



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina de Derecho de Aguas y Derecho Minero

El Principio Rector del Derecho de Concesión Minera y el Derecho de Aprovechamiento de Aguas

¿Responden a un mismo principio del Derecho, el Derecho de Concesión Minera y el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, en cuanto a su ejercicio?

Nombre: Luis Alberto Torres Foster
Nicolás Antonio Zett Sabioncello

Profesor Guía: Susana Bonta Medina

Noviembre, 2013

TABLA DE CONTENIDOS:

| | | |
|-------------|---|----------------|
| I. | INTRODUCCION..... | Pag.1 |
| II. | CAPITULO I: CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS:..... | Pag. 2 |
| | 1. Derecho Real..... | Pag. 2 |
| | 2. Recae sobre un bien mueble por naturaleza, pero que siempre es inmueble por destinación..... | Pag. 3 |
| | 3. Derecho Principal..... | Pag. 4 |
| | 4. Es de Libre Disposición..... | Pag. 4 |
| | 5. Derecho Sujeto a Medida..... | Pag. 5 |
| | 6. 6.- Goza de especial Protección..... | Pag. 6 |
| | 7. Es un Derecho que opera un gravamen por el sólo ministerio de la ley. | Pág. 6 |
| | 8. Diversos tipos de Orígenes..... | Pag. 7 |
| | 9. Duración Indefinida..... | Pag. 9 |
| | 10. Transferible y transmisible..... | Pag 10 |
| | 11. Recae sobre un bien nacional de uso público..... | Pag.12 |
| III. | CAPITULO II: CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE CONCESIÓN MINERA..... | Pag. 14 |
| | 1. Origen Judicial..... | Pag. 14 |
| | 2. Derecho Real..... | Pag. 15 |
| | 3. Goza de una especial Protección Constitucional..... | Pag. 17 |
| | 4. Inembargabilidad..... | Pag.17 |
| | 5. Duración Indefinida de la Pertenencia..... | Pag.18 |
| | 6. Condicionalidad..... | Pag.19 |
| | 7. Divisibilidad Limitada..... | Pag.20 |
| | 8. Transferible y Transmisible..... | Pag.21 |
| | 9. Recae sobre un bien del Estado..... | Pag.23 |
| | 10. Derecho Principal..... | Pag. 24 |

| | |
|------------|---|
| IV. | CAPITULO IV:¿SE ASEMEJAN A LA COPROPIEDAD, A LA SERVIDUMBRE, A LA CONCESION O AL USUFRUCTO?.....Pag. |
| | 25 |
| | 1. La copropiedad.....Pag. 25 |
| | 2. La servidumbre..... Pag. 28 |
| | 3. La concesión Pag. 32 |
| | 4. El usufructoPag 36 |
| V. | CONCLUSIONES..... Pag. 45 |
| VI. | BIBLIOGRAFIA..... Pag. 47 |

Palabras Claves: Derecho Real; Concesión Minera; Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas; Usufructo; Concesión; Servidumbre; Copropiedad.

Tabla de Abreviaturas:

CA: Código de Aguas.

CM: Código de Minería.

CC: Código Civil.

CPR: Constitución Política de la República.

Resumen (Abstract): Este trabajo de investigación consiste en buscar el principio rector de los derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas, cuál es su estructura de funcionamiento, acotado al ejercicio de estas instituciones. En primer término caracterizaremos cada uno de éstas instituciones para luego compararlas con la Copropiedad, la Servidumbre, la Concesión y el Usufructo.

INTRODUCCIÓN.

La minería es la principal actividad económica de nuestro país. No se puede concebir la realización de la actividad minera, sin la existencia del agua, debido a que el recurso hídrico es vital para la explotación minera y todos procesos que se relacionan con ella. Nuestro ordenamiento jurídico ante la importancia de estas dos actividades ha hecho una regulación exhaustiva respecto a estas dos materias, estableciendo en el año 1981 el Código de Aguas y en el año 1983 el Código Minero.

La principal institución que trata del aprovechamiento, uso y goce de las aguas es el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas. Por su parte la institución encargada de tratar la exploración y la explotación de los yacimientos mineros en Chile es el Derecho de Concesión Minera, el cual es de dos tipos, a saber: 1) Derecho de Concesión Minera de exploración y 2) Derecho de Concesión Minera de explotación.

Nos hemos propuesto en el presente trabajo responder la siguiente pregunta: *¿Responden a un mismo principio del Derecho, el Derecho de Concesión Minera y el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, en cuanto a su ejercicio?*

La finalidad de este trabajo es encontrar un Principio Rector, común para ambos Derechos, el determinar si se tratan de normas de Orden Público u Orden Privado, además de encontrar los alcances y facultades de cada uno de estas instituciones. Por ejemplo si las operaciones de cierre de una mina ¿Están contempladas dentro de las facultades de la servidumbre minera?, o si los Derechos de Aprovechamiento de Aguas ¿Son susceptibles de ser adquiridas mediante prescripción adquisitiva?, estas preguntas no están reguladas de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario encontrar el Principio Rector de estas dos instituciones, para responder a estas preguntas y otras muchas que puedan surgir, es necesario recurrir a normas tanto de Orden Publico, como Orden Privado.

Por Principio Rector, entenderemos una institución ya existente en el Derecho, por el cual, una nueva institución se encuentra asemejada o regida.

Analizaremos, en primer término, las características más relevantes para el objeto de nuestro estudio de estas instituciones del Derecho de Aguas y el Derecho Minero. Luego

analizaremos si estas instituciones se asemejan a la Concesión, la Servidumbre; la Copropiedad o el Usufructo y qué consecuencia pueden extraerse de ello.

Pese a las semejanzas que puedan tener la concesión minera y el aprovechamiento de agua con cada una de estas instituciones ya consagradas en el Derecho, a nuestro criterio, no se pueden encasillar dentro de ninguna de las instituciones planteadas, debido a las particularidades propias de cada una de estas ramas del derecho, no es posible clasificarla dentro de ninguna de ellas, ante esto nos vemos en la necesidad de plantear que el Derecho de Aprovechamiento de Aguas y el Derecho de Concesión Minera, tienen una naturaleza Sui Generis.

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Para desarrollar las características del Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, seguiremos como guía lo expuesto en la tesis para optar al grado de magister del profesor Abraham Zett Urzúa, dando énfasis a las 11 características más relevantes para los fines de nuestra investigación.

1.- Derecho Real.

Las aguas que regula el Código de Aguas (en adelante CA), como señala el artículo primero del cuerpo legal de la materia, son las aguas terrestre. De acuerdo al artículo 2 del CA las aguas terrestres pueden ser superficiales o subterráneas¹. Cabe precisar que el Código de Aguas en todo momento razona sobre la base de agua en estado líquido y no en estado gaseoso o sólido.

Conforme a lo señalado en la definición del artículo 6 CA, clasifica este derecho como un Derecho Real. Como señala Peñailillo: “Se concibe como una relación persona-cosa, inmediata, absoluta; un señorío en la cosa (ius in re)”. (2006; p. 31).

Así también lo clasifica Arévalo Cunich: “Se trata en este caso, de una cosa incorporal. En efecto, éstas consisten en meros derechos (Artc. 565 inc.3 CC). (2011; p. 19).

¹ El Código de Aguas señala aguas terrestres superficiales: aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre. Estas son corrientes o detenidas. Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.

2.- Recae sobre un bien mueble por naturaleza, pero que siempre es inmueble por destinación.

El artículo 4 del CA prescribe: “Atendida su naturaleza, las aguas son muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles.” Teniendo a la vista éste artículo, se está reconociendo que si bien las aguas por si solas tienen una naturaleza jurídica de Bien Mueble, si estas aguas son destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, relacionando esta norma con lo que dispone el artículo 570 del Código Civil, se califica como un bien Inmueble por Destinación. Esta teoría es sostenida por Arévalo Cunich, al señalar: “Las aguas son bienes inmuebles por destinación, por cuanto, por regla general ellas están permanentemente destinada al uso, cultivo y beneficio de un inmueble. Inmuebles por destinación son aquellos que por su naturaleza no sean inmuebles, están permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble; sin embargo, pueden separarse de él sin detrimento. Al ser inmuebles las aguas lo es también el derecho que sobre ellas recae” (2011; p. 11-12). En vista de lo anterior concluimos que se trataría de un derecho real inmueble.

En otras palabras, las aguas son bienes muebles por naturaleza, pero al estar siempre destinada al uso, cultivo y beneficio de un inmueble son bienes inmuebles por destinación. Ya que difícilmente se puede utilizar el agua para otra cosa en un predio, pues siempre se percibirá un beneficio para el inmueble, inclusive si se usa para fines recreativos u ornamentales, como por ejemplo una piscina o una fuente decorativa, lo que le dará una plusvalía al inmueble, esto a su vez de igual manera reportará un beneficio para el inmueble, cumpliéndose de todas formas el requisito de uso, cultivo y beneficio de un inmueble, transformándose el agua en un inmueble por destinación. En este sentido la jurisprudencia ha sido clara al señalar: “Aunque ciertas aguas de uso público sean por su naturaleza muebles, pasan a ser inmuebles por su destinación cuando se usan de un modo permanente en el riego, cultivo y beneficio de un determinado fundo”²

Peñailillo a propósito del requisito del uso, cultivo y beneficio del inmueble por destinación: “Con las disposiciones del Código, se entiende que el bien debe estar destinado

² Corte Suprema, 4 de noviembre de 1944 R., t. 43, secc. 1º, p.372

al uso, cultivo o beneficio del inmueble (no del propietario del inmueble) y el destino debe ser permanente. Se ha exigido también que debe estar en el inmueble, debido a que este es el que comunica su carácter” (2006; p. 43).

Cabe agregar que el legislador contempla un delito, que se encuentra ubicado en el Libro II, Título IX “Crímenes y Simples Delitos contra la Propiedad”, Párrafo 6. “De la Usurpación”. En caso de que alguien sustraiga aguas de una cuenca sin que tenga derechos sobre ese caudal, ese delito lleva por nombre Usurpación de las Aguas consagrado en el artículo 459 del Código Penal, esto viene a respaldar que el legislador le da un tratamiento de inmuebles a las aguas, debido que el delito de Usurpación, opera respecto a los inmuebles, así lo señala el artículo 457 inciso 1º primera parte del Código Penal: “*Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor,*” razonando en todo momento en un bien inmueble y no estaría ocupando el nombre de Robo o Hurto de Aguas, ya que los delitos de Robo y Hurto operan respecto a los muebles.

3.- Derecho Principal.

Para la existencia de este derecho, no es necesario, la existencia de otro derecho, acto o contrato, así también lo sostiene Arévalo Cunich, al señalar; “Es un bien principal, por cuanto, por regla generalísima, puede ser enajenado independiente o separadamente de otro bien”. (2011; p. 19).

4.- Es de Libre disposición.

El titular de este derecho real, puede disponer a su arbitrio de este derecho, así lo dispone el artículo 15 CA: que señala: “*El dominio del derecho de aprovechamiento no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos.*”. Esta idea es tratada por Arévalo Cunich: “como consecuencia de tenerse la propiedad, es un derecho que, salvo contadas excepciones que se

verán en su oportunidad, es de libre disponibilidad por parte de su titular, incluso para distintos usos” (2011; p. 19)

Es necesario señalar que respecto de esta libre disposición existe una limitante, que estaría constituida por el Derecho de aprovechamiento de Aguas no consuntivos, los cuales se definen en el artículo 14 CA: “*Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho*”, donde el titular de dicho derecho deberá restituir el agua empleada.

