

LA SERVIDUMBRE LEGAL MINERA DE OCUPACIÓN DE
PREDIOS SUPERFICIALES POR CANALES Y CAÑERÍAS DE AGUA.
NOTAS SOBRE UN CONFLICTO NORMATIVO*

IVÁN MAURICIO OBANDO CAMINO**
Universidad de Talca

RESUMEN

Este artículo analiza un conflicto normativo del derecho chileno entre el Código de Aguas de 1981 y el Código de Minería de 1983, relativo a las normas legales que deben regir la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías de agua.

Luego de revisar los diversos textos legales que han regido la materia desde 1818 a la actualidad y la doctrina de los autores, el autor propone una tesis interpretativa para resolver el conflicto legal en análisis, estableciendo que la servidumbre antedicha

ABSTRACT

This article analyzes a Chilean law conflict between the 1983 Mining Law Code and the 1981 Water Law Code concerning the legal provisions that must rule the establishment and exercise of a mining easement for the occupation of superficial servient estates with water channels and pipes.

After reviewing both the different laws enacted from 1818 on concerning those subjects and the respective legal doctrine, the author proposes an interpretation to solve that conflict which asserts that the 1983 Mining Law Code rules the aforementioned subjects.

* TABLA DE ABREVIATURAS: ONE.: Ordenanzas de Nueva España; CMCh.: Código de Minería de Chile; CACH.: Código de Aguas de Chile; CCCh.: Código Civil de Chile; CPCCh.: Código de Procedimiento Civil de Chile; AC. N° : Acta Constitucional número; C. Pol.: Constitución Política; LOCCM.: Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras; L. N°.: Ley número; LERL.: Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes; DFL. N°: Decreto con Fuerza de Ley número; DL. N°: Decreto Ley número; Dto.: decreto; D.O.: Diario Oficial; lib.: libro; tít.: título; párr.: párrafo; part.: parte; art.: artículo; inc.: inciso; i.f.: parte final.

** El autor agradece la colaboración del profesor Sr. Carlos Salinas Araneda y del personal de la biblioteca de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, para la ubicación y obtención de algunos de los textos jurídicos y doctrinales examinados en este trabajo, como asimismo los comentarios del profesor Sr. Rodrigo Barcia L. Los errores u omisiones son de exclusiva responsabilidad del autor.

debe sujetarse al Código de Minería de 1983 para estos efectos.

PALABRAS CLAVE: Servidumbre, Ocupación - Predio superficial - Acueducto minero - Canales - Cañerías - Procedimiento - Constitución - Ejercicio - Uso provisional.

KEY WORDS: Easement - Occupation - Superficial Servient Estate - Mining Aqueduct - Channels - Pipes - Procedure - Establishment - Exercise - Temporary Use.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de labores mineras requiere de ciertas facultades para su mayor rapidez y eficacia, para lo cual se otorgan derechos especiales al titular de las concesiones mineras y al establecimiento de beneficio de minerales a objeto que la búsqueda, exploración, explotación y beneficio de minerales se realicen oportuna y eficazmente. Entre estos derechos especiales se destacan, por su especial fisonomía y regulación jurídica, las servidumbres legales mineras, establecidas y reguladas en los arts. 120 ss. CMCh. 1983.

Asimismo, el agua es utilizada en forma intensiva y extensiva en las labores mineras. Por lo anterior, el art. 110 CMCh. 1983 otorga al concesionario minero, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de minerales, dependiendo de la concesión minera de que se trate y el art. 111 CMCh. 1983 somete a las normas del Código de Aguas y demás leyes aplicables el uso de las demás aguas necesarias para dichos objetos.

Dentro de las servidumbres legales mineras interesa analizar la situación de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías, cuando el elemento conducido por ellos es agua, establecida -entre otros- en favor de la concesión minera y del establecimiento de beneficio de minerales en los arts. 120 n° 1 y 121 CMCh. 1983, respectivamente, en relación con la remisión que el art. 72 CACH. 1981 efectúa a este último cuerpo legal para efectos de la constitución y ejercicio de las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código Minero¹.

Esta relación ha dado lugar a un conflicto normativo entre los ordenamientos legales minero y de aguas, en el ámbito del derecho procesal minero, debido a la interrogante relativa al cuerpo legal que debe regir la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías, cuando el elemento conducido por medio de unos y otras es el agua.

Al respecto, este artículo sostiene que el cuerpo legal aplicable en la especie

¹ Es importante aclarar que el CMCh. 1983 consagra esta servidumbre de ocupación no sólo a favor de los predios dominantes mencionados, sino también a favor de la facultad de catar y cavar en su art. 19. Sin embargo, este trabajo no se referirá particularmente a la situación de este último predio dominante respecto del conflicto normativo indicado, sino que se limitará a la concesión minera y al establecimiento de beneficio de minerales.

es el CMCh. 1983, cuyas normas de orden procesal contemplan el denominado juicio sumarísimo, en el cual el actor puede solicitar hacer uso provisional, desde luego, de las servidumbres pedidas, previo otorgamiento de caución en favor del demandado, para asegurar el pago de una eventual indemnización decretado en la sentencia de término. Para ello, nos basamos en las reglas de interpretación judicial de la ley contempladas en los arts. 19, 20, 22 y 23 CCCh., que contemplan los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático de interpretación.

En este sentido, este estudio permite discernir un patrón en nuestra historia jurídica, en lo atinente al tópico en análisis, según el cual la servidumbre en comento fue tradicionalmente concebida, entre otros, para la conducción de aguas para labores mineras, situación que se plasmó en los distintos cuerpos legales que rigieron en nuestro país.

Todo lo anterior nos mueve a rechazar la existencia del conflicto normativo y sostener que éste es meramente aparente.

Este artículo tiene una finalidad expositiva e interpretativa, para lo cual comenzará por plantear el problema relativo al conflicto normativo mencionado, luego señalará cuáles son las normas legales involucradas, a continuación expondrá brevemente la fisonomía de la servidumbre legal concernida, acto seguido revisará los antecedentes que respecto de esta servidumbre legal y del citado conflicto normativo arroja la historia legal chilena, incluidos sendos comentarios de la doctrina en ambos sentidos, como asimismo, los de este autor que apoyan la tesis interpretativa arriba anunciada, para finalmente proponer una solución interpretativa al mentado conflicto.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El art. 110 CMCh. 1983 otorga al concesionario minero el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida que ellas sean necesarias para la exploración, explotación y beneficio de las sustancias minerales. Asimismo, el art. 111 CMCh. 1983 señala que el uso de las demás aguas necesarias para dichos objetos se sujeta a las normas del CACH. 1981 y demás leyes aplicables. Finalmente, la concesión minera y el establecimiento de beneficio pueden imponer servidumbres de ocupación de predios superficiales por medio de canales y cañerías, al igual que hacer uso de las similares que se hayan constituido previamente en favor de una concesión minera, conforme a los arts. 121 y 126 CMCh. 1983.

Por su parte, los arts. 25, 36, 37, 72 y 76 CACH. 1981 prescriben que el titular de un derecho de aprovechamiento puede imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, que canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre, que el dueño de un derecho de aprovechamiento puede construir canales en suelo propio o ajeno, a sus propias expensas, que la servidumbre de acueducto es aquella que permite al titular del derecho conducir aguas por un predio ajeno, a expensas del citado titular y que las servidumbres relativas a las aguas que establece el CMCh. se constituyen y ejercen en conformidad al CACH, respectivamente.

De acuerdo a lo expuesto y a lo dispuesto en el art. 20 i.f. CCCh., cabe

concluir preliminarmente que la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías, cuando conducen agua, que se establece en el art. 120 n° 1 del CMCh. 1983, corresponde a lo que el legislador considera como la servidumbre legal de acueducto, pero aplicada a un ámbito especial, como ser el de la industria minera. En otras palabras, se trata de una servidumbre legal minera de acueducto.

En consecuencia, es del caso preguntarse cuál debe ser el estatuto jurídico que rija la constitución, ejercicio y terminación de esta servidumbre, que pretendan constituir e imponer el concesionario minero o el propietario de un establecimiento de beneficio de minerales, sobre un predio superficial o, eventual e hipotéticamente, otra concesión minera, en favor de los predios dominantes antes mencionados. ¿Debe ser el CACH. 1981 o el CMCh. 1983?

En tales circunstancias, ¿debe el concesionario minero o el propietario de un establecimiento de beneficio, de no arribar a acuerdo con el propietario del predio superficial o el titular de la concesión minera, accionar demandando la constitución judicial de dicha servidumbre, basándose para ello en el art. 72 y 177 CACH. 1981 en relación con el art. 111 CMCh. 1983, o debe hacerlo basándose para ello en los arts. 109, 120, 121 ss. y 234 inc. 2° CMCh. 1983?

De acuerdo a lo anterior, la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por medio de canales y cañerías de agua, ¿está comprendida en lo que el legislador de minas del año 1983 denominó el uso de las demás aguas necesarias para explotar, explorar o beneficiar sustancias minerales, como reza el art. 111 CMCh. 1983? Cabe preguntarse, entonces, ¿son éstas las servidumbres relativas a las aguas que establece el CMCh., a que alude el art. 72 CACH. 1981?

Esta interrogante no es inocua, entre otros, debido a que la constitución, ejercicio y extinción de las servidumbres establecidas en el CACH. 1981, se sujeta al procedimiento judicial del juicio sumario según su art. 177, en el cual existe la posibilidad de solicitar hacer ejercicio, durante la instancia, de las servidumbres pedidas, en dos hipótesis: i) En el caso excepcional que el tribunal acceda provisionalmente a la demanda, de solicitarlo con fundamento plausible el demandante en rebeldía del demandado y en el cual aún existe la posibilidad de oposición de parte de este último una vez notificado de lo resuelto, conforme al art. 684 CPCCh; ii) En el caso previsto en art. 71 CACH. 1981, conforme al cual el tribunal puede autorizar la constitución de las servidumbres una vez consignada en la cuenta corriente del tribunal la suma de dinero correspondiente a la indemnización fijada provisional e incidentalmente por el Sentenciador², la que podrá ser girada a favor del demandado durante la instancia, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia de término. Por el contrario, tratándose de las servidumbres reguladas en el CMCh. 1983, su constitución, ejercicio y terminación se sujeta al procedimiento del juicio sumarísimo, regulado en el art. 235 CMCh. 1983, el cual exhibe una mayor celeridad que el procedimiento del juicio sumario y en el cual existe la posibilidad de solicitar incidentalmente ha-

² MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *Nuevo Código de Aguas*, en AA.VV., *Modificaciones Legales del Quinquenio*. 1979-1983 (Santiago, 1983), p. 160.

cer uso provisional, desde luego, de las servidumbres pedidas antes de su constitución, previo otorgamiento de caución suficiente en favor del demandado, por parte del actor, para asegurar el pago de una eventual indemnización decretado en la sentencia de término, conforme al art. 125 CMCh. 1983. Como se podrá apreciar, la interrogante planteada genera efectos procesales y patrimoniales distintos.

La doctrina especializada posterior al año 1983 no da una respuesta directa sobre el tema en análisis³. Constituyen excepciones parciales a esta regla general don José Luis Ossa Bulnes y don Alberto Tala Japaz, quienes han traído el tema a colación en sus obras de *Derecho de Minería* y *Derecho de los Recursos Naturales*, respectivamente, planteando el primero una hipótesis que, en nuestro concepto, no resuelve directamente el mentado conflicto.^{4 5}

III. NORMAS LEGALES APLICABLES

El actual CMCh., que es la L. N° 18.248, dictada en el año 1983, regula en su tít. VIII, titulado *De los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros*, un conjunto de derechos y obligaciones de los titulares de concesiones mineras, sean de exploración o de explotación. En el párr. 1.º, titulado *Disposiciones comunes*, el CMCh. 1983 contempla tres artículos especiales sobre los derechos y usos sobre aguas del minero. Estos son los arts. 109, 110 y 111.

En tal sentido, el art. 109 señala: "*El concesionario tendrá derecho a imponer*

³ El análisis en profundidad de este tema ha sido generalmente omitido en obras especializadas de derecho de minería, las que se limitan a transcribir el art. 234 inc. 2º CMCh. 1983. Cfr. BORDALI SALAMANCA, Andrés, *Aspectos Procesales del Nuevo Código de Minería de 1983* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1991), p. 42; EL MISMO, *Derecho Procesal Minero: Aspectos Procesales en el Nuevo Código* (Santiago, 1994), p. 42; LIRA OVALLE, Samuel, *Curso de Derecho de Minería*³ (Santiago, 1998), pp. 205 ss. Lo mismo acontece con obras en derecho de aguas, Cfr. GUZMÁN ALCALDE, Alberto y RAVERA HERRERA, Ernesto, *Estudio de las Aguas*² (Santiago, 1998), pp. 99 ss.

⁴ Don Juan Luis Ossa Bulnes dedica unos breves comentarios al tema en su obra *Derecho de Minería*, en una nota final efectuada a propósito del encabezado de su capítulo noveno, titulado *Las Servidumbres Mineras*, en la cual sostiene lo siguiente: "2. Recuérdese que los titulares de concesiones mineras pueden serlo también de derechos de aprovechamiento sobre aguas con arreglo a los arts. 110 y 111. En estos casos, los referidos titulares, como asimismo quien ejercite la facultad de catar y cavar y obtenga un derecho de aprovechamiento, podrán imponer las servidumbres necesarias para el ejercicio de su derecho sobre las aguas (art. 25 del C. de Aguas). Estas servidumbres se rigen por las disposiciones que les sean aplicables de conformidad con las normas del art. 69 del Código de Aguas". Cfr. OSSA BULNES, Juan Luis, *Derecho de Minería*³ (Santiago, 1999), pp. 239, 245 y 465.

