esgrimidos por la recurrente). Un planteamiento como el transcrito podría ser un gran punto de conflicto frente a un DRCM, derivado de las características de este último.

⁹⁴ Fallo acordado con voto en contra.

B.2.2) Discusión sobre el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en casos de destinación del uso de suelo en propiedad fiscal

Como se puede observar en las causas ya relatadas, un punto de discusión recurrente ha sido el sometimiento al SEIA. Específicamente, la discrepancia está en si es o no es exigible que el proyecto de servidumbre cuya constitución judicial se solicita deba someterse previamente al SEIA⁹⁵. Por ejemplo, en causa Rol N° 1.518-2012 seguida ante la Corte Suprema, se dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que revocó el fallo de primera instancia, rechazando la demanda de constitución de servidumbre minera. El recurrente indicaba que el error de derecho se manifestaba en que para la constitución de una servidumbre minera no es requisito previo el sometimiento al sistema de impacto ambiental (considerando 2°). Los hechos que tuvieron presentes los jueces de segunda instancia al momento de fallar en contra de la demanda fueron, entre otros, que los terrenos sobre los que se había otorgado la concesión minera se encontraban emplazados en una zona de protección de interés paisajístico, y que “conforme al plan regulador intercomunal del borde costero dicho inmueble se encuentra afecto a limitaciones en función de su uso y destino”

⁹⁵ Se debe hacer presente que esta situación se ha observado mayormente en casos de solicitud de constitución de servidumbres legales mineras, y no de servidumbres eléctricas. A nuestro parecer esto se debe tanto al procedimiento de otorgamiento de las respectivas concesiones y a la forma en que está redactada la normativa medioambiental, específicamente el artículo 10 de la Ley N° 19.300. En primer lugar, el artículo 10 de la Ley N° 19.300 es más explícito y claro respecto a las circunstancias en que debe ingresar un proyecto eléctrico que uno minero al SEIA, en el caso del proyecto minero es bastante amplia la exigencia, lo que podría llevar a una vaguedad en cuanto a en qué casos se debe someter al sistema; en cambio, en el caso del proyecto eléctrico, el artículo 10 es mucho más específico. A lo anterior se debe agregar que la concesión minera se constituye por resolución judicial, lo que no incluye la solicitud de las servidumbres necesarias para facilitar las obras en caso de resolución favorable; en cambio, en el caso de la concesión eléctrica, como ya se vio, esta por regla general se constituye por vía administrativa, lo que incluye en su presentación las servidumbres necesarias, lo que deriva que de tener que someterse un proyecto eléctrico al SEIA irá incluido en esa evaluación la servidumbre eléctrica, lo que no necesariamente ocurre en el caso del proyecto minero. Un ejemplo claro de esto en la legislación eléctrica es lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley N° 20.936, que al explicar los procesos posteriores a la adjudicación para obras nuevas sometidas al procedimiento para la determinación de franjas señala que: “El adjudicatario de los derechos de ejecución y explotación del proyecto de obra nueva que debe sujetarse a Estudio de Franja, deberá someter al sistema de evaluación de impacto ambiental, conforme a lo dispuesto en la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el respectivo proyecto, determinando el trazado sobre la base de la franja preliminar fijada mediante el decreto establecido en el artículo 94°. Una vez obtenida la resolución de calificación ambiental de acuerdo a lo definido en la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el Ministerio dictará un decreto exento suscrito bajo la fórmula ‘por orden del Presidente de la República’, mediante el que determinará el trazado definitivo y la franja de seguridad asociada a dicho trazado, constituyéndose, por el solo ministerio de la ley, servidumbre eléctrica sobre la referida franja.” Por lo tanto, se desprende que el proceso incluye en su evaluación las servidumbres necesarias para llevar a cabo las obras.

(considerando 5°), lo que los llevó a concluir que el demandante debía cumplir con las disposiciones y exigencias legales medioambientales (considerando 9°).

La Corte Suprema rechazó el recurso razonando, que los jueces del fondo realizaron una armónica interpretación tanto de las normas contenidas en el Código de Minería como en la Ley N° 19.300, sosteniendo que la cita de los artículos que se alegaban vulnerados era errónea y no coincidía con el razonamiento del fallo, que se refería al lugar donde estaba situado el predio. Para que dicho predio pudiera ser sometido a las servidumbres solicitadas se debía cumplir con lo exigido por toda legislación aplicable, dentro de la cual se encuentra la medioambiental, y de acuerdo a la Ley N° 19.300 se deben someter a evaluación ambiental aquellas obras que se ejecuten en zonas de interés turístico (considerando 12). Por estos mismos razonamientos tampoco se consideraron infringidas las normas contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones que alegaba el recurrente, quien sostenía que el sometimiento al Sistema de Evaluación Ambiental no es requisito exigido por la ley para realizar la actividad en forma compatible con el medioambiente (considerando 13).

En sentido similar se expresó la Corte Suprema respecto a la necesidad de ingreso al SEIA del proyecto a desarrollarse en causa Rol N° 22.303-2014, en la cual se daban circunstancias similares a las señaladas en la causa anterior, dado que la zona en que se solicitaba la constitución de servidumbre de ocupación también tenía un uso de suelo previamente determinado en la Ordenanza del Plano Seccional Área Portuaria Industrial de Mejillones. La Corte, al fallar el recurso, consideró que la servidumbre tendría un fin distinto e incompatible con el previsto por la normativa legal contenida en los instrumentos de planificación regional. La Corte además hizo alusión en su fallo a dos puntos: i) al carácter preventivo del ingreso SEIA, señala la Corte – citando a Alberto Tala – que “El carácter preventivo y no sólo controlador a posteriori de los mecanismos referidos en la ley N° 19.300 se debe entre otras razones a una característica de la industria minera: *‘destructiva, en el sentido de que el aprovechamiento de los recursos se confunde con pérdida, en cierto sentido, de recursos naturales no renovables y con la afectación de su entorno, lo que plantea una consideración de tipo ecológico’* ” (considerando 10 y 11); ii) la situación de controversia entre dos intereses contrapuestos como son “el de propiedad y sus alcances económicos de la demandante y el derecho de las personas – titularidad colectiva –, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación” (considerando

11); iii) el carácter de Derecho Humano del derecho de las personas a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; y iv) al daño ambiental que ha provocado la actividad minera, sus manifestaciones y efectos, lo cual también se haría manifiesto en actividad jurisdiccional desde el ámbito del recurso de protección (considerando 15).⁹⁶

Por otro lado, existe jurisprudencia de la Corte Suprema que aboga por la no necesidad de ingresar previamente al SEIA, como ocurre en causa Rol N° 7.442-2015, donde el Fisco de Chile representado por el Consejo de Defensa del Estado dedujo casación en el fondo respecto de la sentencia de segunda instancia, que confirmó el fallo de primera instancia, que concedía la demanda de constitución de servidumbre legal minera. El recurrente señalaba que el predio donde se solicitaba la imposición de la servidumbre estaba afecto a limitaciones en función de su uso y destino de acuerdo al Plan Regulador Intercomunal del Borde Costero, debido a que el predio se encontraba emplazado en una zona denominada “Zona de Protección por Interés Paisajístico”. Expresaba el recurrente que a su parecer no se aplicaron las normas respectivas tanto de la Ley N° 19.300 como de la Ley General de Urbanismo y Construcciones – específicamente los artículos 1, 27 y 41 de esta última –, y al respecto afirmaba que “los instrumentos de planificación territorial se encuentran al servicio de la persona humana, y asegura la vida comprendiendo su calidad que está ligada íntimamente al medio ambiente, sin que pueda desconocerse que el proyecto de la demandante provocará un daño ambiental” (considerando 1°); y en concordancia con los artículos 2°, 8, 9, 10 y 11 de la Ley N° 19.300 debería elaborarse un estudio de impacto ambiental en virtud de la actividad que se pretendía llevar a cabo, de forma previa a la ejecución del proyecto o actividad. Por otra parte, consideraba ignoradas las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en relación con las normas contenidas en la Carta Fundamental (inciso 4° del artículo 1° y números 1 y 8 del artículo 19), “en razón del claro fundamento constitucional de los instrumentos de planificación territorial y normas medio ambientales, de contenido y primacía superior al simple derecho de propiedad del concesionario minero” (considerando 1°).

La Corte desestimó el recurso de casación razonando, en su considerando 6°, que del análisis de las normas pertinentes de la Ley N° 19.300 se desprende que efectivamente los

⁹⁶ Fallo acordado con voto en contra.

proyectos mineros están sujetos al SEIA en la medida que se encuentren en o próximos a recursos y áreas protegidas o sitios prioritarios para la conservación. Lo anterior supone necesariamente “que estén en condiciones de ser efectivamente ejecutados”, y para el caso de la servidumbre minera ello “se verificará cuando el ejecutor del proyecto es titular del derecho en los términos que señala el Código de Minería”, lo que aplica también “para las exigencias y limitaciones que contempla la Ley General de Urbanismo y Construcciones y los instrumentos de planificación territorial” (considerando 6°).

Este fallo fue acordado con voto en contra, sus redactores fundamentaban su negativa a que se constituyera la servidumbre minera en el lugar solicitado debido a que los instrumentos de planificación territorial le asignaban a esa zona un fin distinto e incompatible con los fines previstos para las servidumbres mineras, afirmando que “no puede escindirse la constitución de la servidumbre con su ejercicio, pues resultaría inadecuado que el Estado, por medio del órgano judicial, constituya una servidumbre minera en dicha zona, y posteriormente, a través de su aparato administrativo, impida su utilización por no avenirse con los fines previstos por la legislación”. Por otra parte, a su parecer el afirmar que la solicitud de servidumbre constituye una mera expectativa de ejecutar la actividad, y por ende, “no requiere de un estudio de impacto ambiental que sí sería obligatorio para su pleno ejercicio”, es incorrecto. También se refirieron a la necesidad de desarrollo sustentable y armónico de las actividades mineras con el medioambiente, expresando que dichas actividades deben respetar las normas medio ambientales, debiendo “estar en armonía con el hábitat y con los ecosistemas existentes y en concordancia con el desarrollo sustentable, que es el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras” (considerando 7° voto disidente).⁹⁷

B.3) Conclusiones y síntesis de las principales discusiones observadas en la jurisprudencia reseñada

⁹⁷ Razonamiento similar respecto al deber de sometimiento al SEIA existe en causa Rol N° 13.175-2013, ya reseñada.

Recapitulando, el conflicto estudiado tiene diversas aristas que, a nuestro parecer, dificultan la existencia de una solución uniforme y concreta, que compatibilice los diversos intereses y derechos en juego. Como se puede advertir tres son los principales derechos participantes: minero, eléctrico y medioambiental. Y los intereses en juego son tanto privados como estatales, estos últimos teniendo un fundamento en los intereses generales de la Nación. A su vez, éstos tienen un fuerte sustento constitucional, por lo que al momento de discernir, los tribunales se ven obligados a ponderar y dar preferencia a alguno de ellos. Los conceptos más utilizados al referirse a cada una de estas áreas son el derecho de propiedad, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación y la función social de la propiedad; esta última, en sus aristas de utilidad pública y preservación del medioambiente.

Hasta el momento los conflictos mayormente han entorpecido y complicado el ejercicio de las servidumbres mineras, lo que a nuestro parecer se deriva de la forma de constitución tanto de las concesiones mineras como de las servidumbres mismas, como también del reproche que se hace del impacto ambiental que ha generado, genera – y probablemente seguirá generando – la industria minera.

Por otra parte, creciente es el interés y la generación de conocimiento respecto a la conservación del medioambiente, el impacto de la actividad humana en él, las consecuencias que se derivan de su deterioro y la necesidad de buscar nuevas formas de llevar a cabo el desarrollo humano de modo de disminuir, mitigar y prevenir aún más daño. Relacionado con esto mismo es que se pudo distinguir como objeto de discusión la búsqueda de matrices energéticas renovables no convencionales, lo que se manifestaba en que áreas de terrenos fiscales habían sido reservadas al desarrollo de proyectos de este tipo. Ahora bien, la industria eléctrica por sí misma involucra varias aristas, que si bien no se percibió fueran analizadas notoriamente por los tribunales en estos casos, sí tienen relación y deberían ser destacadas. La industria eléctrica cada vez ha ido obteniendo mayor importancia y notoriedad en la actividad humana diaria, lo que ha producido una necesidad de mayor conectividad, producción y construcción de instalaciones que permitan dar abasto con la demanda de suministro eléctrico; por lo demás, prácticamente todo hoy en día funciona en base a electricidad. Pero por otra parte, hay que tener en cuenta que la actividad eléctrica también genera un impacto ambiental, y este

es un punto que a nuestro parecer pasó inadvertido; quizás el hecho de que el sustento de los proyectos que eran partes de las distintas causas fueran la utilidad pública y la búsqueda de matrices energéticas “renovables no convencionales” (fundamentado aparentemente en un desarrollo sustentable y más respetuoso del medioambiente y los recursos naturales), dio pie a que ese punto no fuera atacado.

Un actor importante dentro de estos conflictos fue el Fisco, como propietario de varios de los terrenos en cuyos suelos se pretendían establecer ciertos gravámenes; cumpliendo también un importante rol en lo que a destinación y reserva de uso suelo a ciertas actividades se refería, la cual se había efectuado a través de decretos emanados del Ministerio de Bienes Nacionales, al cual se le reconocía la facultad de administrar los terrenos fiscales, como más conveniente pareciera a los intereses generales de la Nación. Estos casos de destinación de terrenos fiscales, o aquellos en que la zona en que se pretendía la constitución de una servidumbre estuvieren destinados por un instrumento de planificación territorial – los cuales por lo demás, en diversas situaciones, se vieron objetados en su obligatoriedad – dieron lugar a consistentes discrepancias respecto al sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, especialmente en los casos de solicitud de constitución de servidumbres mineras.

