

Análisis histórico de las rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre y la indemnización por expropiación de pertenencias en la ley minera

Historical analysis of excessive returns in the nationalization of copper and compensation for expropriation of property in the mining law

Juan Guillermo Torres Fuentealba¹

La hipótesis de este trabajo es que las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM), en especial la norma del art. 11° N° 3, son esenciales para que sigan prosperando las inversiones mineras en el sector privado. El objetivo general será demostrar que la norma que establece la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras ha sido determinante para otorgar confianza y certeza jurídica al inversionista. Para tales efectos, analizaremos el estado de la cuestión existente previo a la entrada en vigencia de la LOCCM, sobre todo, lo acontecido durante el proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la deducción de las rentabilidades excesivas. Examinaremos la normativa existente en la LOCCM que regula esta materia, la doctrina, el único caso de expropiación directa del cual tenemos conocimiento y la jurisprudencia que se ha dictado en relación con la privación del derecho de propiedad del concesionario minero de explotación, sin que mediare una expropiación directa, y expondremos los resultados económicos que ha tenido la actual normativa para aumentar la inversión. Finalmente, utilizando el método dogmático, sostendremos la mantención de la norma en comento, en razón de la realidad jurídica existente en Chile, previo a la ley y la escasa conflictividad que ha tenido en nuestro país.

Palabras clave: Rentabilidades excesivas-expropiación-indemnización-concesiones mineras.

I. Introducción

Dentro del fallido proceso constitucional se pretendió la modificación de gran parte de nuestro ordenamiento jurídico y todas las dis-

The hypothesis of this work is that the provisions of the Constitutional Organic Law of Mining Concessions (LOCCM), especially the rule of art. 11° N° 3, are essential for mining investments in the private sector to continue to prosper. The general objective will be to demonstrate that the rule that establishes how to determine compensation in the event of expropriation of mining property has been decisive in granting confidence and legal certainty to the investor. For these purposes, we analyze the state of affairs prior to the entry into force of the LOCCM, above all, what happened during the process of Nationalization of Large Copper Mining and the deduction of excessive returns. We will examine the existing regulations in the LOCCM that regulate this matter, the doctrine, the only case of direct expropriation that we know of, and the jurisprudence that has been issued in relation to the deprivation of the property right of the mining exploitation concessionaire, without the mediation of an expropriation. directly, and we will present the economic results that the current regulations have had to increase investment. Finally, using the dogmatic method, we will maintain the maintenance of the norm in comment, due to the existing legal reality in Chile, prior to the law and the little conflict it has had in our country.

Keywords: Excessive returns-expropriation-compensation-mining concessions.

usiones que se efectuaron por los convencionales fueron relativas a cambios, pero nunca se ponderó el mantenimiento de normas que han sido positivas para nuestro país². En mate-

¹ Estudiante de doctorado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho, menciones en Regulatorio y Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Compañía de Jesús N° 1390, of. 1509, Santiago, Chile. Correo electrónico: jgtorres1@uc.cl.

Artículo recibido el 9 de mayo de 2024 y aceptado el 18 de junio de 2024.

² Para los efectos de conocer el proyecto de nueva Constitución rechazado por la ciudadanía, véase: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. La opción "rechazo" en el plebiscito fue votada por 7.891.415 personas, equivalente al 61,89% de la votación total. Por otro lado, la variante "apruebo" fue votada por 4.859.103 personas, que equivale al 38,11% de la votación total. Para estos

ría minera no se mantuvieron en la propuesta constitucional la normativa del derecho de propiedad minero vigente en nuestra carta fundamental, pero si se modificó un asunto que incidía directamente en la toma de decisiones para invertir. En caso de expropiación, indicaba la norma, le concernía al afectado una indemnización que correspondía al justo precio del bien expropiado, y ya no se compensaba por el daño efectivamente causado³. Luego, durante el segundo proceso constitucional, el Consejo Constitucional abrogó por la mantención del derecho fundamental del concesionario minero respecto de sus pertenencias mineras en los mismos términos establecidos en el art. 19° N° 24 de la Constitución Política de la República de Chile (CPR de 1980), el que finalmente fue rechazado por la ciudadanía⁴.

Cumplíndose cuarenta años de la entrada en vigor de la Ley N° 18.097, Ley Orgánica Constitucional de Concesiones mineras (LOCCM), en concordancia con el texto de la Constitución Política de 1980, tenemos el art. 11 N° 3 que establece la forma de determinar la indemnización de perjuicios en caso de la expropiación de una pertenencia minera en favor del expropiado. En la exposición instaremos por su mantenimiento, teniendo en consideración los fundamentos jurídicos e históricos para su existencia, su asertividad económica, las inversiones existentes en la minería privada en Chile y la escasa conflictividad judicial en el cual se ha aplicado.

Previo a la entrada en vigor de la LOCCM y en lo que a esta exposición atañe, tuvimos conflictos como país con las empresas norteamericanas nacionalizadas en 1971⁵, basa-

do-aunque no exclusivamente- en el monto que no se pagó por indemnización de perjuicios. La Constitución Política de 1925 (CPR de 1925) en su artículo décimo séptimo transitorio, en virtud de la aprobación de la Ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre, estableció la forma de determinación de la indemnización de perjuicios por parte de la Contraloría General de la República. A esta cantidad de dinero, debían deducirse las rentabilidades excesivas que hubieren percibido estas empresas, cuyo monto lo determinaría discrecionalmente el presidente de la República⁶. Esto tuvo como corolario, de que, al momento de deducir estas rentabilidades a las indemnizaciones de perjuicios, quedaron con saldo negativo la mayoría de las empresas nacionalizadas⁷. Estas rentabilidades excesivas, como concepto jurídico, conllevaron que se afectara el monto que les correspondía percibir a las empresas expropiadas o nacionalizadas como indemnización de perjuicios. Esto derivó en una serie de juicios, cuyo final positivo y cierre, se debió a las labores que hizo el gobierno de Chile, por medio de su representante don Julio Philippi Izquierdo en 1974.

Una vez que asumió la Junta de Gobierno en 1973, sus miembros comenzaron un movimiento transformador de nuestro ordenamiento jurídico, que culminó con el asentamiento de las normas del libre mercado y del Estado Subsidiario. Una vez dictada la CPR de 1980 se requirió la dictación de las leyes que aseguraran el desarrollo de la actividad minera. Por sus aportes en el Plan Laboral y la instauración del sistema de capitalización individual, asumió José Piñera como ministro de Minería. Tuvo la ardua labor de adecuar las normas constitucionales mineras a una LOCCM, procurando velar por el aumento de la inversión de los privados en la industria. Con el fin de

efectos, véase: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGI5Y2Q0N2YtZGMxNy00YWU2LTgyOTctYTJiMjA4Yjg3YzBiliwidCI6ImVhZjg3OWJkLWQzZWMtNDY1MC1iMTI5LWZGZkZjQ4NTlmZSJ9>.

³ Así, en el art. 78° N° 4 de la propuesta de nueva Constitución rechazada.

⁴ Para ver el texto de dicha propuesta constitucional, véase: <https://www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf>. La opción "en contra" en el plebiscito fue votada por 6.905.483 personas, equivalente al 55,79% de la votación total. Por otro lado, la variante "a favor" fue votada por 5.472.375 personas, que equivale al 44,21% de la votación total. Para estos efectos, véase: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZGQ1Y2IzNDctOTgwMy00MGJhLWU0YjUtNDgzOWI1YThmYjRjliwidCI6ImVhZjg3OWJkLWQzZWMtNDY1MC1iMTI5LWZGZkZjQ4NTlmZSJ9>

⁵ Las afectadas fueron: Cerro Corporation por su participación en la Compañía Minera Andina S.A., Anaconda por el proyecto Exótica (Compañía Minera Exótica S.A., cuya cesionaria fue la empresa OPIC) y en su calidad de propietaria de Chuquicamata (Compañía Minera Chuquicamata

S.A.) y El Salvador (Compañía Minera El Salvador S.A.) y finalmente, la Kennecott por el Teniente (Compañía Minera El Teniente S.A.). Véase: MILLAR 2005, 404-412.

⁶ En el mensaje presidencial del proyecto de ley la deducción de rentabilidades quedó radicada en el Contralor General de la República. Las otras modificaciones que se efectuaron en este asunto fue la flexibilidad otorgada al presidente para que determinara la rentabilidad normal de la empresa y que podría deducir en todo o parte de aquello que excediera la rentabilidad normal. Asimismo, se consagró que la decisión a este respecto no sería objeto de apelación (o reclamo). Así, en: FAÚNDEZ (1974), 223 y 224.

⁷ No correspondió indemnizar a Compañía Minera Chuquicamata S.A., ni tampoco a Compañía Minera El Salvador S.A., ni a la Compañía Minera El Teniente S.A. Sólo se fijó una indemnización en favor de Compañía Minera Andina S.A. y de Compañía Minera Exótica S.A. Así en: Resolución N° 529, Contraloría General de la República, de 1971.

dar certeza jurídica y evitando que se estableciera el pago de rentabilidades excesivas que pudieren obtener las empresas expropiadas de sus concesiones mineras de explotación, y no dejar expuesto a éstos, a que por mayorías circunstanciales en el Parlamento se pudiere eludir el pago de indemnizaciones en caso de ser expropiados-en materia minera-, consagró el art. 11° N° 3 de la LOCCM. Esta norma establece, según se tratara en este trabajo, que, a falta de acuerdo en el monto de la indemnización, el tribunal tendrá en consideración el peritaje que determine el monto de la indemnización que le corresponde al expropiado. Éste será el Valor Presente de los Flujos de Caja de las pertenencias mineras o del establecimiento. Este artículo, junto con nuestra legislación, ha fortalecido a la industria minera, donde este tópico no es un tema controvertido por el inversionista y sobre todo, lo que se demuestra, a nuestro entender, por la aplicación escasa de este artículo por los tribunales-una vez- en 40 años de su existencia.

La hipótesis de este trabajo es que las disposiciones de la LOCCM, en especial la norma del art. 11° N° 3, son esenciales para que sigan prosperando las inversiones mineras en el sector privado. El objetivo general será demostrar que la norma que establece la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras ha sido determinante para otorgar confianza y certeza jurídica al inversionista. Para tales efectos analizaremos el estado de la cuestión existente previo a la entrada en vigor de la LOCCM, partiendo por la Ley de Nuevo Trato, la chilénización y la nacionalización pactada (II). Luego estudiaremos lo acontecido durante el proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la deducción de las rentabilidades excesivas (III). Examinaremos la normativa existente en la LOCCM que regula esta materia, la doctrina, el único caso del cual tenemos conocimiento de expropiación directa y el tratamiento de la jurisprudencia donde se ha afectado el derecho de propiedad del concesionario minero sobre su concesión por actos administrativos regulatorios, lo que en el derecho comparado y la doctrina se denomina como expropiaciones indirectas(IV). Finalmente, utilizando el método histórico-dogmático, esperamos entregar antecedentes que aboguen por la mantención de la norma en comento, en razón de la realidad jurídica existente en Chile, previo a la ley y la escasa conflictividad que ha tenido la actual en Chile (V).

II. Rumbo a la nacionalización de la gran minería del cobre: la ley de nuevo trato, la chilénización del cobre y la nacionalización pactada

En torno a la década de los años cuarenta, las grandes productoras de cobre en Chile eran norteamericanas. Chile acogió las inversiones de estos inversionistas foráneos sin mayor problema, pero las primeras críticas comenzaron a proliferar durante el periodo de la Segunda Guerra Mundial. A raíz de este conflicto bélico, Estados Unidos debió emplear las medidas necesarias para asegurar su suministro de cobre. Dicho país compraría cobre a un precio fijo de 11.75 centavos y a aquellas que no podían operar sus faenas por dicho precio, se fijó en 15 centavos la libra de cobre. Con miras a cumplir con ese objetivo, Estados Unidos les ofreció este mismo acuerdo a la pequeña y mediana minería de Chile, actuando de intermediario la SONAMI, por medio de don Hernán Videla Lira. Este convenio fue firmado con la Metal Reserve Co, de parte de Washington el 26 de enero de 1942⁸.

Resulta que, luego, siguiendo a Fermanois *et al.*, se alegó por los políticos chilenos que por dicho convenio "los gringos nos hicieron lesos", ya que el Estado chileno dejó de percibir, en palabras de Allende, la suma de seiscientos millones de dólares⁹. Esta declaración fue emitida después del conflicto bélico, por ende, se hizo este análisis ya teniendo a la vista el precio del cobre que se tranzó con posterioridad, el cual fue mucho más alto del esperado¹⁰. Este fue un punto de inflexión en la mirada positiva de los políticos a la actividad minera efectuada en Chile por las compañías norteamericanas. Esta visión, según los autores, fue injustificada, primero, atendido que el precio del cobre al año 1932 fluctuó entre 9 y 10 centavos la libra. Además, debemos recordar que el mercado del cobre, por razones bélicas desapareció, y que para que se fijara el precio del cobre en las cifras indicadas en el párrafo anterior no se tuvieron a la vista las que se aplicaron en la Primera Guerra Mundial, sino que aquellas posteriores a la Gran Depresión¹¹. Los chilenos¹² estaban

⁸ FERMANOIS *et al.* 2009, 10-11.

⁹ FERMANOIS *et al.* 2009, 9.

¹⁰ Existió luego de 1945 una escasez del mineral de cobre que aumentó la oferta, dejaron de producir minas y por las reconstrucciones de Francia e Inglaterra hubo una mayor demanda del metal rojo. FERMANOIS *et al.* 2009, 12.

¹¹ FERMANOIS *et al.* 2009, 10.

¹² Incluso el Partido Comunista. Así en: FERMANOIS *et al.*, 2009, 12.

contentos por este acuerdo, ya que lo que se esperaba, tal como pasó después de la Primera Guerra Mundial, era un precio deprimido del metal rojo.

Previo a efectuar el estudio de las normas que permitieron la nacionalización de la Gran Minería del Cobre es necesario analizar los grandes cambios legislativos que se efectuaron en la década de los cincuenta y sesenta en lo que respecta a la regulación de las empresas extractivas mineras.

1. Ley de Nuevo Trato

Desde el mensaje del presidente Ibañez del Campo¹³ sobre el proyecto de ley que daría lugar a la ley de "Nuevo Trato del Cobre" del año mil novecientos cincuenta y cuatro, podemos evidenciar la preocupación del Estado respecto de la normativa aplicable a las empresas productoras del cobre. Se buscó por el ejecutivo modificar las condiciones normativas que permitieran un incremento de la producción del cobre¹⁴ y que se pudiera aprovechar las épocas de alzas del valor del metal rojo para diversificar la matriz productiva del país. Además, se quiso incentivar la industrialización del cobre en Chile y establecer el organismo público que debería orientar la política de mercado del metal rojo¹⁵.

El ejecutivo constató que el retorno del costo de producción de estas compañías se efectuaba con el tipo de cambio de \$19.37 por dólar, siendo que el valor real era de \$110. Esto ocasionaba el aumento de costos de las empresas productoras que "representa[ba] una tributación indirecta que, al ser aplicada a través del tipo de cambio, constitu[ía] un gravamen rígido sobre el costo de producción que se ha hecho cada vez más oneroso a medida que estos aumentaban"¹⁶. En periodos

de precios bajos del cobre generaba disminuciones directas en su producción.

El diagnóstico del presidente de la República descansaba en el hecho de que, si se mantenía este costo indirecto de manera permanente, aparte de mantenerse baja la producción de las empresas del cobre en Chile, aumentarían las inversiones en proyectos mineros en el extranjero. Por lo cual, al cambiar estas deficiencias, las empresas podrían producir más y se debían crear jurídicamente, además, los incentivos económicos para dicha finalidad. El Estado por su parte, debería beneficiarse de ello, por medio de la aplicación de impuestos¹⁷. La normativa tributaria fue objeto de un amplio debate en el Congreso Nacional y dentro de sus principales detractores tuvimos al H. Senador Ampuero quien señaló que este sistema favorecía a los que producían bajas cantidades de cobre y que no se garantizaba al país un ingreso mínimo en el caso de que bajen los precios del metal o baje la producción¹⁸.