En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos señalados en el artículo 13 CA, la libre disposición es absoluta, debido a que esta norma: “*faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.*” Esta disposición debemos concordarla con el artículo 313 CA.³

Corolario de lo expuesto la existencia de ésta limitante respecto de los Derechos de Aprovechamiento no consuntivo, no le quita el carácter de libre disposición que tiene el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas.

5.- Derecho Sujeto a Medida.

El artículo base para esta característica es el artículo 7 CA, el cual señala: “*El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo.*”. Éste artículo debe concordarse con lo que dispone el artículo 140 número 2 y el 149 número 3 CA. En la primera norma citada, se refiere a la solicitud de aprovechamiento de aguas y la segunda al acto administrativo que constituye el derecho real de aprovechamiento de aguas, que

³ Artículo 313°- Para los efectos del artículo 13° se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo:

1. Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas;
2. Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada, y
3. Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicción de terceros.

necesariamente se expresa la cantidad de agua solicitada o autorizada a extraer, respectivamente, en medidas métricas y de unidad de tiempo. Esto se denomina caudal.⁴

Si bien la regla general en materia de derecho de aprovechamiento de aguas es que estos se expresen en Volumen por Unidad de Tiempo, como señala Arévalo Cunich: “hay numerosos derechos de aprovechamiento que no están expresados en volumen por unidad de tiempo, sino que están expresados en otras unidades, las más frecuentes de las cuales son las acciones o regadores o, lisa y llanamente, no contienen referencia alguna a la cantidad de agua que le corresponden” (2011; p.31) La Contraloría General de la República a señalado: “Los derechos de aprovechamiento de aguas deben expresarse en un mismo volumen por unidad de tiempo, ya que en caso contrario quedaría incierta la aplicación de algunos preceptos del referido Código, como el artículo 17 encaminado a prevenir los conflictos que se susciten cuando la fuente de abastecimiento resulte insuficiente en lapsos determinados para satisfacer todos los derechos de carácter permanente.”⁵

El artículo 309 del cuerpo legal citado, señala que respecto de los derechos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código y que no se encuentren expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha de que se produzca controversia sobre su cuantía.

6.- Goza de especial Protección.

Al ser el titular del derecho de aprovechamiento de aguas dueño de una cosa incorporal como es este derecho, esto sumado a lo que prescribe el artículo 19 número 24 inciso final de la CPR, goza de la especial protección constitucional del Recurso de Protección, consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

⁴ Caudal se define como: “Cantidad de agua transportada por una corriente medida en una sección determinada del curso y en un periodo dado. Se expresa en metros ³/segundos o en litros por segundo según la magnitud. Se mide practicando un aforo por medio de la fórmula $Q = Vm$, en la que Q es el gasto caudal, V es la sección y Vm es la velocidad media ”

⁵ Contraloría General de la República, Dictamen número 32.642, 15 de diciembre de 1987.

Además “De las Acciones Posesorias” del Título IX y “De las acciones de protección de las Aguas” y Cauces del Título X, ambos del Libro I, del Código de Aguas. Existe además el delito de Usurpación de las Aguas consagrado en el artículo 459 del Código Penal, sin perjuicio de las acciones posesorias y la acción reivindicatoria del Derecho Común.

7.- Es un Derecho que opera como un gravamen por el sólo ministerio de la ley.

Esta característica viene a alterar todo el sistema de prelación de créditos establecidos en la legislación común, esto se colige de los artículos 214, 258, 267 y 271 CA. En efecto, las cuotas de contribución para los gastos que fijan las juntas y directorios de asociaciones de usuario, tienen preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre los Derechos de Aprovechamiento.

Además, como señala el inciso 2° del artículo 214 CA: “*Los adquirentes a cualquier título de estos derechos, responderán solidariamente con su antecesor de las cuotas insolutas al tiempo de la adquisición*”. Por razones de los fines de este trabajo, no ahondaremos en la discusión que se genera respecto a si se trata de una solidaridad pasiva y obligación real.

8.- Diversos tipos de Orígenes.

Como dice Alessandri: “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.” (2009; p. 314) La Autoridad Administrativa, en este caso es representada por la Dirección General de Aguas, dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

A nuestro juicio, queremos criticar la legitimidad de la Autoridad Administrativa como órgano competente para conceder y constituir los Derechos de Aprovechamiento de Aguas, toda vez que el agua es un bien nacional de uso público y como tal pertenecen a la nación

toda, por tanto el órgano históricamente que ha representado a la nación ha sido la asamblea, que actualmente es lo que llamamos el Poder Legislativo o Congreso Nacional.

Si esto así ocurriere, implicaría que toda vez que alguien deseara solicitar derechos de Aguas, necesitaría pedírselo al poder legislativo, el que debería actuar mediante su principal fuente normativa que es la ley, entonces carecería de eficiencia absoluta la concesión de derechos de Aguas, ya que se necesita un órgano técnico y no político, como es la Dirección General de Aguas para cumplir con los fines. Además en la actualidad el Poder Ejecutivo también goza legitimidad democrática, entonces de esta manera se salva esta posible crítica de la falta de legitimidad del Ejecutivo, quien actúa a través de la Dirección General de Aguas.

Pero existe un excepción en que el legislador expresamente constituye un derecho de aprovechamiento de Aguas, paradójicamente esta norma se encuentra ubicada en el artículo 110 CM.⁶ Esto es conocido en doctrina como “Las Aguas del Minero”.⁷

Además se puede adquirir el dominio de carácter originario en el artículo 20 inciso 2°, refiere sobre las vertientes que nacen, corren y mueren en una misma heredad, las que pertenecen por el solo ministerio de la ley al propietario del predio de que se trate

La constitución del derecho de aprovechamiento se sujeta al procedimiento administrativo señalado en los artículos 140 a 172 del Código de Aguas, así es dispuesto por el Art 23 del CA.

A nuestro juicio, otra forma de adquirir Derechos de Aprovechamiento de aguas es mediante la prescripción adquisitiva, esto conforme al artículo 21 CA, que señala: “La

⁶ Artículo 110.- El titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.

⁷ Lira Ovalle explica: “Que con el objeto de facilitar las labores de exploración y explotación de la pertenencia, su dueño goza de algunos derechos relacionados con ella, a saber: (...)

b) Derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de la pertenencia, en la medida de que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar. El titular de la pertenencia goza de este derecho por el solo ministerio de la ley, es inseparable de la concesión y se extingue con esta” (2012; p. 173)

transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código.”. De esto se colige que se permite la adquisición de derechos de agua mediante la prescripción, remitiéndonos para esto a las normas comunes sobre prescripción adquisitiva del Código Civil, salvo en la medida que éstas estén modificadas por el CA, de la forma que señalan los Artículos 1 y 2 Transitorio de CA. Además permite afirmar que los derechos de aguas son susceptibles de ser adquiridos mediante prescripción adquisitiva el artículo 181 CA, que nos remite al artículo 7° del Decreto Ley n° 2.603 de 1979, dando de esta forma el amparo judicial a un poseedor no inscrito de derechos de Aprovechamiento, al presumirse: “*dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos*”. Todas estas normas encuentran su fundamento en el artículo 19 n° 24 inciso final de la CPR, que dispone: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*”.

9.- Duración Indefinida.

Una de las características de la mayoría de los derechos reales, es que estos tienden a la perpetuidad, ya que lo que se busca es dotar de seguridad jurídica y favorecer el principio de la libre circulación de los bienes. Así lo ha entendido la jurisprudencia y elevado este principio, a un principio de rango constitucional.⁸ Es menester además señalar que este es un derecho real limitativo del dominio.^{9 10}

⁸ En consecuencia, las garantías de los artículos 19 N° 16, 21 y especialmente la del N° 23, deben entenderse en el sentido que la Constitución quiso dar al sistema económico. Para nadie, independiente de las ideas de política económica personales que tenga, es un misterio que el Constituyente de 1980 consagró un sistema de **libre circulación** de los **bienes**, con especial protección de la propiedad. Los tratadistas, desde diversos sectores de la doctrina, concuerdan que ese es el sentido que quiso adoptar el Constituyente. Del mismo modo, precursoramente, el Código Civil, también recoge estas ideas. Considerando 7° Causa Rol N°28/2010 del 1/12/2011, CS Sala Primera (Civil).

⁹ Como bien señala el artículo 595 del Código Civil “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”, relacionándolo con lo que dispone el artículo 589 su dominio pertenece a la nación toda. Por tanto al constituir un derecho Real en favor de un tercero necesariamente la nación toda, como titular del dominio de las aguas ve menoscabada sus facultades de dominio.

Este derecho, a nuestro juicio, se debe considerar como limitativo del dominio. Ya que al ser un bien nacional de uso público, su dominio pertenece a un sujeto indeterminado como es la “Nación Toda”. Entonces le correspondería a todos los habitantes de la república que componen la nación el dominio, con sus tres facultades, usar, gozar y disponer. Esto no es efectivo, ya que no toda la nación puede usar, gozar o disponer, sino que es el Poder Ejecutivo el que dispone quien usa y goza estas aguas y solamente el titular del derecho de Aprovechamiento de Aguas puede usar y gozar de estas mismas.

La duración del derecho real de aprovechamiento de aguas es indefinida, ello se desprende de lo que señala el Artículo 5° numeral 6 del DFL 1 – 2.603 de 1979 sobre derecho de aprovechamiento de aguas, en el cual se habla que ha de inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, aquellos derechos de Aguas Adquiridos mediante sucesión por causa de muerte.

De lo cual desprendemos que al ser transmisible el derecho real de aprovechamiento de aguas, este no se extingue en algún plazo determinado, como lo sería la muerte del titular original del derecho y sus continuadores legítimos.

Otra norma para respaldar nuestra postura es el artículo 66 y 67 CA. En efecto, el artículo 66 CA, faculta a la Dirección General de Aguas, a otorgar un derecho de carácter excepcional y provisorio en aquellas zonas que se haya declarado restricción. Por su parte el artículo 67 CA, señala que podrán transformarse en definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo en los términos concedidos. Una interpretación a contrario sensu de ambas normas, nos lleva a la conclusión que la regla general en materia de duración del derecho real de aprovechamiento de aguas es indefinida y excepcionalmente, como en el caso señalado tendría un carácter temporal.

¹⁰ Artículo 5° Código de Aguas: Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.

10.- Transferible y Transmisible.

En el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, tenemos que hacer una distinción respecto del tipo de derecho que se trate, dependiendo de la modalidad en que se concedió el derecho de aprovechamiento de aguas, como distingue Guzmán Brito: “El derecho no consuntivo de aprovechamiento es precisamente de uso, y se parece o es, al derecho real de uso tratado en los artículos 811 ss. CC. Totalmente diferente es el derecho consuntivo, que por permitir la disposición material de su objeto, se asemeja al derecho de concesión de explotación minera y ofrece sus mismos problemas de conciliación con el dominio de la nación toda sobre las aguas” (1995; p.77).

Respecto a lo señalado a propósito de la Concesión Minera: “No cabe duda que los derechos mineros están incluidos dentro de la categoría de las cosas incorpóreas” (1995; p. 71). Nos tenemos que remitir al art. 565 CC, que los define como: *Las que consisten en meros derechos*. Como señala Peñailillo: “Para completar el cuadro positivo deben agregarse de inmediato los arts. 576: “sobre las cosas incorpóreas son derechos reales o personales”, y 583: “Sobre las cosas incorpóreas hay también una especie de propiedad.”” (2012; p.21)

Al ser el derecho real de Aprovechamiento de Aguas, una cosa incorpórea este derecho se encuentra en la esfera de dominio, de su titular, sea una persona natural o jurídica. Así el artículo 19 número 24 inciso final, señala “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*”

Los artículos 565, 576 y 583 del Código Civil y el artículo 19 número 24 de la Constitución, consagran lo que en doctrina se denomina “Cosificación de los Derechos”. Como explica Peñailillo: “Se considera cosas a los derechos; al ser considerados objetos de propiedad se termina en su “propietarización”” (2006; p. 22).