En las causas estudiadas, si bien pareciera no existir uniformidad al respecto, las posiciones frente al asunto son básicamente dos: i) sí se deben someter previamente al SEIA; y ii) no se deben someter previamente al SEIA. Al momento de fundar el deber de ingreso previo al SEIA se tiene presente, cuando corresponde, si existe alguna destinación de suelo efectuada por instrumento de planificación territorial, o si el predio ha sido reservado a alguna actividad por el Ministerio de Bienes Nacionales. En ambos casos se afirma que los proyectos deben cumplir con la normativa medioambiental, y sería contraproducente que, el Estado primero concediera la servidumbre, para luego negarla por vía administrativa (de ser el caso). Por lo demás, resguardan la labor del Ministerio de Bienes Nacionales como administrador de los predios fiscales al destinarlos o reservarlos a ciertas actividades, pues el Ministerio está facultado para actuar respecto a esos bienes como mejor convenga a los intereses generales de la Nación. Conceptos fundamentales dentro de los fundamentos para exigir el sometimiento al SEIA lo son también: la función social de la propiedad, especialmente en lo que se refiere a la

utilidad pública y la preservación del medioambiente; el resguardo del medioambiente; el impacto que ha provocado la actividad minera a la biodiversidad, la población y los recursos naturales a través de los años.

Un punto importante y que se destaca en los argumentos es el conflicto entre intereses privados y públicos (incluso en los casos en que CODELCO y el Fisco eran los interesados). Los primeros, mirados específicamente desde la arista económica de la actividad minera y la propiedad del concesionario minero sobre su derecho real; y los segundos, desde la arista del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación. Por su parte, al momento de argumentar la no exigencia de sometimiento previo al SEIA se afirma que, para que proceda el ingreso el sujeto debe ser titular del proyecto de servidumbre y la actividad debe estar en condiciones de ser efectivamente ejecutada. Esto último no ocurre en la mayoría de los casos observados, puesto que por lo general es justamente en el procedimiento en que se solicita la constitución de las servidumbres donde surge la discusión; por lo tanto, una vez constituidas las servidumbres podría darse lugar a un procedimiento donde se ventilara la incompatibilidad o disconformidad del derecho real constituido con la normativa urbanística y medioambiental. También se tiene presente que la constitución de servidumbre minera puede producirse por vía judicial o convencional, y en los casos que se pacte convencionalmente la constitución de éstas no se produciría la discusión sobre la exigibilidad de sometimiento al SEIA – en efecto, la normativa minera no hace mención a requisitos adicionales en la constitución convencional más que a la escritura pública –; en cambio, de tener que proceder por vía judicial a la imposición de la servidumbre, el solicitante se tendría que ver expuesto a una exigencia mayor, y no prevista por la ley, lo que atentaría contra la lógica y el orden público.⁹⁸

A nuestro parecer, es manifiesto que muchos de los problemas de “falta de uniformidad” en las decisiones de los tribunales nacionales frente a conflictos de este tipo se debe – entre otras cosas – a la importancia de los intereses en conflicto, y a la existencia de vacíos legales y normas que pueden generar confusión.

⁹⁸ Respecto a la exigencia de sometimiento al Sistema de Evaluación Ambiental y las circunstancias previstas por la legislación ambiental, nos referiremos más detalladamente en el siguiente capítulo al tratar el asunto respecto al derecho real de conservación, y expondremos nuestro punto de vista al respecto.

Un ejemplo de ello es reciente normativa emanada del Ministerio de Bienes Nacionales, que al interpretarse se logra desprender que de cierta manera ha tendido a reconocer la existencia del primer tipo de conflicto reseñado (la superposición de derechos mineros y eléctricos), sin ser expresa al respecto, y sin colaborar en evitar o solucionar estos conflictos. Nos referimos a la Orden N° 1 que “Imparte instrucciones con relación a criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales”, publicada el 20 de septiembre de 2016, expedida por el mismo ente, que trata sobre bienes fiscales administrados por dicho Ministerio⁹⁹. La Orden N° 1 señala en su considerando 2° que “es de suma importancia unificar criterios y establecer procedimientos generales en relación a las servidumbres que afectan en diferentes formas la propiedad fiscal, y con ello la gestión ministerial”, y a continuación afirma que el Ministerio está facultado para constituir los derechos reales sobre inmuebles fiscales que estime pertinentes. Dentro de su articulado incluye el Título II denominado “De la superposición de servidumbres”, en el que establece que “en esta materia (la superposición de servidumbres) se debe considerar el artículo 880 del Código Civil ya citado, en virtud del cual el Ministerio de Bienes Nacionales se encuentra facultado en su calidad de propietario, para constituir las servidumbres que estime necesario”, y continúa “de esta forma, no se vislumbra inconveniente alguno respecto a la superposición de diversas clases de servidumbres sobre un mismo predio”, y finaliza el Título disponiendo que “en caso de existir conflicto en el ejercicio de las diversas servidumbres constituidas sobre un mismo predio, serán los Tribunales Ordinarios de Justicia los llamados a decidir el alcance del ejercicio de cada una de las servidumbres”. Lo anterior pareciera ser una manifestación de que la superposición de derechos reales – y en específico de servidumbres – es una realidad patente, y en cierto modo el ente gubernamental estaría fijando su posición al respecto, mas no entrega una propuesta de solución y se limita a dejar su solución en manos de los tribunales, sin asumir algún tipo de responsabilidad en el asunto.

⁹⁹ Lo atractivo de esta normativa deriva de que en la mayoría de los casos reseñados las servidumbres en conflicto se constituyeron sobre inmuebles fiscales.

CAPÍTULO 3. ENFRENTAMIENTO ENTRE EL DERECHO REAL DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL E INTERESES MINEROS, ELÉCTRICOS, MEDIOAMBIENTALES, ESTATALES Y PRIVADOS

A nuestro parecer, probablemente el DRCM no estará ajeno a los conflictos previamente descritos, especialmente en lo que se refiere a superposición de servidumbres. Sólo por adelantar y dar una idea de a qué nos referimos con lo anterior, se puede hacer alusión a la misma Ley N° 20.930, específicamente en lo dispuesto en su artículo 6°, en que señala que el DRCM está sujeto a las servidumbres posteriores a éste que se impongan por mandato legal. De acuerdo a esto, de sobrevenir la imposición de una servidumbre legal con posterioridad a la constitución de un DRCM, éste quedará a merced de la configuración que tenga la servidumbre sobreviniente, y la norma no se hace cargo de los posibles conflictos que se produzcan en su aplicación, ni prevé algún tipo de procedimiento para compatibilizar de alguna manera la coexistencia de los distintos derechos, o alguna indemnización en caso de que el DRCM tenga que terminar por darse preferencia a la servidumbre legal y no sea posible seguir ejercitando el DRCM.

Por su parte, en materia eléctrica, encontramos otro ejemplo de normativa que podría jugar un importante rol en la producción de conflictos entre derechos reales en el artículo 31 bis de la LGSE, el que no sería de gran ayuda frente a casos de conflicto como el planteado, ya que señala en su inciso final que “En todo caso, no constituirá obstáculo para el otorgamiento y ejercicio de concesiones o servidumbres eléctricas la existencia de otros derechos, permisos o concesiones constituidos en el o los predios por terceros”. Lo que hace el artículo es establecer preliminarmente una supremacía legal de las concesiones y servidumbres eléctricas sobre otros derechos, como sería un DRCM. En el mismo orden de cosas se encuentra el artículo 60 de la LGSE¹⁰⁰, que dispone que “todos los derechos concedidos en los artículos 50°, 51° y 52° se

¹⁰⁰ A nuestro parecer, la aplicación de esta disposición se ha materializado en los conflictos judiciales en los últimos años, como es el caso de la causa “Minera Santo Domingo con Eletrans S.A.”, ya comentada.

ejercerán plenamente, sin perjuicio de las acciones judiciales que hubiere pendientes” (los artículos 50, 51 y 52 se refieren a las servidumbres prediales, y de postación y paso). Esta disposición podría ser especialmente perjudicial frente a un DRCM que se encuentre en la situación de superposición, puesto que si el DRCM se constituyó válidamente antes de la solicitud, concesión y ejercicio de la servidumbre eléctrica, podría verse perjudicado por las obras que conlleven dicho ejercicio, como sería la afectación de la biodiversidad del lugar mientras duren las obras, o también por la imposibilidad de acceder al lugar donde se encuentra dicha biodiversidad por la existencia de franjas de seguridad que restringen el acceso. Y en casos como los planteados, aun cuando se iniciara un procedimiento judicial para intentar compatibilizar intereses u obtener un cambio en el trazado de la servidumbre o una decisión a favor del DRCM, el constituyente del DRCM y su titular probablemente tendrían que ver mermado su derecho válidamente constituido y perjudicados los objetivos que con el DRCM se perseguían, pues plausiblemente las obras se seguirán ejecutando por el tiempo que dure el juicio en que hagan valer sus derechos y objeciones. Por lo mismo, al finalizar el procedimiento, aun de producirse sentencia favorable para las partes del DRCM, podría perfectamente esa sentencia quedar sin valor alguno debido a que en virtud del tiempo transcurrido en que se ventiló el juicio, y probablemente, al haberse continuado con el ejercicio de la servidumbre, el patrimonio medioambiental a conservar ya no existe o está en tal estado que no sería factible una recuperación de aquél.

De lo expuesto resalta, y se reitera, el porqué del interés en cuestionar cómo estas problemáticas podrían afectar a un DRCM, cómo se desenvuelve el DRCM frente a la normativa nacional, a la práctica y a la jurisprudencia que se ha desarrollado hasta ahora sobre estos conflictos. La pregunta que surge es cómo es que un derecho con un objetivo tan particular como es la conservación del patrimonio ambiental se enfrentará ante situaciones jurídicas como las descritas en el capítulo anterior.

Habiendo analizado los elementos del DRCM, de las servidumbres legales mineras y eléctricas, los conflictos que se han observado en la jurisprudencia entre intereses de distinta índole, y habiendo adelantado de qué forma estas servidumbres podrían relacionarse con el

DRCM, es posible establecer y desarrollar hipotéticos casos de conflicto entre derechos e intereses de conservación medioambiental, mineros, eléctricos, privados y estatales. Este análisis se efectuará, en primer lugar, desde un punto de vista meramente teórico, para luego desarrollar específicamente dos tipos de conflictos: el primero, una superposición de DRCM y servidumbres mineras o eléctricas; el segundo, un enfrentamiento de derechos reales y DRCM en un predio que es propiedad fiscal, acarreado dificultades muy particulares.

A. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA POSIBILIDAD DE OBSTACULIZACIÓN ENTRE DERECHOS REALES

Desde el punto de vista teórico, se puede entender el surgimiento de un enfrentamiento entre derechos reales dadas las características del derecho de propiedad, y en especial su carácter absoluto. Este carácter absoluto entrega al sujeto el poder de tomar las más diversas decisiones respecto al bien de su dominio, y puede efectuar innumerables negocios jurídicos respecto a éste, siempre que las condiciones fácticas se lo permitan y no sea contra ley o derecho ajeno. De este modo, el titular del derecho de dominio sobre un bien inmueble, en virtud de su facultad de disposición, puede celebrar todo tipo de actos, y entre ellos, constituir otros derechos reales sobre aquél. Como se ha afirmado, la constitución de un derecho real sobre el inmueble, especialmente uno limitado, no impide la constitución de otros derechos reales, ya que el derecho de dominio sólo se ve limitado en una parte de su ejercicio¹⁰¹. El límite para la constitución de derechos reales sobre un mismo inmueble dice relación con el plano práctico, concretamente con su ejercicio, ya que si bien jurídicamente el dueño de un inmueble puede constituir a favor de terceros cuantos derechos desee, al momento de ejercerse dichos derechos puede producirse una colisión entre ellos. En doctrina este conflicto se explicaría como “la tragedia de los anti – comunes”, que J. Ubilla extrae y analiza de lo denominado por Michael A. Heller como la tragedia de los “*anticommons*”¹⁰². Esta tragedia se produce “cuando los derechos sobre un mismo bien llegan a estar tan fragmentados o divididos, física o legalmente, que los distintos sujetos que concurren sobre el mismo bien tienden a obstaculizar o excluirse

¹⁰¹ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva , y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: Bienes*, 6ª ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1997), 1: 38.

¹⁰² Jaime Ubilla Fuenzalida, “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: Consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho”, en: *Revista de Derecho Ambiental*, nº 1 (2003): 93-94.

recíprocamente, generándose ineficiencias en el uso de ciertos o de cada uno de los haces”¹⁰³. Lo anterior explica un conflicto de superposición especialmente desde el punto de vista del constituyente del DRCM, ya que éste lo constituye voluntariamente a favor de un tercero, ejerciendo su derecho de dominio sobre el bien raíz; ahora bien, el conflicto de intereses se produce cuando existe otro derecho real cuya imposición es externa e inevitable por el dueño del predio de cumplirse con ciertos requisitos exigidos por la ley, como es el caso de las servidumbres legales mineras y eléctricas.

B. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LOS DERECHOS REALES EN ESTUDIO

Para poder efectuar una correcta proyección de los posibles conflictos que se podrían generar entre los distintos derechos reales, es necesario efectuar un paralelo entre las servidumbres mineras, eléctricas y el DRCM, pues sus elementos y características esenciales entregarán las bases para entender los posibles enfrentamientos a los que podrían verse sometidos. Se destacarán aquellos puntos que se deberán tener presentes al desarrollar los siguientes acápite y que permitirán un mejor entendimiento de las distintas situaciones de conflicto.

En primer lugar, se observan como semejanzas que tanto las servidumbres legales estudiadas como el DRCM tienen la naturaleza de derechos reales; son derechos reales inmuebles, y los terrenos sobre los que recaen pueden ser de propiedad pública o privada. A su vez, constituyen limitaciones al dominio, puesto que el dueño del predio sobre el cual se constituyen ve limitadas las facultades que el dominio le otorga como tal; sin embargo, la fuente de dicha limitación es distinta. Son derechos cuya duración es indefinida, con excepción de la servidumbre impuesta en utilidad de una concesión de exploración minera. Eso sí, esta duración indefinida tendrá distintos supuestos, ya que en el caso del DRCM dependerá de la voluntad de las partes, y en el caso de la servidumbre minera dependerá de la necesidad y real utilidad que se preste con la imposición de la servidumbre.