Por otro lado, los parlamentarios que estuvieron a favor del proyecto de ley lo hicieron sobre la base de que fueron conscientes de la alta tributación directa e indirecta que tenían las empresas productoras del cobre y que, en tales circunstancias, seguiría disminuyendo la producción de dicho mineral. Esto, perjudicaba a Chile, ya que disminuyó la cantidad de divisas que tenía y también, el dinero que provenía de los impuestos que recaudaba de dichas empresas¹⁹. El H. Senador Marín procuró para que se aprobara dicha normativa que favorecería el aumento de la producción. Esto se fundó, ante las críticas de algunos sectores, de que había que apoyar el mercado, ya que, pese a la legislación tributaria actual, las compañías productoras del cobre seguían

¹³ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227-232.

¹⁴ En el Informe de las Comisiones Parlamentarias sobre este proyecto se indicó que la producción del cobre de nuestro país a los años 1943/45 fue de 549 mil toneladas que representaban el 28% de la producción mundial. Al año 1952 se alcanzó 420 mil toneladas, que representaron un 14° de la producción mundial. Para el año 1954, según las declaraciones del geólogo William Swayne se estimaba una producción de cobre para el año 1954 de 400.000 toneladas, lo que equivaldría al 10° de la producción mundial. Así en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 233 y 242.

¹⁵ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227.

¹⁶ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del

Cobre chileno, 1972, 228. En el Informe de las Comisiones Parlamentarias sobre este proyecto se hizo presente un estudio del Instituto de Ingeniero de Minas de Chile los cuales señalaron que el tipo de cambio especial de \$19.37 por dólar americano que debe retornarse al país tiene un mayor costo ficticio de a lo menos seis centavos de dólar por libra de cobre. Esto, sumado a la alta inflación de Chile en ese entonces, conlleva que se retornen cada vez más dólares para cubrir los gastos de producción. Véase: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 234.

¹⁷ Así, el presidente Carlos Ibañez del Campo, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 228-229.

¹⁸ Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 227-232.

¹⁹ Así, el H. Senador Marín, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 268.

en Chile, teniendo un 12% de utilidad y una amortización de 5%. Por lo tanto "bendito capital extranjero que, gracias a su esfuerzo, su trabajo y su inversión, ha podido proliferar una riqueza asexuada, para que Chile quede por sobre el 80° de las utilidades"²⁰.

Para los detractores del proyecto de ley, consta de las declaraciones del H. Senador Ampuero, el interés de parlamentarios de que se efectúe una nacionalización de la minería del cobre, indicando que ante la objeción de no tener los dineros para el pago de las indemnizaciones que daría lugar, según éste, "con el proyecto en debate, el Estado se va a desprender anual y gratuitamente de una suma que oscila entre 15 y 20 millones de dólares y que el valor de las instalaciones extranjeras apenas sobrepasa los 300 millones de dólares [...]"²¹. Favorecía dicha medida, continúa el H. Senador, de que era necesario que el país tomara las decisiones sobre el cobre y no empresas extranjeras, esto ocasionaría un aumento del ritmo de crecimiento del ingreso nacional real. Por otro lado, a las empresas extranjeras productoras de cobre en Chile se les acusó de que podían usar sus contabilidades para que desaparezcan las eventuales utilidades no en la producción del cobre, sino que, en su etapa manufacturera, disminuyendo el dinero que se recaudaba por concepto de impuestos. Por último, con esta nueva ley y sin que se efectúe la nacionalización, las empresas podrían "abultar sus costos de producción, porque así disminuyen sus utilidades, rebajan sus retornos y, seguramente, logran también disminuir su tributación"²².

Finalmente, se aprobó por el Congreso la Ley N° 11.828, promulgada el día 03 y publicada el 05, ambos del mes de mayo del año 1955. Se indicó en la ley a quienes afectaba esta nueva legislación, correspondiendo ello a las empresas productoras de cobre de la gran minería que produjeran cobre "blíster", refinada a fuego en cantidades no inferiores a 25.000 toneladas métricas anuales. A estas empresas se les aplicaría un impuesto único sobre sus utilidades, con una tasa del 50% correspondiente al total de la producción y una sobretasa de un 25%. Para garantizar un ingreso mínimo por temas impositivos se consagró

que una producción básica sería la que no exceda el 95% del promedio de la producción de cada empresa en los periodos 1940 a 1953. Si la producción era inferior al 80% de la producción básica, se les aplicaría un impuesto sobre las utilidades de un 80% (art. 1°).

Por medio de esta ley se creó el Departamento del Cobre el que podría intervenir en el mercado internacional del metal rojo. Asesoraría a las instituciones públicas acerca de todo lo que guardare relación con aspectos técnicos de la producción y comercio del metal rojo. A criterio de nosotros, la potestad más importante fue la de "fiscalizar y establecer las condiciones de la producción y comercio del cobre chileno, tanto en lo que se refiere a sus niveles o volúmenes, posibilidades de expansión, fletes, consumos, precios, ventas, costos y utilidades, como en lo que se refiere a las condiciones sociales e higiénicas de las faenas" (art. 15° N° 4).

Una vez que fue aplicada esta ley, el gobierno y los grupos empresariales se manifestaron conformes con esta nueva legislación, pero, por otra parte, los políticos de izquierda, como pudimos ver en los alcances someros efectuados de la discusión parlamentaria de esta ley, abogaban por la nacionalización del cobre, donde se criticó fuertemente al presidente Ibañez que tuvo ese objetivo al presentarse a la presidencia²³. Era previsible que esta nueva legislación tendría corta vida.

2. Chilenización del cobre y la nacionalización pactada

En la década de los sesenta, el gobierno tiene un diagnóstico de las falencias que tuvo la "ley del nuevo trato", consistentes en que el Departamento del Cobre no disponía de las facultades legales que le permitieran actuar mayormente en el comercio del cobre. Se debía dar uniformidad a la legislación aplicable en inversiones nacionales y extranjeras en minería y se debían contemplar los mecanismos que facilitarían el ingreso de capitales extranjeros a Chile. Estos fueron parte de los objetivos perseguidos por el ejecutivo en su mensaje de la ley que daría lugar a la "chilenización del cobre"²⁴. Sin perjuicio de ello, su reforma más innovadora con esta ley tiene lugar con la formación de las sociedades mineras mixtas.

²⁰ Así, el H. Senador Marín, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 270.

²¹ Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 255.

²² Así, el H. Senador Ampuero, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 255-257.

²³ FERMANDOIS y otros, 2009, 71-74.

²⁴ Así consta en el mensaje del presidente de la República Eduardo Frei Montalva, así en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 411-417.

Las sociedades mineras mixtas son entidades que tienen por objeto la exploración o la explotación de yacimientos de cobre o de metales no ferrosos. Tienen la peculiaridad de que para que se constituyan legalmente en principio, deben tener como socio al Estado chileno por medio del Departamento del Cobre o de otros organismos o empresas estatales en, a lo menos, un 25% del capital²⁵. Si el Estado- o sus empresas- tiene la calidad de socio, por tanto, "adquiere participación tanto en el dominio de sus bienes como en su administración y, por intermedio de ellas, actúa directamente en la industria del cobre"²⁶. Para adquirir dicha calidad de socio, el Estado compraría su capital accionario a las empresas dueñas a un justo precio. A su vez, las empresas tendrán garantías y regalías como lo son el establecimiento de beneficios tributarios²⁷.

La creación de estas sociedades fueron las que generaron mayores debates en el Congreso Nacional, cuestionando la naturaleza jurídica de los contratos-leyes que les darían origen. Los parlamentarios discrepaban en cuanto al procedimiento que se tenía que aplicar para que se les reconociera dicha calidad. En efecto, el H. Senador Aylwin indicó que el proyecto no los consagraba como tal, ya que para que existieran se requería que este instrumento fuera sometido a aprobación legislativa²⁸. Otra interpretación se manifestó por el H. Senador Bulnes para quien el con-

trato-ley es "aquel contrato que celebra el Estado asumiendo compromisos, obligaciones o prohibiciones en materias que generalmente están reservadas a la ley, como es, por ejemplo, una materia de orden tributario"²⁹. Siguiendo a este parlamentario, el proyecto de ley en discusión facultaba al presidente de la República para celebrar estos contratos-leyes, cuyos efectos más importantes, sería la de que no se podían dejar sin efecto en virtud de una ley posterior³⁰. Los detractores indicaron que las materias de derecho público no pueden ser objeto de contratos, más allá de la apariencia que puede tener el instrumento que las consagra. Por lo cual, no existe el contrato-ley, sino que es la ley lo que los crea, por ello "están sometidos a los mismos riesgos de alteración, modificación, derogación de cualquier texto legal, aprobado de acuerdo a las normas constitucionales"³¹. Novoa concluyó que la naturaleza de estos contratos-leyes nunca fue respondida de manera categórica por los parlamentarios, lo cual es compartido por nosotros³².

El presidente Frei en lo que respecta a la posibilidad de la Nacionalización del cobre, lo rechazó de manera tajante³³. En cuanto al Congreso Nacional, esta posición minoritaria creció considerablemente en adeptos en comparación con el proceso de discusión de la ley de nuevo trato. El H. Senador Muhlenbrock indicó que "si el proyecto (chilenización) hubiera contemplado la nacionalización del cobre, hubiera encontrado en nosotros y en el pueblo entero de Chile el mayor respaldo"³⁴. Argumentó su posición en razón de que las compañías mineras sólo lucraban y obtenían sus riquezas de los recursos mineros de Chile y que siempre, para efectos de que efectúen un aumento de sus inversiones, exigían cambios normativos. Por su parte, el senador Contre-

²⁵ Así consta en el mensaje del presidente de la República Eduardo Frei Montalva, así en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 414.*

²⁶ Así referido por el Sr. Simián, ministro de Minería, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 487 y 488.*

²⁷ En el caso de Braden, como indicó el H. S. Bulnes, durante 20 años tendrá el beneficio de invariabilidad tributaria. En cuanto a las críticas de esta invariabilidad, el H. Senador Altamirano hizo un cuadro comparativo de los impuestos que se recaudarían por el Estado de Chile si se mantuviese el régimen tributario vigente o si se aprobaran los convenios. Chile Exploration con el sistema actual y por 20 años y sin aumentar la producción, pagaría 992,9 millones de dólares; con los convenios, pagaría 901,8 millones de dólares. Otro ejemplo, la Braden pagaría con el régimen tributario actual 914,3 millones de dólares y con los convenios aprobados, sólo 430 millones. en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 550.*

²⁸ *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602.* De acuerdo con el H. Senador Enríquez la postura de Aylwin estaba validada también por los profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Es de la idea este último, de que lo razonable es que una vez que se suscriban estos convenios se mantengan inalterables, pero en el caso de ser injustos o inconvenientes deben ponerse término. Véase: en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 603.*

²⁹ H. Senador Bulnes, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602.*

³⁰ H. Senador Bulnes, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 602 y 603.* Indicó que si no se le reconocía el carácter de contrato-ley se podrían modificar por ésta, al otro día, los convenios que se pudieron celebrar por el presidente y las compañías mineras.

³¹ H. Senador Ampuero, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 487.*

³² NOVOA, 1972, 30.

³³ Así referido por el Sr. Simián, ministro de Minería, en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 550.*

³⁴ Así, el H. Senador Muhlenbrock en: *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 490 y 491.*

ras Labarca también compartió este criterio³⁵. Otros senadores aunaban de que existían antecedentes económicos y técnicos que hacían viable esta alternativa³⁶.

Finalmente, el proceso de chilenización del cobre culminó con la dictación de la Ley N° 16.425, que modificó la Ley N° 11.828, promulgada el 24 y publicada el 25, ambos del mes de enero del año 1966. Dentro de sus principales avances estuvieron la sustitución del Departamento del Cobre por la de la Corporación del Cobre, está última con mayores potestades de policía. Podía fiscalizar las adquisiciones de bienes y la utilización de servicios que las empresas productoras de cobre realicen en el extranjero, para efectos de disminuir los costos que pudieran alegar ellas en la explotación de las faenas en Chile. También podía fiscalizar y establecer las condiciones de la producción, manufactura y comercio del cobre o de sus subproductos, sea en cuanto a su comercio, niveles de producción, fletes, entre otros. Podía ahora, fiscalizar y controlar los costos y las utilidades para fijar la renta afecta al impuesto de las empresas de la gran minería del cobre o de las sociedades mineras mixtas. Además, se podía constituir en tribunal de primera instancia, como árbitro para conocer y juzgar acerca de lo establecido en la ley (modificó la ley N° 11.828 y enumeró las potestades del nuevo órgano en su art. 15°).

En lo que respecta a las medidas tributarias que afectaban directamente a las empresas extractivas mineras, se le otorgó la facultad al presidente de la República de otorgar total o parcialmente a las empresas mineras nacionales o extranjeras que efectúen inversiones en el país los beneficios tributarios establecidos en el D.F.L. N° 258, de 1960, cumpliendo con los requisitos legales (art. 2° de la N° 16.425).

Como habíamos referido en la historia fidedigna de la ley, una de las temáticas innovadoras de la ley fue la consagración de las sociedades mineras mixtas. Estas sociedades podían ser “[s]ociedades [a]nónimas en que la Corporación del Cobre, la Corporación de Fomento de la Producción, la empresa Nacional de Minería o la Empresa Nacional de Electricidad S.A. adquieran, o que a la fecha de la escritura de formación o modificación de

la sociedad tengan un convenio de adquirir, a lo menos, un 25% del capital social”. El objeto de estas sociedades fue la exploración, la explotación, producción o beneficio de minerales (art. 3 de la ley N° 16.425). Se le otorgó la potestad al presidente de la República para eximir, total o parcialmente, de todo impuesto o contribución, derechos o gravámenes en los supuestos indicados en el art. 7° ley N° 16.425. En virtud de ella, el Estado de Chile obtuvo la calidad de socio de las compañías norteamericanas pertenecientes a la Gran Minería del Cobre.

En consideración de las alzas del valor en que se transaba el metal rojo en la bolsa de Londres y el interés de la empresa Anaconda por constituir propiedad minera en Chile de 400.000 hectáreas para apropiarse de las reservas de litio existentes, ocasionó en el partido demócrata cristiano y el presidente Frei evaluaran el aumento de la participación del Estado en las sociedades mineras mixtas³⁷. Como consecuencia de ello, el Estado de Chile, por medio de Codelco, adquirió el 51% de las acciones de las sociedades mineras mixtas³⁸, sin necesidad de la aprobación del Congreso Nacional. Este proceso fue conocido como la “Nacionalización Pactada”.

III. Rentabilidades excesivas en la nacionalización del cobre

1. Las rentabilidades excesivas como herramienta jurídica para deducir la indemnización de perjuicios o subterfugio para no pagarlas a los afectados

En virtud de la Ley N° 17.450 se reformó el art. 10° N° 10 de la Constitución Política de 1925. En términos generales se decretó que el Estado tenía el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales (inciso cuarto del art. 10° N° 10 de la CPR de 1925)³⁹. En virtud

³⁷ NOVOA, 1972, 54-57.

³⁸ El Estado de Chile adquirió el 51% de las acciones de las compañías Andes Copper Mining Co. y Chile Exploration Co. Estas operaciones dieron lugar a las creaciones de la Compañía del Cobre El Salvador S.A. y Compañía del Cobre Chuquicamata S.A. Véase: NOVOA, 1972, 57-58.

³⁹ Para conocer de las doctrinas existentes previo a la reforma constitucional acerca del dominio del Estado sobre las minas, véanse: RUIZ y DÍAZ 1940, 149-172, RUIZ 1949, 353-357 y URIBE 1948, 259-268. En cuanto al titular de la pertenencia minera, de acuerdo al Código de Minería de 1932, su régimen de propiedad se basaba en el de la pro-

³⁵ H. Senador Contreras Labarca, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 497-499.