Ante esto, el derecho real de Aprovechamiento de Aguas, es entendido como una cosa incorpórea, que se encuentra en el patrimonio de una persona, natural o jurídica. Recalamos que lo que se encuentra en el patrimonio del titular no es el bien sobre el que

recae el derecho, ¹¹ sino que es un dominio, respecto del derecho, manteniendo la nación toda el dominio exclusivo de las aguas sobre las cuales recae este derecho.

Esta característica es consagrada en el artículo 21 CA, el que expresa: “*La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código.*” Esto nos lleva a los modos de adquirir de este tipo de derechos. Haciendo alusión a los dos principales sistemas, que son la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Queremos hacer la precisión que el actual Código de Aguas, está inspirado en un sistema económico de mercado y ha pretendido crear las condiciones que ha creído idóneas para que tal mercado se desarrolle.

En síntesis, la forma de realizar la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas, lo explica de la siguiente manera Alessandri: “La tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectúa por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces. La constitución y la tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos, se efectúan por la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces (C. de Aguas, art. 117).” (2009; p. 315) y aclara que: “Se perfeccionan por escritura pública los actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslativos de los mismos (C. de Aguas, art. 113).” (2009: p.315).

De esta forma queda claro que el Derecho de Aprovechamiento de Aguas es una cosa incorporal susceptible de ser transmitida y transferida.

¹¹ Cabe recordar que las aguas al ser un bien nacional de uso público, pertenecen a la nación toda. Como lo disponen el artículo 595 del Código Civil y el artículo 5 del Código de Aguas, en relación con el artículo 589 del Código Civil

11.- Recae sobre un bien nacional de uso público.

Relacionando artículo 595 del Código Civil con el artículo 5 del Código de Aguas, declara que las aguas son bienes nacionales de uso público. Ante esto el artículo 589 del Código Civil define lo que es un Bien Nacional de Uso Público como: *aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.*

Esto lo explica Peñailillo: “Parece contradictorio; se ha dicho que el uso de estos bienes pertenecen a todos los habitantes, y luego surgen los permisos y concesiones que implican uso exclusivo para el beneficiado. Pero una comprensión armónica de los textos conduce a entender la norma del artículo 589 como una regla general que luego es matizado por otros textos del propio código y por leyes especiales que prevalecen en sus respectivas materias sobre la norma general, por el principio de especialidad.” (2006; p. 66)

El artículo 5 CA reafirma la idea ya planteada por el artículo 595 del Código Civil, en que las Aguas son bienes nacionales de uso público, el origen de esta norma, es explicada por Arévalo Cunich: “El espíritu del legislador fue que al igual que en materia minera, otorgara al Estado el dominio exclusivo de todas las aguas, otorgando a los particulares solo el aprovechamiento de ellas. Las premisas básicas sobre las cuales descansa todo el sistema legal de las aguas en Chile son, en primer término, la calificación jurídica de ellas como bienes nacionales de uso público (...) Ahora, si bien las aguas son consideradas bienes del dominio público (bienes nacionales de uso público, en la terminología legislativa chilena) se crea en favor de los particulares un “derecho de aprovechamiento” sobre las aguas, derecho este que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad. En virtud de este derecho los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas a su entera libertad.” (2011; p.14). Esta afirmación ha sido respaldada por la Contraloría General de la República, al señalar: “Las aguas, salvo excepciones legales, son bienes nacionales de uso público y, por ende, no son susceptible de apropiación privada y que el derecho de aprovechamiento sobre ellas es un derecho real que se constituye originariamente por acto de autoridad, conforme al procedimiento que al respecto estatuye el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el

Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo”¹². Para reforzar el carácter de bien nacional de uso público, la jurisprudencia ha entendido que las aguas no son susceptible de ser adquiridas mediante prescripción: “Los ríos y todas las aguas por cauces naturales, por ser bienes nacionales de uso público, están al margen del comercio humano, no pueden poseerse por particulares ni adquirirse por los mismos mediante prescripción”¹³. Este carácter de imprescriptible de las aguas, no debe confundirse con la posibilidad que el derecho de aprovechamiento de aguas es susceptible de ser adquirido mediante prescripción adquisitiva, que a nuestro juicio si es posible.

De esto podemos colegir que el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, es a su vez un derecho limitativo de la propiedad, porque excluye a la nación de la posibilidad de ocupar a su arbitrio los cauces que atraviesan el territorio nacional, ya que el Estado como representante de la soberanía popular, dispone quién puede ocupar esos derechos de manera exclusiva o compartida con otros titulares de derechos semejantes.

¹² Contraloría General de la República, Dictamen número 3.207 del 23 de enero de 2004.

¹³ Corte de Apelaciones de Talca, 23 de septiembre de 1924. R., t. 40, secc. 2º, p. 56.

CAPITULO II

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE CONCESIÓN MINERA

Siguiendo al Profesor Samuel Lira Ovalle, nos hemos enfocado en las 10 principales características del Derecho de Concesión Minera. En razón de los fines que perseguimos con la realización de este trabajo, nos avocaremos a las que dicen relación con el ejercicio de este derecho, específicamente la Concesión Minera de Explotación.

1.- Origen Judicial.

Como señala el artículo 19 número 24 inciso séptimo de la Constitución, el Derecho de Concesión Minera “*se constituirá siempre por resolución judicial*”, esto se ve reafirmado en los artículos 5 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras (en adelante LOCCM) y el artículo 34 inciso primero del Código de Minería (en adelante CM) el que señala: “*Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona.*”¹⁴. Como explica Alessandri respecto de la sentencia judicial que constituye la Concesión Minera, tanto de exploración como de explotación, a un particular: “Constituye título de propiedad de la concesión y da originariamente su posesión (C. de Minería, art. 91, inc. 1º). Pero para que la concesión no caduque es necesario publicar, en extracto, la sentencia que la otorga e inscribir ésta en el Registro del Conservador de Minas correspondiente dentro del plazo de ciento veinte días contados desde la dictación de la sentencia (C. de Minería, arts. 89 y 90).

Inscrita la sentencia, queda la concesión sometida al régimen de posesión inscrita (C. de Minería, art. 91, inc. 2º).” (2009; p. 310).

¹⁴ Este procedimiento judicial tendrá la característica de ser un procedimiento de carácter no contencioso y cualquier cuestión que se suscite durante su tramitación se substanciará en juicio separado, sin suspender su curso, como lo señala el artículo 34 del Código de la materia.

2.-Derecho Real.

“*El Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible de todas las minas*”, como señala el artículo 19 número 24 inciso 6 de la Constitución y lo reafirma el artículo 1º inciso primero del CM. Esto no obsta a que el dueño del inmueble o Predio Superficial donde se encuentre ubicado el yacimiento minero sea un particular distinto del Estado y del Concesionario Minero.

El Derecho de Concesión Minera, recae sobre un yacimiento minero, que por disposición del artículo 2 del CM “*Es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del predio superficial; aunque tengan un mismo dueño*”.

2.1.- Recae sobre inmuebles accesorios.

Conforme a lo que señala el artículo 3 del CM, “*Se reputan inmuebles accesorios de la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos destinados permanentemente por su dueño a la investigación, arranque y extracción de sustancias minerales.*”

Bajo el principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, todas estas instalaciones y equipamientos destinados permanentemente por el dueño de la propiedad minera, entiéndase el titular de la Concesión minera judicialmente constituida, se reputarán inmuebles.

Esta norma no presenta mayor novedad en nuestro ordenamiento, ya que el Código Civil, en el artículo 570 señala que se reputan inmuebles por destinación: “*las cosas muebles que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento*”. Como lo aclara Peñailillo: “Para reputar inmuebles a estos bienes la consideración es eminentemente práctica y fácil de percibir; se trata de evitar el menoscabo de ciertos bienes que para su mejor aprovechamiento requieren de otros elementos complementarios” (2010; p.42). Inclusive, en los mismos ejemplos que da el Código Civil respecto de los bienes

inmuebles por destinación, se señala expresamente: “*los utensilios de labranza y minería*”, con lo cual se reafirma este carácter.

2.2.- Recae sobre Minerales.

Como explica al respecto Lira Ovalle: “En cuanto a los minerales, podemos decir que mientras no estén separadas del yacimiento, forman el yacimiento mismo; separados o arrancados del yacimiento, constituyen bienes muebles, regidos por el derecho común” (2012; p.86)

Mientras estos minerales se encuentren unidos al yacimiento minero o mina, el Estado es dueño de estos minerales, pero como el Estado faculta a un particular y le da el título de Concesionario Minero para extraer los minerales de la mina, por tanto, le está otorgando el Estado la facultad de goce al concesionario minero, para que este a nombre del Estado ejerza esta facultad, pero una vez que ha sido extraído o separado el mineral del yacimiento, este pasa en dominio al concesionario, haciéndose este particular dueño, con todas las facultades del dominio, de dichos minerales.

De esto colegimos que se sigue la regla de los frutos del Código Civil. Queremos hacer la precisión que los minerales deben ser considerados como Productos, porque como explica Peñailillo: “Es producto lo que una cosa da sin periodicidad o con detrimento de su estructura (como las piedras de una cantera)” (2010; p. 201). No ahondaremos respecto a la diferencia entre fruto y producto, debido a que no compete a los fines de este trabajo probar algo que la doctrina y la jurisprudencia ya han distinguido.

La regla general en materia de frutos es la del Art. 646 del Código Civil, el cual señala en su inciso primero: “*Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, el poseedor de buena fe, al usufructuario, o al arrendatario*”. Debemos relacionar a los casos en que el dueño de la cosa fructífera no se hace dueño de los frutos por “*los derechos constituidos por las leyes*”, al caso del Estado que en virtud de

una Concesión Minera de Explotación no se hace dueño de los productos o minerales extraídos del yacimiento.

3.- Goza de una especial Protección Constitucional.

De acuerdo a lo que dispone el artículo 6 de la LOCCM el titular de una Concesión minera judicialmente constituida, tiene sobre ella derecho de propiedad, protegida por la garantía del artículo 19 número 24 de la Constitución política, concordado esto con el artículo 20 de la Carta Fundamental, el Derecho de Concesión Minera es susceptible de ser protegido a través del Recurso de Protección.

Esto debemos relacionarlo con lo que dispone el artículo 91 del Código de Minería, como bien explica Ossa Bulnes: “El inciso primero del Artículo 91 del Código señala que la sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión. El inciso segundo agrega que inscrita la sentencia la concesión queda sometida al régimen de posesión inscrita” (1992; p. 154).

4.- Inembargabilidad.

Históricamente el Derecho de Concesión Minera ha sido concebido como inembargable, con el fin de evitar la paralización de las faenas mineras.

Nuestro actual Código de Minería en su artículo 226 consagra la Inembargabilidad del Derecho de Concesión Minera, las cosas que se reputan inmuebles accesorios, ni las provisiones introducidas dentro de sus límites.

Si bien el inciso primero consagra dicha Inembargabilidad, el inciso segundo y tercero plantea excepciones al respecto.

El inciso segundo plantea la hipótesis que el deudor tenga la calidad de Sociedad Anónima, en que no le es aplicable la Inembargabilidad de la Concesión minera. En tanto el inciso tercero señala que la Inembargabilidad puede ser renunciada, dando su

consentimiento para el embargo y la enajenación, en el mismo juicio en que se pide. En razón que sean embargables las concesiones mineras otorgadas a sociedades anónimas pasa entonces a ser la regla general, la embargabilidad, debido a que la mayoría de las empresas mineras están constituidas con este tipo societario.