¹⁰³ *Ibíd.*, 93.

Como diferencias se observa que el DRCM presenta la particularidad de que puede imponer obligaciones de hacer al dueño del predio, además de obligaciones de abstención y dejar hacer; en cambio, las servidumbres legales, por su naturaleza, imponen al dueño del predio la obligación de dejar hacer al titular de la servidumbre o le imponen la obligación de abstenerse de efectuar ciertas cosas que de no mediar la servidumbre le serían lícitas, pero no imponen obligaciones de hacer algo al dueño del predio gravado. Por otra parte, el DRCM es una limitación al dominio impuesta voluntariamente por el dueño del predio; en cambio, las servidumbres legales son limitaciones al dominio impuestas de manera externa al dueño del predio. El DRCM se constituye siempre de manera voluntaria por el dueño del predio a favor de un tercero, no existe un mandato legal que obligue su imposición. En el caso de las servidumbres legales estudiadas, su imposición es forzosa de cumplirse con los requisitos previstos por la ley¹⁰⁴. El DRCM tiene asidero en el principio de autonomía de la voluntad, y en el carácter de poder soberano y absoluto que le otorga el dominio a su titular; en el caso de las servidumbres legales, éstas necesariamente tienen su fuente originaria en la Constitución Política y en la ley. En tercer lugar, el título del DRCM lo constituye el contrato celebrado por las partes, que puede ser a título gratuito u oneroso. El título en el caso de la servidumbre minera podrá ser la sentencia judicial, o la convención celebrada por las partes. En el caso de la servidumbre eléctrica, por regla general, el título será el decreto que otorga la concesión definitiva, pudiendo serlo también la convención celebrada por las partes o la resolución judicial. En el mismo orden de cosas, el título constitutivo de un DRCM debe ser inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, siendo la inscripción el modo de hacer la tradición del derecho real, quedando sujeto a las reglas del sistema de posesión inscrita consagrado en el Código Civil. En cambio, para el caso de la servidumbre legal eléctrica la ley no exige su inscripción, ésta es facultativa para sus titulares; y en el caso de las servidumbres mineras, si bien se exige su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, o en el Conservador de Minas respectivo, ésta se exige como una formalidad por vía de publicidad respecto de terceros. Por lo tanto, sólo el DRCM se encuentra amparado bajo el régimen de posesión inscrita.

¹⁰⁴ Reiterar que no se debe confundir la circunstancia de que estas servidumbres puedan constituirse convencionalmente o judicialmente, éstas son siempre legales.

Habiendo efectuado la comparación entre los distintos derechos, interesa destacar ciertos puntos que facilitarían el desarrollo de los siguientes acápite. En primer lugar, es fundamental tener en consideración la diferencia de contenido entre estos derechos, especialmente el hecho de que el DRCM tiene la particularidad de que puede comprender obligaciones de hacer y no hacer; y por su parte, tanto las servidumbres mineras y eléctricas – desde la perspectiva del titular – lo facultan para hacer cosas, y desde la perspectiva del dueño del predio sirviente, lo obligan a abstenerse de hacer algo, o dejar hacer al tercero. ¿Qué implica lo anterior? ¿Qué ocurriría y cómo se solucionaría una situación en que el constituyente y el titular del DRCM pactaron en el contrato una prohibición de desarrollo de actividades industriales en el predio en virtud de la facultad que les otorga el artículo 6° de la Ley N° 20.930 – especificando que no se podrá llevar a cabo actividades mineras, eléctricas, etc. –, y resulta que posteriormente una concesionario eléctrico solicita y/o obtiene una servidumbre para instalación de una subestación o una línea de transmisión, o un concesionario minero solicita y/u obtiene una servidumbre de tránsito para camiones pesados, pasando el trazado de estas hipotéticas servidumbres sobre el predio en que se estableció la prohibición de actividad en función del DRCM. ¿Es posible compatibilizar los intereses, o debe preferirse uno frente al otro?

En segundo lugar, estos derechos difieren en su fuente. El DRCM tiene su origen en la voluntad de las partes; las servidumbres mineras y eléctricas tienen su origen remoto en la ley. ¿Esta circunstancia influye respecto al valor, preferencia o ponderación que debería dársele a cada derecho en una situación de enfrentamiento?. Ahora bien, tener presente que todos estos derechos tienen su fundamento y resguardo en la Constitución Política de la República. Si de acuerdo a la Carta Fundamental sólo la ley puede imponer limitaciones a la propiedad en atención a su función social, ¿se puede incluir el DRCM como una manifestación de la función social de la propiedad desde el punto de vista de la conservación del patrimonio ambiental establecida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política?. Aun más, qué ocurre en los casos en que el predio en el que se constituye el DRC es de propiedad fiscal, ¿sería además cumplimiento del deber asignado al Estado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución?. Esto último, ¿asignaría un mayor “valor” a dicho DRCM?.

Finalmente, estos derechos difieren en cuanto a la exigencia de inscripción de los

respectivos títulos, ¿qué rol juega la inscripción del DRCM frente a servidumbres mineras y eléctricas que se quisieran constituir con posterioridad?

C. EL DRCM Y LAS SERVIDUMBRES LEGALES ESTUDIADAS ANTE UN POSIBLE CONFLICTO DE SUPERPOSICIÓN

Este acápite se desarrollará aplicando al conflicto esbozado en el capítulo anterior y lo señalado en acápites previos, lo establecido en la Constitución Política de la República, Ley N° 20.930, la normativa medioambiental, minera y eléctrica vigente, y lo observado en la jurisprudencia hasta el momento. El objetivo será desarrollar particularmente una situación de superposición como la reseñada en el capítulo anterior, en que se enfrenten un DRCM a una servidumbre legal minera o eléctrica. Observándola desde el punto de vista de la ley vigente y la Constitución, extrayendo las dificultades que podrían generarse de su aplicación, y determinando cómo se relacionarían entre sí. El primer punto de análisis es la Constitución Política, pues ésta entrega el marco general dentro del cual se desenvuelven los intereses y derechos involucrados.

Ya en la discusión parlamentaria del proyecto de ley que creaba el DRCM se vislumbró e hizo mención a la probabilidad que se produjeran conflictos entre este nuevo derecho que se creaba y otros derechos reales, y específicamente se señalaron los proyectos mineros y eléctricos. El punto de vista al respecto era que el DRCM podría convertirse en un obstáculo frente a otras actividades económicas, de hecho se describió la constitución de DRCM como un probable mecanismo de obstrucción del desarrollo de proyectos mineros y eléctricos. Se asumía que lo que se intentaría con la constitución de este derecho real sería precisamente evitar la imposición de este tipo de servidumbres legales, considerando especialmente que la Ley permite restringir o prohibir la destinación del inmueble a ciertos fines. Frente a esta visión lo que se consideraba por quienes sustentaban esta posición era que el DRCM aun constituido válidamente no sería oponible a los concesionarios mineros y eléctricos¹⁰⁵. A nuestro parecer sería erróneo presuponer que con la constitución de un DRCM el interés de los contratantes es

¹⁰⁵ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley Nro. 20.930*, (Valparaíso, 2016): 46, 75, 84.

precisamente entorpecer el desarrollo de proyectos mineros y eléctricos; al contrario, se debería haber tendido hacia una conciliación de todos estos intereses teniendo en consideración la importancia de cada uno de ellos para el desarrollo del país.

C.1) Intereses y derechos constitucionales involucrados

Habiendo apuntado lo anterior, es importante referirse a los intereses en juego, los que a su vez se traducirán – en este conflicto en particular – en la colisión de importantes derechos y garantías constitucionales. Partiendo por el DRCM, el principal interés en juego es la conservación medioambiental, no sólo desde el punto de vista de las partes del contrato, sino desde el punto de vista de la comunidad cercana al lugar donde se ejercen las obras de conservación. De hecho, quienes promovieron la creación de esta figura jurídica recalcaron que el objeto detrás del DRCM es una preocupación tanto de los particulares como del Estado, cuyos efectos finalmente van a tener un impacto en el medio ambiente, lo cual beneficiará a todos los habitantes, no sólo al titular del DRCM¹⁰⁶. En el caso de la actividad minera, nos encontramos con intereses económicos en la constitución y desarrollo de las concesiones y servidumbres mineras; intereses económicos que contienen también intereses sociales y laborales, puesto que se le reconoce a la actividad minera un importante rol en el desarrollo industrial del país, como también se le reconoce como una gran fuente de puestos de trabajo. En el caso de la actividad eléctrica, el interés del titular es de tipo económico, quien busca una utilidad con la actividad que desarrolla, que por lo demás es una actividad monopólica por naturaleza (en el caso de distribución y transmisión), lo que le brinda ciertas expectativas. Ahora bien, también se reconoce un interés público en el desarrollo de la actividad, ya que debido al desarrollo industrial, la actividad cotidiana de la población toda requiere de suministro eléctrico, para efectuar desde las más básicas operaciones hasta las más complejas, y por lo mismo tanto distribución como transmisión de energía eléctrica son servicios públicos.

Siguiendo la línea de los intereses que se encuentran en conflicto están los derechos y garantías constitucionales que resguardan y sustentan a cada uno de ellos, dependiendo de la

¹⁰⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*, Boletín Nro. 5823-2007, (Valparaíso, 2008): 5.

arista desde donde se los observe. En primer lugar, el DRCM en sí mismo tiene su fundamento constitucional en el artículo 19 N° 8, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, quedando obligado el Estado a velar por el resguardo de este derecho y a tomar las medidas necesarias para la preservación de la naturaleza, siendo la ley la que podrá establecer “restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Siendo en este caso el mismo dueño del predio el que voluntariamente limita su dominio con el objeto de conservación y preservación del medioambiente. Ahora bien, si el dueño del predio sobre el que se constituye el DRCM es el Fisco, este artículo cobra aun más importancia y sentido, ya que sería el Estado el que, además de estar ejerciendo su derecho de dominio sobre el inmueble, cumple con el deber que el artículo 19 N° 8 le asigna, es decir, velar por el resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, tomando las medidas necesarias para la preservación de la naturaleza, siendo la constitución de un DRCM el mecanismo para cumplir con este objetivo. De esto se desprende que, ya sea el predio de propiedad fiscal o particular, se encuentra en juego el derecho de dominio del dueño del predio consagrado en el artículo 19 N° 24, quien en ejercicio de las facultades del dominio, lo limita voluntariamente facultando a un tercero para efectuar ciertas obras en su propiedad, pudiendo también obligarse a efectuar ciertas cosas, o fijándose prohibiciones o restricciones de efectuar ciertas cosas sobre el predio. Todo lo anterior teniendo como objetivo el beneficio de un bien mayor, como es la protección y conservación del medioambiente; sin perjuicio de que el contrato pueda ser a título oneroso, y se perciba una utilidad a raíz del mismo. Por su parte, el titular del DRCM también tiene interés en su derecho de propiedad, específicamente en aplicación del artículo 583 del Código Civil, el titular del DRCM es propietario del derecho real; por lo tanto, su propiedad también se encuentra amparada por el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

En el caso de la actividad minera, el artículo 19 N° 24 de la Constitución ampara el derecho de dominio del concesionario minero. Este artículo distingue entre la propiedad del concesionario minero sobre su concesión, del dominio del terreno superficial. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el predio superficial queda sujeto a las servidumbres que establezca la ley. Esta última las regula; pero la propiedad minera, esto es, la concesión sobre la exploración o explotación de sustancias mineras concesibles, tiene en su favor, por mandato constitucional, el beneficio de que el predio superficial debe soportar en su favor un

gravamen”¹⁰⁷. En este caso, el concesionario minero tiene una especie de propiedad sobre su derecho de concesión, el que es distinto a la propiedad del terreno superficial; sin embargo, esta propiedad sobre su concesión, lo faculta para solicitar las servidumbres que sean necesarias y útiles para el desarrollo y explotación de dichas concesiones.

En el caso de la actividad eléctrica, las limitaciones impuestas en virtud de instalaciones eléctricas se encuentran amparadas por el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución, en cuanto la ley puede establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad que deriven de su función social, entre la que se comprende la utilidad pública. Y la utilidad pública del sistema eléctrico viene dada desde que la misma LGSE define el segmento de distribución – a usuarios finales ubicados en zonas de concesión o conectados a ellas mediante líneas propias o de terceros –, y al segmento de transmisión (troncal y subtransmisión) como servicio público. Respecto a qué constituye ser servicio público, Evans y Seeger han indicado que la legislación eléctrica entiende el término desde el punto de vista de lo que la doctrina ha denominado “criterio funcional”, el cual “basa la cualidad determinante del servicio público en la concepción de actividad de interés general, sea cual fuese el órgano – público o privado – que la satisfaga o realice”¹⁰⁸. Por otro lado, también se observa desde el punto de vista del titular del derecho, una garantía de su derecho de propiedad en virtud del artículo 19 N° 23 y N° 24 de la Constitución, puesto que el titular de la concesión eléctrica y de la servidumbre eléctrica tiene una especie de propiedad sobre su derecho real en virtud del artículo 583 del Código Civil.

Bajo nuestra perspectiva, el hecho de que estos tres derechos reales tengan un sustento constitucional firme hace complejo el trabajo de determinación de qué garantía constitucional debería primar ante situaciones de superposición (o coexistencia). Esto es aún más patente en el caso de la actividad eléctrica frente al DRCM, puesto que ambos se encuadran dentro de los denominados intereses generales de la Nación, y las limitaciones que se imponen en virtud de estos provienen justamente de la noción de función social de la propiedad. En el caso de la industria eléctrica deriva de la utilidad pública que presta; y en el caso del DRCM, deriva de la conservación del patrimonio ambiental.

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional, 24.9.2009, Causa Rol N° 1284-2008, considerando 10.

¹⁰⁸ Eugenio Evans, y María Carolina Seeger, *Derecho eléctrico*, 2° ed. (Santiago: LexisNexis, 2007): 6.

C.2) Relaciones temporales – espaciales entre los distintos derechos reales: superposición - coexistencia

Uno de los puntos importantes respecto a la situación de superposición es la relación temporal-espacial que puede existir entre un DRCM y derechos reales mineros y eléctricos, lo que permitirá bosquejar en qué situaciones efectivamente podría producirse y verificarse una superposición de derechos reales.

