

**María
Karina
Guggiana
Varela***

mkguggiana@miuandes.cl

Recibido: 07.03.22

Aceptado: 09.11.22

Algunas críticas al procedimiento judicial de constitución de servidumbres mineras, en particular respecto de la servidumbre minera provisoria y los efectos procesales nocivos de una expresión de tutela jurisdiccional anticipada

Some criticisms of the judicial procedure for the constitution of mining easements, particularly regarding the provisional mining easement and the harmful procedural effects of an expression of anticipated jurisdictional protection

Resumen: Dentro del marco de la constitución en Chile de servidumbres legales mineras en sede judicial, se pueden verificar un sinnúmero de situaciones que podrían catalogarse como vulneradoras del principio contradictorio del proceso. Dicha cuestión reviste cierta complejidad al imponerse el gravamen pretendido por el titular del predio dominante, ya desde una etapa procesal temprana, sin la debida ponderación de los antecedentes que permitan determinar el *quantum respondeatur*, respecto del cual, el propietario de la finca sirviente tiene derecho a percibir por concepto de indemnización. Además, se pueden suscitar otras problemáticas durante la tramitación del juicio en cuestión, que pudieran también vincularse a una deficiente *praxis* procesal de lo que se ha denominado por la doctrina como tutela jurisdiccional anticipada.

Palabras clave: servidumbre legal minera; tutela jurisdiccional anticipada.

Abstract: Within the framework of the constitution in Chile of legal mining easements in court, a number of situations can be verified that could be classified as violating the contradictory principle of the process. Said question is some complexity since the lien intended by the owner of the dominant estate was imposed, from an early procedural stage, without due consideration of the background information that would allow determining the *quantum respondeatur*, in respect of which the owner of the servient estate is entitled to receive compensation. In addition to that indicated, other problems can arise can be verified during the processing of the trial in question, which could also be linked to a deficient procedural *praxis* of the judge who hears the litigation in the exercise of what has been called by the doctrine anticipated jurisdictional protection.

Keywords: legal mining easements; anticipated jurisdictional protection.

* Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas (Universidad de Atacama, Chile); Licenciada en Gestión Ambiental (Universidad Católica del Norte, Chile); Diplomado de especialización en implementación de proyectos de inversión minera en tierras y territorios indígenas (Universidad Central, Chile); Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de los Andes, Chile); Diplomado en Responsabilidad Civil (Universidad de los Andes, Chile); Máster en planes de cierre de faenas e instalaciones mineras (Escuela Europea de Negocios); Magíster en Derecho de Minería (Universidad de Atacama, Chile), Magíster en Investigación Jurídica (Universidad de los Andes, Chile); Candidata a Doctor en Derecho (Universidad de los Andes, Chile).

A través del presente ensayo se pretende graficar cómo el otorgamiento de una servidumbre minera provisoria, en el marco de la constitución de servidumbres legales mineras en sede judicial, pudiera resultar atentatorio a los intereses del titular del predio sirviente desde un punto de vista procesal y cómo ello influiría en el derecho al resarcimiento que le cabe en calidad de tal.

En lo sucesivo, se efectuará un repaso a la institución de la servidumbre minera provisoria, su naturaleza jurídica, abordando cuáles serían los injustos procesales asociados a la constitución de dicho gravamen conforme se consigna en el artículo 125 del Código de Minería

chileno (CM).

Para arribar a las conclusiones propuestas, se efectuará una investigación descriptiva del estado del arte actual, identificando los hallazgos problemáticos en que centraremos nuestra investigación. Si bien se trata de una investigación puramente teórica, más bien vinculada a lo abstracto de la materia en estudio, el trabajo propuesto buscará ser reforzado con la realización de un estudio empírico (a través de análisis de contenido), vinculado al estudio de fallos dictados por los tribunales ordinarios de justicia en orden a la materia¹.

1. Cuestiones preliminares

1.1. Acerca de la servidumbre minera provisoria

Para que un proyecto minero pueda ejecutarse se requiere la concesión minera de exploración o explotación, la resolución de calificación ambiental respectiva —si procediere—, la tramitación de los permisos sectoriales y ambientales sectoriales tramitados ante los órganos de la administración del Estado, como, además, la constitución de servidumbres legales mineras que gravarán los predios superficiales que facilitarán la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras².