⁵ Don Alberto Tala Japaz reconoce indirectamente la existencia del conflicto normativo que nos ocupa, al cual dedica los siguientes comentarios: "Por otra parte, tratándose de ductos mineros que conduzcan aguas, cualesquiera sea su solución química, será necesario perfilar con mayor claridad cuándo se tratará de una servidumbre minera de ocupación por cañerías, conforme al artículo 120, número 3, del Código Minero, para distinguirla de la servidumbre de acueducto legislada en los artículos 76 y siguientes del Código de Aguas; puesto que dicho concurso normativo puede ocasionar no pocas dificultades prácticas". Cfr. TALA JAPAZ, Alberto, *Derecho de los Recursos Naturales* (Santiago, 1999), p. 30.

las servidumbres a que se refieren los párrafos 1.º y 2.º del Título IX”.

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

El art. 111 es del siguiente tenor: *“El uso de las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetará a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables”*.

Por otra parte, el tit. IX CMCh. 1983, titulado *De la exploración y de la explotación mineras*, contiene un párr. 1.º *De las servidumbres que gravan a los predios superficiales*, cuyas disposiciones regulan ciertas servidumbres legales mineras que se pueden imponer sobre los predios superficiales en favor de las concesiones mineras y de los establecimientos de beneficio.

Al respecto, el art. 120 n.º 1 sostiene: *“Desde la constitución de la respectiva concesión y con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, los predios superficiales están sujetos a los siguientes gravámenes: 1.º El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias [...]”*

El art. 121, por su parte, dispone: *“Las mismas servidumbres que se reconocen en este Título para las concesiones mineras podrán imponerse en favor de los establecimientos de beneficio de minerales”*.

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

Esta norma legal está relacionada con el art. 234 inc. 2.º, ubicado en el tit. XIV CMCh. 1983, titulado *De la competencia en general y el procedimiento*, el cual, refiriéndose al juicio sumarísimo, preceptúa: *“Se tramitarán en el mismo procedimiento todas las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reguladas por este Código; a las indemnizaciones correspondientes; y a las cauciones que procedan”*.

El tit. IX párr. 2.º CMCh. 1983, titulado *De las servidumbres que se deben las concesiones mineras entre sí*, regula un conjunto de derechos y gravámenes que pueden ser impuestos, a título de servidumbres mineras, sobre una concesión

⁶ Este artículo modificó tácitamente el art. 56 inc. 2º CACH. 1981, establecido dos años antes, el cual acordaba semejante derecho sólo para el titular de la concesión minera de explotación o pertenencia, mas no para el de la concesión minera de exploración. El tenor literal del art. 56 inc. 2º es el siguiente: *“Corresponde a los dueños de las pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación”*.

minera en favor de otra concesión minera o de un establecimiento de beneficio de minerales, como ser: i) El cúmulo de servidumbres y las servidumbres convencionales: art. 126 CMCh.; ii) La servidumbre de socavón: arts. 127 a 137 CMCh., y ii) La servidumbre de utilización de camino: art. 138 CMCh.

En lo pertinente a la servidumbre de ocupación por canales y cañerías, interesa el denominado cúmulo de servidumbres, regulado en el art. 126 inc. 1º part. 1ª e incs. 2º y 3º CMCh. 1983, el que permitiría plantear eventual e hipotéticamente el conflicto normativo que nos ocupa. En tal sentido, el art. 126 inc. 1º part. 1ª prescribe: "*La concesión minera en cuyo favor se haya constituido alguna de las servidumbres del presente Título, está sujeta al gravamen de que esa servidumbre sea utilizada también en provecho de otra concesión o de un establecimiento de beneficio [...]*"

El CMCh. 1983 no define en qué consiste la servidumbre de ocupación por canales y cañerías en un sentido amplio. Tampoco define qué se entiende por canal y cañería para efectos de su art. 120 nº 1. De lo único que existe certeza es que por medio de los canales y especialmente las cañerías se pueden conducir diversos elementos o sustancias, como ser el agua, sustancias químicas diluidas en agua o eventualmente sustancias minerales con presencia de humedad (a pesar que esto es más propio de un ducto minero, regulado en el art. 120 nº 3 CMCh.). De todas las anteriores, no hay lugar a dudas que es el agua el elemento más importante y frecuentemente conducido por canales y cañerías mineras.

El actual CACH., que es el DFL. Nº 1.122, dictado en el año 1981, regula en su lib. I tít. VII las servidumbres concernientes a las aguas y la hipoteca del derecho de aprovechamiento de aguas, dedicando la mayor parte de dicho título a tratar acerca de las primeras. Para ello, dedica el párr. 1., arts. 69 a 109, ambos inclusive, titulado *De las servidumbres*, a tratar de las servidumbres concernientes a las aguas y el párr. 2., arts. 110 y 111, titulado *De la hipoteca del derecho de aprovechamiento*, a tratar de la hipoteca del derecho de aprovechamiento de aguas.

El párr. 1., arriba citado, tiene un primer párrafo, titulado *a) Disposiciones generales*, que contiene las disposiciones de alcance general aplicables a las servidumbres legales concernientes a las aguas, entre las cuales se encuentra el art. 72 CACH. 1981, que establece una norma de remisión particular para efectos mineros. Dicho artículo prescribe: "*Las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería, se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones del presente Código*".

Además, se debe tener presente que el lib. I tít. VII párr. 1. CACH. 1981 regula y establece las servidumbres legales de acueducto, de derrames y drenajes, de abrevadero, de camino de sirga, de ingreso a predios para investigar y las demás necesarias para el ejercicio del derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de regular la servidumbre natural de escurrimiento y admitir la posibilidad de pactar servidumbres voluntarias en materia de aguas.

Finalmente, este periplo por las normas del CACH. 1981 no puede soslayar sus arts. 25, 36 inc. 1º, 37, 69, 71, 76 inc. 1º, 77 y 177. El art. 25, ubicado en el lib. I tít. III, titulado *De la adquisición del derecho de aprovechamiento*, señala: "*El derecho de aprovechamiento conlleva, por el solo ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes*".

El art. 36 inc. 1º, ubicado en el lib. I tít. IV párr. 3., titulado *De los cauces artificiales y de otras obras*, define lo que ha de entenderse por canal en los siguientes términos: “*Canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre. Forman parte de él las obras de captación, conducción, distribución y descarga del agua, tales como bocatomas, canoas, sifones, tuberías, marcos partidores y compuertas. Estas obras y canales son de dominio privado*”.

El art. 37, en tanto, que tiene la misma ubicación, prescribe: “*El dueño de un derecho de aprovechamiento podrá construir canales a sus expensas, en suelo propio o ajeno, con arreglo a las normas del presente Código*”.

El art. 69, ubicado más adelante a propósito de las servidumbres, señala: “*Son aplicables a las servidumbres relacionadas con las aguas de que se ocupa este Código, las disposiciones del Código Civil y leyes especiales, en cuanto no estén modificadas por la presente ley*”.

El art. 71 preceptúa: “*Si hubiere desacuerdo en cuanto al monto de la indemnización, resolverá el Juez, con informe de peritos, pudiendo autorizar la constitución sólo una vez pagada la suma que fije provisionalmente para responder de la indemnización que se determine en definitiva*”.

El art. 76, que tiene la misma ubicación, señala: “*La servidumbre de acueducto es aquella que autoriza a conducir aguas por un predio ajeno a expensas del interesado*”.

El art. 77 establece: “*Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad que necesite conducir aguas para cualquier fin*”.

Por último, el art. 177 prescribe: “*Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil*”.

IV. FISONOMÍA DE LA SERVIDUMBRE⁷

Por tratarse de una servidumbre minera de ocupación por medio de canales y cañerías, ella ha sido ejercida tradicionalmente respecto de predios o terrenos superficiales, aunque contemporáneamente se ha admitido su procedencia sobre las concesiones mineras mediante el denominado cúmulo de servidumbres. Asimismo, las minas y los ingenios o haciendas, hoy en día denominados concesiones mineras y establecimientos de beneficio de minerales, respectivamente, han constituido predios dominantes. Con todo, tratándose de concesiones mineras, ellas constituyen predios dominantes a condición que se encuentren constitui-

⁷ Los antecedentes conceptuales e histórico-jurídicos para el período 1818-1981 de la servidumbre legal minera en comento, analizados en esta sección y la siguiente, han sido revisados extensivamente en otro estudio de nuestra autoría, cuyos principales hallazgos resumiremos en dichas secciones, Cfr. OBANDO CAMINO, Iván Mauricio, *Estudio Histórico-Jurídico sobre la Servidumbre Minera de Ocupación por Canales y Cañerías de Aguas (1818-1981)*, en *Ius et Praxis* 10 (2004) 1, pp. 159 ss.

das y no en trámite, según se desprende del ordenamiento iusminero.

Los elementos que pueden conducirse mediante los canales y cañerías para las labores mineras no son demasiados. En el caso de los canales, ellos se reducen al agua, lo que es constitutivo de un acueducto, de muy raro empleo en la minería. En el caso de las cañerías, ellos pueden consistir en: i) Agua: lo que es también constitutivo de un acueducto, de empleo casi rutinario en la minería; ii) Sustancias químicas diluidas en agua (por ejemplo ácido sulfúrico): lo que es constitutivo de un acueducto o un ducto; o iii) Sustancias minerales dotadas de concentración de humedad: lo que es constitutivo de un ducto minero.

La jurisprudencia aceptó hace algún tiempo que los canales y cañerías constituyen acueductos. Una temprana sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 15 de junio de 1874, sostuvo indirecta e implícitamente esta posibilidad al señalar: *“La ley se propone únicamente precisar las condiciones con que puede establecerse la servidumbre de un acueducto abierto, y no la de uno subterráneo, por medio de la colocación de una cañería, que no imposibilita el uso del terreno en que la cañería se coloca... Tratándose de un acueducto subterráneo en que el agua se conduce por cañerías, el dueño del predio sirviente sólo está obligado a ceder el terreno necesario para la colocación de dicha cañería y para la reparación de ésta”*⁸. Otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 9 de septiembre de 1919, señaló que: *“Una servidumbre de acueducto por una cañería es continua”*⁹. Lo mismo aconteció con la posibilidad de conducir aguas mediante canales, lo que llevó al legislador de aguas a considerar el canal como sinónimo de acueducto en el art. 68 CACH. 1951.

Ahora bien, cuando el predio sirviente debe soportar la imposición de una servidumbre legal minera de ocupación por canales y cañerías de agua, nos encontramos en presencia de una servidumbre de acueducto, la que en la jerga y práctica minera ha sido denominada la servidumbre legal minera de acueducto.

En cuanto a su origen, se trata de una servidumbre que pertenece al género de las servidumbres en un triple sentido, a saber: 1) Se trata de una servidumbre legal, por cuanto es de aquellas que encuentran su fuente en la ley y no en un hecho de la naturaleza o en un acto voluntario del hombre. 2) Se trata de una servidumbre minera, por cuanto hace posible el ejercicio de derechos contemplados en el ordenamiento jurídico minero. 3) Se trata de una servidumbre especial, ya que es regulada en sus aspectos definitivos por el derecho minero y en subsidio por el derecho común.

En lo tocante a su objeto, se trata de una servidumbre positiva, ya que el gravamen impuesto al predio sirviente consiste en dejar que el titular de la servidumbre haga algo, como ser que ocupe el predio sirviente con canales y cañerías.

Respecto de su ejercicio, no obstante lo debatible del asunto, debe entender-

⁸ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas Código Civil* (Santiago, 1953), II, pp. 220 s.

⁹ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas Código Civil* (Santiago, 1953), II, p. 182.

se que constituye una servidumbre continua, ya que la ocupación del predio sirviente por canales y cañerías, lo que constituye el goce que se provee al predio dominante, no depende de un hecho actual del titular de la servidumbre. Por el contrario, dicho goce proviene de hechos pasados, como es, la construcción e instalación de los canales y cañerías.^{10 11}

En lo atinente a la manifestación externa de su existencia, su naturaleza puede ser doble, esto es, puede ser una servidumbre aparente o inaparente, según si su existencia se manifiesta materialmente por señales externas o no. Así, por ejemplo, si es un canal o cañería superficial, la servidumbre será aparente. Si la cañería es subterránea, lo más probable es que la servidumbre será inaparente.

V. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS ANTERIORES A 1981

1. *Antecedentes de derecho de minería*

Entre los años 1818 a 1874, la conducción de aguas para las labores mineras tuvo lugar mediante la servidumbre minera de ocupación contemplada en el tít. 6 art. 14 ONE., basándose para ello en la práctica existente en la industria, no obstante la promulgación del CCCh. en el interin, el que contemplaba la servidumbre de acueducto.

El tít. 6° art. 14 ONE. contemplaba en términos generales el derecho a constituir e imponer una servidumbre de ocupación sobre el predio superficial, como asimismo para hacer uso de las aguas existentes, al señalar que: *“cualquiera podrá descubrir o denunciar veta o mina, no solo en los términos comunes, sino también en los propios de algún particular con tal de que le pague el terreno que ocupare en la superficie, i el daño que inmediatamente se le siga, por tasación de los peritos de ámbas partes o del tercero en discordia, entendiéndose lo mismo del que denunciare sitio o aguas para establecer las oficinas o mover las máquinas necesarias para el beneficio de los metales que llaman haciendas, con tal de que no comprendan mas terreno ni usen mas aguas que las que fueren suficientes”*.