³⁶ H. Senador Gómez, en: El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno, 1972, 592.

de esta ley se nacionalizó a las empresas pertenecientes a la Gran Minería del Cobre (artículo transitorio N° 17 de la CPR de 1925). El monto por indemnización que debía pagarse a las empresas nacionalizadas se determinó sobre la base del costo original de dichos bienes, descontadas las amortizaciones, depreciaciones, castigos y desvalorización por obsolescencia, el que fue determinado por el Contralor General de la República⁴⁰. Se ordenó, como asunto relevante para este trabajo, que se podía deducir a la indemnización, las rentabilidades excesivas que hubieren percibido estas empresas, fijadas por el presidente de la República⁴¹.

Fue de parecer unánime de los parlamentarios que las empresas mineras han percibido utilidades excesivas por la explotación de los grandes yacimientos mineros que existían en nuestro país, a partir de la vigencia de la Ley N° 11.828, sobre Nuevo Trato, que comenzó a regir el día 05 de mayo de 1955⁴². A título ilustrativo Novoa Monreal soslayó que las empresas mineras Chilex aumentaron sus utilidades en un ciento treinta por ciento a los pocos años de celebrados los Convenios del Cobre en la década de los sesenta, Braden las aumentó en un cuatrocientos por ciento y Andes Cooper habría obtenido setecientos sesenta por ciento de éstas⁴³. Por lo cual, de acuerdo

al procedimiento de nacionalizaciones que se efectuó se hizo una "revisión histórica de todo un pasado de claudicaciones y sometimientos a la voluntad prepotente de esas poderosas empresas"⁴⁴. No se hizo mención a ningún fundamento jurídico, sino más bien moral para su implementación. Al momento de tener presente casos de abusos por parte de estas empresas, sólo se hacía mención al cumplimiento de los acuerdos o convenios celebrados entre éstas y el Estado de Chile, esto es, al cumplimiento estricto de los contratos celebrados y la ley vigente⁴⁵. Se reafirmó esto, ya que se reconoció estas empresas pagaron sus patentes mineras anuales de conformidad a lo dispuesto en el Código de Minería de 1932⁴⁶. El H. Senador Fuentealba hizo mención de que el establecimiento de esta forma de determinar la indemnización que se pagaría a las empresas nacionalizadas se debía a la incorporación del concepto de nacionalización en el ordenamiento jurídico, por ello su regulación se estableció en la CPR de 1925 y desatendió las normas ordinarias que existían para las expropiaciones⁴⁷. Siguiendo el razonamiento del entonces Senador, si no existiera esta normativa, no se podría efectuar deducción alguna a la indemnización por este concepto. Necesitaron de su consagración constitucional, puesto que, si hubiere sido una disposición legal, se habría reclamado mediante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴⁸.

Se hizo presente que la aplicación de la deducción de las rentabilidades excesivas a las indemnizaciones que se determinaron por el Contralor General de la República se limitaba a las empresas nacionalizadas de la Gran Minería del Cobre. Se cuestionó en la discusión parlamentaria la nacionalización de bienes determinados de terceros ya que sería del todo difícil aplicar el criterio de las rentabilidades excesivas a bienes determinados, a diferencia

piedad inscrita, lo que se materializa con la inscripción del acta de mensura en el Conservador de Minas respectivo. Esto, en: URIBE 1948, 259-260.

⁴⁰ Correspondió al valor libro de las empresas nacionalizadas al 31 de diciembre de 1970, deducidas las revalorizaciones efectuadas por ellas con posterioridad al 31 de diciembre de 1964. Se excluyó indemnización alguna por los derechos sobre los yacimientos de las empresas.

⁴¹ Se consideró por la ley, todas aquellas rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas a contar de la vigencia de la Ley N° 11.828 y estableció los criterios que podía considerar el presidente de la República para su determinación.

⁴² Inclusive el H. Senador Bulnes, uno de los pocos parlamentarios que rebatió ideas matrices del proyecto en cuestión, confirmó la existencia de estas utilidades excesivas, haciéndolo presente, según sus dichos, en tribunas como la televisión, la radio y toda tribuna que tuvo al alcance. También reconocía que estas utilidades son provenientes de la riqueza geológica de los yacimientos situados en Chile. A pesar de ello, el fue el principal detractor de la inclusión de éstas en el proyecto de ley. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243. Respecto a la fecha en la cual se contabilizaron las rentabilidades excesivas se determinó en razón de que en virtud de esa ley nació el Departamento del Cobre y este organismo tuvo la información idónea que contenía los ingresos de las compañías mineras norteamericanas del cobre. Véase: NOVOA MONREAL 1971, 187.

⁴³ Novoa Monreal alude de que existieron estas utilidades desproporcionadas, pero acusó un actuar doloso de las empresas norteamericanas, aparentando utilidades meno-

res. Esto se habría obtenido mediante ventas de minerales a precios bajos, pero efectuado a subsidiarias, las que luego manufacturaron éstos y vendieron a un mejor precio. El otro método empleado, según el asesor del presidente Allende, fue el ocultamiento de otros minerales valiosos, como el oro y la plata existente en los concentrados de cobre. NOVOA MONREAL 1971, 178 y 179.

⁴⁴ NOVOA MONREAL 1971, 179.

⁴⁵ NOVOA MONREAL 1971, 180.

⁴⁶ Si bien se consideraron bajos los montos de las patentes, las empresas cumplieron con sus obligaciones legales. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 181.

⁴⁷ En opinión del H. Senador Fuentealba. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2246.

⁴⁸ Así referido por el H. Senador Fuentealba. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2246.

de una empresa⁴⁹. Por lo cual, se podrán deducir estas rentabilidades excesivas cuando se apliquen a las empresas de la Gran Minería del Cobre nacionalizadas. Un criterio que se tuvo presente por el Ejecutivo fue el hecho de que se consideraran estas rentabilidades en el caso de empresas extranjeras que llevaban estas utilidades al exterior, sujetándose a lo dispuesto en el Pacto Andino, entendiéndose por tales aquellas que excedían el catorce por ciento de la inversión efectuada. Estimaba que toda remesa de dinero por sobre esa cantidad causaba un daño a la economía nacional⁵⁰.

Las discusiones mayores entre los parlamentarios al momento de conocer este proyecto de ley se dieron sobre todo con el derecho de propiedad que tiene el Estado sobre las minas, pero no se profundizó mayormente en lo relativo a la deducción de las rentabilidades excesivas. Fue sólo el H. Senador Bulnes quien hizo hincapié que era "absurdo" descontar estas utilidades percibidas de conformidad a la ley. Agregó, que estas utilidades ya tributaron en Chile y finalmente, para desestimar su inclusión, incorporó como ejemplo de que la empresa objeto de la nacionalización podía haber sido adquirida hace poco por los actuales dueños. En este último caso, puede haberse pactado el precio teniendo en consideración estas supuestas rentabilidades excesivas⁵¹. Estos fueron los principales planteamientos y justificaciones para evitar que se aprobara este acápite del articulado del proyecto de ley⁵². La consideración de las rentabilidades excesivas consistió en definitiva a una verdadera sanción para estas empresas y era una aberración jurídica⁵³.

⁴⁹ Esto en opinión del H. Senador señor Miranda. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2178.

⁵⁰ Así el señor NOLFF. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2186 y 2187.

⁵¹ Como un ejemplo de esta situación puede citarse, como lo refirió el H. Senador Bulnes, el caso de una sociedad anónima o persona natural propietaria de una mina que produce gran utilidad y ésta se vende. El actual propietario puede verse afectado por el gravamen de las rentabilidades excesivas que deberá devolver y en este caso, deberá hacerlo respecto de utilidades que percibió el dueño anterior. Este caso es extensivo también si no cambia el dueño de la mina, para sí sus accionistas en razón de la repartición de dividendos producto de las rentabilidades que tuvo la explotación de la mina. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244.

⁵² H. Senador Bulnes. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2186 y 2187 y Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁵³ Así referido por el H. Senador Bulnes. Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187 y 2242.

Es más, la deducción que se debía efectuar por rentabilidades excesivas se estimó contrario a toda justicia y al interés público. Se cuestionó, acertadamente de acuerdo con nuestro parecer, que esta disposición no daría estabilidad a los derechos y a la vida económica. La rentabilidad que percibió una empresa de la Gran Minería del Cobre lo hizo ajustándose a la ley vigente y pagó los respectivos tributos⁵⁴. Si se cuestionaba retroactivamente estas utilidades, afectando el derecho de propiedad, tendría como consecuencia la afectación de la actividad económica. Todos podrían ser sujetos expuestos en un futuro para ser sancionados retroactivamente por tener utilidades legalmente percibidas⁵⁵. Esta norma atentó contra la certeza jurídica necesaria para el desarrollo de los negocios⁵⁶. Como precisó el H. Senador Bulnes en la discusión del proyecto de ley, esta norma contribuirá a la contracción de este sector de la actividad económica nacional⁵⁷. Para sus detractores, nuevamente los argumentos no fueron jurídicos, sino que de justicia al estimar que lo que se haya incorporado al patrimonio no tiene una "sacralidad intocable", ya que no sería la finalidad de las leyes o de los contratos el consumir inequidades⁵⁸.

⁵⁴ No debió considerarse utilidades percibidas legalmente en el pasado. Su afectación se justificó en temas morales, dando como ejemplos que si fuese por mantener los derechos adquiridos y que no pudieren ser afectados por leyes posteriores no podría haberse abolido la esclavitud. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 184 y 185.

⁵⁵ Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242. Los mismos fundamentos los esgrimió el H. Senador Bulnes en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2259.

⁵⁶ El entonces H. Senador Bulnes dejó constancia de un ejemplo de afectación de la actividad minera, estimando que estas normas para descontar a la indemnización de perjuicios en favor de los dueños de la empresa nacionalizada era una espada de Damocles sobre la minería chilena. Está el caso de un minero que ha tenido utilidades derivadas de la explotación de su yacimiento, producto del aumento del precio del cobre. Este empresario no sabrá si dentro de "dos, cinco o diez años se le obligará a devolver este beneficio", por lo cual constituye a nuestro criterio un atentado a la certeza jurídica. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244. Profundiza en esto, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2259.

⁵⁷ Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2244. Para Novoa Monreal, que defendió la posición del Ejecutivo en la discusión del proyecto de ley, fue el H. Senador Bulnes quien expuso las "objeciones que el juridicismo liberal-individualista podía ocurrir en contra de una medida de esta clase". Así en: MONREAL 1971, 181-182.

⁵⁸ Véase: NOVOA MONREAL 1971, 182. Luego este mismo autor indicó otros fundamentos para estimar que puedan afectarse los derechos adquiridos por una empresa, como en el caso en comento, haciendo presente argumentos esgrimidos por Aristóteles, o aplicando la teología moral.

A su vez, entendiendo que se podía establecer este mecanismo de deducción de las rentabilidades excesivas a la indemnización a pagarse a una empresa nacionalizada, tal como refirió el H. Senador Bulnes, este criterio para determinar el porcentaje de utilidad "permitido" a una empresa es factible fijarlo en una empresa industrial, más no minera. La minería es una actividad aleatoria⁵⁹ donde se desconoce la riqueza geológica de un yacimiento minero y luego, en el evento de existir, se debe verificar si es posible explotarlo en términos económicos⁶⁰. Para rebatir este argumento, el Ejecutivo hizo alusión a que no se aplicaría ni a la pequeña ni mediana minería, no profundizando en la razón de sus exclusiones, sino que operaría sólo para la Gran Minería del Cobre. Solo se indicó que éstas tuvieron rentabilidades excesivas para justificar la deducción de las rentabilidades excesivas⁶¹.

Se indicó que las empresas objeto de la nacionalización, y con ello, a las cuales se les iba a deducir del monto de la indemnización las rentabilidades excesivas que hubieren percibido, son empresas conocidas, que tienen una larga existencia y que habrían tenido utilidades crecientes. Por tales hechos, refirió el H. Senador Jerez que en dichas circunstancias esto las hace perder dicho carácter la actividad minera⁶². El carácter aleatorio de la acti-

vidad minera no alude al negocio en sí, sino más bien al desconocimiento que tiene un descubridor *a priori* si un yacimiento minero podía ser explotado económicamente. Luego, continuando con sus argumentos, se obvió la ley y se atendió a criterio morales⁶³, precisó que los beneficios reportados de la actividad minera no son producto del esfuerzo de los empresarios por aumentar la producción o faenas, haciendo presente que una importante alza de éstas se debió al aumento del precio del cobre⁶⁴. El Estado de Chile tenía derecho a beneficiarse de las utilidades derivadas del aumento del precio del metal rojo, pero el camino que debió haberse seguido fue establecer los impuestos idóneos que permitieran aumentar la tasa impositiva que se les aplicaba a las empresas mineras⁶⁵. En el debate parlamentario se precisó que aumentó-en ese entonces- el precio del cobre y-lógicamente- "no a raíz de los aportes de capital de las compañías norteamericanas"⁶⁶.

Respecto de los argumentos jurídicos que pretendieron justificar su existencia encontramos (rentabilidades excesivas) la de Uribe quien basándose en que la reforma constitucional estableció que el Estado era el dueño de todas las minas, atribuyéndole efectos retroactivos a esta declaración⁶⁷, tiene el derecho de que se consideren en razón del detrimento del patrimonio nacional⁶⁸ y al carácter injusto de que se hayan percibido por las empresas⁶⁹. Monreal reafirmó este plantea-

Hasta citó derecho doctrina y extranjera norteamericana para dar cuenta de que un contrato puede ser anulado. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 182 y 183.

⁵⁹ Es aleatorio la riqueza geológica, los minerales se exportan y sus precios se determinan en el exterior, también influye el tipo de cambio y la conversión que establece el Estado chileno para convertir estas divisas, por lo cual, no sólo el descubrimiento es aleatorio, sino que los eventuales ingresos que puedan percibir a futuro con la explotación de un yacimiento. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁶⁰ El carácter aleatorio de la minería fue reconocido también en la Ley de Impuesto a la Renta, vigente en dicha época, donde le otorgó un tratamiento diferenciado a la actividad minera. Véase: H. Senador Bulnes en el Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187. Esta actividad minera es evidentemente aleatoria "[e]so lo saben hasta los niños chicos". Así por palabras del H. Senador Bulnes, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2242.

⁶¹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2187. Noff, por el Ejecutivo, precisó que sólo durante los años 1932 a 1933 las compañías mineras tuvieron "leves" pérdidas, que en los demás años han tenido utilidades excesivas y aludió al carácter justo de su inclusión. Así, en: Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2188. En el mismo sentido, respecto a la justicia de la norma la encontramos en las declaraciones del H. Senador Noemi. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2245.

⁶² H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2142-2143.

⁶³ H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243.

⁶⁴ H. Senador Jerez. Así, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243. Monreal especifica que esa alza se mantuvo desde el año 1965 hasta el año 1970. Así, en: NOVOA Monreal (1971), 179.

⁶⁵ La Democracia Cristiana estimaba que la falta de retribución al Estado por el aumento de las rentabilidades de las empresas mineras por el aumento del precio del cobre era abuso para el país. Así, el H. Senador Jerez, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2243.

⁶⁶ Así referido por el H. Senador Noemi, en: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2245.

⁶⁷ El mismo fundamento fue esgrimido por el H. Senador Carmona, esto es, que existía el derecho de consagrar esta norma en razón de la propiedad que tiene el Estado de las minas y este dominio tiene efectos retroactivos. No compartimos este criterio, ya que lo que se percibió como utilidad por la empresa ingresó a su patrimonio y está resguardado por el derecho de propiedad. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2260.

⁶⁸ Se buscó un mecanismo que permitiera reparar el perjuicio ocasionado al país, según Monreal, estimando que un exceso de rentabilidades se estimaba en toda suma de dinero que excediera al seis por ciento de la inversión efectiva. Véase: NOVOA MONREAL 1971, 180.