Las servidumbres legales mineras pueden definirse como los gravámenes que se constituyen en virtud de ley sobre un predio superficial en utilidad de una concesión minera, de un establecimiento de beneficio o del ejercicio de la facultad de catar y cavar, o sobre una concesión minera en utilidad de otra o de un establecimiento de beneficio. En cualquier caso, el predio sirviente y dominante deben ser de distintos dueños (Ossa, 1989, p.191).

¹ Cabe precisar que las sentencias que se expondrán son solo de primera instancia, ya que por expresa disposición del artículo 235 del CM, las resoluciones que se dicten durante la consecución del proceso serán inapelables, siendo una de ellas la que otorga la servidumbre minera provisoria. Asimismo, los casos expuestos corresponden en gran parte a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia de la Región de Atacama, lugar donde la autora ha centrado su investigación, con el afán de demostrar cómo dichos tribunales —concedores de la ley minera por la actividad económica prevalente del lugar en que se encuentran— poseen criterios equidistantes a la hora de otorgar la servidumbre minera provisoria.

² A este respecto, Vergara (2018, p. 297) sostiene que la servidumbre legal minera es un accesorio esencial para que el titular de una concesión minera, en su momento, pueda ingresar a un terreno ajeno a extraer los minerales o a realizar obras anexas a la explotación minera, y su regulación es una base esencial de la seguridad de la industria. La constitución del gravamen en cuestión no puede, por sí y ante sí, permitir actividad minera alguna sin antes haberse obtenido las autorizaciones ambientales y sectoriales pertinentes. Sin embargo, de no mediar la constitución de la servidumbre legal minera, resultará imposible tramitar las autorizaciones ambientales y sectoriales necesarias para la ejecución de un proyecto minero.

En el contexto de constitución de este gravamen en sede judicial es que aparece la denominada “servidumbre minera provisoria” o también llamada “desde luego”, la que sustenta sus bases en el artículo 125 del CM, el que señala que mientras se tramita el juicio de constitución de servidumbres legales mineras, el juez podrá autorizar al solicitante³ para hacer uso, *desde luego*⁴, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado.

La llamativa expresión “desde luego” que utiliza el artículo señalado deberá ser necesariamente interpretada en virtud de la intención o espíritu manifestado en la historia fidedigna del establecimiento del CM. Es así como en las Actas de la Comisión se señala que respecto al artículo 125:

La Comisión sugiere aprobarlo en los mismos términos del texto del Ejecutivo, dejando constancia de que entiende que la expresión ‘desde luego’ del artículo significa que el juez, con el mérito de los antecedentes, podría decretar de plano la autorización de que se trata, pero, exigiendo, en todo caso, caución, que podrá enterarse con posterioridad⁵.

Para el otorgamiento de la referida servidumbre minera anticipada, se exige *solo rendir una caución* por parte del demandante titular del predio dominante, cuyo monto es fijado por el tribunal, habitualmente, al proveerse la demanda y en cantidades nulas⁶ o irrisorias⁷, ya que la evaluación de dicha garantía, normalmente no se aviene con la indemnización que realmente —*ipsa res iusta*— debiera otorgarse en relación al efectivo daño que sufrirá el predio sirviente con la actividad minera pretendida por el actor en su acción.

⁴ El artículo en comento tiene su origen en el proyecto del CM de 1930, el que señalaba: “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”. Dicho artículo fue blanco de múltiples observaciones, entre las que destaca la del congresista Moreno Bruce, quien acertadamente manifestó que la sola exigencia de la caución no garantizaba suficientemente al dueño del suelo el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho, si no se especifica la clase de caución que debe rendir el propietario del predio dominante. A este respecto, Moreno Bruce sostuvo que la caución debía consistir en una fianza hipotecaria, depósito en dinero o valores equivalentes. Tal indicación fue rechazada y declarada como “innecesaria” y “perjudicial” para el adecuado desenvolvimiento de la industria minera por las siguientes razones: i) toda vez que el juez es quien debe mensurar la caución tanto en su calidad y cantidad; ii) la necesidad urgente e impostergable de la ejecución de la operación minera no puede estar sujeta a que el titular del predio dominante disponga de los valores o cuente con un tercero que lo avale en la hipoteca. Otra indicación en la línea de Moreno Bruce fue la del senador Silva Cortés que considera que la moción de Moreno Bruce es acertada, toda vez que resguarda los intereses del propietario del predio sirviente de posibles colusiones. Fue enfático en señalar que difícilmente pueda presentarse un caso en que se requiera una servidumbre de manera inmediata, y en el caso de que ello ocurra no le faltarán al concesionario minero los medios necesarios, si efectivamente se trata de un trabajo industrial y no de un simple propósito.