Este artículo era interpretado en forma amplia debido a que su fuente se encontraba en la Ordenanza 52 del Nuevo Cuaderno, dictada por Felipe II en 1584, la cual, según don José Bernardo Lira, *“otorga a los dueños de minas la facultad de construir casas, injenios i todas las obras necesarias para el beneficio de aquellas en cualquier sitio ajeno, pagando su valor a tasación de dos personas nombradas por el juez de minas del partido”*¹².

A partir de 1874, la mentada servidumbre minera fue contemplada en el art. 6° de los CMCh. 1874 y 1888, ambos con una redacción ligeramente similar, empleándose igualmente para la conducción de aguas antedicha.

Así, el art. 6° CMCh. 1874 preceptuó: *“Reconocida la existencia de la mina, los fundos superficiales quedan sujetos a la servidumbre de ser ocupados en toda la*

¹⁰ Cfr. SAN MARTÍN DEVOTO, Diego Salvador, *Las Servidumbres* (Santiago, 1998), pp. 72 s.

¹¹ Sobre jurisprudencia pertinente al tema, *Ibid.*

¹² LIRA, José Bernardo, *Exposición de las Leyes de Minería de Chile* (Valparaiso, 1870), p. 114.

estension necesaria para la cómoda explotación de ella, a medida que el desarrollo de los trabajos lo fuere requiriendo; para el establecimiento de canchas, terreros, hornos i máquinas de extracción i beneficio de sus metales, para habitaciones de operarios i vías de transporte hasta los caminos comunes, no solo de los productos, sino de las materias que se necesiten para la explotación i beneficio. Pero el dueño del terreno no está obligado a consentir el establecimiento de empresas industriales o comerciales con fundición o beneficio./ La servidumbre se constituirá previa indemnización no solo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se cause éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquiera otro”.

En su obra *Nueva Edición del Código de Minería*, publicada en 1877, don José Joaquín Larraín Zañartu enfatizó el carácter amplio del art. 6º del CMCh. 1874, el que en su opinión “encierra en sí la base de toda la legislación minera [...] no es tampoco sino una consecuencia lógica aplicada a las minas de los principios que rijen la constitución de las servidumbres... la facultad de establecer caminos, viviendas, etc., es también una derivación del art. 828 del Código Civil, que establece que el que tiene derecho a la servidumbre lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla”¹³.

Por su parte, el art. 6º CMCh. 1888 prescribió: “Reconocida la existencia de la mina, los fundos superficiales quedan sujetos a la servidumbre de ser ocupados en toda la estension necesaria para la cómoda explotación de ella a medida que el desarrollo de los trabajos lo fuere requiriendo; para el establecimiento de canchas, terreros, hornos i máquinas de extracción y beneficio de sus metales, solos o mezclados con otros; para habitaciones de operarios i vías de transporte hasta los caminos comunes, no solo de los productos, sino de las materias que se necesiten para la explotación i beneficio. A estas servidumbres quedan sujetas las concesiones de minas no metálicas. [...]. La servidumbre se constituirá previa indemnización no solo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se cause éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquiera otro”.

Don Robustiano Vera en la segunda edición de su obra *Código de Minería de la República de Chile Comentado i Anotado*, publicada en 1897, reconoció que la servidumbre del art. 6º CMCh. 1888 permitía la conducción de aguas, en mérito de lo cual señaló: “El derecho de ocupar los terrenos no concedidos con trabajos auxiliares, es un principio corriente en toda legislación minera i se entienden por trabajos de esta clase todos aquellos destinados a favorecer la explotación de las minas, como ser los de ventilación, desagüe, conducción de aguas, extracción de minerales, desmonte, transporte, tránsito i otros”¹⁴.

En 1925, don Eduardo Varas Videla, en su memoria de prueba *De las Servidumbres*, dada a conocer ese mismo año, concurrió en igual sentido, basándose para ello en el fundamento mismo del citado gravamen, para lo cual sostuvo: “El fundamento de ella está en la necesidad absoluta que tienen las minas para ser explo-

¹³ LARRAÍN ZAÑARTU, José Joaquín, *Nueva Edición del Código de Minería*² (Valparaíso, 1877), pp. 112 s.

¹⁴ VERA, Robustiano, *Código de Minería de la República de Chile Comentado i Anotado*² (Santiago de Chile, 1897), p. 85.

tadas de la ocupación de los terrenos inmediatos, y de obras de ventilación, desagüe, conducción de aguas, transporte, desmonte, tránsito, extracción de minerales, etc....

*Analizando la servidumbre global que este artículo impone, se ve fácilmente que lleva incluidas una verdadera serie de servidumbres: de tránsito, luz, desagüe, conducción de aguas, uso de leñas, extracción de minerales [...]*¹⁵.

El CMCh. 1930 estableció expresamente, en su art. 86 n° 1, una servidumbre minera de ocupación por canales y cañerías susceptible de emplearse para la conducción de aguas para las labores mineras. Esta servidumbre minera se constituía y ejercía con arreglo a las disposiciones especiales del mismo Código Minero.

Así, su art. 86 n° 1 señaló: “*Los terrenos superficiales están sujetos, con solo fin de facilitar al minero los medios necesarios para reconocer y constituir la pertenencia y para efectuar una cómoda explotación de la mina, a las siguientes servidumbres: 1º. La de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y beneficio de minerales, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias [...]*”.

El art. 88 reguló las servidumbres y derechos sobre aguas superficiales de las minas, disponiendo al efecto: “*El minero podrá, asimismo, aprovecharse de las aguas que corran por cauces artificiales o naturales para la bebida de los operarios y animales y para el movimiento de las máquinas de explotación y beneficio, quedando en esta parte sometido a la legislación sobre uso de aguas para fines industriales./ Podrá también el minero usar las aguas que corran por cauces naturales en el beneficio de los productos de su mina, debiendo solicitar la respectiva merced en conformidad a las disposiciones legales./ Si estuvieren agotadas las aguas de los cauces naturales de la región, el minero podrá utilizar, con igual objeto, las que corran por cauces artificiales, siempre que el resto de las aguas no resulte de insuficiente para el uso a que están destinadas./ Para el aprovechamiento de las aguas con los fines indicados, podrá el minero ejecutar en los predios superficiales las obras que fueren necesarias*”¹⁶.

El art. 89 aludió a los establecimientos de beneficio de minerales: “*Las mismas servidumbres y derechos acordados para las pertenencias, podrán imponerse a favor de los establecimientos de beneficio de minerales*”.

¹⁵ VARAS VIDELA, Eduardo, *De las Servidumbres* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1925), pp. 358 s. Sobre explicaciones generales relativas al art. 6º CMCh. 1888, Cfr. SÁNCHEZ C., Alejandro, *Comentarios al Código de Minería*² (Valparaíso, 1909), pp. 78 s.; VERA, Robustiano, *Código de Minería de la República de Chile Comentado i Anotado* (Santiago de Chile, 1888), pp. 45 ss.; RAVEST, José, *El Nuevo Código de Minería de la República de Chile Explicado* (Santiago, 1889), pp. 9-13; LARRAÍN ZANAARTU, J. Joaquín, *Comentarios i Concordancias del Código de Minería Vijente* (Santiago de Chile, 1889), pp. 49-63. Asimismo, preciso es señalar que Varas Videla conocía la obra de Robustiano Vera era, pues cita entre su bibliografía los *Comentarios al Código de Minería*, publicados por aquél en 1900, p. 5.

¹⁶ Sobre la discusión parlamentaria a que fue sometido este artículo, Cfr. RUIZ BURGEOS, Julio y DIAZ MIERES, Luis, *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932* (Santiago, 1940), pp. 159 s.

El art. 91 reguló la forma de constitución de las servidumbres mineras: “*La constitución de las servidumbres y demás derechos, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes, se determinarán por acuerdo de los interesados que conste en escritura pública, o por resolución judicial. La indemnización podrá pagarse de una sola vez o en forma periódica*”.

El art. 93 autorizó al minero y al establecimiento de beneficio para hacer uso provisional de las servidumbres mencionadas, previa caución, al disponer: “*Mientras se tramite el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al minero para hacer uso, desde luego, de las servidumbres y derechos solicitados en su demanda, siempre que rinda caución suficiente para responder del resultado del juicio y de las indemnizaciones que pueda estar obligado a pagar. Esta caución deberá consistir en garantía hipotecaria, depósito en dinero o valores equivalentes*”.

Por último, el art. 197 sometió al procedimiento del juicio sumario las “*cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres y demás derechos que reconoce la ley en favor de las minas y establecimientos de beneficio; a las indemnizaciones correspondientes, y a las cauciones que procedan [...]*”.

A pesar que el CMCh. 1930 tuvo una escasa vigencia y fue reemplazado dos años más tarde por un nuevo Código Minero, ello no constituyó óbice para que don Oscar Muñoz Moraga sostuviera en su memoria de prueba *Del Régimen Legal de las Aguas*, publicada en el año 1931, que este Código se refería en diversas ocasiones a materias de aguas y al efecto, citando su art. 86 n° 1, no dudara en afirmar que “*el Código de Minería consulta diversas servidumbres con relación a las aguas, sea gravando al predio superficial [...]*”¹⁷.

El CMCh. 1932, elaborado por una comisión técnica de representantes del ejecutivo y de la Sociedad Nacional de Minería, mantuvo las instituciones en comento del CMCh. 1930, inclusive la numeración y redacción de algunos de los artículos respectivos. El art. 85 CMCh. 1932 señaló que “*las aguas procedentes de las minas pertenecen a éstas*”. El tít. VIII párr. II, este último igualmente titulado *De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales*, estableció y reguló –en lo que aquí nos interesa– la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías, al igual que las servidumbres y derechos sobre aguas superficiales de las minas, en sus arts. 86 n° 1 y 88, respectivamente, manteniendo este último artículo idéntica redacción que el del Código precedente.¹⁸ El art. 89 extendió a los establecimientos de beneficio de minerales las

¹⁷ MUÑOZ MORAGA, Oscar, *Del Régimen Legal de las Aguas* (Angol, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1930), p. 113.

¹⁸ El nuevo art. 86 n° 1 experimentó un ligero cambio de redacción en su parte inicial, pues señaló: “*Art. 86. Desde la inscripción del acta de mensura, los terrenos superficiales están sujetos, con sólo fin de facilitar al minero los medios necesarios para efectuar una cómoda explotación de la mina, a los siguientes gravámenes: 1º. El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y beneficio de minerales, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias*”.

Sobre el desarrollo histórico e interpretación jurisprudencial y doctrinal de las disposiciones legales que precedieron al art. 86 CMCh. 1932, tanto en el derecho indiano como patrio,

mismas servidumbres y derechos establecidos para las pertenencias, manteniendo también la misma redacción que el Código precedente. El art. 91 señaló que las servidumbres y demás derechos referidos en dicho párrafo se debían constituir, ejercer e indemnizar, por acuerdo entre los interesados, o en subsidio, por la autoridad judicial, pudiendo pagarse la indemnización de una sola vez o en forma periódica, lo que no fue sino reiteración de la norma legal en anterior vigencia. El art. 93 facultó al minero –y por extensión al establecimiento de beneficio– para solicitar, antes de la constitución de las respectivas servidumbres y derechos, “*hacer uso, desde luego, de las servidumbres y derechos solicitados en su demanda*”, rindiendo caución suficiente para responder del pago de las indemnizaciones a que pudiere estar obligado en definitiva, omitiendo el legislador toda mención a algún tipo particular de caución para estos efectos. El párr. III del mismo tít., igualmente titulado *De los servicios que se deben las pertenencias entre sí*, en su art. 94 sometió a las pertenencias a las mismas servidumbres y derechos establecidos en su favor, respecto de otras pertenencias. Por último, el art. 197 sometió al procedimiento del juicio sumario todas las cuestiones relativas a la “*constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres y demás derechos que reconoce la ley a favor de las pertenencias y establecimientos de beneficio; a las indemnizaciones correspondientes, y a las cauciones que procedan*”, reiterando lo establecido dos años antes.

Con todo, la visión de la doctrina iusminera sobre las instituciones contempladas en los arts. 86 n° 1 y 88 CMCh. 1932 no fue del todo uniforme, pues los autores discreparon acerca de la naturaleza jurídica de los derechos en ellos contemplados atendida la ambigüedad de sus términos, esto es, cuáles eran constitutivos de servidumbres de aguas en sentido estricto y cuáles lo eran de un derecho a obtener una merced de aguas.^{19 20} Respecto de la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías, prevista en el art. 86 n° 1 CMCh. 1932, ella tenía un carácter amplio debido al objeto que perseguía, esto es, permitir “*efectuar una cómoda explotación de la mina [...] en toda la extensión necesaria*” y en nuestro concepto su consagración legal respondió a la experiencia acumulada en la industria minera, en la cual se le había empleado para la con-

Cfr. CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, 1935), IX, pp. 279-293.

¹⁹ Cfr. al respecto LIRA URQUIETA, Pedro - DE LA MAZA, Lorenzo, *Régimen Legal de las Aguas en Chile* (Santiago, 1940), pp. 68-87; CORDERO B., Luis, *Decreto-Ley N° 488 sobre Código de Minería Comentado y Concordado* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1936), pp. 141 ss.; VALENZUELA P., Selín, *Repeticón de lo Pagado por Indemnización en las Servidumbres Mineras* (Santiago de Chile, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1942) pp. 20 s.; ITURRIETA HERRERA, José, *Política y Legislación sobre Establecimientos de Beneficio de Minerales en Chile* (Santiago de Chile, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1944) pp. 88 s.