En cuanto al espacio físico, se estará ante un predio, sobre el cual el DRCM se puede haber constituido sobre la totalidad de éste o sobre una parte en específico. Ahora bien, si el DRCM se constituyó sobre la totalidad del predio, la servidumbre siempre colisionará con el DRCM cualquiera que sea su trazado o extensión; en cambio, si el DRCM se constituyó sobre una parte del predio, el conflicto se producirá especialmente en los casos en que el área en que se proyecta la servidumbre coincida con el área en que se constituyó el DRCM, ya sea exactamente o en alguna coordenada en particular. A nuestro parecer, también se producirá conflicto aún en los casos en que las coordenadas del DRCM y la respectiva servidumbre no se superpongan, pues puede ocurrir que las actividades mineras y/o eléctricas tengan una repercusión sobre el patrimonio ambiental a conservar por las características propias del desarrollo de estas actividades. Sin embargo, en este último caso no se podría hablar precisamente de una superposición de derechos reales de acuerdo a lo extraído de la jurisprudencia observada en el capítulo anterior, pues la Corte exige coincidencia espacial para verificar una superposición propiamente tal.

A nuestro parecer, en este punto habría que distinguir entre situaciones a las que denominaremos de “coexistencia” y situaciones de “superposición”, teniendo como presupuesto para ambos que ya se han constituido los derechos reales y ha comenzado su ejercicio. Los escenarios de coexistencia serían aquellos en que debido a la forma en que ha sido configurada la servidumbre, el espacio físico en el que se ejercerá, las labores que se desplegarán, las características del predio y la forma en que está configurado y emplazado el DRCM, no existe

obstaculización ni afectación de un derecho a otro. De modo ilustrativo se puede pensar un predio cuyas dimensiones sean considerables, y el DRCM esté emplazado en sólo una parte del predio y la servidumbre en otra área distante, de manera tal que no se superponen físicamente unos con otros, y el ejercicio de uno no tiene impacto sobre el otro. En este supuesto se puede hablar de una coexistencia compatible del DRCM y la servidumbre. En segundo lugar, se puede producir que, aun cuando la zona en que se encuentran constituidos los respectivos derechos no coincida, las características y actividades que suponen el ejercicio de la servidumbre son de tal magnitud que de igual forma causan daño a la biodiversidad existente a distancia, generando que el DRCM constituido se vuelva ineficaz y quede sin objeto. En estos supuestos es evidente que se produce una inviabilidad de coexistencia entre ambos derechos reales.

Desde el punto de vista temporal, juegan un papel importante las etapas de constitución y ejercicio en que se encuentren los respectivos derechos reales. Dependiendo de la fase en que se encuentren los diferentes derechos se podrá, entre otras cosas, verificar la superposición, proyectar la posibilidad de evitar el conflicto, proyectar la posibilidad de conciliar los distintos intereses, evaluar los perjuicios e impactos que producirán el ejercicio de derechos entre sí, y determinar la preferencia de un derecho sobre el otro, etc. En un panorama general en cuanto a la constitución, puede ocurrir que en el inmueble existieran servidumbres mineras y/o eléctricas constituidas, y posteriormente se constituya un DRCM; puede suceder que en un predio se constituyan servidumbres legales mineras y/o eléctricas posteriormente a la constitución de un DRCM; como también puede ocurrir que simultáneamente se estén efectuando los trámites y actos para la constitución de estos derechos reales. Para el caso del ejercicio de los respectivos derechos, se puede prever dentro del panorama general que al comenzar a ejercerse un DRCM en un predio se hubiere estado ejerciendo una servidumbre; al revés, puede suceder que ejerciéndose un DRCM se comience a ejercer una servidumbre; como también puede ocurrir que se inicie el ejercicio simultáneo de un DRCM y una servidumbre.

Ahora bien, a nuestro parecer, el conflicto en su contexto más amplio, como enfrentamiento de intereses posiblemente incompatibles, se vislumbrará e iniciará desde el momento en que se solicite (para el caso de las servidumbres mineras y eléctricas), o se constituya (para el caso del DRCM), el respectivo derecho real. Sin embargo, una situación de

superposición propiamente tal – como la observada en el capítulo anterior respecto a servidumbres mineras y eléctricas – se verificará cuando se constaten todos los elementos que la jurisprudencia ha considerado previamente para admitir una superposición de derechos reales.

C.3) Conflicto de superposición de acuerdo a criterios de prelación y temporalidad establecidos en la legislación aplicable

La Ley N° 20.930 se refiere en su articulado a la relación que tendrá el DRCM respecto a otros derechos reales. En primer lugar, está el artículo 11 de la Ley N° 20.930. Este artículo determina la prelación de derechos reales respecto al DRCM, estableciendo una preferencia temporal de acuerdo a la fecha de constitución. De esta forma, un derecho real constituido con anterioridad a un DRCM, tendrá preferencia, y el DRCM deberá respetar dicho derecho; y, los derechos reales que se constituyan con posterioridad a un DRCM, deberán respetar la preferencia del DRCM. Hasta este punto pareciera seguir las reglas del derecho común; ahora, el artículo 6° de la Ley complica la situación, y da pie a la ocurrencia del conflicto que en este trabajo se pretende analizar. El artículo 6° inciso 6° de la Ley, al referirse a los efectos del DRCM respecto al derecho de servidumbre, plantea una serie de situaciones, de las cuales nos interesan especialmente algunas. En primer lugar, señala que el DRCM “se extiende a todas las servidumbres activas constituidas a favor del inmueble”. Lo anterior se puede interpretar en el sentido de que el DRCM podría eventualmente beneficiarse de servidumbres previamente constituidas a favor del inmueble, como sería por ejemplo que en el inmueble donde se pretende constituir un DRCM, existiese previamente constituida a favor una servidumbre de tránsito, la que podría favorecer al DRCM en el ingreso a ciertas áreas y en el acceso en general para llevar a cabo labores de conservación. A continuación, señala que el DRCM “está sujeto a todas las servidumbres pasivas preexistentes”, lo que concuerda con lo expuesto por el artículo 11 de la misma Ley, debiendo ceñirse a las características y forma de ejercicio que aquéllas presenten¹⁰⁹. Finalmente, señala que el DRCM queda sujeto a las servidumbres que se impongan

¹⁰⁹ El hecho de que el DRCM tenga que sujetarse a las servidumbres pasivas preexistentes podría constituirse en un posible y recurrente obstáculo a la constitución de DRCM. Puesto que, especialmente en los casos de servidumbres mineras y eléctricas, donde son conocidos los impactos que se generan con la actividad, es muy probable que no sea posible constituir DRCM en inmuebles donde estén constituidas éstas servidumbres, aun cuando no coincidieran en el espacio físico, en consideración al plausible impacto de la actividad y la incompatibilidad de coexistencia.

posteriormente por mandato legal, cuestión que conduce y da lugar al planteamiento de un posible conflicto de superposición entre DRCM y servidumbres legales mineras y eléctricas.

Por lo expuesto, se afirma que el conflicto de superposición supondrá la existencia del DRCM en un inmueble, en el cual posteriormente se pretendan constituir servidumbres legales, pues será en estos casos en que el constituyente y el titular del DRCM pueden prever una afectación a la continuidad de su derecho válidamente constituido, ante la pretensión de imposición de una servidumbre legal por un tercero. Un ejemplo claro de esto último sería en el caso de solicitud de una servidumbre minera, ya que son hechos públicos y notorios que la actividad requiere de gran infraestructura y genera cambios físicos en el lugar donde se ejecuta. La actividad, en general, supone traslado de camiones con materiales de gran tonelaje, los mismos campos de relave dejan inutilizables zonas aledañas, y por lo riesgoso de la actividad sólo las personas autorizadas pueden ingresar al yacimiento, lo que genera una margen de espacio en que no se pueden realizar otras actividades, entre otras.

Por lo tanto, para que se dé inicio a un conflicto jurídico de este tipo, es necesario que en un inmueble en que existe un DRCM válidamente constituido, posteriormente se pretenda imponer la constitución de una servidumbre legal minera o eléctrica por un tercero. Y más aun, se podrá prever la verificación de una superposición, si los derechos sobrevenientes tienen un trazado que coincide con la zona cubierta por el DRCM. El mayor interés y necesidad de análisis jurídico se producirá cuando el dueño del predio se oponga a la constitución de la servidumbre sobre el predio, lo que se manifestará en el procedimiento respectivo.

Produciéndose lo anterior, es decir, oposición a la constitución de la servidumbre, ¿cuál será el rol del dueño del predio y del titular del DRCM en estas circunstancias?, ¿cómo podrán manifestar su oposición?. Esto se analizará por separado pensando en una situación frente a la solicitud de una servidumbre minera; y luego, frente a la solicitud de una servidumbre eléctrica.

C.4) Rol de los constituyentes

En primer lugar, analizaremos la situación de los constituyentes desde la perspectiva de la legislación minera. Se debe recordar que tanto la constitución de la servidumbre minera (cuando exista oposición), como de la concesión minera se tramitarán judicialmente. El procedimiento judicial en el que se solicita la constitución de la concesión se produce no contenciosamente sólo con audiencia del interesado en ella y sin intervención decisoria de ninguna otra autoridad o persona de acuerdo al artículo 34 del CM, artículo que incluso hace expresamente inaplicable el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil que contempla la posibilidad de que un procedimiento no contencioso se convierta en contencioso de presentarse legítimo contradictor, por lo que de concederse la concesión minera, sólo será posible que el dueño del predio y el titular del DRCM tengan participación en el procedimiento al momento de solicitarse las servidumbres¹¹⁰. El procedimiento aplicable a la solicitud de constitución de servidumbre será el sumarísimo de acuerdo a los artículos 234 y 235 del CM, donde los demandados serán el dueño del predio sobre el cual se solicita la constitución de la servidumbre junto al titular del DRCM, lo que se desprende de los artículos 122 y 123 del CM. El artículo 122 señala que la servidumbre se constituirá una vez determinada el monto de la indemnización debida por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o a cualquiera otra persona; dentro del concepto de “cualquiera otra persona” se debe incluir al titular del DRCM, ya sea en el caso en que la zona en que se solicita constituir las servidumbres coincida con la del DRCM, o en el caso de que aun de no coincidir en el espacio físico a constituirse, se prevea que con su constitución y futuro ejercicio se provoque un perjuicio al objeto del DRCM (esto correspondería a lo que en su momento denominamos coexistencia incompatible). Adicionalmente, si bien estos artículos establecen el procedimiento especial a que se deberán sujetar en estos casos, es procedente la aplicación de las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas por el Código de Procedimiento Civil respecto a la participación de terceros, en específico el artículo 23 incisos 1º y 2º. Este artículo contempla la figura del tercero coadyuvante, categoría dentro de la cual clasifica el titular del DRCM, puesto que sin ser parte directa (no es el dueño del predio), tiene un interés actual en el resultado del juicio, ya que los derechos que le fueron otorgados en el contrato constitutivo podrían verse afectados y

¹¹⁰ El que la concesión minera se tramite sólo con audiencia del interesado complica la situación del DRCM, puesto que al momento de exigirse las servidumbres, el solicitante tendrá como presupuesto la titularidad de esas concesiones que lo facultan a exigir la imposición de las servidumbres en conformidad a la Constitución Política y la legislación minera.

perjudicados por la imposición y ejercicio de la posible servidumbre, lo cual aplicaría también en los casos en que no es posible verificar la superposición física de los derechos reales, pero se prevé un perjuicio al objeto del DRCM.

Un momento adicional en el que tendría importancia la participación de los constituyentes del DRC durante la tramitación del juicio de constitución de servidumbres, sería frente a la figura de “concesión provisional de la servidumbre” establecida en el artículo 125 del CM, ya analizado en el capítulo segundo. De acuerdo a éste, mientras se tramita el juicio de constitución de servidumbre minera “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”. Esta constitución provisional de la servidumbre podría eventualmente configurarse en un gran perjuicio para el objeto del DRCM en caso de concederse, e inclusive podría significar el término del DRCM por destrucción del patrimonio medioambiental a conservar. En este punto será fundamental la forma en que se tramite la solicitud de constitución provisional de la servidumbre, y especialmente que se lleve a cabo con audiencia de las partes, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional. A nuestro parecer, esta solicitud de constitución provisional deberá tramitarse como incidente, ya que es una cuestión accesoria al juicio que requiere de pronunciamiento especial con audiencia de las partes; además, el artículo 125 del CM no señala cómo se tramitará esta solicitud, y teniendo presente que el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil se encuentra dentro de las disposiciones comunes a todo procedimiento, es plenamente aplicable a este caso. Es fundamental que en la tramitación del incidente se considere por el tribunal que existe necesidad de prueba, pues si eventualmente se podría conceder una titularidad provisional al solicitante de la servidumbre que lo facultara para hacer ocupación del predio superficial, es también procedente que acompañe prueba que fundamente su solicitud. Esta posibilidad de prueba será el momento para que los afectados con la solicitud de concesión provisional de la servidumbre puedan efectuar sus defensas y oposición.

Otro caso en que podría tener un gran rol el dueño del predio respecto a la constitución de la servidumbre, sería frente al artículo 7º de la LOCCM; frente al cual inclusive, de rendirse prueba precisa y contundente, podría significar el rechazo de la solicitud de constitución. El

artículo 7° dispone en su parte final que “sólo el dueño del suelo podrá permitir catar y cavar en casas y sus dependencias o en terrenos que contengan arbolados o viñedos”. Esto es relevante si se piensa que plausiblemente dentro de la zona en que se constituyó el DRCM exista biodiversidad que encuadre dentro del concepto de arbolado o viñedo, lo que podría facultar al dueño del predio para negarse a permitir ejecutar actividades de catar y cavar. Respecto a esto, y para que pueda tener un efecto en la tramitación de la causa, se debe tener presente qué se ha entendido por “arboleda o viñedo”. Por una parte, la Corte Suprema ha señalado que “el concepto arbolado que contempla el artículo 7° de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras como limitación para el establecimiento de la servidumbre requerida, alude a un factor de índole económica, como sería el aprovechamiento de especies arbóreas en actividades como la industria forestal – como manifestación de alguna de las actividades de carácter económico susceptibles de ser desplegadas en la materia – ...” (considerando 1°, sentencia de reemplazo, causa Rol N° 3.905-2010). Por su parte, el Tribunal Constitucional, al referirse al artículo 7° ha indicado que esta norma es de carácter excepcional, y que se refiere únicamente a plantaciones de vides y árboles frutales, y la definición de si se está ante una plantación es una cuestión de hecho, y en los casos que efectivamente se dé el supuesto, la negativa del dueño del predio a la ejecución de labores es definitiva y no podrá ser suplida su voluntad por la del juez, por lo que de existir negativa esto significaría la inviabilidad de la concesión, por lo que la aplicación e interpretación de esta norma debe ser restrictiva (considerandos 25 a 37, causa Rol N° 1.284-2008).