⁵ Historia de la ley 18.248, Código de Minería, Biblioteca del Congreso Nacional. Leychile.cl <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37075/1/HL18248CodigoMineria.pdf>

⁶ Al respecto, se sugiere ver los autos sobre constitución de servidumbres legales mineras en sede judicial, caratulados “Sociedad Punta del Cobre con Oviedo”, rol C-1457-2021, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, en donde el juez de la instancia al proveer la solicitud de servidumbre minera provisoria requerida por la actora Sociedad Punta del Cobre se limitó a señalar “como se pide”, sin establecer la caución que al respecto mandata el artículo 125 del CM y sin audiencia de la contraparte. En el mismo sentido, se sugiere revisar los autos rol C-2776-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras caratulados “Sondex con Fisco de Chile”, en donde al requerirse la servidumbre minera provisoria por parte del actor, el tribunal resolvió: “previo a resolver, propóngase por el solicitante el monto de la caución suficiente para responder de las indemnizaciones pertinentes a que se refiere el artículo 125 del Código de Minería”, por lo que deja a criterio del demandante el valor por concepto de caución.

⁷ Ejemplo de lo anterior lo constituyen los autos rol C-2775-2014 “Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile”, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, en donde al concederse la servidumbre minera provisoria por concepto de ocupación de 60 hectáreas de terreno de dominio fiscal, estableció a título de caución la suma ascendente a 240 UF, valor en pesos de la fecha de la resolución equivalentes a no más de \$6.000.000: “Ha lugar, solo en cuanto previo a resolver la servidumbre provisoria solicitada en el primer otrosí de la demanda de fojas 1, ríndase por la demandante una caución de 240 Unidades de Fomento, las que deberán ser depositadas en la cuenta corriente del tribunal”.

Desde el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria, el demandante titular del predio dominante (concesionario minero de exploración o explotación, o en su defecto, titular de un establecimiento de beneficio) podrá hacer uso de inmediato del predio sirviente tal y como si tuviere a su haber una servidumbre legal minera concedida mediante sentencia definitiva. Esto es, el aprovechamiento del predio superficial, para los fines mineros pretendidos por el actor, *comenzará desde el establecimiento de la servidumbre minera anticipada*.

Por su parte, el monto de la caución se consignará en la cuenta corriente del tribunal hasta que se dicte sentencia definitiva que establezca o no la constitución de la servidumbre minera demandada. En este sentido, Baltra (2014, p. 108) sostiene que aun cuando se entreguen cauciones que permitirán responder por los daños mientras se tramita el juicio, si el tribunal llegare a denegar la servidumbre, es posible que la caución que haya sido entregada no sea suficiente para cubrir los daños que se hayan ocasionado al otorgar “desde luego” dicho gravamen.

A lo dicho precedentemente se suma otro inconveniente: aun cuando la constitución de servidumbres mineras constituye una situación de privilegio para los concesionarios, existiendo un juicio al respecto y no habiendo motivos suficientes para su otorgamiento, el juez no debiera constituir la servidumbre solicitada (Baltra, 2014, p. 108). Lo anterior debiera ser así ya que dicha resolución solo resultará más clara cuando se encuentre en estado de sentencia. El hecho de que se le otorga tal prerrogativa al juez, claramente lo pone en situación de entregar su juicio de modo apresurado, prematuro, ya que en la época de su otorgamiento, el juez indefectiblemente carece de los elementos fundantes para lograr convicción acerca de la entidad de los perjuicios a que tiene derecho a ser indemnizado el titular del predio sirviente.

Sin embargo, como veremos en lo sucesivo, el titular del predio dominante, demandante del gravamen,

tendrá pleno derecho a que la garantía le sea devuelta, desalentando aun la posición jurídica del propietario de la finca sirviente.

La constitución de la servidumbre minera en carácter de provisoria, además de permitir su ejercicio en forma inmediata, incluso con el auxilio de la fuerza pública, posibilita su inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces en donde se encuentre inscrito el inmueble, conjuntamente con la anotación al margen del referido gravamen en la inscripción dominical de la finca gravada. Respecto de dicho gravamen, en la práctica, será el demandado — titular del predio sirviente — el que deba instar a su costa para que sea alzado y consecuentemente canceladas las inscripciones o anotaciones efectuadas con ocasión de su otorgamiento.