²⁰ Ruiz Burgeois señaló, además, que “Esta ocupación puede efectuarse [...] no sólo en el terreno en cuyas entrañas está la mina, sino en cualquier terreno superficial por distante que pudiere estar del yacimiento. Como lo dice la ley, la ocupación será “en toda la extensión necesaria”. Cfr. RUIZ BURGEOS, Julio, *Instituciones de Derecho Minero Chileno*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949), II, pp. 36 - 42 y 223 s.

ducción de aguas. Asimismo, debe traerse a colación el hecho que la conducción de aguas procedentes de las labores de las minas, contempladas en el art. 85 CMCh. 1932, para efectos de “*efectuar una cómoda explotación de la mina... en toda la extensión necesaria*”, sólo se podía efectuar mediante la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías, al no estar aquéllas referidas en el art. 88 CMCh. 1932. Respecto de las servidumbres de aguas del minero previstas en el art. 88 CMCh. 1932 (y del establecimiento de beneficio por aplicación del art. 89 CMCh. 1932), el desacuerdo doctrinal en los términos arriba expresados resultó más evidente. Creemos que el ordenamiento iusminero, a la sazón, sólo contemplaba una servidumbre relativa a las aguas, en sentido estricto, en el art. 88 inc. 1º part. 1ª e inc. 3º CMCh. 1932, esto es, la servidumbre legal minera de toma o saca de aguas de cauces artificiales. En cambio, en el art. 88 inc. 1º i.f. e inc. 2º CMCh. 1932, el legislador sólo contemplaba el derecho a obtener distintos tipos de mercedes de aguas sobre aguas superficiales en cauces naturales, para los fines de aprovechamiento indicados. Finalmente, las servidumbres de los arts. 86 nº 1 y 88 CMCh. 1932 se constituían, ejercían y terminaban conforme al procedimiento judicial del juicio sumario, con arreglo al art. 197 CMCh. 1932, pudiendo el actor hacer uso desde luego de las servidumbres pedidas en el juicio de constitución respectivo, con arreglo al art. 93 CMCh. 1932.

2. Antecedentes de derecho de aguas

En el año 1951 entró definitivamente en vigencia el primer CACH., al publicarse en el D.O. de 28 de mayo de ese mismo año la L. Nº 9.909, que puso término al proceso de reforma de un anterior CACH. aprobado por la L. Nº 8.944, publicada en el D.O. de 11 de febrero de 1948, la que además modificó el CCCh., CPCCh., CMCh. 1932²¹ y diversas leyes complementarias²².

²¹ Es importante señalar que el CACH. respondió a un anhelo codificador de décadas, en las cuales diferentes proyectos de ley fueron propuestos al Congreso Nacional. Con todo, una vez aprobada la L. Nº 8.944, ésta fue objeto de fuertes críticas de parte de autores y usuarios de aguas, lo que condujo a que su vigencia fuera sucesivamente diferida por espacio de más de tres años, al término de los cuales se le introdujeron sendas modificaciones. En tal sentido, la vigencia de la L. Nº 8.944 fue suspendida desde el 11 de junio de 1948 hasta el 1º de enero de 1949, en virtud del art. 1º inc. 1º L. Nº 8.978, publicada en el D.O. 19 de agosto de 1948, el que su inc. 2º i.f. dispuso: “*Continuarán en vigor, y durante la suspensión de los textos mencionados, todas las leyes, ordenanzas, decretos y demás disposiciones relacionadas con aguas que regían hasta el 11 de junio de 1948*”. Los efectos de la L. Nº 8.978 fueron prorrogados, por primera vez, hasta el 17 de septiembre de 1949 por la L. Nº 9.288, publicada en el D.O. de 31 de diciembre de 1948, y luego por segunda vez, hasta el 28 de febrero de 1950, en virtud de la L. Nº 9.394, publicada en el D.O. de 17 de septiembre de 1949. Los efectos de la L. Nº 8.978 fueron prorrogados, por tercera vez, hasta el 28 de agosto de 1950, en virtud de la L. Nº 9.575, publicada en el D.O. de 3 de marzo de 1950, y, nuevamente, por cuarta vez, hasta el 1º de abril de 1951, en virtud de la L. Nº 9.678, publicada en el D.O. de 26 de septiembre de 1950. Durante la vigencia de esta última ley, la L. Nº 8.944 fue extensamente modificada por la L. Nº 9.896, publicada en el D.O. de 28 de marzo de 1951, cuyo art. 4º dispuso: “*El Presidente de la República dispondrá que se haga una nueva edición del Código de Aguas y de la*

En lo concerniente al tema que nos ocupa, se debe señalar que el CACH. 1951 contempló seis normas a su respecto, como ser los arts. 54, 60, 68, 181, 182 y 293 inc. 1°.

El primero, ubicado en el lib. I tít. II párr. 6., este último titulado *De las mercedes de aguas subterráneas*, preceptuó: “*Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas, dentro de ellas, el uso de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación*”.

El segundo, ubicado en el lib. I tít. III párr. 8., este último titulado *De las mercedes de aguadas en las provincias de Tarapacá y Antofagasta*, señaló: “*El concesionario no podrá impedir a los particulares ni a los establecimientos mineros o de otra naturaleza que existan o puedan existir en las inmediaciones, el uso de las aguas en cuanto las necesiten para la bebida o menesteres domésticos*”.

El tercero, ubicado en el lib. I tít. IV párr. 3., este último titulado *De los cauces artificiales*, dispuso: “*Canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre./ Se comprenden también como tales, las canoas, sifones, tuberías y demás obras destinadas a conducir aguas./ Estos canales son de dominio privado*”.

El cuarto, ubicado en el lib. I tít. VIII párr. 1., este último titulado *Disposiciones generales*, prescribió: “*Las servidumbres legales se constituirán previas las indemnizaciones correspondientes y éstas podrán pagarse de una sola vez o en forma de renta periódica*”.

El quinto, con la misma ubicación, estableció: “*Las servidumbres relativas a las aguas que concede el Código de Minería se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones del presente Código*”.

El sexto, ubicado en el lib. II tít. III, este último titulado *De los Juicios sobre Aguas en General*, señaló: “*En los juicios sobre constitución, ejercicio y extinción de las servidumbres y en todas las demás cuestiones sobre aguas se aplicará el procedimiento sumario*”.

Asimismo, debe mencionarse el art. 299, ubicado en el tít. final, titulado *Disposiciones Finales*, el que contenía una norma de derogación orgánica del siguiente tenor: “*Desde la vigencia de este Código, quedarán derogadas las leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aún en lo que no fueren contrarias a él*”.

ley que lo aprueba, con las modificaciones introducidas por la presente ley, dándole la numeración correlativa correspondiente y enmendando las referencias y concordancias”. De acuerdo a esta autorización, dos meses más tarde se dictó la L. N° 9.909, que modificó nuevamente el CACH. y sus disposiciones complementarias, pasando a constituir el texto definitivo del primer Código del ramo. Este Código resultante, el CACH. 1951, vino a dotar de armonía y coherencia a un conjunto de disposiciones legales sobre aguas dispersas en varios cuerpos legales y específicamente derogó los arts. 834 a 838, 840, 862 a 869, 871, 872, 938 a 940, 944 y 945 y modificó los arts. 833, 839, 861, 870 y 937, todos del CCCh.

²² Cfr. ROJAS MERY, Eulojio (ed.), *Códigos de Chile* (Milán, s.d.), pp. 256 s., para consultar el texto original de estos artículos, muchos de los cuales pasaron al CACH. 1951, en la parte pertinente a las servidumbres de escurrimiento, acueducto, camino de sirga y mercedes de aguas subterráneas.

Paralelamente, la L. N° 9.909 modificó también el CMCh. 1932, agregando un inciso final a su art. 88, el cual fue del siguiente tenor: “*Las servidumbres sobre aguas que establece este Código se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del Código de Aguas*”.

El legislador de aguas del año 1951 pretendió así proteger a la agricultura mediante una regulación especial de las servidumbres sobre aguas del minero concedidas por el CMCh. 1932, las que sometió a las disposiciones respectivas del nuevo CACH. 1951, para efectos de su constitución y ejercicio²³.

Sin embargo, resultó una tarea difícil para los autores de derecho minero y de aguas el discernimiento de los enunciados empleados en el art. 182 CACH. 1951 y en el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932, esto es, cuáles eran las instituciones del CMCh. 1932 que constituían las servidumbres relativas a las aguas que este último concedía, o las servidumbres sobre aguas establecidas por el Código Minero, como lo señalaba con una redacción ligeramente distinta el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932, respectivamente. Lo mismo aconteció con la interpretación de la expresión se constituirán y ejercerán con arreglo a las disposiciones respectivas del Código de Aguas, empleada por el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932, lo que conducía a la interrogante respecto de cuáles instituciones de este último cuerpo legal habían quedado sometidas al CACH. 1951 en su constitución y ejercicio.

Sobre esta materia, don Samuel Lira Ovalle, en su manual de estudio *El Derecho de Aguas ante la Cátedra*, publicado en 1956, tempranamente señaló que las servidumbres del CMCh. 1932 “*relacionadas con las aguas, se rigen desde la dictación del Código por las normas contenidas en los párrafos correspondientes a cada una de las servidumbres tratadas por ese cuerpo legal*”²⁴, lo que permite deducir que la sujeción de dichas servidumbres al CACH. 1951 exigía la concurrencia de una identidad legal entre las instituciones concernidas, pues de otra forma no podía entenderse la referencia que este autor hizo a los párrafos correspondientes de dicho Código. Por lo expuesto, de no concurrir esta identidad legal, entonces la constitución y ejercicio del gravamen respectivo se regía por el CMCh. 1932.

Este parecer fue compartido por don Yerko Simunovic Estay, quien comentando el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932, expresó: “*Con respecto a la constitución y ejercicio debemos tener presente, como lo veremos más adelante que sólo se aplicarían las normas del Código de Aguas a aquellas servidumbres que estando establecidas en el Código de Minería se encuentren reglamentadas en el Código de Minería. [...]*”.

²³ Respecto del art. 181 CACH. 1951, Simunovic Estay sostuvo que el actor debía solicitar al Juez que decretase el pago previo de la indemnización, de oponerse a la ejecución de las obras el dueño del predio sirviente, Cfr. SIMUNOVIC ESTAY, *El Uso de las Aguas en el Derecho Minero* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1967), p. 28. Asimismo, el CACH. 1951 no pretendió derogar las normas del CMCh. 1932 sobre las servidumbres mineras sobre aguas, como sostuvo don Osvaldo Burmester Araya en 1942, basado en el tenor literal del art. 220 del proyecto de Código del ramo, Cfr. BURMESTER ARAYA, Osvaldo, *Las Servidumbres en el Proyecto de Código de Aguas* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1942), p. 11.

²⁴ LIRA OVALLE, Samuel, *El Derecho de Aguas ante la Cátedra* (Santiago, 1956), p. 250. Espaciado agregado por el autor de este artículo.

*Aquellas servidumbres sobre aguas que, estando establecidas en el Código de Minería, no están reglamentadas en el Código de Aguas, tienen que regirse, necesariamente, en su constitución y ejercicio, por las normas del Código de Minería*²⁵.

En este orden de ideas, uno de los puntos de conflicto en la doctrina lo constituyó el estatuto legal que debía regir la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías de agua, atendida la remisión que los arts. 182 CACH. 1951 y 88 inc. 5º CMCh. 1932 efectuaban al Código de Aguas. En la doctrina de derecho de aguas, don Ciro Vergara Duplaquet, don Yerko Simunovic Estay y doña Noemí Rojas Llanos, sostuvieron que dicha servidumbre había quedado sometida al CACH. 1951, especialmente en atención a que el art. 68 CACH. 1951 asimilaba el acueducto al canal o cauce artificial.²⁶ En la doctrina iusminera, don Carlos Piedra Herrera y don Armando Uribe Herrera sostuvieron lo contrario, pues visualizaron la mentada servidumbre como una mera servidumbre de ocupación mediante las instalaciones contempladas en el art. 86 nº 1 CMCh. 1932²⁷.

El estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley permite sustentar la postura doctrinal iusminera, ya que revela un cambio de parecer del legislador durante el proceso de reforma al CACH. aprobado por la L. Nº 8.944. Efectivamente, el art. 10 de la L. Nº 8.944, de 1948, agregó un inciso final al art. 86 CMCh. 1932, conforme al cual las servidumbres sobre aguas establecidas en el mismo Código se constituían y ejercían con arreglo a las disposiciones respectivas del CACH. 1951. Tres años más tarde, sin embargo, la ley en comento fue ampliamente modificada por la L. Nº 9.896, cuyo art. 1º e), fundado en errores de carácter técnico incurridos en la elaboración de la L. Nº 8.944, según expresó el Mensaje con que fue remitido al Congreso Nacional, modificó el art. 10 de la L. Nº 8.944 y prescribió: “*Substitúyese en el artículo 10 la expresión ‘artículo 86’ por ‘artículo 88’*”, lo cual dejó en claro que las denominadas servidumbres sobre aguas, establecidas en el CMCh. 1932, se encontraban en su art. 88 y no en su art. 86²⁸.

²⁵ SIMUNOVIC ESTAY, Yerko, cit. (n. 23), pp. 45 s.