⁶⁹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2188. El H. Senador Carmona siguiendo

miento, yendo más allá, especificando que el dominio del Estado de las minas sólo fue confirmado por esta modificación constitucional⁷⁰. Olvidó Uribe y Novoa Monreal que la relación del Estado con las minas, previo a este proyecto de ley, se estimó que el Estado tenía un dominio eminente que cesaba una vez que se efectuaba el descubrimiento de las minas por los privados.

En relación con el argumento para desestimar que la deducción de las rentabilidades excesivas no atentaba en contra de la seguridad jurídica, la cual no compartimos, fue que las instituciones jurídicas no son intocables y que debe bastar que se tenga certeza de que no se tolerarán injusticias y que aquellos que se benefician de estas desigualdades en un periodo determinado, puede hacer valer que se incorporó el derecho a su patrimonio para mantener la inequidad⁷¹. Se aluden a una concepción de justicia, más no de certeza jurídica que debe otorgar un ordenamiento jurídico para garantizar las inversiones, dentro de ellas, está el reconocimiento y protección del derecho de propiedad.

Los parlamentarios reconocían que finalmente la facultad de determinar las rentabilidades excesivas de estas empresas se hacía con un voto de confianza en el presidente de la República⁷² y tenían fe en su ecuanimidad. Es más, más que considerar al presidente como órgano, se hizo por consideración a don Salvador Allende Gossens⁷³. Se reconoció ex-

plícitamente por los parlamentarios que pese a que la deducción de las utilidades excesivas se iba a deducir del monto a indemnizar finalmente “qued[ó] en manos del [p]residente de la República determinar si habrá indemnización o si no habrá para esas compañías...”⁷⁴.

En virtud de la reforma constitucional, el Congreso Nacional le recomendó algunos métodos para fijar las rentabilidades excesivas de las empresas mineras. El primero, considerar las rentabilidades que estas empresas hayan obtenido en el conjunto de sus operaciones internacionales. Luego, se considerarían los acuerdos de rentabilidad máxima de empresas extranjeras establecidas en Chile y que hayan sido celebrados con el Estado de Chile. Finalmente, pueden las normas convenidas entre el Estado con las empresas nacionalizadas sobre dividendos preferenciales en favor de Codelco, cuando el precio del metal haya subido⁷⁵.

De conformidad con el Decreto N° 92 de fecha 28 de septiembre de 1971, del Ministerio de Minería, el presidente de la República da cuenta del monto de las rentabilidades excesivas anuales de las empresas nacionalizadas (entre el 05 de mayo de 1955 al 31 de diciembre de 1970, que correspondió al diez por ciento de los valores libros de cada empresa nacionalizada⁷⁶. Producto de estas deducciones al monto de la indemnización de perjuicios que le correspondió pagar al Estado de Chile a las empresas norteamericanas se transformó en una quimera. Se determinó de conformidad a la resolución N° 529 de fecha 11 de octubre de 1971 dictada por la Contraloría General de la República que no correspondió pagarles indemnización alguna a la Compañía Minera Chuquicamata S.A., a la Compañía Minera El Salvador S.A., ni a Compañía Minera El Teniente S.A.⁷⁷.

este razonamiento estimó de que el detrimento soportado por el Estado por la explotación de sus minas, declarado una vez que entra en vigencia esta reforma constitucional, justifica la inclusión de esta norma. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2260.

⁷⁰ NOVOA MONREAL 1971, 181.

⁷¹ Así en: NOVOA MONREAL 1971, 186.

⁷² El H. Senador Fuentealba ya reconocía en la discusión del proyecto de ley que del ejercicio de esta potestad se esperaba un ejercicio racional por la máxima autoridad, pero indicando que era posible que podía prestarse para hacer mal uso de la misma. Este voto de confianza es reafirmado apelando a que “el presidente de la República sabrá usar las facultades que la Reforma le otorgue, de modo de guardar, debidamente, el interés nacional”. Así en: Diario de Sesiones del Senado 37a de 10 de febrero de 1971, 2181-2182. También tuvo la intención de que se radicara esta facultad en el presidente para que pudiera negociar considerando los intereses del país y de las empresas afectadas. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2247.

⁷³ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2274. A pesar de estas razones, también se expusieron los motivos por los cuales no era recomendable que las deducciones las hiciera el presidente de la República, ya que el decidir sobre una materia económica lo “colocaban en [una] posición altamente inconfortable”. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de fe-

brero de 1971, 2274. Novoa Monreal, como asesor del presidente, nos señaló que el presidente tuvo presente su prerrogativa de vetar esta norma, pero no lo hizo, puesto que el Congreso Nacional se la había otorgado, de manera unánime, y debía hacer honor a ella. Así en: NOVOA MONREAL 1971, 188-189.

⁷⁴ H. Senador Ibañez. Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2274.

⁷⁵ Así, en: NOVOA MONREAL 1971, 189 y 190.

⁷⁶ Para la Compañía Minera de Cobre de Chuquicamata S.A., la cantidad de US\$300.000.000. Para la Compañía de Cobre El Salvador S.A., la cantidad de US\$64.000.000. Para la Sociedad Minera El Teniente S.A., la cantidad de US\$410.000.000.

⁷⁷ Sólo se fijó por el Contralor General de la República que tenía derecho al pago de indemnizaciones por este concepto la Compañía Minera Exótica S.A. por US\$10.010.445,11 y Compañía Minera Andina S.A. por US\$18.269.701,35. El Secretario de Estados de los Esta-

2. Juicios posteriores a la nacionalización por las "rentabilidades excesivas y su solución por la Junta Militar

El 21 de septiembre de 1971 se constituyó el Tribunal Especial del Cobre que conoció las cuestiones previas promovidas por las empresas nacionalizadas⁷⁸. La composición del Tribunal que conoció de las apelaciones (reclamaciones) que se presentaron por las empresas afectadas y por el Consejo de Defensa del Estado correspondió a un tribunal especial, creado en virtud de esta ley de reforma constitucional, donde muchos de sus miembros eran hombres de confianza del presidente de la República. Su creación derivó de esta enmienda constitucional, pero se hicieron presente desde su discusión en el Congreso Nacional, la falta de imparcialidad que tendría este órgano que constituyó sólo una "máscara de Estado de Derecho"⁷⁹. A su vez, este tribunal no estuvo sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema⁸⁰.

Las empresas nacionalizadas dedujeron las apelaciones (reclamaciones) ante el referido tribunal⁸¹. Todas estas empresas presentaron como asuntos previos al conocimiento de la cuestión principal, si el tribunal tenía competencia para pronunciarse si correspondía deducir o no-total o parcialmente, las rentabilidades excesivas fijadas por el presidente de la República. Los argumentos vertidos por ellas, acertadamente, fue que en la práctica al deducirse las rentabilidades excesivas se vulneró la regla constitucional sobre "que siempre debe haber lugar al pago de indemnización cuando se priva a alguien de sus bienes"⁸². El Tribunal

Especial del Cobre se declaró absolutamente incompetente para conocer de esta materia⁸³. Estimó el tribunal que sólo podía conocer de la indemnización fijada por el Contralor General de la República, pero no de las deducciones efectuadas por éste por las sumas indicadas por el presidente Allende. En razón de esta incompetencia, las empresas nacionalizadas interpusieron sendas demandas ante tribunales extranjeros en contra del Estado de Chile en diversos países inclusive éstas habían obtenido "órdenes de embargo sobre partidas de cobre llegadas a puertos europeos y, en tiempos de la Unidad Popular, habían logrado en New York medidas similares sobre fondos y bienes de Codelco y Corfo"⁸⁴.

Dentro de los principales problemas que tuvo el Estado de Chile producto del no pago de las indemnizaciones de perjuicios en favor de las empresas nacionalizadas fue que Chile no tenía acceso al crédito internacional⁸⁵ y que el Club de París no mostraba interés en renegociar la deuda externa. A su vez, atendido de que la principal fuente de divisas era la comercialización del cobre, se produjo una falta de ellas, habiendo perdido casi todas sus reservas el Estado de Chile, y "peligraba la importación de alimentos y otros bienes esenciales"⁸⁶. La confianza del mundo extranjero en la seriedad de Chile y la carencia de certeza jurídica producida durante el gobierno de la Unidad Popular obligó a la Junta de Gobierno encargar a don Julio Philippi⁸⁷ la negociación con las compañías americanas para poner término a los juicios. La estrategia empleada por él correspondió, acertadamente, a negociar directamente con las empresas afectadas y desechó la vía diplomática con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica⁸⁸.

dos Unidos de Norteamérica afirmó respecto de la del no pago de las indemnizaciones de perjuicios a las empresas nacionalizadas se debió a la utilización de las rentabilidad excesivas para que su deducción, lo cual, según él, no tenía precedente en su aplicación y no era obligatorio su procedencia atendida la legislación vigente en Chile. Véase: FAÚNDEZ 1974, 246.

⁷⁸ Así, en: NOVOA MONREAL 1971, 256.

⁷⁹ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2276.

⁸⁰ Véase: Diario de Sesiones del Senado 38a de 10 de febrero de 1971, 2279. El H. Senador Bulnes catalogó este tribunal como un tribunal "callampa". Novoa habla de la perspicacia que tuvo el constituyente para sustraer a este Tribunal Especial del Cobre a la superintendencia de la Corte Suprema, ya que posteriormente, quien falló a favor de la cuestión previa promovida por las empresas norteamericanas fue don Enrique Urrutia, ministro de la Corte Suprema. NOVOA MONREAL 1971, 262.

⁸¹ El Estado de Chile también presentó apelación en contra de la resolución administrativa dictada por el Contralor General de la República. NOVOA MONREAL 1971, 258.

⁸² Véase: NOVOA MONREAL 1971, 259.

⁸³ Así, en: NOVOA MONREAL 197, 261.

⁸⁴ Véase: MILLAR 2005, 388.

⁸⁵ Fue explícito el presidente Nixon a este respecto que Estados Unidos presionaría para que se difieran los préstamos en bancos de desarrollo mundiales a aquellos países donde se expropiaban bienes de propiedad de ciudadanos americanos, sin una indemnización de perjuicios. Esto fue sancionado y convertido en ley en marzo de 1972 por el Congreso de Estados Unidos. El Banco Mundial envió en esa época una comisión a Chile para estudiar la solvencia del país y concluyendo que la deducción de las indemnizaciones por rentabilidades excesivas afectada su solvencia y contradecía el proceso de nacionalización la política sostenida por el banco. Así, en: FAÚNDEZ 1974, 247 y 248.

⁸⁶ Véase: MILLAR 2005, 388.

⁸⁷ Julio Philippi fue ministro de Relaciones Exteriores en el gobierno de Jorge Alessandri y había efectuado una negociación exitosa del asunto de Punta Palena. Aceptó el encargo, sin poner condiciones, ni quiso recibir remuneración por la gestión. Véase: MILLAR 2005, 388-389.

⁸⁸ Véase: MILLAR 2005, 400.

A pesar de que el gobierno chileno, por medio de Julio Philippi, tenía la intención de negociar con las empresas nacionalizadas un acuerdo para poner términos a los juicios pendientes, estos se iban a realizar de acuerdo a lo dispuesto en la entonces vigente CPR de 1925 en todo lo relativo al proceso de Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y la forma de determinar la indemnización de perjuicios en favor de las empresas afectadas, con sus respectivos intereses a contar de la nacionalización⁸⁹. Dentro de la reforma constitucional comentada se determinó que el Estado era dueño de todas las minas y a su vez, se nacionalizó a las empresas mineras, por lo cual este asunto no era ni siquiera debatible en las negociaciones⁹⁰. Sin perjuicio de otras materias objeto de la negociación⁹¹, todo se centró a convenir en el monto de la indemnización por el porcentaje de acciones que tenían las empresas nacionalizadas en la Sociedades Mixtas dueñas de las pertenencias mineras. Para unas empresas, se quiso impugnar la base de consideración que tuvo en consideración el Contralor General de la República, como lo fue el valor libro de los activos de las empresas nacionalizada, ya que, a criterio de ellas, no correspondía al valor real de la compañía⁹². En el caso de Anaconda, quiso aprovechar esta negociación para que se dejaran sin efecto las rentabilidades excesivas que se dedujeron de las indemnizaciones, pero eso fue rechazado en razón de que se asumió la legalidad de las medidas y a que la misma empresa habría validado este criterio en su apelación ante el Tribunal Especial del Cobre⁹³.

⁸⁹ Véase: MILLAR 2005, 402.

⁹⁰ Como refiere Millar, para las empresas afectadas era conveniente recuperar los yacimientos mineros por sobre la discusión del monto de indemnización que les correspondía percibir. Esto, fue desechado de plano por el equipo negociador chileno. Véase: MILLAR 2005, 402. Esta posición fue explicitada por Philippi ante la Junta de Gobierno de fecha 28 de diciembre de 1973 ya que "[n]adie puede poner en duda el derecho perfectamente legítimo de Chile de nacionalizar riquezas. De modo que está absolutamente fuera de toda duda y de toda discusión el derecho de Chile a haber nacionalizados el cobre". Véase: Acta N° 56 de la Junta de Gobierno de Chile, de fecha 28 de diciembre de 1973.

⁹¹ Las empresas pedían que se reconocieran las deudas originadas por deudas de diversos créditos que se habían otorgado a las Sociedades Mixtas por el porcentaje del cincuenta y un por ciento de las acciones adquiridas por Codelco. Esto tuvo su origen en los procesos de Chilénización y Nacionalización Pactada convenidas durante el gobierno del presidente de la República don Eduardo Frei Montalva. Véase: MILLAR 2005, 403.

⁹² Véase: MILLAR 2005, 405-407.

⁹³ Véase: MILLAR 2005, 407.

Con la empresa Cerro Corporation se llegó a un acuerdo en el que se determinó un pago por indemnización de perjuicios de US\$15.627.046, a pagarse dentro de 17 años⁹⁴. Con la OPIC, agencia estatal de Estados Unidos, la cual fue la cesionaria de Anaconda por el pago del seguro por la nacionalización de Exótica, se acordó como monto de indemnización de perjuicios la suma de US\$11.250.000, más los intereses⁹⁵. Por el proyecto minero de Chuquicamata se convino la indemnización en US\$36.685.950 y por el Salvador se pactó una indemnización de US\$14.959.000, con intereses en favor de Anaconda⁹⁶. En el caso de Kennecott, por el Teniente se fijó la indemnización en la suma aproximada de US\$44.832.350, más intereses⁹⁷. Las transacciones fueron aprobadas por el Decreto Ley N° 601⁹⁸, del Decreto Ley N° 710 del Ministerio del Interior⁹⁹ y en virtud del Poder Constituyente de la Junta de Gobierno se le otorgó rango constitucional de carácter transitorio. Además, por el Decreto Ley N° 821¹⁰⁰, dando términos a todos los juicios

⁹⁴ A su vez, también se convinieron otros acuerdos, que a pesar de que escapan al objeto de este trabajo, el pago de una deuda que se tenía con esta empresa, más otras deudas de honorarios. De suma importancia para los intereses del Estado de Chile fue que se anuló la venta convenida de cobre electrolítico y se reemplazó por uno de venta de escorias. Véase: MILLAR 2005, 404 y 405.

⁹⁵ Véase: MILLAR 2005, 405 y 406.

⁹⁶ Véase: MILLAR 2005, 409 y 410.

⁹⁷ Véase: MILLAR 2005, 411-412.

⁹⁸ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 22 de julio de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, la Corporación del Cobre y Chile Exploration Company, Andes Copper Mining Company y The Anaconda Company. Esta última tuvo un 75% del capital social de la Compañía Minera Exótica S.A. Se pactó un pago por concepto de indemnización por el 49% de los derechos de las empresas extranjeras en las dos sociedades mixtas indicadas, la suma de US\$44.390.000 para Chile Exploration Company y de US\$14.959.000 para Andes Copper Mining Company, cantidades equivalentes a las indemnizaciones fijadas al 1 de enero de 1971.