1.2. Acerca de la cuantificación de las indemnizaciones asociadas al establecimiento del gravamen

La servidumbre legal minera es esencialmente transitoria. El indicado gravamen se encuentra delimitado en virtud del aprovechamiento que se efectúe del predio dominante, por lo que resulta necesario que al momento de su constitución se determine anticipadamente la vida útil de la operación minera proyectada por el concesionario minero, lo cual permitirá identificar la extensión temporal del gravamen que se busca imponer al predio sirviente, como también, cuantificar adecuadamente los perjuicios que el titular de este último tendrá derecho a percibir a título de indemnización, cuya naturaleza jurídica sería ajena a la responsabilidad civil, siendo en estricto rigor una compensación por sacrificio (Céspedes, 2020, pp. 255-267). Con la redacción que le otorga el CM de 1983 al artículo 125, se generan graves efectos jurídicos adversos a los intereses del propietario del predio sirviente, toda vez que, al no existir normas legales que permitan establecer el límite temporal al momento de constituirse este tipo de servidumbres, se desnaturaliza la transitoriedad que les es característica

mutando a una inefable prolongación indeterminada⁸ de estas, lo que redundaría, además, en cierta inespecificidad de los perjuicios que se deban resarcir al dueño del predio (Guggiana, en prensa).

2. Injustos procesales relacionados con el otorgamiento de una servidumbre minera provisoria

2.1. Acerca de la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria

Dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria u otorgada, desde luego, no ha resultado una tarea sencilla. La doctrina especializada, en gran parte, no se ha hecho cargo del tema, sin perjuicio de lo cual algunos tratadistas se han referido al asunto someramente señalando que la denominada servidumbre minera provisoria tiene su origen en el procedimiento judicial de constitución de una servidumbre minera forzosa, situación por la cual —concluyen— no es una servidumbre distinta a la servidumbre minera definitiva⁹.

Por otra parte, más que escueta ha sido la jurisprudencia en esta materia. De hecho, solo se conoce un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Copiapó en los autos rol C- 343- 2014, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulado “Anglo American Norte S.A. con Fisco de Chile”, en donde consideró que la servidumbre minera provisoria constituía una medida cautelar.

El fallo en cuestión se dictó luego de que el concesionario minero —titular del predio dominante— interpusiera un recurso de apelación frente a la negativa

⁸ Al respecto, se sugiere ver autos rol C-3195-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco”, radicado en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, y en cuyo considerando vigésimo noveno indica: “Que, en lo tocante al plazo de duración de la servidumbre, debe tenerse en cuenta que éstas son esencialmente transitorias y duran sólo en tanto se mantengan las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento. Que en esa senda, se debe recordar que ni en la demanda ni en la contestación se hace referencia acerca la duración en años de la misma, de manera que se impone al sentenciador la labor de fijar su extensión temporal, la que se determinará prudencialmente en 30 años, que es el lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie, o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia. Es importante destacar que lo anterior no significa que el tribunal extienda su decisión a materias no discutidas, ya que, como se ha dicho, al establecer un determinado periodo de duración del servicio, lo hace por imperativo legal”.

⁹ Vergara Blanco, Informe en Derecho “Preferencia jurídica de una servidumbre minera inscrita para ocupar un terreno respecto del cual existe un título posterior. El caso de una servidumbre minera provisoria inscrita en relación a una servidumbre predial convencional”, requerido por Minera Santo Domingo Sociedad Contractual Minera, en el marco del juicio posesorio sobre denuncia de obra nueva, radicado en el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, bajo los autos rol C-227-2014, enero, año 2015, y ubicado en los autos indicados en formato material, Libro custodia I. En este sentido, agrega: “la servidumbre minera es un derecho real accesorio al derecho real nacido de la concesión minera, por lo que la servidumbre minera se encontraría sujeta a una condición extintiva, la cual puede encontrarse en 3 estados: 1º Pendiente: Mientras se encuentra pendiente de ser constituida, nace el derecho del solicitante para pedir la anticipación de los efectos de la servidumbre definitiva, invocando al respecto el artículo 125 del Código de Minería.; 2º Cumplida: Cuando la servidumbre minera fue constituida, se consolidan los efectos provisorios de la servidumbre. 3º Fallida: En caso que la servidumbre minera demandada sea denegada, desaparecen de la servidumbre provisoria otorgada. Por lo tanto, la denominada servidumbre minera provisoria es la misma servidumbre minera que se pide en el juicio respectivo, pero sujeta a una condición extintiva. De este modo, debe entenderse que la servidumbre minera es una unidad jurídica y funcional que no admite clasificaciones, ya que la distinción entre servidumbre minera definitiva y transitoria es ajena al Código de Minería (...)”.