La razón de fondo por la cual se morigera esta característica de Inembargabilidad, apunta al mismo titular de la concesión Minera, ya que como bien dice Lira Ovalle: “una concesión inembargable en la práctica no sirve de garantía para la obtención de créditos, que son tan necesarios para el desarrollo de las faenas mineras” (2012; p.88)

Esto no obsta a que los minerales ya extraídos del yacimiento, es decir, separados de la cosa fructífera sean susceptibles de ser embargados, esto conforme al artículo 227 del Código de Minería.

En lo que respecta a la extensión de la Inembargabilidad, Ossa Bulnes señala: “El privilegio que comentamos es amplio, en cuanto se aplica en general a todos los procedimientos y juicios en los que de otra manera habría lugar al embargo y la enajenación.” (1992; p. 280).

5.- Duración Indefinida de la Pertinencia.

Existen diferencias respecto a la duración de la Concesión minera de exploración y la Concesión minera de explotación.

Tratándose de la Concesión de Exploración, su duración no puede ser superior a 4 años, según el artículo 17 de la LOCCM. El fundamento de esta limitación de tiempo, la explica Lira Ovalle: “La ley ha dispuesto un periodo corto de duración y ello es explicable, si se considera que la finalidad de esta concesión es la búsqueda de yacimientos mineros mediante la ejecución de trabajos, que por su naturaleza son de duración limitada” (2012; p.88). Si bien la ley Orgánica Constitucional, establece que el plazo no podrá exceder de 4 años, el Código de Minería en su artículo 112 señala en sus incisos 1 y 2: “*La concesión de exploración tendrá una duración de dos años, contada desde que se dicte la sentencia que la declare constituida.*”

No obstante, antes de expirar ese período de dos años, el concesionario podrá solicitar, por una sola vez, su prórroga por otro período de hasta dos años, contado desde el término del primero, y siempre que en la solicitud haga abandono de, a lo menos, la mitad de la superficie total concedida. En tal caso, el juez acogerá la solicitud y otorgará la prórroga, previo informe del Servicio.”. De esta manera, se cumple la condición de 4 años de la Concesión de exploración, puesta por la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional, a su vez se da mayor eficacia para la exploración de los recursos minerales.

Por su parte, la Concesión de Explotación, como bien lo señala la segunda parte del artículo 17 LOCCM: *“y la de explotación tendrá una duración indefinida.”.*

6.- Condicionalidad.

El Derecho de Concesión Minera, está sujeto al cumplimiento de una condición, la que dice relación con el régimen o sistema de amparo existente. Esta condición históricamente tuvo dos facetas, a saber: Amparo por el Trabajo y Amparo por la Patente.

El Amparo de Trabajo, en la legislación española, hasta el año 1888 consistía en mantener una dotación mínima de trabajadores realizando faenas mineras, durante un determinado periodo de cada año. El incumplimiento de dicha obligación, se sancionaba con la pérdida del Derecho de Concesión y la pérdida de la Pertenencia.

Debido a la inseguridad jurídica en la propiedad minera que provocaba la dificultad de control del cumplimiento de las condiciones, el Código de Minería español de 1888, adoptó un nuevo sistema de Amparo por la Patente, la que consiste en una obligación impuesta al Concesionario Minero, de pagar periódicamente una determinada cantidad de dinero, para mantener bajo su dominio la concesión. De esta manera como dice Lira Ovalle, el fundamento es: *“obligar al dueño y a la concesión a realizar la actividad necesaria, para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”* (2012; p.90). Más aún como expone Carmen Ansaldi: *“El amparo es la obligación que recae sobre el titular de una concesión constituida o en trámite para demostrar que cumple con el interés público que*

justificó su otorgamiento y para mantener vigentes dentro de su patrimonio los derechos correspondientes” (2007; p. 298).¹⁵

7.- Divisibilidad Limitada.

La regla general desde un comienzo de la regulación minera, ha sido la indivisibilidad física, como explica Lira Ovalle, esto se funda por dos razones: “Primero por la dificultad material de una división equitativa de ella, ya que aparte de encontrarse generalmente al interior de la tierra, adopta formas caprichosas y su calidad no es homogénea; y Segundo la racional explotación de las minas, requiere para su integral aprovechamiento un plan único de trabajo” (2012; p.90). Existe una discusión doctrinaria respecto a la posibilidad de dividir físicamente la Concesión minera, no ahondaremos al respecto por no adecuarse a los fines del trabajo.

Sobre la divisibilidad intelectual, nuestra legislación históricamente adoptó la posibilidad de la división intelectual.

Respecto a la susceptibilidad de dividir intelectualmente una Concesión minera, como bien señala Ossa Bulnes: “La concesión minera de exploración o de explotación, ya constituida o en trámite, es susceptible de división intelectual o de cuota. Así ha ocurrido siempre y, a mayor abundamiento, lo reitera el inciso final del art. 29.

Debe advertirse desde luego que la división intelectual del dominio sobre una concesión no da origen a la copropiedad de ella, sino a una sociedad legal minera” (1992; p. 75).

Esto es respaldado por quien en su momento presidiera la comisión redactora del Código de Minería de 1983, Lira Ovalle: “La indivisibilidad física de la concesión y la

¹⁵ En la práctica se genera un problema, ya que en el procedimiento actual nadie figura obligado a solicitar al Conservador de Minas que efectúe las cancelaciones y anotaciones que correspondan respecto de la concesión que ha sido declarada terreno franco, el artículo 92 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces señala “el conservador no hará cancelación alguna de oficio...”

Entonces, si con posterioridad algún interesado solicitara un certificado de vigencia de alguna de esas concesiones declaradas terreno franco, el Conservador de Minas otorgaría dicho certificado, dando una vigencia que no es tal, pues no tuvo forma de conocer el resultado del remate público y si algunas de las concesiones incorporadas en el respectivo listado, fue declarado terreno franco.

posibilidad de división intelectual o de cuota de esta, trajo como consecuencia la creación de un tipo de sociedad minera especial. Es así como a los hechos que deberían dar origen a una comunidad sobre una concesión, la ley les dio un efecto creador diferente, para que en lugar de la comunidad, que tiende naturalmente a la división de la cosa común y que la ley prohibía, naciera la denominada sociedad legal minera” (2012; p.91).

Además, como señala el art. 29 inciso final CM se permite la división intelectual, siempre y cuando esté constituida o en trámite.

8.- Transferible y Transmisible.

El Derecho de Concesión Minera, es considerado como una cosa incorporal, así lo afirma Guzmán Brito: “No cabe duda que los derechos mineros están incluidos dentro de la categoría de las cosas incorporales” (1995; p. 71). Ante esto nos tenemos que remitir al art. 565 CC, que define las cosas incorporales como: *Las que consisten en meros derechos*. Como dice Peñailillo: “Para completar el cuadro positivo deben agregarse de inmediato los arts. 576: “sobre las cosas incorporales son derechos reales o personales”, y 583: “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.”” (2012; p.21)

Al ser el derecho de Concesión Minera, una cosa incorporal, este derecho se encuentra en la esfera del dominio de su titular, sea una persona natural o jurídica. Así el artículo 19 números 24 inciso 9, señala “*El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número.*” De esta manera la CPR parte ya razonando que el concesionario minero tiene el dominio sobre su derecho de Concesión minera.

Los artículos 565, 576 y 583 del Código Civil y el artículo 19 número 24 de la Constitución, consagran lo que en doctrina se denomina “Cosificación de los Derechos”, que como señala Peñailillo: “Se considera cosas a los derechos; al ser considerados objetos de propiedad se termina en su “propietarización”” (2006; p. 22).

Para completar este cuadro normativo, debemos remitirnos al artículo 91 CM, el que prescribe: *“La sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella y da originariamente su posesión.*

Inscrita la sentencia, la concesión quedará sometida al régimen de posesión inscrita.”.

Así es explicado por Lira Ovalle: “La sentencia que otorga la concesión constituye el título de propiedad sobre ella esto es, la sentencia constitutiva de la concesión crea en su titular el derecho real inmueble que, separado e independiente del dominio sobre el suelo, le permite ejercitar los derechos, entre otros, a explorar y explotar, según su especie, todas las sustancias concesibles existentes dentro de sus límites.

La misma disposición citada agrega que la sentencia constitutiva de la concesión da originariamente su posesión, significando con ello que estamos frente a la primera posesión sobre la concesión, que es coetánea con el nacimiento de esta.”(2012; p. 156).

Corolario de lo expuesto, es que el derecho de Concesión Minera, es entendido como una cosa incorporal, que se encuentra en el patrimonio de una persona, natural o jurídica. Recalcamos que lo que se encuentra en el patrimonio del titular no es el bien sobre el que recae el derecho, sino que es un dominio respecto del derecho, manteniendo el Estado el dominio de la cosa sobre la cual recae este derecho.

El art. 2 LOCCM y el art 2 del CM consagra expresamente la transmisibilidad y transferibilidad de este derecho real. Además, esta característica se ve realzada en estos mismos artículos al señalar que son susceptibles: *“de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles.”*

Al estar reglamentado de esta manera y al no haber una regulación especial, se sigue la misma regla de los demás bienes y derechos en el Derecho Sucesorio. Lo explica Ramón Meza Barros: “La Sucesión por Causa de Muerte sirve para adquirir tanto los derechos reales o derechos personales o créditos. Solamente no pasan al sucesor los derechos de una y otra clase que la ley declare intransmisibles” (2004; p. 9). Entre estos derechos intransmisibles, destacaremos, para los fines de esta investigación al Usufructo, el cual se

extingue con la muerte del usufructuario, conforme a lo que dispone el artículo 806 del Código Civil.

La forma de hacer la tradición de los derechos mineros, es mediante escritura pública, así lo explica Alessandri: “Debe otorgarse por escritura pública el título para transferir los derechos emanados del pedimento y de la manifestación, la concesión y los derechos reales constituidos sobre ésta. La tradición de los derechos emanados del pedimento y de la manifestación, y la de la concesión, se efectúan por la inscripción del título en el respectivo Registro del Conservador de Minas.” (2009; p. 311). Además refiriéndose a la transmisibilidad de estos derechos, señala: “A la transmisión de la concesión y de los derechos emanados del pedimento y de la manifestación, le es aplicable lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil (C. de Minería, art. 92).” (2009, p. 311)

En vista de lo expuesto podemos afirmar que no está en duda que el Derecho de Concesión minera es una cosa incorporal susceptible de todo tipo de acto o contrato, por ende transferible y transmisible.

9.- Recae sobre un bien del Estado.

La Constitución en el art. 19 número 24 en su inciso 6° señala: “*El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...)*”. El inciso siguiente hace una remisión normativa al señalar que: “*Corresponde a la ley determinar qué sustancias son susceptibles de este dominio del estado (...)*”.

El inciso 6° del citado artículo, es repetido por el artículo 1 del CM, ante lo cual el Estado es el titular del dominio de todas las minas que se encuentren en el territorio nacional, independiente que sea un particular el dueño del predio superficial.^{16 17}

¹⁶ Artículo 10.- El concesionario de exploración tiene derecho exclusivo:

4.- a ser indemnizado, en caso de expropiación, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado.

¹⁷ Artículo 11.- El concesionario de explotación tiene derecho exclusivo:

3.- a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y

Esta idea no es nueva, ya que originalmente don Andrés Bello en el Código Civil de 1857, consagró en el artículo 591: “*El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre las superficies en cuyas entrañas estuvieren situadas*”.

De lo expuesto, podemos concluir que el derecho de Concesión minera, es un derecho real limitativo del dominio, ya que el dueño de este bien es el Estado, quien conserva la facultad de disponer de dicho bien, sólo en el caso que el concesionario minero no cumpla con las condiciones mínimas señaladas por la ley, tanto respecto a la Concesión de Exploración, como respecto de la Concesión de Explotación o las causales Comunes a ambas. Conservando el Concesionario Minero las facultades de usar y gozar de la mina.¹⁸

10.- Derecho Principal.