⁹⁹ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 22 de octubre de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, la Corporación del Cobre, la sociedad colectiva del Estado denominada Sociedad Minera El Teniente y las sociedades Braden Copper Company, Kennecott Copper Corporation y Kennecott Sales Corporation. El Estado de Chile, según este instrumento, pagaría por el 49% de los derechos de Braden Copper Company en la Sociedad Minera El Teniente S.A., al cantidad de US\$53.957.828, cantidad equivalente a la indemnización fijada al 1 de enero de 1971, más los intereses, de acuerdo al documento referido.

¹⁰⁰ En virtud de este decreto se autorizó la transacción, de 24 de diciembre de 1974, por la Junta de Gobierno, suscrito entre el Estado de Chile, La Corporación del Cobre y Overseas Private Investment Corporation, como cesionaria de Chile Copper Company. Esta última tuvo un 75% del capital social de la Compañía Minera Exótica

producidos con ocasión de la Nacionalización de la gran Minería del Cobre.

Si bien se solucionaron los juicios pendientes con las empresas nacionalizadas, aún debía reformarse nuestro ordenamiento jurídico para que, estableciendo reglas claras para la inversión y el resguardo del derecho de propiedad, las compañías extranjeras invirtieran en minería, sin el temor fundado, de que se les nacionalizara o expropiara y se crearan artilugios legales insostenibles¹⁰¹ como lo fueron las deducciones de las rentabilidades excesivas para no pagar las indemnizaciones de perjuicios.

IV. Ley orgánica constitucional de concesiones mineras

1. Objetivos de la ley minera

En virtud del nuevo ordenamiento jurídico que comenzó a regir en el año 1980 con la aprobación de la CPR de 1980 se comenzaron a dictar las leyes que ordenaba dicha carta fundamental. Dentro de las cuales se dictó la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras. Esta ley tuvo por objeto "posibilitar las inversiones mineras necesarias para el desarrollo acelerado del sector que, como se sabe, es un elemento básico para lograr un alto nivel de desarrollo económico y social"¹⁰². Éstos fueron los principales objetivos que justificaron el trabajo acelerado que tuvo la Junta de Gobierno para estudiar este asunto. Con esta ley, más la carta fundamental, se otorgaría certeza jurídica al inversionista minero que debe invertir grandes sumas de dinero para obtener eventuales utilidades años después. Se pretendió por la Junta de Gobierno que con esta nueva institucionalidad jurídica retornarían los capitales extranjeros para que invirtieran en Chile¹⁰³. Las bases de esta ley minera se sustentaron en la libertad económica y seguridad

S.A. Se pactó un pago por ese porcentaje de derechos, de US\$11.250.000,00 establecida al 1 de enero de 1971, más un interés no acumulativo del 6% anual entre esa fecha y el 13 de diciembre de 1974, ascendente a US\$2.700.000,00 y las demás prestaciones indicadas en el documento.

¹⁰¹ Véase: MILLAR 2005, 408.

¹⁰² Mensaje del Ejecutivo de la Historia de la Ley N° 18.097, 4. Al 17 de agosto de 1981 se esperaba doblar la tasa histórica de crecimiento del producto nacional, eliminar la extrema pobreza y elevar el nivel educacional del país. Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 7 y 8.

¹⁰³ CEA 2019, 639.

jurídica¹⁰⁴. La primera le permite al privado intervenir en la economía y la segunda, le resguarda su derecho de propiedad respecto de la inversión.

Durante la etapa de discusión del proyecto de ley, se hizo presente que se requerían reglas del juego racionales para que el privado pudiera invertir en la industria¹⁰⁵. El Estado de Chile tuvo presente lo informado por los técnicos, donde "el valor de los recursos explotados hoy es mayor que el de los explotados mañana"¹⁰⁶. Por las grandes inversiones y para dinamizar el mercado, se requerían estas reglas claras para que los recursos económicos se utilizaran a la brevedad. Se consideró también, para los efectos de darle urgencia a este proyecto de ley, que a medida que pasaba el tiempo, podía descubrirse un mineral sustituto¹⁰⁷.

La nueva institucionalidad asentada en la CPR de 1980 descansó en que el Estado sólo intervendría en asuntos económicos cuando los privados no pudieran o no quisieran (art. 19° N° 21 de la CPR de 1980). La minería no fue una excepción al respecto, procurado esta ley su desarrollo efectivo. En el informe técnico que consta en la Historia Fidedigna de la Ley, se justificó, pese a que no es objeto de un desarrollo profundo de este trabajo, que era preferible que los privados intervinieran en el mercado minero y que el Estado obtuviera sólo ingresos de la explotación y extinción de estos recursos por medio de los tributos¹⁰⁸. Para incentivar a los privados a desarrollar la actividad minera tendrá que considerar el costo de oportunidad del valor que tiene el

¹⁰⁴ Mensaje del Ejecutivo de la Historia de la Ley N° 18.097, 5.

¹⁰⁵ En la etapa de tramitación del proyecto de ley es tan latente la reciente historia jurídica de Chile relativa a la Nacionalización de la Gran Minería, donde no se pagó inicialmente ninguna indemnización, que al momento de pensar en mantener o excluir la norma que refiere que en caso de expropiación de una concesión de exploración, se le pagaría al expropiado una indemnización por el daño efectivamente causado. Como corresponde a una reiteración de lo ya consagrado en la CPR de 1980 uno de los argumentos vertidos por el General Matthei para mantener su redacción fue que "Chile tiene una reciente historia más bien mala en esto y que está todavía en la memoria de los señores inversionistas extranjeros potenciales". Así en: Acta Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 148.

¹⁰⁶ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 7.

¹⁰⁷ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 8.

¹⁰⁸ La toma de decisiones por parte del Estado en materias económicas mineras puede dificultarse por falta de consensos políticos, intereses electorales o escasez de recursos. Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 9.

derecho de concesión¹⁰⁹ y al pago anual de la patente minera.

La nueva ley garantizó el derecho de propiedad del concesionario minero de los derechos mineros que emanaban de su concesión¹¹⁰, la que era otorgada por un tribunal de justicia, para que fuera debidamente protegido a nivel constitucional su derecho (art. 6° de la LOCCM)¹¹¹. La calidad de dueño del Estado sobre todas las minas (inciso sexto del N° 24 del art. 19° de la CPR de 1980) no afectó a los derechos de los concesionarios mineros¹¹², nacidos de todo procedimiento concesional, ya que se hizo porque "[era] necesario que alguien tenga un derecho general y permanente sobre la riqueza minera para reconocer derechos exclusivos para buscarla y explotarla"¹¹³. Es la concesión minera la que le permite al privado explotar los minerales que se emplacen dentro del perímetro de su concesión y estos derechos ingresan en el patrimonio de su titular y está garantizado el derecho de propiedad sobre éstos¹¹⁴. En lo que respecta a la pertenencia minera esta tiene duración indefinida (art. 17° LOCCM) y el titular sólo está obligado a pagar la patente anual (art. 12° de la LOCCM). Si el titular de los derechos administrativos-mineros emanados de la concesión minera paga la referida patente, no podrá perder su concesión, salvo por expropiación¹¹⁵.

2. En caso de expropiación de concesiones mineras de explotación no podrán considerarse las "rentabilidades excesivas. Aporte de José Piñera

Se aseguró el derecho a la y de propiedad en la CPR de 1980 (art. 19° N° s23 y 24). Así como también consagró que nadie podrá ser privado del dominio o de sus atributos o facultades esenciales, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés calificada por el legislador¹¹⁶. El expropiado

tendrá derecho a una indemnización por el daño efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o a falta de este, por los tribunales de justicia (inc. tercero del art. 19° N° 24)¹¹⁷. En lo que respecta a los derechos mineros, se estableció en la CPR de 1980 que en la ley se especificarán las sustancias que serán objeto de una concesión minera de exploración o de explotación, sus derechos y duración en una ley orgánica constitucional y que dichos derechos administrativos estarían resguardados por el derecho de propiedad (incisos sexto, séptimo, octavo y noveno del art. 19° N° 24). La expropiación de pertenencias mineras, en definitiva, como refiere Vergara, es una causal de extinción del título minero, ya que la calidad de propietario la pierde el expropiado y la tendrá el Fisco expropiante¹¹⁸.

En el caso de que se expropié una concesión minera de explotación o su establecimiento de beneficio la especificación genérica relativa a que se le indemnizaría al afectado por el daño efectivamente causado en la CPR de 1980 podría dar lugar a una serie de interpretaciones con resultados diversos. Por esta razón se definió legalmente como se determinaría su valor. El afectado por una expropiación de pertenencias mineras tiene derecho a ser indemnizado por el valor comercial de las facultades de iniciar o continuar la extracción y apropiación de los minerales (art. 11° N° 3 de la LOCCM). Este valor comercial se determina calculando sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que el afectado demuestre con los estudios geológicos pertinentes de aire reverso o diamantinos, el Valor Presente de los flujos netos de caja.

Fue un tema esencial en la tramitación del proyecto de LOCCM la experiencia soportada durante la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre y el no pago de las indemnizaciones a las afectadas por la deducción de las rentabilidades excesivas, los juicios que se trabaron en Chile y en el extranjero y pese a que se pudo negociar y llegar a acuerdos con todos las empresas nacionalizadas, nuestro país debería otorgar certeza jurídica al inversionista, sobre todo en materia de expropiación.

¹⁰⁹ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 9.

¹¹⁰ Las concesiones mineras otorgan derechos reales e inmuebles (art. 2° de la LOCCM).

¹¹¹ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 18, 19, 20-23.

¹¹² VERGARA 2020, 335.

¹¹³ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 19.

¹¹⁴ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 24.

¹¹⁵ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 24.

¹¹⁶ Para conocer más de esta materia y en especial de las fases del proceso de expropiación, ver: CEA 2019, 620-

624, TORRES 2023 y VIVANCO 2021, 839-844.

¹¹⁷ CEA 2019, 624 y 625. La indemnización no debe dar lugar a un enriquecimiento sin causa, deberá ser determinada en moneda nacional y se paga en dinero en efectivo. Para su determinación no deben considerarse motivos de índole afectivo, sentimental o histórico, prescindiéndose del daño moral. Según Cea se puede aplicar para estos efectos lo referido en los arts. 1556 y 1557 del Código Civil.

¹¹⁸ VERGARA 2010, 364.

ción e indemnización¹¹⁹. Por medio de la CPR de 1980 y esta ley se consideró que debía tratarse estos asuntos en la nueva ley, ya que había que evitar que el Estado pudiera expropiar concesiones mineras sin pagar el valor real. Esto último lo incentivaría para expropiar pertenencias mineras lucrativas y en el sector privado, sólo permitiría una explotación a baja escala y con baja inversión, ya que el inversionista tendrá presente que le podrían expropiar pagándole a un precio irrisorio¹²⁰.

Para el ministro de Minería que concibió esta ley, José Piñera, había que asegurar que en caso de expropiación de la concesión minera de explotación y del establecimiento de beneficio se pagase al expropiado una indemnización que corresponde a su verdadero valor económico¹²¹. Este valor corresponde al Valor Presente de los flujos netos de caja que genere el establecimiento durante la vida útil de la mina¹²². Este valor sería al cual se comercializaría en el mundo privado la mina objeto de la expropiación¹²³. Con esta norma, se pre-

cisó la garantía fundamental, que le garantizó al expropiado a ser indemnizado por el daño efectivamente causado, que en el caso del minero sería "el Valor Presente del conjunto establecimiento-concesión, menos el valor de la liquidación de los activos diferentes de la concesión de dicho establecimiento"¹²⁴. Se debe considerar para su determinación la inversión requerida en un plazo preciso para continuar la explotación, el nivel de producción de cada año, un precio promedio del cobre-o del mineral que se explote o procese-, el costo de producción anua, entre otros. Se considerará también los impuestos a aplicarle, como lo es el impuesto a la renta, un porcentaje de descuento relevante del periodo, las depreciaciones, las reinversiones y el valor residual de las instalaciones¹²⁵.

Ossa Bulnes nos reafirma, haciendo una exposición sucinta de este asunto, la aleatoriedad de la industria minera, la dificultad de encontrar riqueza geológica, las grandes sumas de inversión y a la improbabilidad de que sea viable económicamente un proyecto y alude a razones de justicia la inclusión de normas que le aseguren una indemnización idónea en el evento de ser expropiada la pertenencia minera¹²⁶. Compartimos estos criterios de Ossa, ya que su existencia favorece la inversión en exploración, prestación de servicios, explotación, procesamiento de minerales, entre otros.

La indemnización que se ha de pagar al expropiado en el caso de no haber acuerdo, la fijará el tribunal, previo informe de peritos que tendrán en consideración para la especificación de su monto lo referido respecto al Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento minero (art. 11° N° 3 de la LOCCM). El tribunal no tiene la obligación de sujetarse al dictamen de peritos, pero si es un

¹¹⁹ Esta preocupación no se disipó siquiera con la CPR de 1980 ya que en lo que respecta a la declaración de que el Estado es dueño de todas las minas se utilizó en la Ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre. Por lo cual, la ley minera tuvo que disipar estos temores haciendo hincapié de que tanto el constituyente como el legislador no atribuyen al Estado un dominio patrimonial de las minas. Su principal consecuencia es que en la Nacionalización se excluyó de toda consideración para fijar el monto de la indemnización el valor de la concesión minera, ya que se entendió de que era de dominio del Estado. Con la ley minera, no operaría la "indemnización trunca". Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 26. Es más, Piñera indicó que, en sus reiterados contactos con inversionistas mineros, le preguntaban por la regulación de la indemnización en el caso de expropiación. Es un tema de alta preocupación, como manifestó él, por las expropiaciones-nacionalizaciones- del año 1971. Véase: Acta Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 149.

¹²⁰ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 10.

¹²¹ El ministro Piñera descartó que sólo se considerara para los efectos de indemnizar el valor libro de la inversión en equipos. Como indica éste, sería injusto que el Estado le pague si el yacimiento no rinde frutos y lo sería para el privado, si la explotación del mismo es económicamente viable. Otro criterio que descartó fue la consideración de las reservas de mineral multiplicadas por el precio de éstos, su rechazo se debió a que no consideraba este criterio las contingencias futuras, las inversiones, entre otras materias. Así en: Piñera 2002, 21 y 22.

¹²² Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 10.

¹²³ Piñera se hizo cargo de cierta posición que estimada que en caso de expropiación de las pertenencias mineras no debía considerarse para su indemnización el valor de la misma. Se basó en que estimándose de que el Estado era dueño de todas las minas, no podía pagar por algo que le pertenecía. Rechazó esta posición ya que obligaría al Estado a incurrir en una serie de inversiones de alto riesgo para poder explotar un yacimiento minero, incluso, no

siendo éstas valiosas para la continuidad de la operación. En relación con los privados, la aplicación de esta posición doctrinaria desincentivaría la inversión, ya que perderían lo invertido, eventualmente. PIÑERA 2012, 95-96.

¹²⁴ Así, en: Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 11.

¹²⁵ Podemos ver este y otros ejemplos para su cálculo en: Así, en el Anexo del Informe Técnico de la Historia de la Ley N° 18.097, 13-16. Está el supuesto de que se expropie la concesión minera de explotación, pero no su establecimiento minero. El Valor Presente de los de la concesión es el Valor Presente del conjunto establecimiento, menos el valor de liquidación de los activos diferentes de la concesión que explota dicho establecimiento.