²⁶ VERGARA DUPLAQUET, Ciro, *De las Servidumbres en materia de aguas*, en HEDERRA DONOSO, Ana (ed.), *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, 1960), I, pp. 334 s.; ROJAS LLANOS, Noemí, *Aplicación del Agua en el Código de Minería* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1966), pp. 81 s.; SIMUNOVIC ESTAY, Yerko, cit. (n. 23), pp. 41-47.

²⁷ Piedra Herrera sostuvo que la citada disposición legal enumeraba “todos los fines u objetos en que puede realizarse la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales”, Cfr. PIEDRA HERRERA, Carlos, *Las Servidumbres Mineras* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1962), p. 91; URIBE HERRERA, Armando, *Manual de Derecho de Minería*² (Santiago, 1968), p. 255.

²⁸ Para el estudio de la disposiciones legales pertinentes, Cfr. RUIZ BURGEOS, Julio, *Instituciones*, cit. (n. 20), pp. 42 s. n. 1; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 11ª Ordinaria, Miércoles 10 de junio de 1936, pp. 663 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 24ª Ordinaria, Martes 20 de julio de 1937, pp. 1.267 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 59ª Ordinaria, Martes 31 de agosto de 1937, p. 2.763; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 53ª Ordinaria, Lunes 30 de agosto de 1937, pp. 2.570 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 53ª Ordinaria, Miércoles 24 de

Por lo expuesto, la constitución, ejercicio y terminación de la citada servidumbre legal minera de ocupación, debía tener lugar con arreglo a los arts. 86 n° 1, 93 y 197 CMCh. 1932.

Este cambio de parecer del legislador, a nuestro juicio y basándonos en parte en Simunovic Estay, denota que mediante las denominadas servidumbres relativas a las aguas que concedía el CMCh. 1932, como expresó el art. 182 CMCh. 1951, se pretendió aludir, primaria y principalmente, al conjunto de facultades²⁹, de carácter principal, que el Código Minero confería a las minas -y por extensión a los establecimientos de beneficio- para efectos del consumo de aguas superficiales, de cauces naturales o artificiales, para la obtención de un aprovechamiento en pos de la actividad minera, mediante la obtención de una merced de aguas o la constitución de una servidumbre legal de toma o saca de aguas, conforme al art. 88 CMCh. 1932. Sólo en forma muy secundaria el legislador pretendió aludir a la facultad de utilizar, sin consumir, las citadas aguas, mediante la servidumbre legal de fuerza motriz prevista en la misma disposición legal. Esta interpretación se encuentra acorde con la intención del sector agrícola, vertida en el art. 182 CACH. 1951, de obtener cierta protección para el uso de las aguas superficiales necesarias para su actividad. Desde este punto de vista, resultaba inocuo someter a las normas del CACH. 1951 la constitución y ejercicio de la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías de agua, prevista en el art. 86 n° 1 CMCh. 1932, porque esta última era -de suyo- meramente accesoria a la obtención de un derecho de aprovechamiento por medio de una merced de aguas o a la constitución de una servidumbre de toma o saca de aguas.

Por otra parte, basándonos en Lira Ovalle y en Simunovic Estay³⁰, podemos

agosto de 1938, pp. 2.454 ss.; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 53ª Ordinaria, Miércoles 3 de julio de 1940, p. 769; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 3ª Ordinaria, Miércoles 30 de mayo de 1945, pp. 250 y 255; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30ª Ordinaria, Martes 21 de agosto de 1945, p. 1.352; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 18ª Ordinaria, Martes 16 de julio de 1946, p. 811; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30ª Ordinaria, Martes 21 de agosto de 1945, pp. 1.300 ss. y CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 52ª Ordinaria, Martes 28 de agosto de 1945, pp. 2.087 ss., para los textos comparados aprobados por ambas Cámaras; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 24ª Extraordinaria, Martes 28 de enero de 1947, pp. 1.111 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 19ª Ordinaria, Miércoles 17 de julio de 1946, p. 883; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 26ª Ordinaria, Miércoles 20 de agosto de 1947, pp. 1.424 s.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 30ª Extraordinaria, Martes 30 de diciembre de 1947, p. 1.292; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 23ª Extraordinaria, Martes 5 de enero de 1948, pp. 970 s.; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 30ª Ordinaria, Martes 6 de septiembre de 1949, p. 1.030; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 14ª Extraordinaria, Miércoles 4 de enero de 1950, pp. 596 y 624; SENADO DE CHILE, *Diario de Sesiones*, Sesión 15ª Extraordinaria, Martes 10 de enero de 1950, p. 674; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 28ª Ordinaria, Martes 1º de agosto de 1950, pp. 1.284 ss.; CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín de Sesiones*, Sesión 40ª Ordinaria, Martes 22 de agosto de 1950, p. 1.976.

²⁹ SIMUNOVIC ESTAY, Yerko, cit. (n. 23), p. 43.

³⁰ Cfr. (n. 24) y (n. 25).

sostener que la L. N° 9.909 creó nuevas instituciones legales en su ámbito y produjo un reordenamiento de las denominadas servidumbres relativas o sobre las aguas, contempladas en el art. 88 CMCh. 1932, en el siguiente sentido: i) Aprovechamiento de las aguas que corren por cauces artificiales para la bebida de los operarios y animales (inc. 1° part. 1ª): continuó siendo constitutivo de una servidumbre legal de toma o saca de aguas de cauces artificiales, regulada por el CMCh. 1932; ii) Aprovechamiento de las aguas que corren por cauces naturales para la bebida de los operarios y animales (inc. 1° part. 1ª): pasó a ser constitutivo del derecho a obtener una merced de aguas para la bebida, conforme a los arts. 23 ss. CACH. 1951, salvo que el cauce condujere aguas de aprovechamiento particular con arreglo al art. 71 CACH. 1951, en cuyo caso se estaba en presencia de una servidumbre legal de toma o saca de aguas de cauces naturales; iii) Aprovechamiento de las aguas que corren por cauces artificiales para el movimiento de máquinas de explotación y beneficio de minerales (inc. 1° i.f.): pasó a ser constitutivo de la servidumbre legal de fuerza motriz, regulada en los arts. 221 ss. CACH. 1951; iv) Aprovechamiento de las aguas que corren por cauces naturales para el movimiento de máquinas de explotación y beneficio de minerales (inc. 1° i.f.): pasó a ser constitutivo del derecho a obtener una merced de aguas para usos industriales, fuerza motriz u otros usos, regulada en los arts. 45 ss. CACH. 1951; v) Uso de las aguas que corren por cauces naturales para el beneficio de los productos de la mina (inc. 2°): pasó a ser constitutivo del derecho a obtener una merced de aguas para usos industriales, conforme a los arts. 23 ss. CACH. 1951, salvo que el cauce condujere aguas de aprovechamiento particular con arreglo al art. 71 CACH. 1951, en cuyo caso se estaba en presencia de una servidumbre legal de toma o saca de aguas de cauces naturales; y vi) Uso de las aguas que corren por cauces artificiales para el beneficio de los productos de la mina (inc. 3°): continuó siendo constitutiva de una servidumbre legal de toma o saca de aguas de cauces artificiales, regulada por el CMCh. 1932.

La servidumbre legal minera de toma o saca de agua de cauces artificiales, tanto para la bebida de los operarios y animales, como para el beneficio de los productos de la mina, establecida en el art. 88 inc. 1° part. 1ª e inc. 3° CMCh. 1932, continuó constituyéndose y ejerciéndose en conformidad al procedimiento judicial del juicio sumario, con arreglo a los arts. 93 (facultad para hacer uso provisional, previo otorgamiento de caución en favor del demandado) y 197 CMCh. 1932. En este orden de ideas, la misma regla debía aplicarse a su similar derivada del uso o utilización de las aguas de aprovechamiento particular que escurrian por cauces naturales, para fines de bebida de operarios y animales, como asimismo, para el beneficio de los productos de la mina. La servidumbre de fuerza motriz, que era la restante servidumbre sobre aguas propiamente tal establecida en el art. 88 CMCh. 1932, pasó a constituirse y ejercerse conforme al procedimiento judicial del juicio sumario, según los arts. 181 (sin facultad para solicitar la constitución o el ejercicio provisional de la servidumbre), 182 y 293 CACH. 1951 y el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932.

En lo tocante al derecho a ejecutar en los predios superficiales las obras necesarias para el aprovechamiento de las aguas para los fines indicados, consagrado en el art. 88 inc. 4° CMCh. 1932, esta norma tenía como antecedente directo el

art. 829 part. 1ª y 2ª CCCh., el que preceptuaba: “*El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario [...]*”³¹. El art. 829 CCCh. complementaba al art. 828 CCCh., que le precedía y que se refería a los medios jurídicos para el ejercicio de una servidumbre, en los términos siguientes: “*El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título*”. Al comentar ambas disposiciones del Código de Bello, Claro Solar sostuvo que el art. 828 CCCh. contemplaba la existencia de servidumbres accesorias que aprovechaban al dueño del predio dominante, quien “*tiene derecho como dueño de la servidumbre principal, es decir, a título de accesión; y que sólo como accesorios puede reclamarlas*”³², en tanto que el art. 829 CCCh. constituía una disposición de carácter general que autorizaba la realización de “*todas las obras necesarias, tanto para el establecimiento de la servidumbre, como para su uso y conservación*”³³.

Basado en esta distinción efectuada por Claro Solar, resulta plausible sostener que el art. 88 inc. 4º CMCh. 1932 contemplaba una norma general sobre la extensión de las facultades materiales conferidas al minero y al propietario del establecimiento de beneficio, relativas a la instalación, mantención y conservación de los dispositivos o equipos involucrados en la constitución y ejercicio del derecho o la servidumbre respectiva, para los fines de aprovechamiento de las aguas, en lugar que establecer directamente una o más servidumbres legales en particular. Debido a su carácter general, ella escapaba a la norma de remisión al CACH. 1951 consagrada en el art. 88 inc. 5º CMCh. 1932, razón por la cual no remitía al intérprete necesariamente a aquél, cualquiera fuere la institución jurídica de los restantes incisos del art. 88 CMCh. 1932 que se pretendiese aplicar a un caso concreto. En consecuencia, si para la plena utilización o uso de las aguas era necesario constituir derechos adicionales o de carácter accesorio, cuyo objeto excedía la instalación, mantención y conservación señalados, entonces debía acudir al cuerpo legal específico aplicable a la materia en examen, el que en algunos casos podía ser el CACH. 1951 y en otros el CMCh. 1932.

En tal sentido, tratándose de la servidumbre legal de fuerza motriz, sometida en su constitución y ejercicio al CACH. 1951, lo que excediere de las obras materiales para la instalación, mantención y conservación señalados, podía ser constitutivo de alguna servidumbre legal ordinaria accesorio de acueducto, de estribo de presa, de bocatomas, de descarga y de marco partididor, reguladas en los arts. 192 ss. y 210 ss. CACH. 1951, respectivamente. En cuanto a aquellas servidum-

³¹ Una redacción similar contemplaba el art. 14 CACH. 1951 para el derecho de aprovechamiento de aguas, respecto del cual Vergara Duplaquet sostuvo que se refería a los medios materiales necesarios para el uso y utilización de las aguas, por oposición al art. 13 CACH. 1951, cuya redacción coincidía con la del art. 828 CCCh., el que se refería a los instrumentos jurídicos para hacer uso efectivo de las aguas. Cfr. VERGARA DUPLAQUET, Ciro, *Generalidades*, en HEDERRA DONOSO, Ana (ed.), *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, 1960), I, pp. 38 s.

³² CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 18), p. 49.

³³ CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 18), p. 51

bres relativas a las aguas sometidas en su constitución y ejercicio al CMCh. 1932, lo que excediere de los objetos mencionados para efectos de la utilización o uso de las aguas, podía ser objeto de una servidumbre legal minera contemplada en el art. 86 del Código Minero³⁴. La misma regla debía aplicarse en caso de constitución de algún derecho de aprovechamiento de aguas superficiales de cauces naturales, mediante la obtención de la merced de aguas respectiva, en los casos contemplados en el art. 88 CMCh. 1932, además por razones de economía procesal.

En lo que respecta a la servidumbre de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías de agua, ésta siguió siendo regulada por el CMCh. 1932 en cuanto a su constitución, ejercicio, terminación, indemnizaciones y cauciones, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 86, 89, 93, 94, 95 y 197 CMCh. 1932. Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, ella era aplicable a la conducción de las aguas superficiales de cauces naturales o artificiales, procedentes de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas y, a título de servidumbre accesoria, de las servidumbres relativas a las aguas sometidas en su constitución y ejercicio a las normas del CMCh. 1932 (nos referimos a las diversas servidumbres de toma o saca de aguas autorizadas por el art. 88 CMCh. 1932), como asimismo, a la conducción de las aguas procedentes de mercedes de aguas subterráneas reguladas en los arts. 61 ss. CACH. 1951 y a las de los trabajos subterráneos de las minas contempladas en el art. 83 CMCh. 1932, para fines de su utilización o aprovechamiento en la actividad minera³⁵.