Por lo tanto, el problema al que se enfrentan las partes de un DRCM en este punto es lo restrictivo de la aplicación e interpretación de los conceptos de arbolados y viñedos. El desafío será para el dueño del predio defender la actividad de conservación como una actividad económica legítima – para que clasifique dentro del concepto económico de arbolado y viñedo – y no como un simple altruismo; no se debe olvidar que el DRCM es un contrato entre partes que se obligan recíprocamente, y éste puede ser celebrado a título oneroso, lo que podría constituir un antecedente ante el tribunal del carácter de actividad económica llevada a cabo a través del DRCM. Como ejemplos para defender un DRCM como actividad económica, se podría pensar en un contrato en el que se pactó que debido a lo exótico del patrimonio ambiental y biodiversidad existente en el lugar se efectuarán visitas guiadas para que la población conozca

las distintas especies – acompañándose de la debida publicidad –, y además se les enseñará a cómo cultivar y cuidar la biodiversidad existente en sus hogares, actividad que se efectuará mediante el cobro de un monto para cubrir los materiales necesarios para efectuar las demostraciones. Otro ejemplo sería que en el contrato se estableciera que en el área se va a sembrar y conservar ciertos tipos de especies que son atractivas o estimulantes frente a las abejas melíferas, con el objeto de atraerlas, fomentando la polinización, y a su vez con el proyecto de establecer una apícola y vender sus productos.

Para finalizar el punto respecto al rol de los constituyentes de un DRCM frente a la imposición de servidumbres legales mineras, a nuestro parecer, en la práctica, si bien existen instancias para que las partes de un DRCM efectúen objeciones a la solicitud de servidumbre, o planteen modificaciones a la proyección de desarrollo de la concesión y sus servidumbres – de manera de compatibilizar los intereses –, se observa un escenario complicado para aquéllos, teniendo en consideración el amparo constitucional bajo el cual se encuentra el concesionario minero y el respaldo histórico de la jurisprudencia al desarrollo de esta actividad. Dificultoso sería solicitar una modificación a la forma en que se prevé el ejercicio de las servidumbres demandadas o se niegue lugar a estas mismas sin que se alegue una vulneración al derecho de propiedad sobre la concesión – como se ha visto en la jurisprudencia ante circunstancias de este tipo – en consideración a que de alterarse la forma en que se proyectan las servidumbres o se le nieguen, cambia el plan previsto para la exploración y explotación, lo que incluye tiempos, costos, etc.

Pasando al plano de la actividad eléctrica, para identificar el rol del dueño del predio y del titular del DRCM frente a la servidumbre eléctrica se debe recordar lo analizado en el Capítulo 2. Específicamente, que para el caso de la concesión eléctrica y cuando se solicite junto a ésta la servidumbre correspondiente, la LGSE prevé un procedimiento de observaciones y objeciones para las concesiones definitivas que contempla el deber de notificar a los dueños del o los predios afectados, y de dar a conocer la solicitud de concesión definitiva por medios de comunicación masiva al público general, para que los interesados puedan conocer y acceder al procedimiento constitutivo. A nuestro parecer, la forma en que está diseñada la puesta en conocimiento de la concesión y sus servidumbres no permitiría, al dueño del predio que

constituyó el DRCM y al titular del DRCM, presentar debidamente sus oposiciones. Dentro de estas alegaciones se entendería hacer sus observaciones al trazado y hacer presente la importancia y objetivo que se tuvo con la constitución y ejercicio del DRCM, dando la posibilidad de modificar el proyecto de instalación eléctrica y sus servidumbres para permitir la coexistencia compatible entre los derechos. Lo anterior debido a que, como se anotó previamente, los puntos que pueden ser objetados o las observaciones que se pueden efectuar son muy limitadas, y no darían espacio para efectuar una precisa presentación de los hechos y defensa del DRCM que podría verse gravemente perjudicado.

Sin perjuicio de ello, y refiriéndonos a quiénes serían sujetos activos al efectuar las oposiciones y observaciones, indicar que el titular del DRCM debe ser tomado en cuenta en el procedimiento de observaciones y objeciones, puesto que es un interesado frente a la constitución de una servidumbre eléctrica, y específicamente un afectado, ya que éste es titular de un derecho real constituido válidamente a su favor del cual emanan derechos y obligaciones, y producto de la constitución y posterior ejercicio de la servidumbre eléctrica sus derechos se podrían ver afectados. Lo fundamental será que efectivamente se notifique al dueño del predio afectado y se reconozca al titular del DRCM como afectado en el procedimiento para que pueda hacer sus descargos. Frente a esta situación será elemental que el titular del DRCM demuestre que con la actividad que se pretende llevar a cabo en ejercicio de la servidumbre se afectará el legítimo ejercicio de su DRCM lo que lo convierte en un interesado en su imposición, y que perjudicará el patrimonio ambiental existente en el inmueble que se busca conservar.

Se efectúa este alcance debido a que en la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha observado que los jueces al momento de definir el carácter de “interesado” son bastantes rigurosos, y en efecto existe como antecedente un fallo de fecha 10 de mayo de 2016, en causa Rol N° 13.549-2015, en que se presentó conflicto entre una servidumbre eléctrica y una servidumbre minera, donde la concesionaria minera presentó un recurso de nulidad de derecho público respecto del procedimiento de concesión definitiva eléctrica en atención a que no se le consideró como afectado. La Corte rechazó el recurso considerando que si bien se le reconocía ser titular de la concesión minera, los recurrentes no “demostraron que el trazado del tendido

eléctrico comporte algún entorpecimiento para el ejercicio de sus derechos, de modo que no comprobaron la titularidad de algún derecho subjetivo afectado” (considerando 5º).

Un ejemplo claro que permitiría sostener que una servidumbre eléctrica presenta características que podrían afectar al objeto de un DRCM es por aplicación de la misma legislación eléctrica, específicamente el artículo 57 de la LGSE. Este artículo señala que “el dueño del predio sirviente no podrá hacer plantaciones, construcciones, ni obras de otra naturaleza que perturben el libre ejercicio de las servidumbres”, lo cual perfectamente puede perjudicar la existencia de algún tipo de ecosistema o plantación que esté bajo el resguardo de un DRCM, significándole abstenerse de efectuar obras que el contrato de DRCM contempla. Esto viene a ser un conflicto entre el contenido obligacional de los respectivos derechos, es decir, entre obligaciones de hacer – no hacer – abstención – dejar hacer. El artículo 57 establece una obligación de abstención de ejecutar ciertas actividades al dueño del predio, como es hacer plantaciones. Si consideramos que el objeto principal del DRCM es la conservación del patrimonio ambiental, lo más probable y obvio será que dentro de su ejercicio se efectúen plantaciones y se preserven dichas plantaciones, como sería la plantación de ciertas especies existentes en la zona, o la plantación de especies nativas. En esta situación se visualiza una contraposición, y más aun, una incompatibilidad, ya que el artículo 57 obliga al dueño del predio a no hacer plantaciones, y el DRCM “obliga” al dueño del DRCM a dejar hacer plantaciones por parte del titular del DRCM, y puede también obligar al mismo dueño del predio a hacer plantaciones. Este conflicto sería patente en los casos en que existe coincidencia entre las coordenadas del trazado de la servidumbre y la zona abarcada por el DRCM.

A nuestro parecer la actividad eléctrica en general, y en especial frente a un DRCM, está mucho más resguardada desde el punto de vista legal que la actividad minera. De modo de ilustrar el punto anterior, se puede emplear lo establecido por el artículo 31 bis de la LGSE, que en su inciso 1º se refiere al procedimiento bajo el cual se discutirán las dificultades que se susciten entre concesiones y servidumbres eléctricas con otros derechos. En su inciso 2º dispone que: “En todo caso, no constituirá un obstáculo para el otorgamiento y ejercicio de concesiones o servidumbres eléctricas la existencia de otros derechos, permisos o concesiones constituidos en el o los predios por terceros”. El artículo 31 bis deja claro que la servidumbre eléctrica o

concesiones eléctricas no se verán obstaculizadas por la existencia de derechos a favor de terceros en el predio en que éstas se encuentren, por lo tanto, legalmente la concesión y servidumbre eléctrica tienen preferencia en su existencia y ejercicio frente a un DRCM válidamente constituido.

C.5) Orden N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales

Otra normativa a la que es necesario referirse, y que envuelve a todos los derechos reales estudiados es la Orden N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales. Como ya se mencionó, esta normativa pretende fijar la posición, y sustentar la facultad del Ministerio de Bienes Nacionales de constituir todos los derechos reales, específicamente servidumbres legales, que estime conveniente sobre predios fiscales, en ejercicio de su derecho de dominio. Respecto a los casos de superposición indica que deberán ser resueltos por los Tribunales de Justicia. Lamentablemente, la Orden no se refiere al DRCM, lo que se entiende desde que su objetivo es aclarar la situación de constitución de servidumbres en predios fiscales, y el DRCM no es una servidumbre. Sin embargo, ciertas afirmaciones plasmadas en la Orden N° 1 son también aplicables al DRCM, en los casos que el DRCM se constituya en un predio de propiedad fiscal, debido a que se plasman criterios generales de aplicación del derecho común. De esta manera, de lo expuesto en sus consideraciones preliminares, se desprende que quién está facultado para constituir DRCM sobre predios fiscales es el Presidente de la República, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, pues de acuerdo al Decreto Ley N° 1.939 de 1977, “las facultades de adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado o fiscales corresponden al Presidente de la República, quien las ejerce a través del Ministerio de Bienes Nacionales”. En este contexto, el Fisco “al actuar en su calidad de propietario, puede ejercer todas las facultades inherentes al derecho de dominio, pudiendo en consecuencia establecer los derechos reales que considere pertinentes”. Por lo tanto, el Fisco puede constituir sobre inmuebles fiscales los DRCM a favor de terceros que estime pertinentes, y al mismo tiempo puede consentir en la constitución de una servidumbre legal minera o eléctrica por vía convencional (de acuerdo al procedimiento administrativo que la misma Orden N° 1 establece). Esto último hace cuestionar la objetividad y responsabilidad que tendría el Ministerio de Bienes Nacionales respecto a la constitución de un DRCM que posteriormente pudiera verse obstaculizado por la constitución y

ejercicio de una servidumbre legal minera o eléctrica, que el mismo Ministerio consintió. Esto último se ve acrecentado por dos disposiciones contenidas en la Orden N° 1: i) “En caso de existir conflicto en el ejercicio de las diversas servidumbres constituidas sobre un mismo predio, serán los Tribunales Ordinarios de Justicia los llamados a decidir el alcance del ejercicio de cada una de las servidumbres” (N° 2, Título II); ii) “El Fisco no responderá por los daños y perjuicios, directos y/o indirectos, o de cualquier naturaleza que con motivo del ejercicio de las servidumbres se ocasionaren a terceros, los que serán exclusivamente de cargo del solicitante. Asimismo, no será responsable en caso alguno de los perjuicios que las eventuales oposiciones de dueños de las servidumbres, previamente constituidas, invoquen ante los tribunales de justicia en contra de las servidumbres posteriormente constituidas al amparo de la presente orden ministerial” (N° 8, Título III). Por lo tanto, haciendo una analogía y extrayendo los criterios del Ministerio de Bienes Nacionales, si un DRCM constituido sobre predio fiscal se ve afectado por una servidumbre legal posterior que el mismo Ministerio consintió, el conflicto se tendrá que ventilar en Tribunales. Y de haber perjuicio para el titular del DRCM, el Ministerio no se hará cargo de aquellos, aun cuando él mismo constituyó el DRCM a favor de un tercero, y posteriormente constituyó la servidumbre a favor de una concesionaria, pudiendo preverse una incompatibilidad.

Claramente este escenario no es favorecedor al DRCM, y como se señaló, el DRCM no es una servidumbre; por lo tanto, esta normativa no sería aplicable a conflictos de servidumbres mineras o eléctricas con DRCM. Sin embargo, parece interesante exponer la posición del Ministerio de Bienes Nacionales como administrador de bienes fiscales, a la cual el DRCM podría verse expuesto.

C.6) Verificación de la superposición de acuerdo a la jurisprudencia

De acuerdo a la jurisprudencia analizada en el capítulo anterior, para que se constate una superposición de derechos reales, y específicamente, de un DRCM y una servidumbre minera o eléctrica es necesario que: i) El DRCM se haya constituido por escritura pública y se encuentre inscrito en el Registro del Conservador respectivo, y que la servidumbre minera o eléctrica se haya constituido en el procedimiento correspondiente cumpliendo con todos los requisitos

legales; ii) Lo anterior permitirá verificar la oponibilidad entre sí de los respectivos títulos; iii) Las coordenadas del predio sobre las cuales recae el DRCM coincidan, en todo o parte, con las de la servidumbre legal minera o eléctrica.

Lamentablemente, en los autos en que se dictó la sentencia que declara estos tres como los requisitos para estar ante una superposición, se falló en base a la falta de legitimidad para recurrir de los actores, pues no acreditaron en su oportunidad la titularidad de algún derecho subjetivo afectado. Sin perjuicio de ello, teniendo claro los requisitos establecidos y verificándose la existencia de ellos en el caso, el principal criterio para definir la preferencia de un derecho sobre el otro sería la temporalidad, prefiriéndose aquel cuyos títulos se encontraban perfectos con anterioridad al otro.