¹²⁶ OSSA 2012b, 450-452. También podemos ver un escaso tratamiento doctrinario del derecho del titular de pertenencias mineras de ser indemnizado de conformidad con el art. 11° N° 3 de la LOCCM, en: ANSALDI, 2007 y VERGARA, 2010, 86 y 87.

elemento probatorio que le permitirá arribar a su sentencia¹²⁷. Si se sometiera obligatoriamente al dictamen de los peritos, se estarían afectando sus facultades jurisdiccionales¹²⁸.

a) *Expropiación directa*

El art. 11° N° 3 de la LOCCM sólo ha sido sometido a un juicio o a lo menos que nosotros conocemos- donde se ha aplicado el procedimiento regulado en el art. 11° N° 3 de la LOCCM, en concordancia con lo dispuesto en el art. 19° N° 24 de la CPR de 1980¹²⁹. El tribunal de primera instancia conoció de una demanda que tenía por objeto que se determinara el valor de la indemnización que se iba a pagar producto de las expropiaciones de las pertenencias mineras (de carbonato de calcio)¹³⁰ que se individualizaron en el libelo en virtud del decreto expropiatorio¹³¹. El objeto del juicio fue determinar cuánto era el daño patrimonial efectivamente causado, para lo cual había que atender al valor comercial de las pertenencias mineras. Para esto último, había que sujetarse al valor que correspondiera al Valor Presente de los flujos netos de caja de los yacimientos mineros de carbonato de calcio explotados. Por lo tanto, para su determinación se requirió a tres peritos que determinaran ese valor. Se consideró en términos genéricos por éstos la siguiente información de las pertenencias: reservas de mineral del yacimiento expresadas en toneladas, el mineral que se explota, cantidad de años que pudiere estimarse su explotación, los flujos de caja de la empresa o a lo menos las proyecciones que se manejen para otra empresa en la misma industria. Se consideró una explotación con un crecimiento anual, se simuló un precio estándar de la caliza, se estableció un monto que correspondía para poner en marcha el

proyecto, con sus respectivas instalaciones y se hizo una proyección de los gastos anuales. Finalmente, se estipuló un eventual precio del dólar, y una tasa de descuento del 14%, y así el perito determinó el monto a indemnizar¹³².

El otro perito consideró otras variables para determinar el Valor Presente de los flujos netos de caja de la explotación de las pertenencias mineras ricas en carbonato de calcio. Consideró otra superficie y otros datos para determinar las reservas mineras. Para los flujos netos de cajas indicó que simuló una explotación obteniendo esta información de los programas de INACESA, agregando los costos de producción, inversiones, ingresos, depreciaciones, impuestos. Como otra forma de evaluar, hizo presente al tribunal un cálculo de lo que le correspondería al propietario de las pertenencias recibir por arriendo de las minas, determinando la regalía por tonelada extraída, con una tasa de descuento, vida útil del yacimiento y cantidad a extraer¹³³.

En relación con el mismo juicio y para acreditar que pese a los esfuerzos efectuados por el constituyente de 1980 y por el ministro de Minería José Piñera para establecer una forma objetiva de calcular el monto de la indemnización que se ha de pagar al afectado, aun así, pueden dar diferentes cantidades por los expertos. El otro perito, consideró otro monto de reservas de mineral, pero tomó en consideración un punto esencial en materia minera, como lo es la ley del mineral y la cantidad de toneladas que había con ese límite. Incluyó otro factor relevante, de acuerdo a lo señalado en el fallo de primera instancia, debidamente confirmado por la Corte de Apelaciones, que como la cantidad de hectáreas que abarcaban las pertenencias mineras expropiadas. Otro punto interesante, fue que estudió el mercado del carbonato de caliza ya que estimó la cantidad de toneladas que se necesitan para la fabricación de cemento, considerando las toneladas extraídas. Hizo un estudio que abarcó años y que comprendió la información de las toneladas compradas por grandes empresas¹³⁴. Finalmente, dedujo la tasa del impuesto a la renta que regía en esa

¹²⁷ Pese a la forma de determinar el daño efectivamente causado producto de una expropiación de concesión minera de explotación establecido en el art. 11° N° 3 de la LOCCM, aun así los criterios y métodos empleados por los peritos pueden dar resultados disímiles. Esto se demostrará más adelante al tratar uno de los casos donde los tribunales de justicia se han pronunciado en relación a esta normativa. Así, en: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343-351.

¹²⁸ Acta de la Junta de Gobierno de la Historia de la Ley N° 18.097, 150.

¹²⁹ Juicio caratulado "Minera Valparaíso Sociedad Anónima con Fisco de Chile". Para conocer el fallo de primera, segunda instancia y Corte Suprema, véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343-351.

¹³⁰ Las concesiones mineras de explotación fueron: Playa Negra, Playa Blanca, Salvación, Unión, Calera, Constancia, Estrella 1-3, Sol 1-3 y Sol 4-5. Véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 343.

¹³¹ Decreto Ley N° 254, de 1974.

¹³² Estos datos fueron considerados por el perito don Luis Silva Rivera. Así, en: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 345.

¹³³ Trabajo elaborado por Bruno Behn Theune. Así, en: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 346.

¹³⁴ En este caso, fueron Mantos Blancos y Codelco. Tuvo a la vista don Germán Alzérreca Mitrano, los contratos de compraventa de caliza suscritos entre la empresa cementera y los dueños de yacimientos que explotaban caliza. Tuvo a la vista los contratos que también tenía el titular de

época-diez por ciento-, sacó el Valor Presente y los proyectó treinta y ocho años. Este fue el informe que tuvo en consideración el tribunal para acoger la demanda y fijar la indemnización de perjuicios¹³⁵.

El Segundo Juzgado de Antofagasta ponderó los informes señalados anteriormente, y pese a la diferencia, a lo menos le permitió acreditar que en todos si hay uniformidad en que se debe pagar una indemnización de perjuicios al expropiado. Por ello, estimó en su fallo de que aplicaría el monto referido en el párrafo anterior, reajustada conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor desde la fecha que indica hasta el día de su real y efectivo pago¹³⁶. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, si bien confirmó el fallo, cambió el monto de indemnización, ya que lo fijó prudencialmente considerando la información vertida por los tres peritos del juicio¹³⁷.

b) *Expropiaciones indirectas*

Por otro lado, existe el reconocimiento doctrinario y de derecho comparado de la expropiación indirecta, en virtud de la cual, el Estado por medio de actos administrativos y regulatorios priva de los atributos del derecho de dominio a un particular, sin que medie una ley expropiatoria. Como nos indica Matute, la caracterización de las expropiaciones indirectas en un aspecto negativo, esto es, "no son expropiaciones o confiscaciones formales, pues no existe un traspaso formal del derecho de dominio desde el patrimonio del particular al patrimonio fiscal [...]"¹³⁸. Este derecho, por ende, pierde su valor, por lo cual debe ser indemnizado, inclusive, aunque se mantenga el título de propiedad¹³⁹.

Grandes avances se han producido en su consagración en los tratados internacionales que regulan las inversiones extranjeras¹⁴⁰. Para que se pueda considerar una expropiación indirecta, el acto regulatorio debe tener como consecuencia una privación total o parcial significativa del derecho o de sus atributos.

las concesiones de explotación expropiadas. véase: REVISTA DE DERECHO DE MINAS Y AGUAS 1990, 345-346.

¹³⁵ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 345-346.

¹³⁶ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 347-348.

¹³⁷ Véase: *Revista de Derecho de Minas y Aguas* 1990, 349-351.

¹³⁸ MATUTE 2020, 88 y 89.

¹³⁹ GUILOFF 2018, 621 y 622.

¹⁴⁰ Para efectos de profundizar en sus alcances en el derecho internacional y su reconocimiento en los laudos arbitrales del CIADI, véase: PÁEZ 2006.

A su vez, en el derecho comparado, tenemos como fuente que reconoce a la expropiación indirecta a la jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. García, en lo que a este apartado importa, trata escuetamente el origen, desarrollo y extinción de la regulación remitiéndose al establecimiento de la cláusula de expropiación de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la cual indica, que en caso de expropiación se pagará la justa retribución. Luego efectúa un estudio de casos emblemáticos de jurisprudencia de los Estados Unidos, resaltando el caratulado como "*Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*" de 1922¹⁴¹. La sentencia ordenó el pago de una compensación en favor de los propietarios de las minas de carbón, a los cuales se les impidió por acto administrativo que desarrollaran sus actividades en los casos en que se causarían daños a la superficie de áreas edificadas¹⁴². No todo acto administrativo que limite el derecho de propiedad será considerada, acorde a dicha legislación, como una expropiación, salvo cuando alcance cierta magnitud de importancia.

La doctrina nacional también ha aportado a la discusión, como en el caso de Fernandois con motivo del análisis crítico de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que declaró la inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales, se pronunció respecto a las expropiaciones regulatorias que emergen como consecuencia de una privación de los atributos del derecho de dominio por vía administrativa, que es lo que a este trabajo compete¹⁴³. En su examen, alude al art. 19° N° 24 de la CPR en cuanto al derecho de propiedad y de que nadie puede ser privado del mismo, sino mediante proceso de expropiación y con la debida armonización. Llega a la conclusión luego de un estudio de la carta fundamental que "[s]i las regulaciones o restricciones llegaren en definitiva a afectar la esencial de la propiedad: i. la ley deviene inconstitucional (cuando sea la fuente de la privación la ley). ii. El afectado tiene derecho a una indemnización, cuando se le ha causado daño (art. 41 N° 8)"¹⁴⁴. Estamos de acuerdo, ya que la regulación constitucional de la expropiación directa no puede aplicarse a los casos de expropiaciones indirectas, sin

¹⁴¹ Ha sido la jurisprudencia comparada la que ha creado a la regulación expropiatoria. Así: DELAVEAU, 2006, 414.

¹⁴² GARCÍA, 2011, 116-120. Para conocer más detalles de este caso y para validar su importancia, véase: DELAVEAU, 2006, 415-416. También, en FERNANDOIS, 2002, 40-45.

¹⁴³ FERNANDOIS, 2002, 21.

¹⁴⁴ FERNANDOIS, 2002, 38

perjuicio de que ante regulaciones que priven del ejercicio del derecho de propiedad, el afectado, tiene derecho a ser indemnizado por la Administración del Estado por el daño ocasionado.

En el caso de Chile, no está en discusión que el derecho real de dominio se pueda limitar, atendida su función social, sino que se centra en los casos donde estas privaciones regulatorias pueden privar el derecho, sin indemnización alguna¹⁴⁵. Aldunate analiza en el derecho comparado como se han resuelto los casos de expropiación indirecta y señala que acorde a nuestra Constitución, “en el caso de regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad no dispongan la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación por lesión al derecho de propiedad en virtud del art. 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía art. 19 N° 20”. Y continuando con el razonamiento de este autor, “[e]sta solución permite al legislador fijar las reglas generales de la compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio [...]; igualmente, le permite remitir el examen de la procedencia y evaluación de la indemnización al juez de la instancia [...]”¹⁴⁶. En mérito de lo expuesto, podemos colegir que este autor no reconoce la consagración constitucional de la expropiación indirecta, ya que, si no, no basaría el fundamento de su razonamiento en virtud del art. 19 N° 20 de la CPR y sólo nos muestra una alternativa de solución para que el juez determine cuando existe una privación del derecho y que pueda cuantificar los daños por los actos regulatorios.

A su vez, en Chile, el Tribunal Constitucional ha señalado para los efectos de determinar si el Estado debe pagar una indemnización en virtud de un Decreto que limita el uso y goce del derecho de propiedad, que se debe ponderar si se priva de los atributos de dicho derecho o si se establecen limitaciones que hagan ilusorios su ejercicio. En tales casos, el Estado debe indemnizar al afectado¹⁴⁷. Si bien han existido pronunciamientos del Tribunal Constitucional que tuvieron por objeto delimitar la frontera entre limitación y privación del derecho de dominio, al igual que

la Corte Suprema y que ha existido debate en la doctrina. Más que pretender, según Guilloff, un reconocimiento o equiparación de la expropiación directa a la indirecta, está en la búsqueda de un test que les permita a los tribunales tener una metodología pertinente que le permita establecer cuando existe una limitación o privación del derecho de dominio¹⁴⁸. El Tribunal Constitucional, también, ha reconocido explícitamente del derecho comparado el concepto referido de las “las expropiaciones regulatorias”¹⁴⁹, pero no existe una consagración explícita de la expropiación indirecta en nuestra CPR según se expondrá, por ello, si existen privaciones totales del ejercicio de los derechos de propiedad del concesionario minero por medio de actos administrativos, sin que haya mediado una expropiación directa, constituyen a criterio de nosotros actos que ocasionan daños al titular afectado de la misma y que deben ser indemnizados, pero no en el supuesto constitucional de la expropiación, por lo tanto no deben ser indemnizados conforme a dicha normativa.

Debemos dejar en claro, más allá de las conclusiones arribadas anteriormente, que no toda afectación del derecho de propiedad por acto regulatorio debe ser indemnizado, como señala Romero¹⁵⁰. Para este autor lo relevante era disponer de criterios o de una metodología que permitiese determinar que daños producidos por efectos regulatorias en el bien de propiedad de un particular debía ser indemnizados¹⁵¹.

Nuestra carta magna señala que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de sus atributos o facultades esenciales del dominio. Excepcionalmente, se puede afectar por medio de una ley general o especial dicho derecho, que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés general, calificada por el legislador (inciso 3° del art. 19° N° 24 de la CPR de 1980). En este supuesto, siguiendo a Cea, “para expropiar bienes es menester, por lo tanto, comenzar dictando una ley, la cual basta que sea simple o común”¹⁵². Para el mismo autor la “expropiación supone, con carácter exclusivo y excluyente, la intervención del legislador en la fase inicial del proceso que culmina

¹⁴⁵ ALDUNATE, 2006, 287.

¹⁴⁶ ALDUNATE, 2006, 298.

¹⁴⁷ Sentencia TC Rol N° 245-246 (1996), cc. 32°, 34° y 39°.

¹⁴⁸ GARCÍA, 2011, 126-127.

¹⁴⁹ Sentencia TC Rol 505 (2007), c. 22°.

¹⁵⁰ ROMERO, 2007, 37-38.

¹⁵¹ ROMERO, 2007, 56-57.

¹⁵² CEA 2012, 620.

con la privación del dominio¹⁵³. Por su parte, Vivanco, manifiesta que la expropiación “es una institución de derecho público que otorga a la Administración una potestad expropiatoria, mediante la cual se priva a un particular de un bien de su dominio en razón de utilidad o interés público [...]”¹⁵⁴. Romero, analizando el DL. N° 2186 de 1978 manifiesta que “resulta difícil de imaginar una expropiación al margen del procedimiento definido en el mismo”¹⁵⁵. Podemos apreciar que tanto la Constitución Política como la doctrina sólo reconocen que existirá una expropiación, cuando se den los supuestos constitucionales antes referidos, iniciado ello con el proceso legislativo y terminando con el acto administrativo expropiatorio. Esto es confirmado por Matute, ya que “una privación sólo será una expropiación si es un acto singular etiquetado como tal, destinado a privar del dominio a un particular. Otra clase de intervenciones no podrán ser asimiladas a una expropiación y, por tanto, no podrán compensarse en aplicación de las normas constitucionales y legales que la regulan”¹⁵⁶.

A su vez, la legislación minera contiene, como se ha señalado en este trabajo, normas que son aplicables en caso de expropiación de pertenencias mineras. Consagra el derecho de propiedad que tiene el minero respecto de su concesión, indica que se ha de entender por una privación de su derecho (art. 6° de la LOCCM) y la forma de determinar la indemnización en caso de expropiación de las pertenencias mineras (art. 11° N° 3 de la LOCCM). Ossa al momento de explayarse en este derecho que tiene el concesionario minero hace presente, de manera acertada, las normas constitucionales que establecen el procedimiento que se ha de seguir para expropiar las concesiones mineras de explotación e invoca de manera escueta las normas de la LOCCM antes indicadas para la determinación de la indemnización¹⁵⁷. Vergara en el mismo sentido de Ossa, indica las normas de la LOCCM que son aplicadas en caso de expropiación de pertenencias, en especial el de avalúo de la indemnización¹⁵⁸. En lo que respecta a la regulación de la expropiación del derecho de propiedad del minero, se puede inferir que, al seguir el marco constitucional, no se reconoce la expropiación indirecta, al necesitar el cum-

plimiento de los requisitos legales y administrativos para expropiar, iniciando con una ley y luego, con el acto administrativo.