3. *Reforma del régimen jurídico de aguas 1967-1981*

El CACH. 1967 - 1969, que fue el DFL. N° 162, Justicia de 1969, dictado a consecuencia de la L. N° 16.640, sobre reforma agraria, condujo a una nueva enumeración de las disposiciones de aquél, pasando los arts. 54, 60, 68, 181, 182 y 293 inc. 1° CACH. 1951 a ser los arts. 67, 71, 79, 187, 188 y 280

³⁴ Por ejemplo, si el minero deseaba constituir e imponer una servidumbre legal de toma o saca de aguas de un cauce artificial para la bebida de los operarios de la mina, conforme al art. 88 inc. 1° part. 1ª CMCh. 1932, debía accionar judicialmente interponiendo la demanda de constitución de la servidumbre en juicio sumario, solicitando en el mismo procedimiento, además, la constitución e imposición de la servidumbre accesoria de ocupación por canales y cañerías de agua sobre uno o más terrenos superficiales, para conducir el vital elemento a la faena minera, conforme a los arts. 86 n° 1 y 88 inc. 4°, ambos CMCh. 1932. Esta solución, autorizada por nuestra interpretación, permitía satisfacer un imperativo de economía procesal, pues el actor podía hacer uso desde luego de la servidumbre accesoria de ocupación por canales y cañerías, previa caución, lo que no podía acontecer si dicha servidumbre accesoria fuere la de acueducto sometida en su constitución y ejercicio al CACH. 1951.

³⁵ Don Lenin Lillo H. sostuvo en su Manual de Derecho Procesal Minero que el juicio sumario se aplicaba a "las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio, y extinción de las servidumbres y demás derechos que reconoce la ley a favor de las pertenencias y establecimientos de beneficio, a las indemnizaciones correspondientes, y a las cauciones que procedan", afirmación que debía entenderse a la luz de la reforma de la L. N° 9.909 de 1951, Cfr. LILLO H., Lenin, *Manual de Derecho Procesal Minero* (Santiago, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1964), p. 53.

inc. 1° del nuevo CACH. 1967 - 1969, respectivamente, sin que por ello cambiaran los contornos generales de las instituciones respectivas, con excepción de la contemplada en el nuevo art. 187 CACH. 1967 - 1969, el que prescribió: "*Las servidumbres legales se constituirán sin perjuicio de la posterior determinación y pago de las indemnizaciones que correspondan./ Estas indemnizaciones se pagarán en la forma señalada en el inciso 1° del artículo 34*".

Como se podrá apreciar, esta disposición legal autorizó solicitar incidentalmente, durante la secuela del juicio respectivo, la constitución y/o ejercicio provisional de las servidumbres legales de aguas, sin exigir para ello – conforme a su texto- la constitución de caución en favor del demandado por parte del actor.

El AC. N° 3, de 1976, dictada por H. Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente, encomendó a una ley futura el establecimiento de un estatuto jurídico particular para las aguas y la minería. A su turno, el DL. N° 2.603, de 1979, modificó el AC. N° 3, y otorgó la garantía constitucional del derecho de propiedad a los derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley. El art. 2° DL. N° 2.603 autorizó al Presidente de la República para dictar "*las normas necesarias para el establecimiento de un Régimen General de Aguas que modifique o reemplace, total o parcialmente, el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia*".

La C. Pol. 1980, que entró en vigor en marzo de 1981, reiteró la garantía constitucional del derecho de propiedad para los derechos de los particulares sobre las aguas, tal como lo había hecho el DL. N° 2.603 y, además, encomendó a una ley orgánica constitucional futura señalar las obligaciones y limitaciones a que están sujetos los predios superficiales para facilitar la exploración, explotación y el beneficio de la minas, al igual que los derechos y las obligaciones de los titulares de concesiones mineras, según reza su art. 19 n° 24 incs. 6°, 7° y 11°.

En cumplimiento del mandato contenido en el DL. N° 2.603, el Presidente de la República dictó en 1981 el DFL. N° 1.122, publicado en el D.O. de 29 de octubre del mismo año, el que constituyó nuestro tercer Código de Aguas, en actual vigencia, cuyas disposiciones, en el tema que nos ocupa, mantuvieron casi la misma redacción de sus predecesoras. Así lo atestigua el texto de sus arts. 36, 56 inc. 2°, 69 y 72, transcritos en la sección III. de este artículo. La salvedad la constituyeron el art. 71, que correspondió al art. 187 CACH. 1967 - 1969 y al art. 181 CACH. 1951, el art. 177, que correspondió al art. 280 inc. 1° CACH. 1967 - 1969 y al art. 293 inc. 1° CACH. 1951, transcritos en la misma sección III. antedicha, y el art. 77, que correspondió al art. 192 CACH. 1967 - 1969, al art. 186 CACH. 1951 y al art. 861 inc. 1° CCCh., cuya aplicación fue extendida ahora a las minas: "*Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad que necesite conducir aguas para cualquier fin*".

La adopción de esta última disposición legal constituye todo un enigma, pues si el espíritu de la ley fue que la mina fuera predio dominante para efectos de la constitución de la servidumbre legal ordinaria de acueducto, éste no se condijo con el nuevo art. 177, cuyo texto ya conocemos, que textualmente excluyó la aplicación del procedimiento judicial del juicio sumario para aquellas cuestiones relacionadas con los derechos de aprovechamiento de aguas (como

ser, la constitución y ejercicio de las servidumbres de aguas) que tuvieran un procedimiento especial, como era el caso de la servidumbre legal minera de ocupación de terrenos superficiales por canales y cañerías de aguas, regulada en los arts. 86 n° 1, 93 y 197 CMCh. 1932. En otras palabras, el citado art. 77 fue contradicho por el art. 177 del mismo cuerpo legal, el cual remitía indirectamente al Código Minero. En nuestro concepto, en conformidad con la interpretación dada hace unos momentos sobre el sentido y alcance del art. 88 inc. 4° CMCh. 1932, estimamos que esta reforma legal no afectaba la situación procesal de la servidumbre legal minera antedicha, ya que hasta entonces la servidumbre legal ordinaria de acueducto era aplicable sólo a la servidumbre legal de fuerza motriz prevista en el art. 88 inc. 1° i.f. CMCh. 1932 en relación con el art. 224 ss. CACH. 1967 - 1969. Este último gravamen pasó a ser reemplazado en el CACH. 1981 por un derecho de aprovechamiento no consuntivo sobre aguas superficiales de cauces naturales, definido en su art. 14 como “*aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho*”. En consecuencia, la procedencia de la servidumbre legal ordinaria de acueducto dió relación con la conducción de aguas para el ejercicio del citado derecho de aprovechamiento, otorgado al titular de una concesión minera o al propietario de un establecimiento de beneficio de minerales, en conformidad a los arts. 96 ss. CACH. 1981.

A pesar que las disposiciones del nuevo CACH. 1981, arriba citadas, fueron dictadas durante la vigencia del CMCh. 1932, con cuyas instituciones habían guardado una cierta concordancia por espacio de casi 30 años, el tenor literal del art. 177 CACH. 1981 comportó un argumento adicional para la postura de la doctrina iusminera en el tópico en análisis, pues descartó la aplicación del procedimiento sumario a las cuestiones relacionadas con los derechos de agua que tuvieran un procedimiento especial, cuyo era el caso de la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación por canales y cañerías de agua, en el cual podía hacerse uso provisional de las servidumbres pedidas, debilitando de esta manera aún más la tesis de la doctrina de derecho de aguas basada en el tenor literal del art. 72 CACH. 1981.

VI. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DESDE 1981

1. *Reforma del régimen jurídico de minas: La ley orgánica constitucional de concesiones mineras de 1982*

Como ya ha sido mencionado, la C. Pol. 1980 encomendó, en lo pertinente, a una ley orgánica constitucional señalar las obligaciones y limitaciones a que están sujetos los predios superficiales para facilitar la exploración, explotación y el beneficio de la minas, al igual que los derechos y las obligaciones de los titulares de concesiones mineras, según reza su art. 19 n° 24 incs. 6° y 7°.

De acuerdo con el mandato del Constituyente, la H. Junta de Gobierno dictó en 1982 la L. N° 18.097, orgánica constitucional sobre concesiones mineras (LOCCM.), cuyo art. 8° reguló el derecho de los concesionarios mineros para imponer servidumbres mineras sobre predios superficiales y otras concesiones mineras, como asimismo, el derecho a gozar de derechos de aguas. El artícu-

lo señalado expresó lo siguiente: “*Los titulares de las concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación minera./ Respecto de esas concesiones, los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por subestaciones y líneas eléctricas y de comunicación, canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y obras complementarias; y a los gravámenes de tránsito y de ser ocupados por caminos, ferrocarriles, cañerías, túneles, planos inclinados, andariveles, cintas transportadoras y todo otro medio que sirva para unir las labores de la concesión con los caminos públicos, establecimientos de beneficio, estaciones de ferrocarril, puertos de embarque y centros de consumo./ Dichas concesiones están sujetas a favor de otras, y en cuanto les sean aplicables, a los gravámenes establecidos con relación a los predios superficiales, que, sin impedir o dificultar su explotación, aprovechen a otras y, también, al gravamen de ser atravesadas por socavones y labores mineras destinados a dar o facilitar ventilación, desagüe y acceso./ La constitución de las servidumbres, su ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinarán por acuerdo de los interesados o por resolución judicial en el procedimiento breve especial que la ley contemple o, si en ésta no se contemplase, en el procedimiento sumario de aplicación general./ Las servidumbres a favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y cesarán cuando termine su aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse de acuerdo con el desarrollo que adquieran las labores relacionadas con ellas./ Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua en su favor que establezca la ley*”³⁶.

En tal sentido, el Mensaje del proyecto de ley respectivo, expresó en el acápite 3.4.2, relativo a *Los Derechos de los Concesionarios Mineros*, lo siguiente: “[...] Además, los concesionarios tienen derecho a constituir las servidumbres convenientes al objetivo minero y otros derechos reales, a adquirir derechos de agua conforme a la Ley [...]”³⁷.

Finalmente, la Disposición Segunda Transitoria de la C. Pol. 1980 y los arts. 3° ss., 19 y 1° Transitorio ss. LOCM., contemplaron la dictación de un nuevo CMCh., que regulara, entre otras materias, la forma, condiciones y efectos de las concesiones mineras, como asimismo, los derechos y obligaciones de los concesionarios mineros.

³⁶ En la sesión conjunta celebrada por las Comisiones Legislativas de la H. Junta de Gobierno el miércoles 7 de octubre de 1981, en que se debatió con mayor extensión este artículo, se señaló que las servidumbres de ocupación del predio superficial, previstas en el art. 86 CMCh. 1932, eran indispensables para el desarrollo de la exploración y explotación mineras. Véanse las actas de la H. Junta de Gobierno en VERGARA BLANCO, Alejandro, (ed.), *Discusión sobre el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de 1982, en las Comisiones Legislativas*, en *Revista de Derecho de Minas* 5 (1994), pp. 176. s.

³⁷ PIÑERA, José, *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*, en EL MISMO (ed.), *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*² (Santiago, 2002), p. 92.

2. *Nuevo código de minería de 1983*

En conformidad a lo preceptuado en la C. Pol. 1980 y en la LOCCM., la H. Junta de Gobierno dictó la L. N° 18.248, de 1983, que aprobó nuestro quinto Código Minero, en actual vigencia.

Este cuerpo legal substituyó el CMCh. 1932, reiterando y a la vez modificando muchas de las instituciones de este último, atendido lo que había sucedido con las concesiones mineras de particulares luego de la dictación de la L. N° 17.450, de 1971, que fue la reforma constitucional sobre nacionalización de la Gran Minería del Cobre, del AC. N° 3, de 1976 y la C. Pol. 1980. En tal sentido, enfrentado al extensivo cambio normativo acontecido, el art. 244 CMCh. 1983 sólo se limitó a preceptuar: “*Derógase toda disposición legal o reglamentaria contraria o incompatible con los preceptos de este Código*”.

En lo atinente a los derechos y servidumbres de aguas del minero y del establecimiento de beneficio, como asimismo, a la servidumbre legal minera de ocupación por canales y cañerías sobre predios superficiales y concesiones mineras, establecida en favor de las concesiones mineras y los establecimientos de beneficio, el nuevo CMCh. 1983 mantuvo casi idénticas las instituciones jurídicas del CMCh. 1932. Así, las instituciones de los arts. 85, 86 n° 1, 88, 89, 90, 91, 93 y 94 CMCh. 1932, pasaron a ser contempladas, con ciertas variaciones, en los arts. 110, 111, 120 n° 1, 121, 123, 125 y 126 CMCh. 1983, respectivamente. A lo anterior debe agregarse el cambio procesal operado para los juicios relativos a las servidumbres reguladas en el nuevo CMCh. 1983, los que quedaron sometidos a un procedimiento judicial especial, conforme al art. 234 inc. 2° del mismo. Este procedimiento judicial revistió mayor expedición y celeridad que el juicio sumario previsto en el CMCh. 1932 y recibió la denominación de juicio sumarísimo, siendo regulado en el art. 235 CMCh. 1983.

De las disposiciones legales mencionadas, no puede escapar al lector que el texto íntegro y literal del art. 88 CMCh. 1932, ubicado en el párr. *De los servicios que deben prestar los terrenos superficiales*, fue suprimido en el CMCh. 1983.³⁸ Lo anterior debido a que muchas de las situaciones en él reguladas estaban comprendidas en las disposiciones del nuevo CACH. 1981. En tal sentido, el CMCh. 1983 optó por establecer en su lugar una norma general, el art. 111, relativa a los usos de aguas del minero, en las *Disposiciones comunes* del tít. VIII, intitulado *De los derechos y obligaciones de los concesionarios Mineros* (una ubicación más acorde a su naturaleza), que se remite en lo pertinente a las disposiciones del CACH. 1981.