Para la existencia de este derecho, no es necesario, la existencia de otro derecho, acto o contrato así se deduce de la definición de concesión minera que brinda al artículo 2 de la LOCCM y del CM que señala: “*La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contrarién disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código.*” Al calificar la concesión minera como un derecho real e inmueble distinto e independiente del dominio del predio

apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.

¹⁸ Existen causales genéricas para ambos tipos de concesión que se encuentran en el artículo 18 LOCCM; la de la concesión de exploración se encuentran en los artículos 65 inciso 2°; 112 y 115 CM, por su parte las causales de la explotación están contempladas en el art 96 inciso 3° y la declaración de nulidad del acto de concesión.

superficial, el legislador está dotando de absoluta independencia a este derecho real respecto a cualquier otro derecho real, contrato o acto administrativo.

CAPITULO III

¿Se asemeja el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas y el Derecho de Concesión Minera a la Copropiedad, a la Servidumbre, a la Concesión o al Usufructo?

1.- La Copropiedad

Se puede llegar a pensar, que al haber varios titulares en un mismo espacio del globo terrestre, se podría concebir como una especie de copropiedad.

Por ejemplo, en el caso de la Concesión minera podríamos llegar a tener tres titulares simultáneamente: el primero vendría siendo el titular del yacimiento minero, que siempre va a ser el Estado, por lo dispuesto en el artículo 19 número 24 inciso sexto de la Constitución y demás normas legales pertinentes. Un segundo sujeto es el titular del derecho real de dominio del predio superficial donde se encuentra ubicado el yacimiento minero, el cual puede ser una persona natural (incluso una comunidad) o una persona jurídica. Y por último el titular del derecho de Concesión Minera.

En el caso del derecho de Aprovechamiento de Aguas, podríamos tener una situación similar, por un lado tenemos al titular del bien, en este caso las aguas, que por su naturaleza de bien nacional de uso público le pertenece a la “Nación Toda”, titular de dominio de carácter indeterminado. Por otro lado, podemos tener un titular de un derecho real de dominio del predio por el cual fluye la cuenca, el cual puede ser una persona natural o jurídica, admitiéndose incluso la posibilidad de que existiere una comunidad de bienes. Finalmente tendremos un titular del derecho real de aprovechamiento de aguas, el usuario.

En vista de lo anterior, en un mismo espacio físico podría llegar a converger 3 tipos de dominio, ante esto se puede concluir de forma equivocada que existe una copropiedad, pero esto se debe a un error conceptual, ya que tenemos que aclarar que respecto a los bienes sobre los cuales recaen estos derechos (yacimiento minero y agua) no cabe la posibilidad de una comunidad de bienes, esto debido a que por mandato constitucional, en el caso minero,

el dominio de las minas le corresponde al Estado de Chile. En el caso de las Aguas, conforme a lo señalado por el artículo 595 en relación al artículo 589 del Código Civil, las aguas son bienes nacionales de uso público, cuyo dominio pertenece a la “Nación Toda”. Por tal, no es posible un dominio privado, como concluye Peñailillo: “Aunque en el Código no se expresa que estos bienes son intransferibles, por su destino están fuera del comercio. Así se ha resuelto que sobre ellos no es posible posesión exclusiva o dominio privado” (2006; p. 66).

Como expone Peñailillo: “La autoridad puede otorgar a particulares permisos y concesiones sobre ellos o, sobre partes de bienes nacionales de uso público” (2006; p. 66). Respecto de las minas por disposición expresa del artículo 591 inciso 2° del Código Civil: *“Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a las que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería”*. Aquí es un tercero quien ejerce un derecho Real respecto de uno de estos bienes (concesión Minera o Aprovechamiento de Aguas), este es un tercero que reconoce dominio ajeno y por esto le pide autorización al representante del Estado correspondiente¹⁹.

Ahora puede darse el caso que el titular del predio superficial donde se encuentra ubicado el yacimiento minero o el predio por el cual fluye el caudal, sea un tercero extraño. Aquí debemos distinguir ya que una cosa es la titularidad del predio y otra es la titularidad del dominio de los yacimientos mineros y de las aguas. Aquí hay una suerte de morigeración del derecho real de dominio de este tercero, al no pertenecerle el subsuelo de su predio, al haber un yacimiento minero o parte de su predio atravesado por cauce de agua. Sí bien sigue siendo titular del predio, se genera una superposición entre las tres propiedades, como señala Lira Ovalle sobre las Servidumbres Mineras: “Es la propia Constitución Política (art. 19 N° 24) y en la Ley Orgánica (art 8°) donde se encuentra establecida la obligación de los predios superficiales y de las concesiones mineras de soportar los

¹⁹ En el caso de la Concesión Minera, es el Poder Judicial el encargado de otorgar la propiedad minera, luego de una solicitud que hace un particular, esta solicitud recibe el nombre de “Pedimento” (para la Concesión de Exploración) o “Mensura” (para Concesión de Explotación). Por su parte, la autoridad administrativa a cargo de entregar el derecho Real de Aprovechamiento de Aguas, es la Dirección General de Aguas, organismo descentralizado y dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

gravámenes necesarios para facilitar la exploración y explotación de las minas y de sus minerales.” (2011; p. 177). Esto generará una indemnización que deberá pagar el Concesionario Minero al dueño del predio superficial, como bien explica Lira Ovalle: “El gravamen que importa la constitución y ejercicio de una servidumbre sobre un predio o sobre otra concesión, debe ser compensado en su integridad y de ahí, entonces, que tanto la escritura pública o la resolución judicial, según el caso contendrán la regulación de esa indemnización y su forma de pago, que para facilitararlo se puede convenir o autorizar sea haga en forma periódica” (2011; p 182)

En lo que respecta al Derecho de Aprovechamiento de Aguas, se constituye una servidumbre predial, que conforme al artículo 820 del Código Civil: “*Servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño*”. Como señala Alejandro Guzmán “Si una persona tiene un derecho de aprovechamiento, pero no es dueño de las riberas, terrenos o cauces en que deba usar, extraer, descargar o dividir las aguas podrá construir en el predio sirviente bocatomas, presas, descargas, estribos, centrales hidroeléctricas, casas de máquinas o las demás obras necesarias para el ejercicio de su derecho pagando al dueño el valor del terreno que ocupare en sus obras” (2007; p 120).

Por tanto no es posible afirmar que ambos derechos puedan calificarse como una copropiedad. Están perfectamente delimitadas las distintas esferas de cada uno de los dominios. El dominio de las aguas corresponde a la “Nación Toda” y de las minas al Estado. Por su parte los titulares de los dominios de los predios superficiales, siguen manteniendo su derecho real de dominio, limitándose al constituirse servidumbres en favor de un tercero quien goza de un derecho real, ya sea de Aprovechamiento de Aguas o de Concesión Minera. Por su parte, los titulares de los derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas son dueños de estos derechos, cosas incorpóreas, que como señala Guzmán Brito: “El artículo 113 CA dice: “se perfeccionará por escritura pública... la constitución de derechos reales sobre ellos” donde ellos alude a los derechos de aprovechamiento de aguas, de acuerdo con esto para el citado código cualquier derecho real podría caer sobre el aprovechamiento” y agrega “por su parte el artículo 2 CM expresa “la concesión minera es un derecho real ... susceptible de hipoteca y otros derechos reales ”; y

el artículo 92 inciso 3° CM agrega: “(...) se constituirán los otros derechos reales que recaigan sobre la concesión..., mediante la correspondiente inscripción”; de modo que también para este código el derecho de concesión también puede ser objeto de cualquier derecho real” (1995; p. 215 y 216)

2.- Servidumbre

El Código Civil define servidumbre en el artículo 820 como: “*un gravamen de un predio en utilidad de otro predio*”.

Un razonamiento apresurado sería pensar que al estar presente en un mismo espacio físico, dos propiedades, como es el caso del yacimiento minero presente en un mismo predio. Sufriendo la propiedad superficial un gravamen impuesto en beneficio del yacimiento minero. Por su parte, en el caso de las aguas la situación es similar, un predio por donde corre una cuenca dada sufre un menoscabo en beneficio de un tercero, quien detenta un derecho de aprovechamiento de aguas.

Existen varias servidumbres especiales para el Derecho de Aguas²⁰, siendo la más importante la servidumbre de Acueducto.

²⁰ Las otras servidumbres que regula el Código de Aguas son:

Servidumbre de derrame y drenaje: El código de aguas se remite respecto a esta servidumbre a las servidumbres de acueducto, diferenciándose en que lo que se busca es darle salida y dirección a las aguas sobrantes y derrames de predios y minas, para desecar pantanos, bajos, vegas y filtraciones naturales por medio de zanjas y canales de desagües.

Servidumbre de abrevadero: Esta servidumbre está consagrada en el art 99 CA, se basa en la hipótesis de un pueblo, caserío o predio que carezca del agua necesaria para darle bebida a sus animales tendrá el derecho de conducir al ganado a beber dentro del predio sirviente. Entonces distinguimos 2 tipos de servidumbre la primera consiste en sacar el agua de la heredad sirviente, para dársela de beber a los animales y la segunda que los animales atreviesen el predio sirviente para sacar el agua.

Servidumbre de camino de sirga: esta servidumbre consiste en permitir el paso de hombres o animales por el espacio de tierra, “camino de sirga” para mover una embarcación por un canal o río navegable. Está consagrada en el artículo 103 CA.

Servidumbre para investigar: como su nombre lo señala consiste en la posibilidad de constituir una servidumbre para hacer mediciones, investigaciones de recursos hidráulicos y estudios de terrenos para la elaboración de proyectos de obras para la construcción, modificación, cambio y unificación de bocatoma para que puedan ingresar a terrenos de propiedad particular. Esta servidumbre se encuentra consagrada en el artículo 107 CA.

Construcción de ciertas obras para el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas: Si una persona tiene derecho de aprovechamiento de aguas podrá construir en el predio sirviente bocatomas, presas,

El artículo 76 inciso 1° CA la define como: “*es aquella que autoriza a conducir aguas por un predio ajeno a expensas del interesado.*”

Como señala Vergara Duplaquet: “(...) el gravamen en la servidumbre de acueducto consiste en la obligación a que está sometido el predio sirviente de dejar conducir las aguas a través de él y, como consecuencia y materialización de ello, permitir que se construya, a expensas del interesado, el acueducto, superficial o subterráneo, para la conducción de aguas del predio dominante, las obras de arte que se necesiten y los desagües que se precisen para que las aguas se descarguen en el momento y forma oportunos en cauces naturales.” (2011; 325-326).

Por su parte comenta Alessandri: “Todo predio o entidad que necesite agua para cualquier fin puede ser predio dominante. Así resulta de la disposición del Código de Aguas según la cual toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad que necesite conducir aguas para cualquier fin (art. 77).” (2009; p. 214). El artículo 80 CA establece excepciones, las que son los edificios, instalaciones industriales y agropecuarias, estadios, canchas de aterrizaje y las dependencias de cada uno de ellos.

Alessandri nos ilustra acerca de las condiciones necesarias para el establecimiento de la servidumbre legal de acueducto: “Tres condiciones deben concurrir para que pueda establecerse la servidumbre legal de acueducto:

- a) Necesidad de conducir aguas;
- b) Existencia del derecho de disponer de las aguas que se pretende conducir, y
- c) Pago de las indemnizaciones que correspondan al dueño del predio sirviente.” (2009; p. 215).