Debido a lo anterior, entendemos que nuestra CPR no reconoce la expropiación indirecta en caso de privación de los atributos del derecho de propiedad y, por lo tanto, tampoco es aplicable al titular de las pertenencias mineras afectadas por actos de este tipo. Este trabajo no abordará con detenimiento las discusiones acerca de su reconocimiento o no- por la Constitución Política de 1980¹⁵⁹, pero examinaremos casos donde existen privaciones totales del ejercicio de los derechos de propiedad del concesionario minero por medio de actos administrativos, sin que haya mediado una expropiación directa, constituyendo a criterio de nosotros, afectaciones de su derecho de propiedad, pero no expropiaciones indirectas. La importancia del análisis de esta jurisprudencia radica en la forma en que los jueces determinan las indemnizaciones en favor de los titulares de las pertenencias mineras afectadas en el ejercicio de sus derechos, cuando no tienen la obligación de acatar lo dispuesto en el art. 11° N° 3 de la LOCCM.

i) Corte Suprema, Rol 5450-2011, 25/11/2013

El juicio de primera instancia¹⁶⁰ se inicia por demanda interpuesta por dos Sociedades Legales Mineras¹⁶¹ que tiene por objeto que se condene al Fisco a pagar una indemnización de perjuicios en favor de ellas. Dichas sociedades, alegan de que fueron privadas de los atributos del dominio que tienen respecto de sus pertenencias mineras por actos administrativos expropiatorios del terreno superficial del emplazamiento de las pertenencias mineras¹⁶². Indican que producto de ello, se han impedido de acceder libremente y de manera tranquila por los predios superficiales de

¹⁵³ CEA 2012, 621.

¹⁵⁴ VIVANCO 2021, 827-828.

¹⁵⁵ ROMERO, 2007, 40.

¹⁵⁶ MATUTE, 2020, 208.

¹⁵⁷ OSSA 2012b, 450-453.

¹⁵⁸ VERGARA 2010, 364.

¹⁵⁹ En el caso de que se quiera profundizar en la posición doctrinaria que niega el reconocimiento de este tipo de expropiaciones de conformidad a la CPR de 1980, véase: Guiloff 2018.

¹⁶⁰ SANTIAGO, 12° Juzgado Civil, Rol C-507 (2005).

¹⁶¹ Sociedad Legal Minera Francisco 19 Primera Pudahuel en su calidad de titular de las pertenencias mineras denominadas Francisco III 19 y Francisco III 24, las que forman parte del grupo “Francisco III 1 al 39”, La Monona 1 al 34, Edith 1 al 16 y Edith 18 al 20, estas últimas que forman parte del grupo “Edith 1 al 22”. También demanda la Sociedad Legal Minera Gabriela Primera de Pudahuel que es dueña de las pertenencias “Gabriela 1 al 35”.

¹⁶² El Ministerio de Obras Públicas por Decretos N° 2211 y 2212 de 09 de diciembre de 2002 ordenó la expropiación de varios predios, esto, para construir la segunda pista de aterrizaje del Aeropuerto Arturo Merino Benítez.

sus concesiones de explotación de Pomacita o Puzolana. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda y en contra de ella, la demandante interpuso recursos de casación en la forma y de apelación, ambos rechazados por la Corte de Apelaciones de Santiago. En contra de la sentencia de dicho Tribunal de Alzada se interpuso recurso de casación para que conozca y falle la Corte Suprema.

La Corte Suprema para efectos de acoger el recurso de casación en el fondo estimó de que el Fisco de Chile actuó culposamente al momento de expropiar los predios superficiales y no las pertenencias mineras, ya que, al hacer uso de éstos, impidió el desarrollo de las labores extractivas mineras de Pomacita de las demandantes, no respetándose dicho derecho, sin pagarles el daño patrimonial efectivamente causado¹⁶³. En lo que respecta de si es aplicable para efectos de determinar el monto de la indemnización de las demandantes la norma del art. 11° N° 3 de la CPR de 1980, se excluyó en consideración de que "el precepto citado establece una regla indemnizatoria en caso de producirse una expropiación de pertenencias mineras; empero, la situación planteada en autos dice relación con una privación de facto del derecho a explotar las pertenencias sin que mediara una expropiación autorizada por la ley"¹⁶⁴. La forma para determinarlo será sobre la base de la acreditación de la disminución de los patrimonios de las demandantes.

La Corte Suprema cuantificó los perjuicios sufridos considerando un informe pericial y prueba documental que daba cuenta de ventas de mineral en un periodo de tiempo, estableciendo un promedio mensual¹⁶⁵. Se tuvo presente la fecha de comercialización de la pomacita y la fecha en que quedan sin efecto las servidumbres de ocupación y de tránsito que permitían el ejercicio de la actividad extractiva minera de las demandantes. Finalmente, para que se fijara el valor del precio cúbico de la pomacita en banco se tuvieron presente informaciones públicas de su valor. Sobre la base de una operación aritmética se llegó a la conclusión de que entre fines de 2004 y el 30 de mayo de 2007 las demandantes estuvieron privadas de percibir, por los actos

administrativos, 16.266 unidades de fomento. Sólo se efectuaron rebajas por costos¹⁶⁶. Finalmente se estableció que la indemnización por el daño efectivamente causado asciende a \$360.000.000.

Al no estar consagrada constitucionalmente la expropiación indirecta en nuestra Constitución, la privación del derecho de dominio que tuvieron los demandantes respecto de sus concesiones mineras afectadas por un acto de autoridad no es procedente la aplicación del art. 11° N° 3 de la LOCCM para determinar la indemnización de perjuicios. La diferencias de montos en la indemnización que fijó la Corte Suprema y la que le hubiere correspondido si fuere procedente la expropiación minera es sideral. En este último caso, se hubiera visto reflejado el valor económico de las pertenencias y que correspondía al "valor que recibiría el inversionista si vendiera éste, el cual, al ser un recurso productivo, vale sólo por su posibilidad de generar en el futuro flujos de caja positivos"¹⁶⁷. Sobre la base de sus reservas, la inversión requerida, el nivel de producción y sus costos, menos los impuestos que correspondieren se podrían llegar a ese valor. Por lo tanto, dependiendo de estos factores, el monto de la indemnización podría contemplar años de explotación de las pertenencias mineras, los cuales deberían aumentar el monto de la indemnización a pagar. A diferencia de ello, como en el presente caso, sólo la Corte se atuvo al detrimento soportado por la demandante, considerando los valores indicados en el párrafo anterior hasta la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia que dejó sin efecto las servidumbres de ocupación y de tránsito¹⁶⁸.

ii) Corte Suprema, Rol 35.581-2017, 14/08/2019

Se interpuso demanda de indemnización civil por una persona natural en su calidad de dueño de pertenencias mineras¹⁶⁹, en contra del Fisco de Chile. La demanda se fundó en el hecho de que en el predio superficial del lugar de emplazamiento de las concesiones mineras se destinó el inmueble al Ministerio de Defen-

¹⁶³ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (nulidad), cc. 15° y 19°.

¹⁶⁴ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (nulidad), c. 20°.

¹⁶⁵ La venta entre enero y noviembre de 2004 fue de \$121.256,50 metros cúbicos. El promedio mensual se fijó en 11.023, 31 metros cúbicos.

¹⁶⁶ Gastos de patentes mineras, pago a controladores, según informe pericial. Así en, *Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile* (2011) (reemplazo), c. 6°

¹⁶⁷ PIÑERA 2002, 48. A este valor se le deberá deducir el valor de los activos diferentes de las concesiones mineras.

¹⁶⁸ Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011) (reemplazo), c. 6°.

¹⁶⁹ Las concesiones mineras de explotación son "Santa Clara 1 al 20".

sa Nacional¹⁷⁰, Subsecretaría de Guerra para uso del Ejército. Esta última institución impidió al demandante el acceso al predio superficial a contar del año 2002. Se rechazó la demanda en primera instancia. Luego, conociendo de un recurso de apelación, la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó la resolución recurrida condenando a la demandada a indemnizar los perjuicios, cuyo monto se deberá determinar en la etapa de cumplimiento de fallo. En contra de dicha sentencia, se interpone un recurso de casación en el fondo.

La Corte Suprema, conociendo de este recurso, estableció que el derecho de propiedad consagrado en la CPR de 1980 no es un derecho absoluto y en lo que respecta a los predios superficiales en los cuales se emplazan las pertenencias mineras "estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, explotación y el beneficio de dichas minas"¹⁷¹. En efecto, el Código de Minería estipula en su art. 17° que el ejercicio de los derechos mineros, en los supuestos de dicho numeral, requerirán para su ejercicio de permisos que deberán otorgar las autoridades. El tribunal de casación indicó que el referido artículo en su numeral 5° obliga a obtener un permiso del Ministerio de Defensa Nacional para ejecutar labores mineras en zonas y recintos militares dependientes de ese Ministerio, permiso que no obtuvo el demandante de autos¹⁷². Por tales razones, el tribunal acogió el recurso de nulidad, de manera errónea a criterio de esta parte, revocando la resolución recurrida, rechazando la demanda.

La CPR de 1980 prescribe el derecho de propiedad e indica que nadie puede ser privado de ésta, del bien sobre que recae o alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio y respecto del minero, su concesión está protegido por dicho derecho fundamental (art. 19° N° 24). Luego la LOCCM prescribe que las concesiones mineras son derechos reales e inmuebles (art. 2°) y el objeto de ella serán las sustancias concesibles que existen en su extensión territorial (art. 3°). Luego la misma ley indica que el titular de la concesión tiene un derecho de propiedad sobre ella e indica que se entenderá como privación la imposibilidad de ejercer los derechos de exploración, explotación o del beneficio de mi-

nerales (art. 6°). El Código de Minería reitera que la concesión minera es un derecho real e inmueble (art. 2°).

El este caso, tenemos que el demandante era titular de pertenencias mineras, que tuvo en explotación y que por actos del Ejército de Chile se vio impedido de poder continuar desarrollando la actividad extractiva minera. El dueño de las pertenencias tiene un derecho de propiedad sobre su concesión minera y por un acto administrativo regulatorio y de facto por el Ejército de Chile no pudo seguir explotando. Efectuando un análisis exegético de las normas indicadas en el párrafo anterior, podemos concluir que no se exige que para que esté protegida por el derecho de propiedad la concesión minera que a su vez esté constituida una servidumbre minera o que se tengan los permisos, ordenados por el art. 17° del Código de Minería. Por lo cual, al haber existido una privación del derecho de propiedad del titular de la concesión de facto, la Corte Suprema debió haber rechazado el recurso de casación, ya que las causales de la privación del derecho de propiedad estaban acreditadas. A lo sumo, la consideración de la tenencia de dichos permisos o de una servidumbre puede ser considerada para los efectos de la cuantificación de la indemnización de perjuicios. En efecto, "si bien las servidumbres minera [s] legales prestan una utilidad económica al predio dominante (concesiones de explotación) no condicionan el ejercicio del derecho de dominio sobre una pertenencia, sin perjuicio de que pueda ser considerado como un criterio determinante en el establecimiento del daño"¹⁷³.

Sin perjuicio de lo resuelto por la Corte Suprema, el criterio que adoptó la Corte de Apelaciones de Valparaíso para resolver el recurso de apelación fue consistente con nuestro ordenamiento jurídico¹⁷⁴. Dicho tribunal de alzada estimó que los actos de la demandada ocasionaron una privación del ejercicio del derecho de propiedad que tenía el demandante respecto de su concesión minera. Tuvo en especial atención que el titular haya pagado sus patentes mineras, de que explotaba el yacimiento y en razón de existir otros casos en la ley que ante estos actos administrativos contempla el pago de una indemnización de perjuicios. Debido a esto, indicó que la demandada debía pagar la indemnización que se determinara en la fase

¹⁷⁰ Esto, en virtud del Decreto Exento N° 5 de 04 de abril de 1979 del Ministerio de Tierras y Colonización.

¹⁷¹ Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2019) (nulidad) (2019), c. 10°.

¹⁷² Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2019) (nulidad) (2019), cc. 12° y 13°.

¹⁷³ *Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile* (2011), c. 16°.

¹⁷⁴ Para conocer su contenido, véase: *Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile* (2016).

de cumplimiento del fallo, y debía considerar el daño efectivamente causado desde el acto de privación de los atributos de su derecho de propiedad hasta la fecha de la sentencia¹⁷⁵. Se reitera lo mencionado arriba, en el sentido de que al no estar consagrada la expropiación indirecta en nuestra CPR y por lo tanto no es obligatorio que el tribunal se rija en la determinación de la indemnización de expropiación de pertenencias mineras por el art. 11° N° 3 de la LOCCM tendremos sólo sentencias que acrediten perjuicios, pero que no constituirá una indemnización que considere el valor comercial del yacimiento minero si se vendiere en el mercado. Por lo cual es un asunto para tratar de *lege ferenda* para que se consagre la expropiación indirecta en la CPR.

iii) 12° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-31539-2016, 06/12/2023

En este caso¹⁷⁶ se interpuso demanda de nulidad de derecho público e indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual¹⁷⁷ en contra del Fisco de Chile-Ministerio de Bienes Nacionales, Ministerio de Energía y Ministerio de Minería. También se demandó al Servicio Nacional de Geología y Minería y otras dos entidades¹⁷⁸. En lo que respecta a la primera demanda, la que fue rechazada, dicho sea de paso, sólo nos interesa, en razón de que estos antecedentes servirán para que se resuelva la segunda demanda, dar

¹⁷⁵ *Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile* (2016), c.16°.

¹⁷⁶ Es un juicio que se encuentra en actual tramitación. Tiene sentencia dictada por el 12° Juzgado Civil de Santiago, en los autos Rol C-31.539-2016 y está a la espera de que sea conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago.

¹⁷⁷ Los demandantes son Ingenieros Asesores Limitada y Compañía Minera Arbiado Limitada. Se pretende la declaración de nulidad de derecho público de los siguientes actos: 1. Oficio Ordinario N° 5210, emitido por el director regional del Sernageomin Antofagasta de 13 de octubre de 2010, corregido por el oficio N° 6.589, emitido por el mismo órgano con fecha 02 de diciembre de 2020. 2. Decreto (Exento) N° 1.426 de 16 de diciembre de 2010, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales, por el cual se probaron las bases de licitación para la concesión de terrenos fiscales para desarrollo de proyectos eólicos. 3. Decreto Exento NI1.159 de 06 de octubre de 2011, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales y que adjudica la concesión onerosa del proyecto. 4. Decreto Exento N° 142 de 02 de febrero de 2012, emitido por el Ministerio de Bienes Nacionales y que aprueba el contrato de concesión onerosa, cuya escritura pública indica que fue celebrado por la sociedad Parque Eólico Taltal S.A. y el Fisco de Chile. Para fundar el ejercicio de dicha acción se hizo presente que estos actos contravienen los arts. 3°, 5° y 53° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁷⁸ Sociedad Parque Eólico Taltal S.A. y Enel Latin América Limitada.

cuenta del reconocimiento que hizo el tribunal de primera instancia que constató ilegalidades en los actos administrativos impugnados, ya que se privilegió el actuar de las empresas de generación eléctrica eólica que celebraron el contrato de concesión con el Ministerio de Bienes Nacionales que les permitió hacer uso del terreno superficial, por sobre los derechos de la demandante en su calidad de titular de pertenencias mineras en la misma zona. El tribunal estimó que se vulneró el art. 3° de la Ley de Bases sobre la Administración del Estado ya que no existió una correcta coordinación entre los distintos órganos de la Administración que se pronunciaron respecto de la viabilidad de este proyecto. La sentenciadora, al momento de analizar los efectos de una declaración de ilegalidad, remitiéndose a lo indicado por Soto Kloss, tuvo en consideración de que estos actos impugnados han producido todos sus efectos legales. Finalmente rechaza esta demanda, en razón de lo inoficioso de declarar la nulidad alegada y el perjuicio de la declaración de dichos actos administrativos¹⁷⁹.