Al respecto, la Secretaría de Legislación de la H. Junta de Gobierno, al informar jurídicamente sobre el proyecto de Código de Minería a las distintas comisiones legislativas, en abril de 1983, expresó: “*Por último, el artículo 111, con que termina este Párrafo 1° del Título VIII, se remite a las normas del Código de Aguas y demás leyes aplicables con respecto al uso de las demás aguas que los concesionarios*

³⁸ Fue suprimido, asimismo, el texto íntegro y literal del antiguo art. 87 CMCh. 1932, que contemplaba la servidumbre de pastaje y uso de leñas, lo que se explica por el desarrollo de la industria minera.

mineros necesiten para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales. Cumple así la otra parte del mandato del inciso final del artículo 8° de la citada Ley Orgánica Constitucional, mediante una especie de "reenvío" a las "disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables". Con ello se pondrá término a la confusa situación que deriva de los diversos preceptos de los cuatro primeros incisos del artículo 88 del Código de 1932, cuya intención parecería ser imponer una especie de servidumbre a los titulares de derechos de aguas destinados a fines no mineros, además de establecer la facultad del concesionario minero de obtener mercedes de agua para la explotación y el beneficio. El artículo 72 del Código de Aguas se refiere a esta materia"³⁹.

A su turno, el Informe de la Primera Comisión Legislativa de la H. Junta de Gobierno, evacuado en agosto de 1983, discurrió sobre ideas similares y señaló: "*Artículo 111: Remite al Código de Aguas y a otras leyes el uso de las demás aguas necesarias para la exploración, explotación o beneficio de las sustancias minerales. Se refiere a aguas diferentes a las mencionadas en el artículo anterior, sea que ellas afloren o se utilicen dentro o fuera de la concesión./ Se refiere a la materia que trata el artículo 88, del Código de 1932./ La Comisión sugiere aprobar este artículo del Ejecutivo, sin modificaciones*"⁴⁰.

Este es el origen de dicha disposición legal, que se encuentra a continuación del art. 110 CMCh. 1983.⁴¹ De los antecedentes consultados se puede desprender que, por una parte, el art. 111 CMCh. 1983 apuntó a reemplazar el art. 88 CMCh. 1932 y, por otra parte, que al mismo tiempo substituyó el régimen legal desigual establecido en este último cuerpo legal para el aprovechamiento o utilización de las aguas superficiales, procedentes de cauces naturales o artificiales, por un régimen legal uniforme para la utilización de las demás aguas necesarias para la exploración, explotación o beneficio de las sustancias minerales, mediante la adquisición de los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas, como lo autorizó el art. 8° inc. 6° LOCCM., a objeto de superar situaciones del pasado.

Con todo, la adopción del nuevo art. 111 CMCh. 1983 produjo reverberaciones en lo tocante a los tradicionales derechos y servidumbres de aguas del minero y del establecimiento de beneficio, debido a que los nuevos cuerpos legales aplicables en la especie, en especial el CACH. 1981, substituyeron algu-

³⁹ SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO, *Informa proyecto de Ley que Aprueba el nuevo Código de Minería*, en *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984), 1, p. 173.

⁴⁰ PRIMERA COMISION LEGISLATIVA, *Informe de la Primera Comisión Legislativa al Proyecto de Código de Minería, de 1983*, en *Revista de Derecho de Minas* 6 (1995), p. 167.

⁴¹ La Secretaría de Legislación de la H. Junta de Gobierno, refiriéndose al art. 110 del proyecto de Código Minero, señaló: "[...] el artículo 110 del proyecto precisa -con mucha mayor claridad que el artículo 85 del Código de 1932- el derecho de aprovechamiento que tiene todo concesionario, por el solo ministerio de la ley, sobre las aguas halladas en las labores que realice dentro de su concesión. En concordancia con la legislación de aguas, se limita ese derecho de aprovechamiento a las que sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que se puedan realizar, según la concesión de que se trate. El derecho de aprovechamiento es inseparable de la concesión misma y se extingue junto con ésta". Cfr. SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN DE LA JUNTA DE GOBIERNO, cit. (n. 39), p. 173.

nas de las instituciones jurídicas de aguas pre-existentes. Determinar el sentido y alcance de dicho precepto legal en el nuevo escenario jurídico post-1981, exige examinar el CACH. 1981 para determinar las instituciones jurídicas concernidas.

Desde luego, se puede advertir la eliminación de las servidumbres legales mineras de toma o saca de aguas en cauces naturales (incluidas las relativas a las aguas de aprovechamiento particular corrientes en estos últimos) o en cauces artificiales, previstas anteriormente en el art. 88 CMCh. 1932. También es dable apreciar la supresión de la servidumbre legal de fuerza motriz, prevista en el art. 88 inc. 1° i.f. CMCh. 1932 y en los arts. 221 ss. CACH. 1951, situación que provenía del CACH. 1981, que estableció en su lugar un derecho de aprovechamiento no consuntivo. Asimismo, el art. 111 CMCh. 1983 es directamente aplicable a las concesiones mineras constituidas y a los establecimientos de beneficio de minerales, dada la referencia a la exploración, explotación o beneficio de sustancias minerales. Sus titulares pueden adquirir derechos, contemplados en el ordenamiento jurídico de aguas, para el uso de las demás aguas necesarias para los objetos arriba mencionados, lo que obliga a determinar en qué consiste dicho uso. Al respecto, basándonos en el tenor del art. 8° inc. 6° LOCCM. y la historia fidedigna del establecimiento de la ley, creemos que este uso dice relación exclusivamente con la utilización y/o el consumo propiamente tales de las aguas⁴², previa adquisición de los respectivos derechos de aprovechamiento de aguas, lo que constituye el único uso compatible con la naturaleza de las labores mineras arriba individualizadas, para lo cual los titulares mencionados pueden: i) Solicitar en conformidad a las reglas generales el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales en cauces naturales: así se desprende de la ubicación del precepto legal en comento y de lo dispuesto en los arts. 20 ss., 72 y 140 ss. CACH. 1981, pudiendo este derecho ser consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo, discontinuo o alternado, según el caso⁴³; ii) Solicitar en conformidad a las reglas generales el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, fuera del caso previsto en el art. 110 CMCh. 1983: así se desprende de la ubicación del precepto legal en comento y de lo dispuesto en los arts. 59 ss., 72 y 140 ss. CACH. 1981 y en los arts. 19 ss. Resolución 186, de 1996⁴⁴.

⁴² Cfr. PARADA BARRERA, Guillermo Andrés, *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas* (Santiago, 2000), p. 236 ss.; SIMUNOVIC ESTAY, Yerko, cit. (n. 29).

⁴³ Este cambio normativo, sin embargo, no afecta los derechos de aprovechamiento de aguas susceptibles de adquirirse por usucapión, mediante el procedimiento regularizador previsto en el art. 2° Transitorio CACH. 1981, en relación con el art. 7° DL. N° 2.603 y el art. 19 N° 24 inc. 11° C. Pol. 1980. Sobre la legalidad de la constitución de derechos de aprovechamiento no consuntivo sobre aguas superficiales en cauces artificiales, Cfr. MANRÍQUEZ LOBOS, Gustavo, *Constitución de Derechos de Aprovechamiento No Consuntivos sobre Aguas que Corren por Canales Privados*, en *Revista de Derecho de Aguas* VII (1996), pp. 83 ss.

⁴⁴ Sobre los derechos de aguas del minero, Cfr. ALBURQUENQUE TRONCOSO, Winston, *Conflicto entre el Concesionario Minero y el Concesionario de Aguas Subterráneas*, en *Revista de Derecho de Minas* IX (1998), pp. 19 ss.; EL MISMO, *Los Derechos de Aguas del Minero*, en *Revista de Derecho Administrativo Económico* II (2000), 1, pp. 13 ss.

La conducción de las aguas superficiales de cauces naturales procedentes de derechos de aprovechamiento de aguas de carácter consuntivo y de las aguas subterráneas procedentes de derechos de aprovechamiento de aguas, otorgados a los titulares de concesiones mineras constituidas y a los propietarios de establecimientos de beneficio, para la conveniente y cómoda exploración, explotación y beneficio de minerales, tendrá lugar mediante la servidumbre de ocupación de predios superficiales por medio de canales y cañerías de agua, incluidas sus demás obras de arte complementarias, prevista en los arts. 120 n° y 121 CMCh. 1983. Esta servidumbre se constituye y ejerce mediante el procedimiento judicial del juicio sumarísimo previsto en el art. 234 inc. 2° CMCh. 1983, pudiendo el titular del predio dominante hacer uso provisional, desde luego, de las servidumbres pedidas, previo otorgamiento de caución a favor del demandado, conforme al art. 125 del mismo Código. La misma regla debe aplicarse a la conducción de las aguas subterráneas halladas en las labores de una concesión minera constituida, respecto de las cuales su titular tiene un derecho de aprovechamiento de aguas según el art. 110 CMCh. 1983.

Como ya ha sido mencionado, la supresión de la servidumbre legal de fuerza motriz y su substitución por un derecho de aprovechamiento no consuntivo respecto de aguas superficiales de cauces naturales, determina que la servidumbre legal ordinaria de acueducto sea procedente sólo respecto de la conducción de las aguas necesarias para el ejercicio del citado derecho, conforme a los arts. 96 ss. CACH. 1981.

El nuevo marco legal iusminero suprime las servidumbres legales mineras de toma o saca de aguas en cauces artificiales o en cauces naturales que conduzcan aguas de aprovechamiento particular, contempladas en el art. 88 CMCh. 1932, pero no afecta sus similares válidamente adquiridas bajo su vigencia, en conformidad con lo dispuesto en el art. 12 LERL., que preceptúa: "*Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales*". De acuerdo a lo anterior, el ejercicio de las mentadas servidumbres se sujetará al art. 124 CMCh. 1983, que reiteró la disposición del art. 92 CMCh. 1932, y dijo: "*son esencialmente transitorias; no podrán aprovecharse para fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o del establecimiento y para los cuales hayan sido constituidas, y cesarán cuando termine ese aprovechamiento. Podrán ampliarse o restringirse, según lo requieran las actividades de la respectiva concesión o del establecimiento*", y a las normas generales de derecho común pertinentes; su terminación se registrará por el mismo art. 124 precitado (en lo tocante a la terminación del aprovechamiento para el cual fueron constituidas), además de las causales generales previstas en el derecho común que les sean aplicables y, en todo caso, con arreglo al juicio sumarísimo previsto en el art. 234 inc. 2° CMCh. 1983 en relación con los arts. 12 y 24 LERL.

VII. SOLUCIÓN AL CONFLICTO NORMATIVO

Al inicio de este trabajo planteamos un problema consistente en un conflicto normativo entre los ordenamientos legales minero y de aguas, en el ámbito del derecho procesal minero, respecto de la determinación del cuerpo legal que debe regir la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías, cuando el elemento conducido por medio de unos y otras es el agua, a la luz de lo prescrito en las disposiciones legales pertinentes del CACH. 1981 y del CMCh. 1983. Al efecto, sostuvimos que dicho conflicto puede ser resuelto mediante el empleo de las reglas de interpretación judicial de la ley de los arts. 19, 20, 22 y 23 CCCh., que contemplan los elementos gramatical, lógico, histórico y sistemático de interpretación, cuya utilización conduce a dar preferencia a la aplicación del Código Minero.

Respecto del elemento gramatical, es dable sostener que, de acuerdo al art. 19 inc. 1° CCCh., el sentido de los art. 120 n° 1, 125 y 234 inc. 2° CMCh. 1983 es claro, pues la servidumbre legal minera en comento es de aquellas reguladas por el Código Minero, siendo aplicable el juicio sumarísimo a su constitución y ejercicio, en el cual existe la posibilidad de hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, previa constitución de caución y no existe precepto legal iusminero que contradiga lo anterior. Asimismo, el sentido de las palabras canales y cañerías, empleadas en el art. 120 n° 1 CMCh. 1983, se debe determinar de acuerdo a la definición legal dada a su respecto por el art. 36 CACH. 1951, transcrito en la sección III. precedente, conforme al art. 20 i.f. CCCh., el que permite conceptualizar el gravamen referido como una servidumbre legal minera de acueducto, la que permite ocupar los predios superficiales con las instalaciones señaladas para conducir aguas para las labores mineras. Este sentido se puede remontar a la primera definición legal efectuada al respecto en el art. 68 CACH. 1951 y reiterada en el art. 79 CACH. 1967 - 1969, la que como tal era aplicable a las palabras similares empleadas en el art. 86 n° 1 CMCh. 1932. Con anterioridad al año 1951, creemos que el recurso al uso general de las palabras canales y cañerías, autorizado por el art. 20 part. 1ª CCCh. y evidenciado mediante su empleo para la conducción de aguas para las labores mineras, permite arribar a la misma conclusión respecto del art. 86 n° 1 CMCh. 1930 y 1932.

El mismo elemento de interpretación judicial de la ley permite descartar la tesis que sostiene que la servidumbre en estudio estaría comprendida entre las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería, aludidas por el art. 72 CACH. 1981, lo que conduciría a la aplicación de este último en los aspectos mencionados, fundado en el art. 111 CMCh. 1983 y en el sentido de las palabras empleadas por los arts. 72 y 177 CACH. 1981 y, por el contrario, permite sostener sin ambages la predominancia de las normas del Código Minero, nuevamente sobre bases meramente gramaticales. Efectivamente, si supusiéramos que la premisa inicial de aquella afirmación es correcta -lo que negamos con la mayor vehemencia- resultaría que el art. 72 CACH. 1981 efectúa una remisión a las normas de este cuerpo legal para efectos de la constitución y ejercicio de las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería y el art. 177 CACH. 1981, que es la norma de orden procesal aplicable, dispone

textualmente la aplicación del procedimiento sumario a todas las cuestiones relacionadas con los derechos de aprovechamiento de aguas, siempre y cuando no tengan un procedimiento especial, lo cual no acontece en la especie pues la servidumbre legal minera en comento es de aquellas reguladas en el Código de Minería, como reza el art. 234 inc. 2° CMCh. 1983 y tiene señalado en él un procedimiento especial, como ser el procedimiento del juicio sumarísimo reglamentado en el art. 235 CMCh. 1983.