Ahora de coincidir en fechas, lo que se reconoce como poco probable, debería intentarse una conciliación de los intereses en conflicto. Y si aquello no es posible, debería preferirse aquel que se adecue más a los intereses generales de la Nación, teniendo como antecedentes los hechos de la causa (sí efectivamente se pretenden llevar a cabo las obras; con qué fin; si se han realizado estudios; si se observan inversiones, etc.), y efectuando una ponderación de los derechos constitucionales afectados.

D. LA SITUACIÓN DEL DRCM ANTE LOS CONFLICTOS OBSERVADOS EN LA JURISPRUDENCIA EN CASOS EN QUE EL PREDIO OBJETO DEL JUICIO ES PROPIEDAD FISCAL

Ya analizada la situación del DRCM ante un hipotético caso de superposición, y cómo éste se generaría, se efectuará el análisis de una situación de conflicto entre intereses y derechos mineros, eléctricos y de conservación medioambiental, mirado particularmente desde las discusiones extraídas de aquellos conflictos en el capítulo anterior en que el dueño del predio en que se solicita la imposición de un derecho real es el Estado, y debido a ello existen intereses generales involucrados que afectan a la población. Por ello, el objetivo de este acápite es tomar las discusiones observadas en el capítulo anterior, y extrapolarlas a hipotéticos casos de confrontación en que un DRCM estuviera involucrado. Los principales puntos de estudio serán: la destinación del uso de suelo, el sometimiento al SEIA y la función social de la propiedad.

Antes de iniciar el análisis, se debe indicar, en primer lugar, que en cuanto a los intereses en juego nos remitimos a lo expresado en el acápite C.1 sobre los “Intereses y derechos constitucionales involucrados”. Y en segundo lugar, que en cuanto a las características de la situación fáctica en que se desarrollaría un conflicto de este tipo, éste se encontraría en circunstancias similares a las detalladas para efectos de la superposición de derechos. Es decir, se estaría ante una solicitud de servidumbre legal minera o eléctrica sobre un predio, en el que previamente se ha constituido un DRCM. Ahora, la particularidad de este predio es que es propiedad fiscal. Además, puede ser que su suelo haya sido destinado previamente a cierta actividad o fin, mediante un acto administrativo o un instrumento de planificación territorial, la que para el especial caso de un DRCM, podría consistir en una destinación en función de la conservación del medioambiente (aunque también podría tener otra destinación de uso de suelo que no sea la conservación medioambiental)¹¹¹.

D.1) Destinación del uso de suelo

En primer lugar, se encuentra la controversia respecto a la obligatoriedad de los instrumentos de planificación territorial y la destinación de uso de suelo que puede llevar a cabo el Estado respecto de los inmuebles fiscales a través del Ministerio de Bienes Nacionales y la normativa emanada de este organismo.

Como se observó en el capítulo anterior, al menos en ciertos casos, la existencia de estas destinaciones previas ha generado un resguardo respecto de zonas reservadas a ciertas actividades o fines. Se deben observar ciertos puntos al respecto. El primer punto a observar, es lo que se refiere a los conflictos que podrían producirse de existir una destinación de uso de

¹¹¹ Se señala que el suelo del predio “puede” haber sido destinado a un cierto fin, debido a que para que se produzca el conflicto con el DRCM lo esencial es que éste se hubiere constituido en un predio de propiedad fiscal. Si adicionalmente existe una destinación de uso de suelo, y esto hace aun más interesante el conflicto, especialmente si la destinación es con fines de conservación medioambiental. Se debe tener presente que la Ley N° 20.930 no establece requisitos adicionales para la constitución de DRCM cuando el Fisco es dueño del predio donde se pretende ejercer, como que se destinara el predio a tales fines; es más, las reservas con fines de conservación y la calificación de sitios priorizados es una categoría legal de protección distinta a un DRCM. Por lo mismo, el predio fiscal en que se constituyera un DRCM podría no tener una destinación de conservación, sino otra distinta, o podría no contar con destinación de uso de suelo alguna, lo que no constituiría una invalidez del acto.

suelo con fines de conservación medioambiental, en el predio en que se solicita la constitución de servidumbres y donde se desarrolla el DRCM. Lo siguiente es la obligatoriedad de estas destinaciones y de los instrumentos de planificación territorial; y otra cosa, es qué ocurriría en los casos en que el dueño del predio es un particular, dado que en los casos de destinación del uso de suelo se estaba ante inmuebles fiscales, cuestión que no procedería en el caso de inmuebles de particulares. Sin embargo, es posible hacer una analogía entre la destinación del suelo en predios fiscales, y la posibilidad que contempla la Ley N° 20.930 de pactar en el contrato constitutivo ciertas restricciones o prohibiciones al uso de suelo. El cuestionamiento es, si la reglamentación de tipo administrativa ha sido cuestionada en su obligatoriedad ¿no lo será con mayor razón una restricción impuesta en un contrato?, ¿podría tener algún real efecto ese tipo de estipulación?.

En relación al primer punto, es decir, predios con destinaciones de uso de suelo con fines de conservación medioambiental en que se ha constituido un DRCM con este mismo fin, se puede señalar que la Corte, como se reseñó, ha establecido que la destinación de suelo que efectúa el Ministerio de Bienes Nacionales respecto a los inmuebles fiscales es ejercicio de sus atribuciones, el que tiene como objetivo atender a los intereses generales de la Nación. Esto, no ha sido controvertido en los distintos fallos reseñados, sino más bien han sido consideraciones de orden económico y procedimental las que han predominado en los diferentes fallos para definir la situación frente a destinaciones de suelo. Por lo tanto, la destinación del inmueble efectuada a un fin de conservación sería totalmente válida, aun más si se entiende desde un punto de vista de cumplimiento de las funciones y objetivos relacionados con los intereses generales de la Nación. Ahora bien, dicha destinación podría eventualmente ser anterior, simultánea o posterior a la constitución del DRCM, puesto que para la constitución de DRCM en predios fiscales la ley no exige requisitos adicionales. En el caso de que la destinación fuera anterior al DRCM, este último constituiría una manifestación y un mecanismo para lograr el objetivo de conservación establecido para esa zona. En el caso de una destinación simultánea o posterior, de efectuarse la destinación mediante un decreto o acto administrativo, éstos podrían contener el contrato constitutivo, otorgándole un mayor resguardo y publicidad.

En estos casos de destinación de uso de suelo, el enfrentamiento entre el DRCM y las servidumbres legales que se pretenden imponer podrían contar con – al menos – dos puntos de colisión: i) el DRCM y la incompatibilidad de existencia con las servidumbres legales y las actividades que éstas conllevan; ii) la disconformidad e incompatibilidad entre la destinación de uso de suelo con fines de conservación medioambiental del predio y los objetivos actividades que conllevan el ejercicio de las servidumbres solicitadas.

Otro conflicto que se podría dar, pero que contempla otras circunstancias, es aquel que se relaciona con lo observado en un inicio de este acápite, respecto a aquellos casos en que el predio en que se constituyó el DRCM es propiedad particular, y por lo mismo, no existe una destinación de uso de suelo. En estos casos, podría observarse analógicamente la destinación de uso de suelo que hace el Estado con aquellos casos en que en el acto constitutivo del DRCM las partes pactaron algún tipo de prohibición o restricción respecto al uso de suelo de la zona que se encuentra afecta al DRCM. Entendiéndose esto último, desde el punto de vista que ciertas obras o actividades podrían generar perjuicio o ser contraproducentes con las obras de conservación que se pretenden llevar a cabo. En este contexto plausiblemente podrían pactarse prohibiciones de ejercicio de ciertas actividades o construcción e instalación de ciertas estructuras lo que se contrapondría a la intención del solicitante de servidumbre de llevar a cabo su actividad, encontrándonos nuevamente con la incompatibilidad en el contenido de los respectivos derechos. Tanto el dueño del predio como el titular del DRCM sostendrán la validez de las restricciones y prohibiciones estipuladas en el contrato, constituyendo una ley entre las partes de acuerdo al Código Civil, teniendo existencia y validez jurídica, y siendo oponible respecto de terceros de haberse efectuado la correspondiente inscripción. Por su parte, lo más probable es que el titular del proyecto minero o eléctrico se oponga a esa estipulación alegando que las actividades que desarrolla tienen un fundamento constitucional y sus derechos están resguardados en la Constitución Política de la República. Como el DRCM es un contrato entre partes, al momento de celebrarse, en la práctica, nadie más que los contratantes tienen conocimiento de su contenido, lo que hace improbable alguna oposición frente a lo que se está pactando. Si se piensa desde un punto de vista de que con la constitución del DRCM se busca en realidad obstaculizar el desarrollo de proyectos mineros o eléctricos se puede acudir a la figura de la simulación. Para determinar si efectivamente existe un objetivo de conservación con

la constitución del DRCM, tendrá un rol interesante la inscripción del DRCM en el Conservador respectivo, ya que ésta permitirá determinar si efectivamente se han efectuado obras de conservación, teniendo presente el tiempo que lleva constituido el derecho real. Por otra parte, en el caso de que la obra sea de tipo eléctrica, cuyo sustento es la utilidad pública, siempre está la posibilidad de dejar sin efecto el contrato expropiando el terreno a su dueño por causa de utilidad pública. En el caso de la actividad minera, esta posibilidad es más reducida, ya que esencialmente no se vislumbra la utilidad pública o el interés nacional que pueda fundar la expropiación. Sin embargo, por la extensión y objetivos de este trabajo, no se podrá ahondar más en el punto, ya que a nuestro parecer la expropiación en sí misma requiere de un análisis detallado.

Por lo tanto, nuevamente los tribunales se encontrarán ante un conflicto de intereses, en que a nuestro parecer, si bien lo pactado en el contrato constitutivo podría parecer sólo obligatorio para las partes, se debería atender al bien mayor que se pretende resguardar, y así de esta manera vislumbrar la controversia desde un plano de igualdad, o sea, derechos y garantías contempladas en la Carta Fundamental, como son la función social de la propiedad, el derecho de propiedad, la utilidad pública, la conservación del patrimonio ambiental, el derecho del concesionario y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, entre otros. Una vez en ese estado verificar la situación de hecho que envuelve el conflicto, de manera de buscar una solución óptima que permita en lo posible conciliar de alguna manera los intereses en conflicto, o finalmente, dar privilegio a uno sobre el otro, pero todos analizados y juzgados desde un plano equivalente. Se hace hincapié en esta equivalencia frente a la diferencia de fuente u origen que tienen estos derechos reales, recordar que el DRCM tiene su fuente en la voluntad de las partes, y las servidumbres legales tienen su fuente remota en la ley; esta disimilitud podría llevar a considerar que por el simple hecho de que uno tenga fuente en la ley y la otra en la convención, la segunda tendría menos valor. Lo que debería analizarse en el caso es el objetivo final que se persigue con cada uno.

Con respecto a la planificación territorial y los instrumentos que la contienen, se debe tener presente que esto se encuentra contenido dentro del D.F.L N° 458 de 1976 que contiene la Ley General de Urbanismo y Construcciones, lo que hace entender que los instrumentos de planificación territorial son específicos en la materia y tienen un fundamento legal, por lo que

al momento de controvertir su obligatoriedad lo que en realidad se está intentando es cambiar una situación que al interesado no le acomoda respecto a su actividad.

D.2) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Otro importante punto de discusión en la jurisprudencia reseñada fue respecto a si debe o no someterse previamente la solicitud de servidumbre al SEIA, lo que mayoritariamente se observó en causas donde se solicitaban servidumbres mineras¹¹². De acuerdo a la letra j) de la Ley N° 19.300 la Evaluación de Impacto Ambiental es “el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes”; su principio rector es el preventivo. En sus artículos 10 y 11, la Ley N° 19.300 señala qué actividades deben someterse al SEIA, ya sea a través de un Estudio de Impacto Ambiental o de una Declaración de Impacto Ambiental y en qué circunstancias. En el caso específico del DRCM, se debe hacer el alcance que de acuerdo a la definición de Evaluación de Impacto Ambiental se desprende que el objetivo de la Evaluación ante un DRCM no sería determinar como cierta servidumbre lo impactaría, sino determinar cuál es el nivel de perjuicio que la actividad a desarrollarse va a generar, y si la actividad se ajusta a la normativa vigente. Sin

¹¹² El proyecto de desarrollo minero se encuentra entre los casos en que se exige sometimiento al SEIA, en cualquiera de sus fases, por lo que de una lectura objetiva se entiende que todo lo que comprende actividad minera a efectuarse debe ser comprendida dentro de la evaluación – lo que incluiría las posibles servidumbres a constituirse necesarias para la exploración o explotación de la actividad – y a nuestro parecer esto debería exigirse de manera previa al ejercicio mismo de la concesión, no a su constitución pues no tendría fundamento el ingreso al SEIA de un proyecto que no se sabe si va a ser concedido o no por resolución judicial. Si se exigiera que en la evaluación de los proyectos se contemplara también la proyección de las posibles servidumbres – cualquier fuera la forma de constitución de éstas – se evitaría la gran diferencia de posiciones respecto a la situación, y sería igualitaria la carga para todos los interesados en efectuar un proyecto minero. Esto en consideración a que en los casos de constitución convencional de las servidumbres legales no se haría exigible judicialmente el inicio del procedimiento ante la autoridad ambiental, cuestión que conllevaría una mayor carga para los solicitantes de servidumbre legal por vía judicial. En doctrina se ha señalado al respecto que no debiera ser un requisito previo el sometimiento del proyecto de servidumbre minera al SEIA debido a que: i) la constitución de la servidumbre minera “no tiene por objeto someter al juez o al titular del terreno superficial, el conocimiento de un determinado proyecto minero y sus eventuales implicancias ambientales, sino que gravar el predio superficial”; ii) Ni la LOCCM ni el CM establecen como requisito “el pronunciamiento previo de la autoridad administrativa ambiental”, sino que contar con la calidad de concesionario; iii) “El debate probatorio al interior del juicio de constitución de servidumbre no permite discutir cuestiones relativas a la procedencia de someter las actividades del concesionario minero al SEIA”. Javier Carrasco B., “Servidumbres mineras frente a la legislación ambiental”. *En: Revista de Derecho Ambiental*, n° 5 (2015): 97-98.

perjuicio de ello, la existencia y exigencia de ingreso al sistema podría convertirse en un resguardo y en un medio de participación para los constituyentes del DRCM; de ahí la importancia de su análisis.