del juez *a quo* de otorgarle el auxilio de la fuerza pública para hacer ingreso al predio sirviente, respecto del cual se había concedido una servidumbre minera provisoria. En efecto, el predio superficial estaba siendo ocupado por pequeños mineros sin autorización del propietario de la finca sirviente, y se impedía al titular de la servidumbre minera provisoria el libre acceso a él.¹⁰

A nuestro juicio, resulta discutible que la servidumbre minera provisoria pueda tener el carácter de medida cautelar tradicional, toda vez que, en el caso de marras, el legitimado activo recibe en forma anticipada, pero provisional, la tutela del interés que legitima su pretensión. Es así como Morello (1996, p. 78) citado por Pozo (2013, p. 88) sostiene que ya desde su origen, pero con consecuencias que van más allá del marco cautelar, nos encontramos ante un adelantamiento de la decisión. Esta alternativa tiene como efecto que no estemos ante un complemento de la pretensión inicial, sino frente a situaciones con un definido sentido propio, lo que da lugar a una nueva y autónoma identidad funcional más próxima a lo declarativo y de condena que a lo cautelar.

La servidumbre minera provisoria corresponde al

goce de un gravamen sin necesidad de que se dicte la sentencia judicial que la reconozca¹¹. Es una expresión de una tutela jurisdiccional anticipada de naturaleza autónoma, que conforme a su finalidad se puede clasificar como innovativa, satisfactiva y anticipativa, y cuyo fundamento —en el caso en estudio— se sustenta en la necesidad de permitir la ejecución de obras mineras, mientras se discuten los términos en que se constituirá la servidumbre minera o entretanto se dilucide si procede su otorgamiento.

A este respecto, Pozo (2013, p. 63) sostiene que la tutela anticipada es aquella que —dejando a resguardo el debido proceso legal— permite brindar oportunamente la protección de los derechos subjetivos que busca el peticionante de la jurisdicción, adelantando el otorgamiento de la pretensión ejercida, en forma parcial o total, con antelación al dictado en la sentencia definitiva, para evitar que el transcurso del proceso la vulnere y haga difícil su posterior concesión¹².

Por lo tanto, la tutela jurisdiccional anticipativa sería el marco en que se circunscribiría la naturaleza jurídica de la servidumbre minera provisoria, en la que se requiere de

¹⁰ Al respecto, el citado fallo señala: “Que la servidumbre en tanto derecho real, genera una obligación general de respeto, no únicamente en relación a aquellos que tuvieron participación en el juicio, característica que es señalada en el artículo 577 del Código Civil. Así las cosas, la resolución que da origen a la servidumbre, tiene carácter constitutivo en cuanto crea una nueva situación jurídica. En este caso, la servidumbre minera se decretó en carácter de provisoria, según autoriza el artículo 125 del Código de Minería, encontrándonos, por tanto, ante una incidencia del juicio relativa a una medida cautelar, resultando necesaria para su cumplimiento la inscripción de la respectiva resolución en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Chañaral, la que en este caso aparece se efectuó con fecha 24 de junio de 2014 a fojas 27 bajo el número 18, del aludido registro, correspondiente al presente año. (...) Así las cosas, considerando el efecto *erga omnes* que ampara a la servidumbre en su condición de derecho real, corresponde disponer las medidas para el efectivo cumplimiento de la resolución que dio lugar a la medida cautelar de constitución de servidumbre provisoria, al Tribunal que resolvió en tal sentido”.

¹¹ En este sentido, el considerando Decimonono de los autos rol C-3195-2012, sobre constitución de servidumbres legales mineras, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco”, radicado en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó, señala: “A mayor abundamiento, el legislador minero en el artículo 125 del estatuto del ramo señala que: ‘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’; y aunque la práctica judicial y jurídica de esa utilización ‘desde luego’ ha tomado el nombre de provisoria, es lo cierto que tal denominación no resulta relevante, porque la resolución que la concede en aquél carácter, en realidad, es una interlocutoria sujeta a la condición resolutoria de ser acogida la demanda en definitiva, caso en el cual no puede considerarse que la servidumbre haya nacido recién este último instante, ya que la sentencia definitiva en buenas cuentas viene a ratificar su concesión, que debe contarse desde el momento en que durante el pleito se le otorgó ese uso anticipado, ya que desde ahí en más y previa la obtención de los permisos y autorizaciones sectoriales de rigor, pudo legítimamente haber efectuado las labores mineras atinentes a su actividad”.