En el Derecho Minero existe la Servidumbre Minera, esta se encuentra regulada en el Título IX párrafo 1°, artículos 120 y siguientes del Código de Minería. Esta regulación encuentra su fundamentación en la misma constitución, en el artículo 19 número 24 inciso

descargas, estribos, centrales hidroeléctricas, casas de máquinas o demás obras necesarias para el ejercicio de su derecho pagando al dueño el valor del terreno que ocupare en las obras.

sexto segunda parte, al señalar: “*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.*”.

El objeto de esta servidumbre, lo explica Lira Ovalle: “(...) facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una conveniente y cómoda exploración y explotación mineras. También tienen por finalidad facilitar el beneficio de los minerales, desde que estas servidumbres pueden imponerse en favor de los establecimientos en que estos se procesan.

Tratándose de la facultad de catar y cavar, el fin de las servidumbres es facilitar la búsqueda o investigación de sustancias minerales” (2012; p.178).

La jurisprudencia ha entendido, interpretando la voluntad del legislador que el fin de la servidumbre minera es: “(...) Favorecer el ejercicio de la actividad minera, en términos tales de facilitar a quien ejerza tal actividad la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, constituyendo para ello, de ser necesario, los gravámenes que sean necesarios sobre los predios superficiales”²¹

Paralelo entre Servidumbre, Concesión Minera y derecho de Aprovechamiento de Aguas.

Compararemos las características propias de la Servidumbre, con las características que presentan las instituciones objeto de este estudio.

1.- Como hemos razonado a lo largo de todo este trabajo, el derecho de Concesión minera y el Derecho de aprovechamiento de aguas, son derechos reales, al igual que la Servidumbre. El carácter de derecho real de ésta última, se desprende de lo que dispone el artículo 577 del Código Civil.

2.- En atención a lo ya expuesto, tanto los derechos de aprovechamiento de aguas, como el de Concesión minera recaen sobre inmuebles, en el caso del primero es un inmueble por naturaleza y en el segundo caso son los yacimientos mineros. Así mismo

²¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de noviembre de 2009, Causa Rol n° 1.928 – 2.008.

ocurre en el caso de la Servidumbre que en razón de lo dispuesto por el artículo 580 recaen sobre bienes inmuebles.

3.- En razón de lo sostenido, señalamos que los derechos de concesión minera, aprovechamiento de aguas y servidumbre son derechos limitativos de dominio.

4.- Si bien la concesión minera es de carácter indefinido, está sujeta a la condición que aún existan minerales por extraer en la pertenencia. Lo mismo ocurre en el caso de las aguas, ya que si bien el derecho de aprovechamiento de aguas es indefinido, para poder extraer el agua de la cuenca es necesario que fluya agua por ella, para poder aprovecharse de ella. En el caso de la Servidumbre este es un derecho perpetuo, como explica Peñailillo: “Subsiste mientras objetivamente existan los predios a que se refiere y necesidad o justificación del gravamen; pero puede extinguirse por no uso. Esta perpetuidad tiene un sentido de exigencia; el interés que satisface ha de ser permanente, debe tratarse de una utilidad que el predio sirviente pueda constantemente dar.” (2010; p. 487). No obstante esta idea de la perpetuidad de la servidumbre admite matices, como señala Alessandri: “Nada impide establecer una servidumbre por un tiempo determinado o sujeta a una condición. La misma ley lo deja de manifiesto al disponer que las servidumbres se extinguen por la llegada del día o de la condición, si se han establecido de uno de estos modos (art. 885 N°2); por otra parte, las servidumbres también se extinguen por haberse dejado de gozar durante 3 años” (2009; p. 184). Corolario de lo expuesto podemos apreciar que las expresiones “indefinida” y “perpetua”, no las debemos considerar como sinónimas.

5.- El derecho de concesión minera es de carácter indivisible, como expusimos en el capítulo anterior. Distinto es el caso del derecho de aprovechamiento de aguas, donde puede darse la hipótesis que dos o más personas tengan derechos de aprovechamiento de aguas sobre una determinada cuenca. Por su parte, en el derecho de servidumbre es de carácter indivisible, como explica Peñailillo: “Significa que la servidumbre no puede adquirirse, ejercerse o extinguirse parcialmente, por partes; esta característica explica las normas contenidas en los arts. 826, 827 y 886” (2010; p. 487-488).

6.- La servidumbre siempre es de carácter accesoria, esto debido a que no puede subsistir sin los predios sobre los que recae. Distinto es el caso de la concesión minera y el derecho de aprovechamiento de aguas que como fue explicado son derechos principales.

Por tanto, concluimos que debido a la naturaleza misma del derecho de servidumbre, no pueden considerarse como un principio rector para los derechos de concesión minera y aprovechamiento de aguas, debido a que la servidumbre tiene como finalidad ejercer de manera plena el derecho de dominio que se tiene respecto a una cosa. Por otro lado, el ejercicio mismo de los derechos de concesión minera y aprovechamiento de aguas implica el ejercicio mismo de la cosa incorporal. En relación a esto la servidumbre siempre es accesoria, contrario a los derechos en estudios son siempre de carácter principal. Además no debemos olvidar las indemnizaciones que debe realizar el concesionario minero o los usuarios de las aguas, que siempre deben pagar una indemnización por las servidumbres forzosas que se imponen a los dueños del predio sirviente, lo cual no siempre ocurre en el caso de las servidumbres reales.

3.- La Concesión.

Alejandro Vergara Blanco señala: “En definitiva: la concesión minera entonces, es una concesión translaticia, cuyo plus es la creación de un derecho real administrativo.

Creemos que de este modo queda perfectamente identificada dentro de los demás tipos de concesiones de dominio público” (1992; p. 285).

Respecto al derecho de aprovechamiento de aguas, Daniela Rivera Bravo afirma: “Todos los derechos de aguas, independientemente de su origen son derechos reales administrativos. Esta categorización no se realiza en función de la forma en que surge el derecho, sino que del carácter del bien y de la relación jurídica que se configura entre dicho bien y el particular” (2013; p. 140)

No obstante la posición de estos dos autores que califican al derecho de concesión minera y al derecho de aprovechamiento de aguas como derechos reales administrativos, por tanto, están señalando que el principio rector es la concesión administrativa. Esta

postura es equívoca, ya que es el mismo Tribunal Constitucional quien descarta esta posibilidad en el fallo en Rol N° 260 de 1997 en sus considerandos 7° y 8°:

“7°. Que de las disposiciones legales recordadas en los considerandos precedentes, fluyen con nitidez las siguientes consecuencias atinentes al caso sub-lite: 1) las aguas, salvo las excepciones específicas contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público, y, por ende, se encuentran fuera del comercio humano, no siendo susceptibles de apropiación privada; 2) el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo; 3) antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción;

8°. Que todo lo anterior se encuentra en plena concordancia y armonía con el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone: "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos". En otras palabras, y aunque resulte obvio expresarlo, la Constitución asegura el dominio no sobre las aguas mismas, que constituyen bienes nacionales de uso público, sino sobre el derecho de aprovechamiento de ellas constituido en conformidad a la ley. En consecuencia, mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe;”

El mismo razonamiento que hace el Excelentísimo Tribunal Constitucional, debe aplicarse respecto al derecho de concesión minera, ya que las minas son dominio del Estado lo que Vergara Blanco tilda como un “derecho real administrativo” no cumple con lo esencial para calificarlo como administrativo, ya que el órgano competente para otorgar una concesión minera, ni siquiera se encuentra dentro de la administración del Estado, sino proviene de otro poder de él, absolutamente independiente de la administración del Estado, como es el Poder Judicial. Esto está prescrito por el artículo 5 inciso 1° LOCCM, que

señala: “*Las concesiones mineras se constituirán por resolución de los tribunales ordinarios de justicia, en procedimiento seguido ante ellos y sin intervención decisoria alguna o de otra autoridad o persona.*”.

Así la Real Academia Española de la Lengua ha definido concesión como: “Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.”. Para Otto Mayer la concesión es: “un acto jurídico de Derecho Público, en virtud del cual se crean derechos y deberes, se configura como un acto administrativo cuyo contenido consiste en que por él se dé al súbdito un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública, constituyendo un elemento de la esencia de la concesión, la creación de derechos públicos subjetivos.” (1951; p. 162)

Zúñiga Urbina señala: “Las concesiones tienen, en general, las siguientes características que les atribuye la doctrina y que son aplicables a las que recaen sobre los bienes nacionales de uso público que forman parte de dominio público de aguas terrestres: aparte de nacer de un acto unilateral del poder público y generar derechos, en ellas la Administración siempre se reserva implícitamente el ejercicio de ciertas facultades: de reglamentación, modificación, fiscalización, sanción e incluso de sustitución del concesionario. Las concesiones son, además, generalmente precarias y temporales, en la medida que pueden extinguirse en cualquier momento por decisión de la autoridad y, en todo caso, están sujetas a plazos en su duración, sin perjuicio de la posibilidad de renovarse.” (2005; p.28).

Tratándose de la facultad de reglamentación, una vez otorgado el derecho de aprovechamiento de aguas, son las juntas de vigilancias, asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, quienes reglamentan el uso diario de las aguas, perdiendo toda injerencia la Dirección General de Aguas.

Por su parte respecto a la facultad de modificación que tiene la administración, es necesario un estado de emergencia, en: “*épocas de extraordinaria sequía*”, como señala el artículo 314 CA para que el Estado pueda modificar los derechos de aguas ya concedidos,

pero como señala el inciso penúltimo del artículo citado, el Fisco debe pagar una indemnización por los daños causados al respecto, de lo que se deduce que en el fondo para el titular de esos derechos de aguas, en ningún momento sale de su patrimonio durante la vigencia del estado de emergencia.

En tanto para el Derecho Minero, la facultad de modificación de la concesión minera no es posible de realizarse por un acto administrativo, ello en virtud de lo que dispone el artículo 86 incisos 4° y 5° CM, que señala que una vez ejecutoriada la sentencia constitutiva de la concesión minera conforme a lo dispuesto por el art. 174 del Código de Procedimiento Civil produce cosa juzgada, que como señala Casarino: “La excepción de cosa juzgada es irrevocable en el sentido de que las resoluciones judiciales que la producen, una vez firmes o ejecutoriadas, no pueden ser modificadas en manera alguna. Lo fallado en una sentencia judicial constituyen una verdadera ley para las partes litigantes, lo mismo que el contrato para los contratantes” (2005; p.129). Esto debemos relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución y art. 10 del Código Orgánico de Tribunales, que señalan: “*Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*”.

En lo que respecta a la fiscalización, la administración conserva un rol fundamental al ejercer está a través de organismos especializados como es el caso Dirección General de Aguas en el Derecho de aprovechamiento de aguas, al ejercer la función de policía acuífera, así se desprende de las funciones que le confiere el Título X: “De la protección de las Aguas y Cauces”, artículos 129 bis y siguientes del Código de Aguas. En tanto el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) es el encargado de supervigilar las concesiones mineras, así lo señala expresamente el artículo 159 inciso primero del CM que señala: “*El Servicio tendrá a su cargo la supervigilancia de todas las actuaciones a que se refiere este título.*”.

En relación con la fiscalización, la administración del estado conserva de igual medida la facultad sancionatoria, para darle eficacia a su facultad fiscalizadora.

En lo que respecta a la facultad de sustitución del concesionario, esta no es posible tanto en la concesión minera, como en el Derecho de aprovechamiento de aguas, como fue explicado a propósito de la especial protección que tienen los Derechos de aprovechamiento de aguas y concesión minera, además estos derechos, una vez constituidos se encuentran incorporados dentro del patrimonio de su titular.