En primer lugar, si bien la presentación de una Declaración o de un Estudio dependerá de las características de la actividad a desarrollarse, para efectos del DRCM lo clave es que se evalúe la situación en base a un Estudio de Impacto Ambiental. Uno, debido a que las circunstancias que lo hacen exigible – y que se estudiarán enseguida – tienen estrecha y directa relación con los recursos naturales y la conservación del medioambiente. Y segundo, por lo exigido por el artículo 12 de la Ley N° 19.300; este artículo indica el contenido requerido en la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, y las letras d), e) y f) resultan fundamentales respecto al patrimonio ambiental, y por ende, para un DRCM. En cambio, la Declaración de Impacto Ambiental – en comparación – no es tan profunda ni explícita en su contenido respecto al impacto ambiental que pueda producir una actividad de aquellas enumeradas en el artículo 10. Y por último, el procedimiento administrativo de presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, prevé una instancia de participación de la comunidad y terceros.

El Estudio de Impacto Ambiental, será un resguardo en cuanto el artículo 11 establece expresamente los casos en que debe presentarse, dentro de los cuales la circunstancia de existir recursos naturales y valores de tipo medioambiental que pudieran verse afectados por la actividad a desarrollarse se encuentra prevista en las letras b) y d) del artículo: b) “Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire”; d) “Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”. Lo más probable es que los interesados en el desarrollo del proyecto minero o eléctrico se opongan y rechacen la inclusión de un sitio afecto a un DRCM como un presupuesto válido dentro de los enunciados, sin embargo, el supuesto fáctico de un DRCM es la existencia de un patrimonio ambiental merecedor de conservación, por lo que el objeto y fundamento de la exigencia del Estudio de Impacto Ambiental será ese patrimonio ambiental en sí mismo como valor medioambiental, no el DRCM como figura jurídica que tiene por objeto dicho patrimonio

ambiental, siendo ese el fundamento último del deber de ingreso al SEIA. En segundo lugar, en lo que se refiere al SEIA como un mecanismo de participación de los constituyentes de un DRCM frente a una servidumbre sobrevenida, esta visión se funda en lo establecido en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, que contempla la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica pueda formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, lo que permitiría al dueño del predio y al titular del DRCM formular sus descargos respecto a la actividad que se pretende desarrollar y los efectos y perjuicios que ésta podría significar sobre el patrimonio medioambiental existente en la zona.

D.3) Función social de la propiedad

Un punto adicional observado en la jurisprudencia, y que surgía como fundamento al momento de decidir, y que tiene relación con el rol de los constituyentes del DRCM, específicamente en los casos que el dueño del predio donde se constituye el DRCM sea el Fisco, es el concepto de función social de la propiedad. En el capítulo anterior se extrajo de la jurisprudencia que este concepto ha sido considerado al momento de dar preferencia a la destinación que ha efectuado el Fisco sobre un terreno de su propiedad. Lo importante en este punto es determinar si un DRCM constituido en un predio fiscal podría considerarse como un cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 19 N° 8 y 19 N° 24 de la Constitución. En atención a lo expuesto por estos artículos, con la constitución de un DRCM en un predio fiscal, el Estado estaría dando cumplimiento al deber otorgado por el N° 8 del artículo 19, de tutelar la preservación de la naturaleza. Sin embargo, respecto al artículo 19 N° 24 no podría decirse estrictamente que se está ante una restricción impuesta en virtud de la función social de la propiedad, específicamente la conservación del patrimonio ambiental. Esto, teniendo en consideración la forma de constitución del DRCM, es decir, una escritura pública entre las partes. Sin perjuicio de ello, lo más probable, y haciendo analogía nuevamente con lo dispuesto en la Orden N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales en su Título V, denominado “Procedimiento administrativo de constitución de Servidumbres Voluntarias”, es que los antecedentes del DRCM sean el decreto que autoriza la constitución del derecho real y la escritura pública correspondiente, lo que podría entenderse como una forma de disposición y limitación de la propiedad en virtud de su función social. Sin perjuicio de ello, igualmente se

debe hacer alusión al concepto de intereses generales de la Nación, el cual en la jurisprudencia analizada era utilizado para defender la destinación que hubiere efectuado el Fisco de algún inmueble, a través del Ministerio de Bienes Nacionales. En este caso, el que el Ministerio de Bienes Nacionales celebre un contrato de constitución de DRCM con un tercero respecto de un inmueble fiscal, perfectamente puede entenderse como una forma de administrar los bienes fiscales como mejor convenga a los intereses generales de la Nación, en específico, preservando y resguardando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, mediante la conservación y preservación del patrimonio ambiental.

E. EL TÉRMINO DE UN DRCM

Para concluir el análisis del conflicto, se debe hacer mención a ciertas interrogantes que surgen al observar la legislación aplicable y la práctica jurisprudencial que se podría generar. Estos cuestionamientos se presentan entorno a la circunstancia en que, ya sea por la superposición de derechos reales o la coexistencia incompatible entre una servidumbre legal y un DRC, este último no se pueda seguir ejercitando.

Una superposición se verificaría, por ejemplo, cuando en un predio se ha constituido válidamente un DRCM, y posteriormente se concede administrativamente una servidumbre de ocupación y tránsito a favor de una concesión eléctrica, consistente en la instalación y construcción de líneas aéreas y una subestación, cuyo trazado coincide con el área en que se emplaza el DRCM. La imposibilidad de continuación del DRCM se originaría desde que al iniciarse la instalación y ejercicio de la servidumbre eléctrica, el dueño del predio y el titular del DRCM probablemente se verían impedidos de llevar a cabo las obligaciones que el contrato les impone, como sería hacer plantaciones, teniendo en consideración que el artículo 57 de la LGSE las prohíbe. La franja de seguridad que se fija alrededor de la instalación obstaculizaría el ingreso del dueño del predio y del titular del DRCM a la zona o alguna zona donde está emplazado el patrimonio ambiental que se pretendía conservar. Por lo demás, podría producirse que el contenido del DRCM hubiere establecido restricciones y prohibiciones de llevar a cabo ciertas actividades, como construcción de infraestructuras pesadas, o el ingreso de vehículos de cierto tamaño, lo cual se contrapone a lo que normalmente supone el desarrollo, control y

supervisión de una instalación eléctrica, ya que para cumplir con los estándares exigidos por la ley se utilizan grúas y se ingresan materiales al sector, un ejemplo patente de esto es lo señalado por el artículo 56 de la LGSE, que obliga al dueño del predio a permitir la entrada de los funcionarios habilitados para efectuar las medidas de reparación de las líneas, junto con los materiales necesarios para efectuar estos trabajos (piénsese en el reemplazo de algún pilar de una torre de media o alta tensión). También, podría haberse pactado en la constitución del DRCM que se efectuarían ciertas obras por parte del dueño del predio en la zona, como fertilización o control del regadío por goteo, pero si la legislación eléctrica no permite el ingreso de personas ajenas a la instalación por motivos de seguridad, y el dueño del predio no puede ingresar para ejecutar sus obligaciones, entonces se produciría un incumplimiento del contrato (en todo caso no imputable al constituyente). Esto último afectaría esencialmente al contenido y efectos del contrato.

Por otra parte, una coexistencia incompatible se verificaría, por ejemplo, cuando en un predio se ha constituido válidamente un DRCM, y posteriormente se concede judicialmente una servidumbre de ocupación y tránsito a favor de una concesión minera, cuyo trazado no coincide exactamente con las coordenadas en que se emplaza el DRCM, sino que se emplaza en un área contigua o cercana. El ejercicio de esta servidumbre podría significar el término del DRCM si se piensa que la actividad minera contempla y requiere del uso de vehículos de proporciones enormes, la generación de desechos, la utilización de amplias zonas para el depósito de relaves (que producen la inutilización del suelo posteriormente), la reducción y a veces la contaminación de napas subterráneas, el levantamiento y desprendimiento de áridos y compuestos tóxicos que se distribuyen a través del aire, y la erosión del suelo, por mencionar algunos efectos. Aun cuando no estén en la misma zona, la contaminación que genera la actividad minera en su desarrollo cotidiano se propagará a través de los mismos recursos naturales existentes en la zona, es decir, el agua, la tierra y el aire, posiblemente perjudicando la biodiversidad que se encuentre en el área, lo que a continuación afectará el normal y eficiente desarrollo de las actividades previstas en el contrato de DRCM, dejando al DRCM sin objeto.

En estas circunstancias, la primera duda que surge es cuál sería la forma específica de término del DRCM, si se estuviese ante superposiciones o coexistencias incompatibles como

las ilustradas. Como se analizó en el primer capítulo, el artículo 12 de la Ley en su primer inciso es bastante amplio y confuso respecto a las causales de terminación, refiriéndose a “las causales generales de terminación de los derechos reales”. Luego, este artículo identifica 3 causales específicas: la transferencia del bien gravado, la disolución de la persona jurídica titular del derecho, la expropiación del inmueble. A nuestro parecer, de tener que terminar el DRCM debido a superposición o incompatibilidad con la servidumbre legal sobreviniente, ninguna de estas causales se ajustaría apropiadamente a este tipo de terminación. Sin embargo, aplicándose las reglas generales del derecho de obligaciones podría mirarse la situación desde dos perspectivas, una dice relación con un símil que se puede efectuar con las causales de término del usufructo, y la otra dice relación con los conceptos básicos del acto jurídico (siendo la primera una aplicación de la segunda). La primera opción sería hacer un símil con la causal de terminación del usufructo establecida en el artículo 807 del Código Civil, o sea, la destrucción de la cosa fructuaria. La segunda opción es aplicar los principios básicos del acto jurídico, y reconocer que en estos casos el contrato de DRCM quedaría sin objeto.

Una causal que sí sería adecuada, que no se incluye en la normativa nacional pero sí en la comparada, es la “terminación por el cambio de las circunstancias que hacen imposible la consecución del objetivo de conservación”¹¹³. Esta causal haría compatible la declaración de preferencia de la servidumbre legal correspondiente por sobre el DRCM contenida en la sentencia, ya que en función del efecto declarativo de la sentencia la servidumbre legal prevalecerá y comenzará la ocupación material del inmueble, obstaculizando y perjudicando el ejercicio del DRCM, circunstancia en la cual éste perdería su objeto haciendo imposible la consecución del objetivo de preservación.

El segundo cuestionamiento, que surge en el caso de terminarse el DRCM por superposición o incompatibilidad con otro derecho real, es respecto a la indemnización debida, específicamente cuáles serían los perjuicios que comprendería, en qué situaciones procedería y a quiénes se les debería.

¹¹³ Jaime Ubilla Fuenzalida, “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: Consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho”, *en: Revista de Derecho Ambiental*, n° 1 (2003): 79.

En primer lugar, en materia minera, el artículo 122 del CM permite responder a estas interrogantes. Este artículo indica que la indemnización procede “por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente, en su caso, o a cualquiera otra persona”. Por lo tanto, la indemnización comprendería el daño emergente, lucro cesante y el daño moral¹¹⁴. En el caso del DRCM, podrían imaginarse la indemnización por: la maquinaria; fertilizantes y productos agrarios; profesionales y técnicos contratados; servicios y estudios especializados contratados; si el contrato era oneroso, lo que se dejará de ganar por el término anticipado del contrato (cálculo que se complica si el DRCM estaba fijado con plazo indefinido); valor de la biodiversidad que se destruirá con las labores de servidumbre (este punto será difícil de definir, ¿será el valor comercial? ¿y si es flora exótica, cómo se valoriza?); por mencionar algunos ejemplos. Esta indemnización procedería tanto en casos de término del DRCM por superposición como por coexistencia incompatible. Se le debe otorgar tanto al dueño del predio (la disposición es expresa), como al titular del DRCM, puesto que el artículo indica “a cualquiera otra persona”.

En materia eléctrica, el artículo 69 de la LGSE es fundamental. Este artículo señala que el dueño del predio tiene derecho a que se le pague: i) “El valor de todo terreno ocupado por las obras hidroeléctricas, incluidas las de embalse y estanques, por los postes y las torres de las líneas, por las zanjas de las líneas subterráneas, por los edificios y por los caminos de acceso, según los planos de servidumbres”; ii) “El valor de los perjuicios ocasionados durante la construcción de las obras o como consecuencia de ellas o del ejercicio de las servidumbres. Igualmente el valor de los perjuicios que causan las líneas aéreas”¹¹⁵. De acuerdo a estos numerales, al dueño del predio se le indemnizará tanto el valor del terreno ocupado con la servidumbre como los perjuicios que se provoquen con la construcción y el ejercicio de aquella.

¹¹⁴ Si bien es complejo imaginar cómo podría generar la terminación de un DRCM daño moral, se puede pensar en el caso de una persona que al convenir el DRCM – ya sea el dueño del predio o el tercero – lo hicieron en virtud de un “compromiso con el medioambiente”. Es decir, se puede pensar en un daño a la imagen y a la honra de una persona que al constituir el DRCM lo hizo con una intención en específica, y el término del DRCM le resta fiabilidad (aun cuando el DRCM no se terminó por causa imputable a ella).

¹¹⁵ En su N° 3, el artículo 69 de la LGSE también prevé una indemnización “por el tránsito que el concesionario tiene derecho a hacer para los efectos de la custodia, conservación y reparación de las líneas. Esta indemnización no podrá ser superior al valor de una faja de terreno de dos metros de ancho, en la parte del predio ocupado por las líneas.”. Sin embargo, para los efectos del conflicto con un DRCM esto no resulta relevante, ya que de existir ejercicio, el DRCM presumiblemente ya se terminó.