En este examen sólo nos abocaremos a la segunda acción deducida por el demandante por ser atingente a nuestro trabajo, esto es, la de responsabilidad civil extracontractual.

El tribunal de primera instancia tuvo presente, al momento de pronunciarse respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual, que la demandante es propietaria de pertenencias mineras emplazadas en la zona donde se desarrolló el Parque Eólico Taltal. Este último se pudo concretar, a criterio del tribunal, por un actuar arbitrario de la Administración, el que por medio de actos administrativos le otorgó la concesión para el uso del terreno superficial fiscal, pero no respetando los derechos de los propietarios de las pertenencias mineras de las demandantes. Finalmente, se prefirió la actividad de energía eólica por sobre la minera, sin ser razonable dicho proceder. En cuanto a los fundamentos de derecho que esgrimió la jueza para fundar su sentencia, indicó que el Estado tiene un deber de ajustarse en su actuar a la legalidad. Si se aparta y daña, debe responder por la lesión infringida. Luego, invocó las normas constitucionales que obligan a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que los preceptos de la Constitución obligan a los particulares y a los integrantes de dichos órganos. También, los

¹⁷⁹ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 45°-52°

órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (arts. 6° y 7° de la CPR). Cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado o de sus organismos, podrá reclamar ante los tribunales, de conformidad al art. 38° inciso 2° de la CPR¹⁸⁰.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional sobre las Bases Generales de la Administración del Estado consagran el principio general de la responsabilidad del Estado, inclusive, deberá responder por falta de servicio (arts. 4° y 42°). Esta responsabilidad, a criterio de la magistrado, es de carácter subjetivo y se requiere que se acredite la falta de servicio en el proceso¹⁸¹. De acuerdo con los antecedentes del juicio y de lo referido en relación a la demanda de nulidad de derecho público, el tribunal estimó que los actos administrativos del Sernageomin y del Ministerio de Bienes Nacionales eran ilegales, ya que se prefirió una actividad económica por sobre otra, siendo discriminatorio dicho proceder. A criterio de la magistrada, la ilegalidad es asimilable a la falta de servicio¹⁸².

En cuanto a la responsabilidad que se les atribuye a las empresas demandadas, se hizo de conformidad con las normas de la responsabilidad civil extracontractual del Código Civil. Atendido de que, con la ejecución del proyecto, se aprovecharon económicamente de los actos administrativos ilegales de los órganos de la Administración del Estado y que perjudicaron el ejercicio de los derechos mineros de las demandantes, son responsables civilmente de los perjuicios ocasionados. Como hemos indicado anteriormente, si bien fueron actos administrativos ilegales los que privaron del ejercicio de los derechos mineros a los titulares de la concesión, sin perder su título minero, y que pueden compartir la naturaleza de las expropiaciones indirectas consagradas en el derecho comparado, no es plausible que dichos actos administrativos que privan de un derecho minero puedan ser asimilado a una expropiación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es aplicable lo dispuesto en el art. 11° N° 3 de la LOCCM ya que no es una expropiación y para determinar el daño civil extracontractual, se deben considerar los requisitos asentados

por la doctrina, los cuales son: que el daño sea cierto, que se lesione un derecho subjetivo, que sea directo, que sea causado por un tercero distinto de la víctima y que el daño no se encuentre reparado¹⁸³.

Para evaluar los daños, acertadamente, el tribunal tiene en cuenta el derecho de dominio que tiene el titular de las concesiones mineras y el hecho de que mediante sentencia de la Corte Suprema no pueda realizar sus trabajos, sin perjuicio de que producto de la creación del Parque Eólico construido en la superficie del proyecto, ocasionó un daño actual y cierto. Especial atención tiene el análisis que hace el tribunal para determinar el valor de la indemnización por lucro cesante. Tuvo a la vista el informe pericial que indicó que los flujos futuros del proyecto minero arrojaron una vida útil de 27 años, pero no lo consideró debido a que "no se puede pasar por alto el hecho de que lo solicitado a título de lucro cesante consiste en las ganancias que habría generado el proyecto, se ser explotado por un periodo de más d 20 años"¹⁸⁴. Esta conclusión es conforme a la Constitución y al Código Civil. En el evento de que hubiese estado consagrada constitucionalmente la expropiación indirecta podría haber hecho uso de la norma creada por el ministro de Minería, José Piñera, esto es la del art. 11° N° 3 de la LOCCM y se podrían haber considerado el valor presente de los flujos futuros netos de caja. Este caso nos reafirma la razón del especial cuidado que tuvo Piñera para consagrar esta norma y así poder velar por el resguardo del derecho de propiedad del minero, considerando las peculiaridades y aleatoriedad de esta industria. El tribunal finalmente condenó a las demandadas por responsabilidad civil extracontractual considerando sólo el daño emergente, y que correspondieron a los gastos incurridos por las demandantes para la ejecución del proyecto.

Conclusiones

La LOCCM ha sido esencial para que inversionistas extranjeros y nacionales inviertan en el sector minero. No sólo basta con tener la riqueza geológica para que se tome la determinación de invertir en un país, sino que también debe existir certeza jurídica. Esta certeza jurídica, valga la redundancia, ha sido otorga-

¹⁸⁰ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 55°.

¹⁸¹ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 56°.

¹⁸² *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), cc. 57°.

¹⁸³ En este sentido, el tribunal sigue la doctrina asentada por Arturo Alessandri Rodríguez. *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 61°.

¹⁸⁴ *Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada* (2016), c. 66°.

da por esta ley, que conjuntamente con la CPR de 1980, regulan los derechos administrativos mineros provenientes de la concesión minera, los cuales se encuentran resguardados por el derecho de propiedad. Atendido de que el eventual retorno de lo invertido y la obtención de beneficios se reportarán en años o décadas es que se estableció en la referida ley que la duración de la pertenencia minera sea indefinida y el concesionario sólo tiene la obligación del pago anual de la patente. Asimismo, y en consideración a la voluntad soberana de Chile, puede extinguirse el derecho del concesionario por medio de la expropiación. El Estado, cumpliendo con la disposición constitucional para que sea procedente, en virtud de la ley, puede dictar el acto administrativo expropiatorio, cuyo bien a expropiar puede ser perfectamente una concesión minera. Esta potestad no puede limitarse, sino que debe regularse la forma de determinar el monto de dinero por concepto de indemnización de perjuicios en favor del afectado. La LOCCM ha cumplido con este propósito a cabalidad, estableciendo el precio comercial de la pertenencia minera, ajustándose a criterios económicos, como lo es el Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento.

La dictación de la ley y la consagración del art. 11° N° 3 de la LOCCM impide que el legislador pueda considerar para efectos de la indemnización de perjuicios a pagarse al expropiado otros factores que no guarden relación con el valor comercial de las concesiones mineras de explotación. Tuvimos el caso de la Nacionalización de la Gran Minería del Cobre donde finalmente no se le pagaron indemnizaciones de perjuicios a las empresas nacionalizadas por medio de la creación de artilugios jurídicos. Durante el gobierno marxista de Salvador Allende Gossens se concretó la nacionalización, donde se les castigó a las empresas que cumplieron con la normativa tributaria en el ejercicio de sus negocios, al establecerse que se les deducía de las indemnizaciones fijadas por el Contralor General de la República, las rentabilidades que hubieren percibido. Es evidente que estas deducciones tenían como objetivo que no se les pagara indemnización alguna a las empresas nacionalizadas, de ahí todos los conflictos jurídicos que tuvo el Estado chileno con las empresas extranjeras.

La certeza jurídica no existió para el inversionista minero, inclusive cuando se llegó a acuerdo con las empresas nacionalizadas, ya que la institucionalidad jurídica no se había modificado. El inversionista estaba expuesto de

que el legislador creara nuevamente ficciones jurídicas que impidieran resarcir los perjuicios efectivos a los expropiados. El inversionista no iba a efectuar grandes inversiones, en una actividad aleatoria, cuyo eventual beneficio fuere finalmente requisado por el Estado. A su vez, el Estado no podía incurrir en estas inversiones, considerando los gastos prioritarios que tenía que efectuar en favor de los ciudadanos. El Estado de Derecho quedó resquebrajado durante la Unidad Popular. Ni siquiera la CPR de 1980 fue suficiente para dar esa tranquilidad y eso se debió a que se transcribió el artículo que garantizó el dominio del Estado sobre las minas, y fue la misma disposición contemplada en la reforma constitucional que nacionalizó a la Gran Minería del Cobre. En razón de ello, la tranquilidad y seguridad jurídica para el inversionista minero se obtuvo con la dictación de la LOCCM que consagró el derecho del concesionario minero, la duración ilimitada de la concesión y la forma de determinación de la indemnización de perjuicios en favor del expropiado de sus pertenencias mineras.

La mantención del referido articulado se justifica en razón de nuestra historia jurídica reciente, más de 53 años a la fecha de este trabajo, y los conflictos que tuvimos producto del uso antojadizo de las normas jurídicas. Esta norma es esencial para que sigan prosperando las inversiones en el sector minero privado, lo que se acreditó con las inversiones efectuadas en Chile y la certeza jurídica que aún confiere. A su vez, esta disposición evita que los legisladores populistas procedan a expropiar las concesiones mineras de explotación de los privados, ya que el Estado no dispone de los recursos necesarios para pagar la indemnización de perjuicios en favor de los expropiados, ya que debe ser en dinero en efectivo, en una cuota y debe considerarse las reservas que tiene el yacimiento minero y se ha de hacer sobre la base del Valor Presente de los flujos netos de caja del establecimiento de comercio. Este articulado evita que nuevamente se creen artilugios constitucionales como la deducción de las rentabilidades excesivas a las indemnizaciones a pagar a las empresas mineras expropiadas.

Para finalizar, cuantificar y demostrar los beneficios económicos ocasionados en virtud de la LOCCM, citamos el caso de la mina Escondida, cuya propietaria es BHP de Australia, la que fue la primera hija de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras". En el año 2016 aumentó la producción de cobre a 5.600.000. A esa fecha, el setenta por

ciento de la inversión en minería la realizaron empresas mineras chilenas y extranjeras privadas. Dentro de estas empresas encontramos a Antofagasta Minerals, dueña de la mina Los Pelambres, Anglo American de Gran Bretaña, Glencore de Suiza y Japan Collahuasi Resources B.V. y también a Teck Resources de Canadá. En relación a la producción de oro, aumentó a 40 toneladas en el año 2016. Otro número que refleja los resultados de la ley minera fue el aumento de las exploraciones efectuadas, como consecuencia de la seguridad jurídica que otorga ésta. En el año 2016 se aumentó la inversión por este concepto a US\$450.000.000¹⁸⁵.

Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006). *Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2, 285-303.
- ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen (2007). *Derecho Minero*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1972). *El Parlamento y el hecho mundial de la Gran Minería del Cobre chileno*. Editorial Andrés Bello.
- CASTRO, José Manuel y otros (2019). *Historia de Chile 1960-2010*, Tomo V. Andros Impresores.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012). *Renovación del Constitucionalismo en Chile*. Editorial Legal Publishing Chile.
- CEA EGAÑA, José Luis (2019). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. Derechos, deberes y garantías*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2006): *La regulación expropiataria en la jurisprudencia norteamericana*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, 411-438.
- FAÚNDEZ B., Julio (1974). Una decisión sin estrategia. La deducción de rentabilidades excesivas en la nacionalización chilena del cobre. *Foro Internacional* 15 (2), 211-251.
- FERMANDOIS HUERTA y otros (2009): *Historia Política del Cobre 1945-2008*. Centro de Estudios Bicentenario.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2002): *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile*. Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile. Inaplicabilidad, Rol 4309-2002, 18 de junio de 2002.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2011): *El Tribunal Constitucional y el uso de "tests": Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, 101-138.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2020). *La Tradición Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile, Vol. II, 1967-2019*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2020). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- GUILOFF TITIUN, Matías (2018). *La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites del derecho de propiedad privada en la Constitución chilena*. Revista Ius et Praxis de la Universidad de TALCA, pp. 621-648.
- LIRA OVALLE, Samuel (2012). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- MATUTE E., Claudio (2020): *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno*. Thomson Reuters, segunda edición.
- MILLAR CARVACHO, René (2005). *Pasión de Vida. Julio Philippi Izquierda (1882-1971)*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- MOGUILLANSKY, Graciela (1998): *Las Inversiones en el Sector Minero 1980-2000*. Santiago. Naciones Unidas.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1972). *La Batalla por el Cobre*. Empresa Editora Nacional Quimantu Limitada.
- OSSA BULNES, José (2012). *Tratado de Derecho de Minería. Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- PÁEZ, M (2006). *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autoregulación de los actos administrativos de los Estados*. Estudios Internacionales, 39 (153), pp. 5-36.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Economía y Sociedad Ltda.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2017). *Minería 3.0. Un motor del nuevo Chile*. Revista Economía y Sociedad (94), 4,5, 10-12, 13-17.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José (2007): *Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos: ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?*, sentencias destacadas de 2007.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio y Díaz Mieres, L. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Editorial Nascimento.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949). *Instituciones del Derecho Minero Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- TORRES FUENTEALBA, Juan Guillermo (2023). *El Impacto Económico de las Normas de Indemnización de Perjuicios en la Expropiación de Concesiones Mineras de Explotación en Chile entre los años 1925 a 2010*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 255-285.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Nascimento.
- URIBE HERRERA, Armando (1960). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (1973). *La nacionalización del cobre y el derecho internacional*. Centro de Estudios de Planificación.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): *Instituciones del Derecho Minero (Santiago, AbeledoPerrot)*.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2021). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1982, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 18 de septiembre de 1925 (Chile).

¹⁸⁵ GÓMEZ D., en: Piñera 2017, 10-12.

Ley 11.828. Fija disposiciones relacionadas con las empresas productoras de cobre de la gran minería y crea el departamento del cobre. 05 de mayo de 1955.

Ley N° 16.425. Modifica la Ley N° 11.828. 25 de enero de 1966.

Decreto Ley N° 601. Aprueba Transacción que indica. 22 de julio de 1974.

Decreto Ley N° 710. Aprueba la Transacción (empresas nacionalizadas). 24 de octubre de 1974.

Decreto Ley N° 821. Agrega disposición transitoria que indica a la Constitución Política del Estado. 24 de diciembre de 1974.

Ley N° 18.097 de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 7 de enero de 1982. D.O. No. 31.171.

Ley N° 22.259 de 1983. Establece Código de Minería. Boletín Oficial, 1 agosto 1980.

Ley N° 17.450 de 1971. Reforma el art. 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado y Nacionaliza la Gran Minería del Cobre. 15 de julio de 1971. D.O. No. 27.999.

Decreto N° 92 de 1971 [Ministerio de Minería]. Dispone reducir las cantidades que indica al calcular la indemnización que corresponda pagar a las empresas de la gran minería del cobre afectadas por la nacionalización. 28 de septiembre de 1971. D.O. No. 28.062.

Resolución N° 529 [Contralor General de la República]. Fija la indemnización a las empresas cuprenas nacionalizadas.

Jurisprudencia citada

Compañía Minera Arbiado Limitada con Enel Green Power Chile Limitada (2016): 12° Juzgado Civil de Santiago, 06 de diciembre de 2023. (Rol N° 31.539-2016). [Nulidad de derecho público e indemnización de perjuicios].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales: Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 1996 (Rol N° 245-1996). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo tercero transitorio de la Ley N° 19.940 del Ministerio de Minería: Tribunal Constitucional, 6 de marzo de 2007 (Rol N° 505-2006). Pleno. [Requerimiento de inconstitucionalidad].

Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2017): Corte Suprema, 14 de agosto de 2019. (Rol N° 35.581-2019). Tercera Sala. [Recurso de casación].

Retamales, Pedro Pascua con Fisco de Chile (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de mayo de 2017. (Rol N° 2391-2016). Sala. [Recurso de apelación].

Sociedad de Inversiones y Asesorías Genova Limitada y otras con Fisco de Chile (2011): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2011. (Rol N° 5450-2011). Tercera Sala. [Recurso de casación].