Calificar que la Concesión sea el principio rector de ambos derechos, es incompatible con algunas de las características propias de las instituciones en estudio, como lo son: la transmisibilidad y transferibilidad, su duración indefinida, la posibilidad de ejercer otros derechos reales sobre ellas, como es el caso de la hipoteca, como ha sido tratado en este trabajo.

Afirmar que el principio rector de la Concesión minera y el Derecho de aprovechamiento de aguas es la concesión, cae en la limitación que solo apunta al acto constitutivo, y no vela por la totalidad de la institución, pues se estaría dejando afuera el ejercicio- que a nuestro juicio es lo más relevante en estas instituciones- y la extinción. Por tanto, no se estaría viendo una correcta estructura y funcionamiento de las instituciones en estudio. Así es explicado por Guzmán Brito: “No fue feliz el nombre de “concesión” dado a los derechos minero de exploración y explotación. La concesión es un acto jurídico de carácter administrativo, aunque confiado a los tribunales de justicia (lo que termina su pertenencia al género de los actos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, cuya naturaleza administrativa la procesalística moderna reconoció hace tiempo), y por ende constituye la fuente del derecho, que al ser también llamado “concesión”, trae a la mente la idea de que ese derecho recae sobre el acto, lo que desde luego resulta absurdo, cuando es otro su objeto. Debería simplemente hablarse de derechos de exploración y de explotación mineras” (1995; p.71).

Además tenemos que considerar que en el caso del Derecho de aprovechamiento de aguas, éste derecho es susceptible de ser adquirido mediante prescripción adquisitiva, por tanto se estaría escapando de la Concesión como principio rector.

4.- El Usufructo

Hemos decidido en el presente trabajo analizar esta institución del Derecho Civil, debido a su semejanza con las instituciones objeto de este trabajo. En razón, que la estructura del funcionamiento de la Concesión minera y el Derecho de aprovechamiento de aguas, versan sobre el uso y goce de los frutos de una cosa que le pertenece a un tercero. En el caso de los derechos de agua, el agua al ser un bien nacional de uso público, tendría una especie de nudo propietario indeterminado como es la “Nación Toda”; por su parte el equivalente al nudo propietario de la Concesión minera es el Estado, ya que él es el dueño de todas las minas. Entonces aquel al que se le ha conferido la Concesión Minera, razonando sobre la base de una concesión de explotación, y a la persona que se le ha conferido el Derecho de Aprovechamiento de Aguas sería el equivalente al usufructuario. Inclusive grandes autores han insinuado que el principio rector de ambas instituciones es el usufructo, como el profesor Alejandro Guzmán Brito, quien señala: “En realidad se parece más a la percepción de frutos por el usufructuario, ya que éste los coge no en virtud de un permiso que constituya un justo título de efectos obligacionales (compraventa, donación, etc.), sino merced a una facultad inherente al derecho real de usufructo, como es la indicada de percibir los frutos naturales; y los hace suyos, no por una tradición del nudo propietario a él, sino como efecto propio del derecho real una vez constituido” (1995; p.75)

En primer término queremos responder a la pregunta: ¿Es posible constituir usufructo respecto de la Concesión minera y del Derecho de aprovechamiento de aguas?

En lo que respecta a la Concesión minera, nuestro Código Civil en el artículo 784 señala: “*Sí la cosa fructuaria comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas y no será responsable de la disminución de productos que ha consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva.*”. Un juicio apresurado sobre lo que dispone esta norma, nos podría llevar a la conclusión que es posible constituir un derecho de usufructo sobre las minas y canteras en actual laboreo sin una concesión minera. No obstante, esto no es así, ya que armonizando esta norma con el actual ordenamiento jurídico chileno, no es posible realizar este acto, esto es explicado por Alessandri, quien señala: “Como el usufructuario debe respetar la forma de la cosa fructuaria (art. 764), la ley no lo autoriza para explotar nuevas

minas o canteras, sino sólo las en actual laboreo, o sea, las que lo están al deferirse el usufructo.” (2009; p. 150). Es decir, el concesionario minero, tiene que estar explotando su yacimiento y de ésta forma otorgar un usufructo respecto a su derecho de Concesión minera, del cual él es titular de dominio de esa Concesión minera. Este acto es permitido realizar conforme a lo dispuesto por el artículo 2 CM, al señalar: “*susceptible de hipoteca y otros derechos reales*”

Por su parte, en el derecho de aprovechamiento de aguas también es posible constituir usufructo, esto es posible en virtud de lo que dispone el artículo 6 inciso segundo del CA, que prescribe: “*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.*” Además el inciso tercero²² y el artículo 113 señalan la forma de perfeccionar estos tipos de actos constitutivos de derechos reales: “*Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslativos de los mismos.*”

Paralelo entre Usufructo, Concesión minera y Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

Compararemos las características propias del usufructo, con las características analizadas de las instituciones objeto de este estudio.

1.- El Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas y el de Concesión Minera, son Derechos Reales, al igual que el usufructo, según lo dispone el 764 del Código Civil. Estos son Derechos Reales que reconocen dominio ajeno, en el caso de la Concesión Minera, del Estado; y del Aprovechamiento de Aguas, de la “Nación Toda”.

²² Art. 6 inciso 3º: Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.

2.- Son derechos de goce, así explica Rosas Vial: “El usufructuario ejerce las facultades de uso y goce que da el dominio. El usufructuario se hace dueño de los frutos naturales y civiles que produzca la cosa” (1998; p. 298). Misma postura es planteada por Alessandri, quien señala: “Es un derecho de goce completo, porque permite gozar de todos los frutos naturales y civiles de la cosa” (2009; p. 128).

Este principio que la facultad de goce permite al que la detenta de hacerse dueño de los frutos y productos que da la cosa fructífera, se ve repetido en la concesión minera donde el concesionario minero es dueño de los minerales extraídos del yacimiento. En el caso del derecho de aprovechamiento de aguas hay que distinguir, si se trata de derechos de aguas consuntivos, quien tiene el derecho, tiene la facultad de consumir el agua; no así el caso de los derechos no consuntivo, donde debe ser restituida toda el agua empleada, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 CA.

3.- Son derechos reales limitativos del dominio, al ser un derecho real sobre cosa ajena, vendría a ser una limitante del derecho real de dominio de su titular como así señala el art. 732 N° 2 Código Civil. En el caso de la Concesión Minera el Estado estaría limitando en favor del concesionario minero y en el caso del Derecho de Aprovechamiento de Aguas la “Nación Toda” estaría limitando su dominio, por las razones ya expuestas en los capítulos precedentes.

4.- El derecho real de usufructo puede constituirse sobre gran variedad de cosas, como así señala Rosas Vial: “La verdad sobre esta materia es que el código no estableció limitación alguna. En consecuencia, puede darse en usufructo las cosas corporales e incorpóreas; las universalidades; las cosas fungibles y las no fungibles; las consumibles y las no consumibles” (1998; p. 299), la Concesión minera solo se puede construir respecto a las minas o yacimientos minerales, los cuales son dominio del estado. Por su parte, el Derecho real de aprovechamiento de aguas solo se puede constituir sobre las aguas interiores, es decir aquellas que se encuentran dentro del límite de la línea base.

5.- Una gran diferencia que existe entre el derecho de aprovechamiento de agua y de concesión minera y el usufructo, es que éste último tiene una duración temporal cómo señala el artículo 765 inciso segundo del Código Civil, por su parte el derecho de

aprovechamiento de agua y de concesión minera tienen una duración indefinida como ya se expuso anteriormente.²³

6.- El Derecho real de usufructo es intransmisible, sea por sucesión testada o intestada. Al respecto Alessandri señala: “Si el usufructo es por tiempo determinado y el usufructuario muere antes, los herederos de este no le suceden en el goce hasta la expiración del plazo fijado por el constituyente, porque el usufructo es intrasmisible por testamento o ab intestato” (2009; p. 147) Esto es totalmente opuesto con las instituciones en estudio, las cuales son transmisibles, ya que se encuentran los derechos en la esfera de dominio de su titular.

7.- En el derecho real de usufructo coexisten dos derechos reales, el de propiedad, en manos del nudo propietario y el derecho de usufructo en manos del usufructuario. Como dice Alessandri “Ambos tienen una vida independiente, tratándose de dos derechos distintos que recaen sobre una misma cosa” (2009; p. 148). Algo similar ocurre con el derecho de Concesión minera, donde al menos coexistirán dos derechos, el de dominio del Estado sobre el yacimiento minero y el del concesionario minero a explorar o explotar el yacimiento, inclusive podría sumarse un tercer sujeto dueño del predio superficial donde se encuentre ubicado el yacimiento minero. Misma situación ocurre respecto al derecho de aprovechamiento de aguas, en que convive el derecho de dominio que tiene la “Nación Toda” sobre las aguas, el derecho de aprovechamiento de aguas, respecto a su titular y la eventual incorporación de un tercero dueño del predio por donde atraviesa el cauce. Todos estos derechos, como fue explicado en su momento al respecto de la copropiedad, son absolutamente independientes unos de otros.

8.- En materia de usufructo de acuerdo al artículo 791 del Código Civil respecto a las reglas del goce de los frutos contenidas en el Código Civil, pueden alterarse por la voluntad de las partes. En la concesión minera y el derecho de aprovechamiento de aguas esto no

²³ Cómo dispone el artículo 770 del Código Civil, la duración del usufructo dependerá de si el usufructuario es una persona natural o una persona jurídica, independiente que se pueda imponer por del constituyente del usufructo algún plazo o condición para que cese el usufructo. Si se trata de una persona natural, la duración puede ser determinada a un plazo o condición y, en caso que nada se estipule será de carácter vitalicio para el usufructuario. (continua nota, siguiente página)

Tratándose de una persona jurídica la duración máxima de este usufructo es de 30 años. La concesión minera o el derecho de aprovechamiento de aguas no distingue si se trata de una persona natural o jurídica, es de duración indefinida para ambos tipos de personas.

ocurre, por tratarse de normas de orden público, las cuales no son susceptibles de ser modificadas por la voluntad de los intervinientes.

9.- En materia de usufructo, como expone Alessandri: “Es evidente que el usufructuario tiene derecho a administrar la cosa fructuaria, porque para poder gozar de una cosa es necesario administrarla. Por lo demás el inciso final del artículo 777 así lo indica.” (2009; p. 152). Dentro de la extensión de la administración del usufructo, el usufructuario puede dar en arriendo, hipotecar y ceder el usufructo. Misma situación ocurre con los Derechos de aprovechamiento de aguas y Concesión minera.

10.- El derecho real de usufructo es susceptible de ser embargado. Alessandri señala: “El usufructo es un derecho patrimonial que solo participa del carácter de personalísimo en cuanto es intransmisible. De ahí que los acreedores del usufructuario puedan pedir el embargo del usufructo y se les pague con él hasta la concurrencia de sus créditos, prestando la competente caución de conservación y restitución a quien corresponda. Pueden por consiguiente oponerse a toda cesión o renuncia del usufructo hecha en fraude de sus derechos” y agrega “lo que se embarga no es el derecho mismo del usufructo, sino su ejercicio, la facultad de percibir los frutos para pagarse con ellos” (2009; p. 154). Ahora bien, en el caso del Derecho de aprovechamiento de aguas, no existe norma alguna que lo declare inembargable, por tanto, se rige por los mismos principios del derecho común y, como lo hemos afirmado en este trabajo es considerado una cosa incorporal, susceptible de ser embargado e inclusive ser sujeto a ejecución. Distinto es el caso en la concesión minera la cual es declarada inembargable, bajo los matices ya estudiados.