A la misma conclusión arribamos si no sustentamos la citada premisa inicial de la tesis contraria y pretendemos hacer aplicación directa del art. 177 CACH. 1981, fundado en que la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera en comento es una cuestión relacionada con los derechos de aprovechamiento de aguas, como reza dicho precepto legal, pues existe un procedimiento especial en el derecho procesal minero que es aplicable en la especie, cuyo empleo es autorizado por el mismo art. 177 CACH. 1981.

Por otra parte, el recurso al elemento lógico, previsto en los arts. 19 inc. 2° part. 1ª y 22 inc. 1° CCCh., nos permite interpretar la expresión servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería, empleada por el art. 72 CACH. 1981, descartando de paso, por segunda vez, la premisa inicial de la tesis contraria de la doctrina de derecho de aguas, a partir del espíritu de dicha norma legal y el contexto de la ley. Debe recordarse que dicha expresión proviene del art. 182 CACH. 1951, aprobado por el art. 1° L. N° 9.909, la que paralelamente, en virtud de su art. 11, agregó un inc. 5° al art. 88 CMCh. 1932, de similar redacción, que sometió a un estatuto especial los derechos y facultades comprendidas en las mentadas servidumbres, que eran precisamente las de dicho art. 88. Debido a que debemos suponer una cierta racionalidad en la obra del legislador, la que subyace la interpretación armónica de la ley, estimamos también que el contexto de la ley minera permite concluir que la ubicación dada a la citada reforma en el Código Minero no fue un accidente, toda vez que el art. 86 n° 1 CMCh. 1932 contenía un precepto legal diferente al contemplado en el art. 88 de tal cuerpo legal (lo mismo sostenemos respecto del CMCh. 1930). El primero consagraba una servidumbre legal de ocupación de terrenos superficiales por medio de canales y cañerías, susceptible de emplearse ampliamente y con un carácter accesorio a otros derechos, en tanto que el segundo se refería a los derechos y servidumbres de aguas del minero y del establecimiento de beneficio, bajos los cuales se aludía especialmente a un conjunto de facultades, de carácter principal, conferidas por el Código Minero para efectos del consumo de aguas superficiales, de cauces naturales o artificiales, para la obtención de un aprovechamiento en pos de la actividad minera, noción explicitada en la sección V. de este artículo. Esta situación no cambió con la dictación del CACH. 1951 y estas facultades pasaron a constituir las denominadas servidumbres relativas a las aguas establecidas por el Código de Minería. El mismo contexto legal, presente en los Códigos Mineros vigentes desde 1930 a la fecha (art. 197 CMCh. 1930 y 1932, y art. 234 inc. 2° CMCh. 1983), permite constatar que las normas procesales dictadas para la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reconocidas o reguladas en favor de las minas y establecimientos de beneficio de minerales, no distinguían en cuanto al tipo de servidumbre a que se aplicaban,

por lo que bastaba la consagración legal de estas últimas en favor de los predios dominantes mencionados o su regulación en el Código Minero, para afirmar la procedencia del derecho procesal minero en la especie. Las servidumbres sujetas a dichas normas eran las servidumbres mineras, legales y convencionales, contempladas y reguladas en los citados Códigos (art. 86 ss. CMCh. 1930 y 1932, y art. 120 ss. CMCh. 1983) y no en otros cuerpos legales, dada la especialidad de su campo de aplicación. La única restricción al respecto provino de la dictación de la L. N° 9.909, en 1951, que estableció la ya mencionada norma de reenvío al Código de Aguas, cuyo limitado sentido y alcance ha sido detalladamente explicado en las páginas precedentes. En este mismo orden de ideas, creer que entre servidumbres relativas a las aguas que establecía el Código de Minería estaba contemplada la servidumbre legal minera en estudio luego de la dictación de la L. N° 9.909, de 1951, equivale a sostener que el art. 86 n° 1 permitía emplear los citados canales y cañerías para conducir cualquier sustancia que no fuere agua, pasando la servidumbre minera a ser de aplicación muy restringida, contrariando así la práctica minera, o que dicha disposición legal reenviaba al CACH. 1951 dependiendo de la naturaleza química de la sustancia conducida por los canales o cañerías mencionados, o que tal precepto legal se sujetaba parcialmente al CACH. 1951 sólo en lo tocante a los canales y cañerías, dado lo prescrito en el art. 88 inc. 5° CMCh. 1932, y no respecto de las restantes instalaciones. Como se podrá apreciar, cualquiera de estas alternativas desafía la racionalidad que debemos presumir subyacente a cualquier emprendimiento legislativo, cercena innecesaria e injustificadamente el campo de aplicación del derecho minero, va en contra de la práctica minera y entorpece sin razón el desenvolvimiento de las labores mineras, debiendo ser descartada a objeto que exista armonía entre las disposiciones legales precitadas. Por último, en el campo del análisis del contexto normativo del CACH. 1981, no puede olvidarse que su art. 72 es aplicable a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o subterráneas, fuera del caso previsto en el art. 110 CMCh. 1983, y no a la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías regulada en el Código Minero, como asimismo, que el art. 177 CACH. 1981 dispone que las cuestiones relacionadas con derechos de aprovechamiento de aguas se rigen por el procedimiento del juicio sumario, salvo que tengan un procedimiento especial, lo cual acontece en la especie, pues el art. 234 inc. 2° CMCh. 1983 hace aplicable el juicio sumarísimo.

En cuanto al elemento histórico, previsto en el art. 19 inc. 2° i.f. CCCh., creemos que el empleo dado a la servidumbre en comento por la industria minera, explicitado en los antecedentes histórico-jurídicos reseñados, abonó su establecimiento formal en los CMCh. 1930, 1932 y 1983, y, como tal, sirvió de base para su adecuación al resto del ordenamiento jurídico. Así lo entendió el legislador de aguas en 1951, al concluir el proceso de reforma del primer CACH. dictado tres años antes, lo que permite sostener que dicho gravamen no se sujetaba en su constitución y ejercicio a las normas de dicho Código. La necesaria expedición y rapidez con que se debe actuar en la concreción de las labores mineras, atendidos los altos costos económicos involucrados, permite sostener

la racionalidad del legislador en establecer y mantener en el tiempo instituciones jurídicas especiales, propias de un derecho procesal minero, en lugar que adoptar las del derecho procesal de aguas creado posteriormente. En este mismo orden de ideas, no se debe olvidar el espíritu de los arts. 182 CACH. 1951 y 88 inc. 5° CMCh. 1932, que fue, proteger el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de titulares no mineros, frente a los requerimientos de dicho recurso efectuados por la industria minera. En ello no tenía ninguna incidencia la conducción de las aguas, sino los derechos y servidumbres que permitían su directa aplicación, utilización y/o consumo. Nos referimos a las diversas mercedes de aguas y a las servidumbres de toma o saca de aguas, ambas previstas en el art. 88 CMCh. 1930 y 1932. La misma racionalidad subyacente, apoyada en el art. 19 n° 24 incs. 6° y 7° C. Pol. 1980 y la historia legislativa, contribuye a la recta inteligencia de las disposiciones contempladas en los arts. 110, 111 y 120 n° 1 CMCh. 1983 y 72 CACH. 1981, lo cual cobra mayor vigor si consideramos que las disposiciones del Código Minero son concreción de un mandato del Constituyente, expresado además a través del art. 8° LOCCM.

En cuanto al elemento sistemático del art. 22 inc. 2° CCCh., creemos que la confrontación de los arts. 72 y 177 CACH. 1981, los arts. 111, 120 n° 1 y 234 inc. 2° CMCh. 1983 y el art. 8° inc. 6° LOCCM., permite afirmar que las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código de Minería son los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o subterráneas, fuera de las aguas subterráneas halladas en las labores de la concesión, que el titular de la concesión minera o el propietario del establecimiento de beneficio puede adquirir para efectos de la exploración, explotación y/o beneficio de minerales (art. 72 CACH. 1981 en relación con el art. 111 CMCh. 1983 y el art. 8° inc. 6° LOCCM.); que tales derechos de aprovechamiento se adquieren en conformidad a las reglas generales del derecho de aguas (Arts. 20 ss., 59 ss., 130 ss. y 140 ss. CACH. 1981); que las normas del derecho procesal de aguas ceden en su aplicación ante normas procesales especiales (Art. 177 CACH. 1981 en relación con los arts. 120 n° 1 y 234 inc. 2° CMCh. 1983 y el art. 3° CCCh.), y que el derecho procesal minero contempla un procedimiento especial aplicable a las servidumbres reguladas en el Código Minero, cuyo es el caso de la especie, que es el juicio sumarísimo (arts. 120 n° 1, 125, 234 inc. 2° y 235 CMCh. 1983).

De esta manera es posible desentrañar la justa extensión que debe darse a las normas legales analizadas, basada en su genuino sentido y las reglas de interpretación judicial, conforme ordena el art. 23 CCCh., no siendo necesario recurrir a la regla supletoria de interpretación, de tipo sistemático, contemplada en el art. 24 CCCh., la que resulta a todas luces innecesaria para este estudio.

En consecuencia, nuestra investigación permite sostener que la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías de agua, o servidumbre legal minera de acueducto, se debe arreglar a lo prescrito en el CMCh. 1983, en particular a sus arts. 120 n° 1, 121, 122, 123, 124, 125 y 234 inc. 2°, esto es, en conformidad a las normas del juicio sumarísimo, teniendo el actor la facultad para solicitar incidentalmente hacer uso provisional, desde luego, de las servidumbres pedidas, previo otorgamiento

de caución a favor del demandado, no siendo aplicables en la especie las normas del derecho procesal de aguas previstas en los arts. 71 y 177 ss. CACH. 1981.⁴⁵ Lo anterior nos mueve a rechazar la existencia del conflicto normativo precitado, el que consideramos meramente aparente.

VIII. CONCLUSIONES

Este artículo ha analizado un conflicto normativo del derecho procesal minero chileno, entre el ordenamiento jurídico de aguas y de minas, concerniente al estatuto jurídico que debe regir la constitución y ejercicio de la servidumbre legal minera de ocupación de predios superficiales por canales y cañerías, cuando el elemento conducido por ellos es el agua, establecida -entre otros- en favor de la concesión minera y del establecimiento de beneficio de minerales, en los arts. 120 n° 1 y 121 CMCh. 1983, respectivamente, en relación con la remisión que el art. 72 CACH. 1981 efectúa a este último cuerpo legal para efectos de la constitución y ejercicio de las servidumbres relativas a las aguas que establece el Código Minero.

Para brindar una respuesta a esta interrogante, el autor ha expuesto preliminarmente las normas legales que cimentan el mentado conflicto, los contornos de este último y la fisonomía de la servidumbre legal minera en comento, para luego, una vez revisados los antecedentes histórico-legales de las instituciones jurídicas respectivas, proponer una interpretación que soluciona aquél a partir de las normas de interpretación judicial de la ley previstas en los arts. 19, 20, 22 y 23 CCCh.

Al respecto, este artículo ha sostenido que el cuerpo legal aplicable en la especie es el CMCh. 1983, cuyas normas de orden procesal contemplan el denominado juicio sumarísimo, en el cual el actor puede solicitar hacer uso provisional, desde luego, de las servidumbres pedidas, previo otorgamiento de caución en favor del demandado, para asegurar el pago de una eventual indemnización decretado en la sentencia de término.

Asimismo, el patrón exhibido por nuestra historia jurídica, en lo atingente al tópico en análisis, permite demostrar que la servidumbre en comento fue tradicionalmente concebida, entre otros, para la conducción de las aguas para las labores mineras, situación que se plasmó en los distintos cuerpos legales que rigieron en la materia en nuestro país, lo que fue recogido por la legislación en los momentos cruciales de elaboración de los CMCh. 1932 y 1983, como asimismo, de los CACH. 1951 y 1981. En razón de lo expuesto, estimamos que el citado conflicto normativo es inexistente y tan solo meramente aparente.

⁴⁵ En el juicio sumarísimo sobre constitución de servidumbre minera de acueducto, de protección catódica, y postación y tendido eléctrico, caratulado "*Empresa Nacional de Minería con Basáez Navarro, Manuel Jesús y otros*", rol N° 22.071, del 2° Juzgado de Letras en Lo Civil de Quillota, el Tribunal de la instancia acogió esta tesis interpretativa, la que fue posteriormente confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, quedando el fallo respectivo a firme.

Con todo, subyaciendo al mismo se aprecia la tensión histórica existente en diversos períodos entre la minería y la agricultura, la que ha dado lugar a un tratamiento legal sectorial diferenciado en favor de la minería, más allá de la naturaleza del gobierno de turno, situación que ha experimentado algún cambio en aspectos no propiamente mineros desde hace unos años⁴⁶.

⁴⁶ BASTIDA, Elizabeth, *Managing Sustainable Development in Competitive Legal Frameworks for Mining: Argentina, Chile and Peru Experiences*, en *CEPMLP Internet Journal* 12 (2002), pp. 9 ss.