Por lo tanto, en primer lugar, al no distinguir el artículo qué perjuicios son los que se indemnizan cabe entender que se comprenden tanto el daño emergente, como el lucro cesante y el daño moral. En segundo lugar, los perjuicios se indemnizarían ya se produjera la superposición o se produjera una coexistencia incompatible – o inclusive procedería indemnización en aquellos casos que si bien no se produce un daño inminente o notorio al medioambiente que se quiere conservar y el DRCM mantiene su curso, sí es posible pronosticar un daño a futuro por la acumulación de contaminación y daños que produce el ejercicio constante de la servidumbre. La procedencia de indemnización en casos de coexistencia incompatible se ve reforzada por lo dispuesto en el inciso final del artículo 69, que señala que “si al constituirse una servidumbre quedaren terrenos inutilizados para su natural aprovechamiento, el concesionario estará obligado a extender la servidumbre a todos estos terrenos”. En cuanto a los titulares, este artículo señala expresamente que el titular de la indemnización será el dueño del predio, lo que deja fuera al titular del DRCM; sin embargo, puede pensarse en un indemnización emanada del término de contrato que significa la constitución y ejercicio de la servidumbre legal, lo que tendría que discutirse en juicio distinto.

CONCLUSIONES

En el contexto nacional el interés por el tema medioambiental y su desarrollo es relativamente reciente, quedando en su mayoría en manos del Estado la labor de llevar a cabo obras y políticas públicas que fomente su conocimiento y resguardo, pero sin tener los recursos

humanos y económicos, ni el interés o motivación necesaria para efectuar estas labores con resultados realmente ostensibles. El DRCM aparece como un intento de superar esta falla, y permitir que tanto públicos como privados participen en la promoción de la preservación del medioambiente. Y en cuanto a su naturaleza jurídica se le reconoce como un derecho real distinto, con características similares a otros derechos reales ya existentes, pero que en esencia es particular e independiente de los otros.

Lamentablemente, frente a un contexto como el expuesto, donde se enfrente intereses económicos de tal magnitud, como la industria eléctrica y la minera, frente a un interés como el que sustenta el DRCM, este último pareciera estar en notoria desventaja, lo que a nuestro parecer proviene del incipiente desarrollo de las ciencias medioambientales en el país. Esto se retrata en la legislación y jurisprudencia estudiada, donde tanto la ley como los fallos de los tribunales de justicia presentan vacíos y contrariedades. Especial es el caso de la jurisprudencia, que a nuestro parecer no logra visualizar el punto de conexión entre los intereses en juego que se ponen a su conocimiento, lo que los obliga a tener que discutir cada punto en un nuevo juicio, volviéndose un viaje circular, sin un criterio apreciable. Ante esta circunstancia, una de las mejores opciones de un DRCM para poder subsistir ante este tipo de conflictos es tener en consideración que el DRCM debe ser inscrito en el Registro del Conservador correspondiente, por lo tanto en caso de pretender la imposición de cualquiera de las servidumbres legales estudiadas en un determinado predio, el interesado al revisar los títulos del inmueble en cuestión podrá estar al tanto de la existencia del DRCM y de esa forma podría intentar una comunicación y coordinación con el dueño del predio y con el titular del DRCM de manera llegar a un acuerdo e equilibrar los intereses legítimos superpuestos, y así evitar que no se perjudiquen ni obstaculicen unos a otros. Recordar que las servidumbres legales se pueden constituir convencionalmente, por lo que en el acto constitutivo podrían coordinar y configurar de tal manera las servidumbres a imponer que ni el DRCM ni la servidumbre legal se vieran afectados, lo que podría convertirse en la forma más cordial de hacer convivir todos los intereses en juego.

El interés por defender la existencia de un instrumento como el DRCM, con un objeto como la conservación del patrimonio medioambiental se puede reducir a un ejemplo preciso. La gran mayoría del país habita en una casa o habitación, cualquiera que sean sus condiciones, y a

medida que se habita el lugar se efectúan reparaciones y mejorías para que la construcción sirva para sus objetivos, se arreglan techumbres, se mejoran aislamientos, etc., ya que de otro modo, de tener un agujero o falla en la estructura no servirá para brindar la utilidad de albergue y protección que se pretende. Por lo tanto, si se hacen reparaciones y medidas de conservación a la estructura que sirve de habitación, por qué no hacer y promover obras de conservación en la tierra que sirve de cimiento a dicha vivienda – y a la de todos los habitantes –, ya que de seguir efectuándose un uso como el que se ha dado por años a la tierra y sus recursos tiene que haber un momento en que esa misma tierra no servirá para nada más, ya no rendirá frutos (no se debe olvidar que no todos los recursos son renovables), y colapsará. Se crea o no en la teoría del cambio climático, distintas zonas del mundo y de nuestro país manifiestan cambios en la forma que se desarrollan las distintas estaciones y fenómenos climático, ejemplo de esto es la desertificación, la disminución de las fuentes de agua dulce, la acidificación de las aguas, el deshielo de los polos, la mala calidad del aire, y tantos otros. La industria, en general, más allá de la minería y la energética, debe seguir funcionando, ya que países como el nuestro necesitan de este tipo de actividades para poder crear puestos de trabajo y generar capital para el desarrollo de otro tipo de necesidades nacionales. Las distintas actividades económicas dependen unas de otras, en un sistema, pero este sistema por años ha explotado los recursos naturales existentes, dejando de lado las consecuencias negativas que esto trae para el medio ambiente y, por ende, a la población.

Lo que se propone es un criterio de proporcionalidad y compatibilización de los distintos intereses, todos legítimos por lo demás, en el entendido de que unos pueden favorecer a otros, y todos son necesarios para el desarrollo normal y sostenido de un país. De no buscarse soluciones que apunten a un equilibrio, y la ley no favorezca a ellas, un gran número de derechos subjetivos se verán mermados. Y el derecho real de conservación se vislumbra como un mecanismo para dar comienzo a esta búsqueda de compatibilización de distintos intereses. Lamentablemente, la ley que lo crea no es lo más concisa u ordenada en su desarrollo, ni tampoco entrega mecanismos de resguardo de un derecho como este, pero es un puntapié inicial en el desarrollo de actividades que promuevan la conservación y resguardo del patrimonio medioambiental existente en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Alessandri R., Arturo, Manuel Somarriva U., y Antonio Vodanovic H. *Tratado de los derechos reales: Bienes*. 6ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

Bermúdez Soto, Jorge. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. *En: Revista de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Valparaíso*, nº 21 (2000): 9 - 25.

Bezanilla Lástrico, Mario Andrés. “Servidumbres o derechos reales de conservación”. Tesis de Pregrado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Proyecto de Ley que establece derecho real de conservación*. Boletín Nro. 5823-2007. Valparaíso, 2008.

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley Nro. 20.930*. Valparaíso, 2016.

Brieba Vial, Diego. *Indemnizaciones provenientes de las servidumbres mineras: Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Librotecnia, 2003.

Carrasco Briones, Javier. “Servidumbres mineras frente a la legislación ambiental”. *En: Revista de Derecho Ambiental*, nº 5 (2015): 91 - 103.

Centro de Derecho de Conservación. *Derecho real de conservación: su origen y bases teóricas*. <http://www.centroderechoconservacion.org/derecho-real-de-conservacion.php> . Acceso: 18 de agosto de 2016.

Centro de Estudios Públicos. “Seminario: Liderazgo del sector privado en la conservación del medio ambiente, 28 de marzo de 2008”. *En: Revista Estudios Públicos*, ed. de Leonel Sierralta, nº 112 (2008): 169 - 266.

Chile. Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública. *Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces*. Junio, 1857.

Chile. Ministerio de Minería. *Ley Nro. 18.097: Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras*. Enero, 1982.

Chile. Ministerio de Minería. *Ley Nro. 18.248: Código de Minería*. Octubre, 1983.

Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Ley Nro. 19.300: Aprueba ley sobre bases generales del medio ambiente*. Marzo, 1994.

Chile. Ministerio de Minería. *Decreto Nro. 327: Fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos*. Septiembre, 1998.

Chile. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. *Decreto con Fuerza de Ley Nro. 4; Decreto con Fuerza de Ley Nro. 4/20018: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley Nro. 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica*. Febrero, 2007.

Chile. Ministerio del Medio Ambiente. *Ley Nro. 20.930: Establece el derecho real de conservación medioambiental*. Junio, 2016.

Chile. Ministerio de Energía. *Ley Nro. 20.936: Establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional*. Julio, 2016.

Chile. Ministerio de Bienes Nacionales. *Orden Nro. 1: Imparte instrucciones con relación a criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales*. Septiembre, 2016.

Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 2013. Reimpresión: Santiago: Editora e Imprenta Maval Ltda., 2015.

Corral Talciani, Hernán. *Derecho y Academia, El blog de Hernán Corral* (blog). <https://corraltalciani.wordpress.com> . Acceso: 3 de octubre de 2016.

Evans E., Eugenio, y María Carolina Seeger C. *Derecho eléctrico*. 2ª ed. Santiago: LexisNexis, 2007.

Hocker, Jean. *Leadership of land trust: Generational transition and preparing for the future*. Working paper. Lincoln Institute of Land Policy: 2016 (WP16JH1). Disponible en: <http://www.lincolninst.edu> . Acceso: 31 de agosto de 2016.

Jacobs, Harvey M. *Conservation easements in the U.S. and abroad: Reflections and views toward the future*. Working paper. Lincoln Institute of Land Policy: 2014 (WP14HJ1). Disponible en: <http://www.lincolninst.edu> . Acceso: 31 de agosto de 2016.

Korngold, Gerald. “Globalizing conservation easements: Private law approaches for international environmental protection”. *En: New York Law School Legal Studies*. Research Paper Series 10/11 # 2. New York Law School: 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1678040> . Acceso: 23 de agosto de 2016.

Land Trust Alliance. *Income tax incentives for land conservation*. Disponible en: <http://www.landtrustalliance.org/taxonomy/term/121> . Acceso: 23 de agosto de 2016.

Nancy A. McLaughlin, y Robert W. Swenson. *Conservation Easements: Outline of relevant laws, AG standing, and cases and controversies*. 2014. Disponible en: http://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/attorneysgeneral/outline_of_relevant_laws_ag_standing_and_cases_and_controversies_final.pdf . Acceso: 23 de agosto de 2016.

Nasser Olea, Marcelo. 2007. “Reflexiones en espera de un fallo del nuevo tribunal constitucional: El pretendido ajuste a la constitución de los artículos 95 números 6º 7º y 8º en relación con el artículo 96 inciso 3º del Código de Minería”. *En: Revista Chilena de Derecho* 34, n° 2 (2007): 303 - 318.

Ossa Bulnes, Juan Luis. *Tratado de derecho de minería*. 5ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2012. Reimpresión: Santiago: Dimacofi Negocios Avanzados S.A., 2014, 2016.

Peñailillo Arévalo, Daniel. *Los bienes: La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Jurídica de Chile, 2007.

Peñailillo Arévalo, Daniel. “Sobre un derecho real para la conservación del ambiente”. *En: Estudios de Derecho Civil V: Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Concepción, 2009*. Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing (2010): 113 - 128.

Rozas Vial, Fernando. *Derecho civil: Los bienes*. Santiago: Forense, 1984.

Sepúlveda Rodríguez, Eugenio. *Sistema y Mercado Eléctricos*. Santiago: Legal Publishing Chile Abeledo Perrot, 2010.

Sundberg, Jeffrey O., y Richard F. Dye. *Tax and property value effects of conservation easements*. Working paper. Lincoln Institute of Land Policy: 2006 (WP06JS1). Disponible en: <http://www.lincolninst.edu> . Acceso: 31 de agosto de 2016.

Sundberg, Jeffrey O. *Measuring the effect of state income tax incentives of land conservation*. Working paper. Lincoln Institute of Land Policy: 2007 (WP07JS1). Disponible en: <http://www.lincolninst.edu> . Acceso: 31 de agosto de 2016.

Ubilla Fuenzalida, Jaime. “La conservación privada de la biodiversidad y el derecho real de conservación: Consideraciones desde la teoría social de sistemas y el análisis económico del derecho”. *En: Revista de Derecho Ambiental*, n° 1 (2003): 72 - 96.

Vergara Blanco, Alejandro, 1994. “Conflictos entre concesionarios eléctricos y concesionarios mineros”. *En: Revista de Derecho de Minas* 5 (1994): 79 - 84.

Vergara Blanco, Alejandro. *Derecho eléctrico*. Santiago: Jurídica de Chile, 2004.

Vergara Blanco, Alejandro. *Instituciones de derecho minero*. Santiago: Legal Publishing Chile Abeledo Perrot, 2010.

Vergara Blanco, Alejandro. “Nueva y vigorosa línea jurisprudencial sobre prohibición de superposición de concesiones mineras”. *En: Revista de Derecho Administrativo*, n° 7 (2012): 181 - 206.

Wilkins Binder, James, y Enrique Vivanco Font. *Derecho real de conservación: Explicación y mecanismos extranjeros equivalentes*. Asesoría técnica parlamentaria, anexo 3183. Biblioteca del Congreso Nacional, 2014. Disponible en: www.bcn.cl . Acceso: 5 de octubre de 2016.

Weidenslaufer, Christine. *Legislación de EE.UU.: Derecho real de conservación*. Asesoría técnica parlamentaria, anexo 1874. Biblioteca del Congreso Nacional, 2015. Disponible en: www.bcn.cl . Acceso: 5 de octubre de 2016.

ANEXO: TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL	CAUSA ROL N°	FECHA SENTENCIA
-----------------	---------------------	------------------------

Juzgado de Letras de Diego de Almagro	C-227-2014	Sin sentencia dictada a la fecha
Corte Suprema	3.905-2010	30 de septiembre de 2010
Corte Suprema	1.518-2012	26 de septiembre de 2012
Corte Suprema	13.175-2013	10 de julio de 2014
Corte Suprema	22.303-2014	26 de enero de 2015
Corte Suprema	7.442-2015	10 de mayo de 2016
Corte Suprema	8.133-2015	5 de septiembre de 2016
Corte Suprema	12.886-2015	5 de septiembre de 2015
Corte Suprema	13.549-2015	10 de mayo de 2016
Corte Suprema	19.081-2015	5 de septiembre de 2016
Tribunal Constitucional	1284-2008	24 de septiembre de 2009