11.- La principal obligación del usufructuario es la de gozar de la cosa sin alterar su forma y substancia, como así lo dispone el artículo 764, que Peñailillo explica: “El término de substancia de la cosa no debe entenderse referido tanto a la materialidad como a la “substancia jurídica”, que es lo que da existencia a cierto ser (...) Cuando el Código “forma” no añade algo nuevo; forma y substancia se unen indisolublemente para constituir la cosa. El destino de una cosa depende en primer término de su substancia.”(2006; p. 471). Para Alessandri: “El usufructuario debe respetar la estructura externa y el destino económico de la cosa existente al momento de la delación.” (2009; p. 160).

Tratándose del derecho de aprovechamiento de aguas tenemos que distinguir según su tipo, en el caso de ser consuntivo el ejercicio del derecho, viene a alterar la forma y substancia del agua que corre por el caudal, ya que no la va restituir al mismo caudal, produciéndose un detrimento en el cauce. En el caso de los derechos de aguas no consuntivos, se asemeja al usufructo ya que conserva la forma y substancia del cauce, pues una vez utilizada el agua, esta es restituida al cauce.

Cosa distinta ocurre en la concesión minera, ya que el concesionario minero efectivamente altera la forma y substancia, pues inclusive el concesionario de exploración al momento de catar y cavar estaría alterando, aunque sea de forme mínima, la forma y substancia del yacimiento minero. Con mayor razón el concesionario de explotación altera la forma y substancia de la mina, inclusive llegando a agotar los minerales del yacimiento.

12.- A propósito de las cargas fructuarias, esto es, como define Alessandri: “Son las indispensables para que la cosa produzca frutos y que el usufructuario debe satisfacer” (2009; p. 162).

La regla general en materia de usufructo, es que las cargas fructuarias debe soportarlas el usufructuario, la lógica de esto es que como el usufructuario se beneficia con el goce de la cosa, por ende debe contribuir a la conservación de la cosa.

¿Qué sucede con la Concesión minera y el Derecho de aprovechamiento de aguas? No es el Estado ni la “Nación Toda” quien debe soportar todos los costos, tanto ordinarios como periódicos que conlleve la mantención de las minas y las aguas, son los particulares que gozan de estos derechos los encargados de su conservación y explotación.

En el caso de la Concesión Minera, no debe ser considerado como carga fructuaria los costos derivados de la explotación. Las cargas fructuarias no se aplicarían en la Concesión Minera, debido a que el mineral extraído no constituye un fruto, sino como hemos planteado vendría a ser un producto, pues genera un detrimento en el yacimiento.

Tratándose del derecho de Aprovechamiento de Aguas, si existe una carga fructuaria, que equivale a los costos de mantención de los canales y otras obras hidráulicas necesarias para la correcta operatividad del cauce, quienes deben incurrir en estos costos son las

organizaciones de usuarios²⁴, entre los cuales podemos contar, asociaciones de canalistas, las comunidades de agua y las juntas de vigilancia²⁵

13.- A propósito de los derechos que se le reconoce al nudo propietario este tiene derecho a enajenar la nuda propiedad, como señala Alessandri: “El nudo propietario es dueño, y como tal, tiene derecho a enajenar su nuda propiedad.” (2009; p. 164)

Puede además el nudo propietario tener derecho a hipotecar la nuda propiedad en virtud del artículo 2416 CC.

A su vez y conforme a lo que dispone el artículo 773 CC puede traspasar por Sucesión por causa de muerte su nuda propiedad.

Como explica Peñailillo: “Cómo dueño, el nudo propietario está premunido también de la respectiva acción real protectora de su derecho, la reivindicatoria (Art. 893); y si se trata de inmuebles dispondrá así mismo de las acciones posesorias (Art. 916)” (2006; p. 474).

Comparando el Usufructo con la Concesión Minera, el Estado que es el equivalente al nudo propietario, no puede enajenar la nuda propiedad, ya que por mandato constitucional le pertenecen, y no puede ser modificado por una norma de menor jerarquía como es un acto o contrato, o en subsidio tampoco puede ser modificado una norma legal, como es señala el artículo 591 del Código Civil por un acto o contrato. Por tanto, estas normas son de orden público, ya que es la misma Constitución, fuente principal del Derecho Público chileno, la que señala expresamente en el artículo 19 número 24 inciso 6 que: “*El Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible de todas las minas (...)*” ante esto

²⁴La agrupación de personas naturales o jurídicas que tienen derechos de aprovechamiento de aguas de una misma cuenca, se denominan como organizaciones de usuarios (definición elaborada por los autores). Estas organizaciones de usuarios lo son en la medida dos o más personas tengan derechos de aprovechamiento en un mismo canal o embalse y además reglamenten la comunidad de aguas de la manera que señala el Código de Aguas, entre la que destaca la inscripción de ésta comunidad en el “Registro de Organizaciones de Usuarios” de la Dirección General de Aguas.

²⁵ Muñoz Escudero, define las Juntas de Vigilancia, basando el dispuesto por los artículos 263 inc. 1° y 266 CA, señala: “Aquellas organizaciones de usuarios de aguas formadas por las personas naturales o jurídicas y por otras organizaciones de usuarios de agua que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica; que tienen por objeto administrar y distribuir tales aguas entre sus miembros de acuerdo con sus respectivos derechos, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, construir nuevas obras relacionadas con estos objetos y mejorar las existentes, con autorización de la Dirección General de Aguas y realizar los demás fines que les encomienda la ley” (2011; p.998-999).

cualquier acto o contrato de parte del Estado que pretenda enajenar las minas adolecería de objeto ilícito conforme a lo que dispone el artículo 1462 del Código Civil.

Respecto de las aguas, no existe norma alguna que declare que los bienes nacionales de uso público son inenajenables, Peñailillo señala: “Aunque en el Código no se expresa son inenajenables, por su destino están fuera del comercio, así se ha resuelto que sobre ellos no es posible posesión exclusiva o dominio privado” (2006; p. 66), de esta manera realizar algún tipo de acto o contrato que tenga por finalidad enajenar las aguas, adolecería de objeto ilícito conforme a lo dispuesto por el artículo 1464 número 1 del Código Civil.

Respecto a las facultades que tiene el nudo propietario para gravar con Hipoteca su nuda propiedad, es aplicable para la facultad que tiene de enajenarla. En lo que respecta a transmitir la nuda propiedad, la naturaleza del Estado como dueño de las minas, no permite que el Estado tenga un sucesor por causa de muerte. Por tratarse de un bien nacional de uso público no sería posible que se transmitiera por sucesión por causa de muerte.

Conclusiones

Ante lo expuesto en el presente trabajo, debemos concluir de manera categórica que los Derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas, en su ejercicio, no son posibles de calificar en ninguna de las instituciones estudiadas precedentemente. Debido a las características particulares de cada uno de estos derechos no es calificable de Usufructo, Concesión, Servidumbre o Copropiedad.

En primer término, no es posible afirmar que ambos derechos puedan calificarse como una Copropiedad. Están perfectamente delimitadas las distintas esferas de cada uno de los dominios. El dominio de las aguas corresponde a la “Nación Toda” y de las minas al Estado. Por su parte los titulares de los dominios de los predios superficiales, siguen manteniendo su derecho real de dominio, limitándose al constituirse servidumbres en favor de un tercero quien goza de un Derecho Real, ya sea de Aprovechamiento de Aguas o de Concesión Minera. Por su parte, los titulares de los Derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas son dueños de estos derechos, entendiéndose ellos como cosas incorporales.

Debido a la naturaleza misma del derecho de Servidumbre, no pueden considerarse como Principio Rector para los Derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas, debido a que la Servidumbre tiene como finalidad ejercer de manera plena el derecho de Dominio que se tiene respecto a una cosa. Por otro lado, el ejercicio mismo de los derechos de Concesión Minera y Aprovechamiento de Aguas implica el ejercicio mismo de la cosa incorporal. En relación a esto la servidumbre siempre es accesoria, contrario a los derechos en estudio, que son siempre de carácter principal. Además no debemos olvidar las indemnizaciones que deben realizar el concesionario minero o los usuarios de las aguas, que siempre deben pagar una indemnización por las servidumbres forzosas que se imponen a los dueños del predio sirviente, lo cual no siempre ocurre en el caso de las servidumbres reales.

Calificar que la Concesión sea el Principio Rector de ambos derechos, es incompatible con algunas de las características propias de las instituciones en estudio, como lo son: la transmisibilidad y transferibilidad, su duración indefinida, la posibilidad de ejercer otros

derechos reales sobre ellas, como es el caso de la hipoteca, como ha sido tratado en este trabajo.

Afirmar que el principio rector de la Concesión Minera y el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas es la Concesión, cae en la limitación que solo apunta al acto constitutivo, y no vela por la totalidad de la Institución, pues se estaría dejando afuera el ejercicio- que a nuestro juicio es lo más relevante en estas instituciones- y la extinción. Por tanto, no se estaría viendo una correcta estructura y funcionamiento de las instituciones en estudio.

No podríamos por tanto tener un principio rector en el Derecho para ambas instituciones, pero existe una semejanza con el Derecho Real de Usufructo, ya que tienen un núcleo común en el ejercicio. En lo que respecta a la adquisición de los frutos y productos de la cosa fructífera, se rigen bajo un mismo principio y sistema. El título para adquirir el dominio de los frutos y productos se encuentra en el derecho real, debido a que el nudo propietario traspasa la facultad de goce al usufructuario, al concesionario minero y al usuario de aguas y de esta forma se hace dueño de los productos. Además que estos sujetos adquieren la administración de la cosa fructuaria y están encargados por consiguiente de su conservación.

Es por esto, que el Derecho de Concesión Minera y el Derecho Real de Aprovechamiento de aguas debemos considerar que tiene un Principio Rector Sui Generis, pues fueron concebidos para fines distintos a los estudiados respecto al Usufructo, pero no podemos obviar que la forma en que están estructuradas estas instituciones es conforme al Derecho Real de Usufructo. Además, el Derecho Real de Concesión Minera y el Derecho Real de Aprovechamiento de Aguas obedecen tanto a normas de Orden Público y Privado, Por ejemplo, el velar por la protección del medio ambiente, o ser objeto de actos jurídicos como por ejemplo la compraventa, la hipoteca, entre otros.

Bibliografía

- Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel; Vodanovic H. Antonio: “Tratado de los Derechos Reales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- Ansaldi Dominguez, Carmen: “Curso de Derecho Minero”, Editorial Metropolitana, Santiago, 2007.
- Casarino Viterbo, Mario: “Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil Tomo III” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- Guzmán Alcalde, Alberto; Ravera Herrera, Ernesto: “Estudio de las Aguas”, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2007.
- Guzmán Brito, Alejandro, “Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- Mayer, Otto: “Derecho Administrativo Alemán”, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1951.
- Meza Barros, Ramón: “Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Lira Ovalle, Samuel: “Curso de Derecho de Minería”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.
- Ossa Bulnes, Juan Luis: “Derecho de Minería”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- Peñailillo Arévalo, Daniel: “Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- Rivera Bravo, Daniela: “Usos y derechos consuetudinarios de aguas: su reconocimiento, su subsistencia y ajuste”, Thomson Rueters, 2013.
- Rosas Vial, Fernando: “Los Bienes”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

-Vergara Blanco, Alejandro y otros: “Código de Aguas Comentado”; AbeledoPerrot, Santiago, 2011.

-Vergara Blanco, Alejandro: “Principios y sistema del Derecho Minero: Estudio Histórico-Dogmático”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

- Vergara Blanco, Alejandro: “Instituciones de Derecho Minero”, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.

- Zett Urzúa, Abraham: “La prescripción Adquisitiva del Derecho de Aprovechamiento de Aguas”, Tesis para optar al grado de Magister, Universidad de Valparaíso, 2012.

- Zúñiga Urbina, Francisco: “Constitución y Dominio Público (Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres)”, Revista Ius et praxis – Num. 11-2, Junio 2005.