¹² Al respecto, el autor citado señala que el carácter distintivo de este tipo de tutela jurisdiccional es el otorgamiento del objeto de la pretensión en forma anticipada al pronunciamiento de la resolución definitiva, ya que en ninguna otra figura será posible encontrar este efecto.

la provisionalidad como fundamento de la medida, y que se trata de una herramienta procesal que tiene por objeto resguardar la efectividad del proceso, ya que se aplica en aquellos casos en que de no satisfacerse la pretensión invocada el proceso devendría inútil (Pozo, 2013, p. 102).

De entenderse que la servidumbre minera provisoria constituyera una medida cautelar tradicional, al titular del predio dominante le cabría la obligación de acreditar el *periculum in mora*, junto al humo de buen derecho, además de probar que, de no otorgarse la servidumbre minera provisoria, sobrevendría un perjuicio de tal entidad que se torne irreparable aquel para el actor (*periculum in damni*). Lo anterior pone de manifiesto que el demandante de servidumbre minera, a fin de resultar ganancioso de la servidumbre minera provisoria pretendida, debería acreditar la irreparabilidad del perjuicio que se cause en el caso de que no se le conceda la servidumbre minera anticipada, y probar, además, la grave e impostergable necesidad de dicha petición.

Ello, en la práctica y dentro del ámbito del negocio minero, revestiría cierto grado de complejidad, ya que al momento de tramitarse la constitución de derechos sobre el suelo sirviente, la operación minera proyectada por el demandante de servidumbre se encuentra normalmente en ciernes, por lo que el perjuicio que se causaría al actor de servidumbre podría no calificarse como grave, impostergable ni menos irreparable.

A su vez, en cuanto al *fumus bonis iuris*, esto es, que se acredite durante la incidencia la verosimilitud de la pretensión invocada por el actor, es necesario resaltar que, en lo que respecta a la servidumbre minera provisoria, es tan excesivamente anticipada su tramitación, que resulta a todas luces complejo valorar un adecuado *fumus* al momento de concederse aquella, ya que para tales fines debería darse por establecido el hecho de que el actor merezca indubitadamente el otorgamiento de la servidumbre

minera mediante sentencia definitiva.

2.2. Algunas problemáticas vinculadas al otorgamiento de la servidumbre minera anticipada

La constitución de la servidumbre minera provisoria apareja consigo un sinnúmero de problemáticas, entre las que destacan las que siguen: la desnaturalización de la garantía que condiciona el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada, la indeterminación del *quantum respondeatur* en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera anticipada, la excesiva discrecionalidad de los jueces de la instancia al momento de concederla y la carencia de recursos procesales que permitan impugnar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria y la valorización de la caución,

2.2.1. Generalidades

La legislación minera no establece regulación alguna que prescriba el modo en que los jueces de la instancia puedan determinar adecuadamente la suficiencia de la caución para responder de las indemnizaciones a que tenga obligación el titular del predio dominante con ocasión del establecimiento de la servidumbre minera provisoria. Esta es la razón por la cual ha existido una deficiente *praxis* judicial sobre el particular, al ser dichos jueces los únicos que pueden decidir concederla previa tramitación incidental que permita a las partes discutir acerca de la garantía en cuestión.

Resulta habitual que los jueces otorguen la servidumbre minera provisoria sin audiencia¹³ del propietario del predio sirviente, estableciendo, además, de modo discrecional el valor de la garantía que condiciona el otorgamiento de la autorización provisoria en cuestión, con lo que la “suficiencia” de dicha caución solo descansa en el criterio del juez que conoce de la *litis* y —sin mediar en dicha etapa procesal— en un informe pericial que determine la entidad de los daños que se producirán a propósito de la imposición del gravamen.

¹³ V. gr. Autos rol C-1457-2021, Primer Juzgado de Letras de Copiapó, Sociedad Punta del Cobre con Oviedo, en donde el tribunal señaló en la primera providencia luego de la interposición de la demanda con un “como se pide” a la solicitud de servidumbre minera provisoria.

Por otra parte, cabe señalar que la doctrina ha estado conteste en reiterar que para el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada debe mediar tramitación incidental (Vergara, 2010, p. 477)¹⁴, con audiencia de las partes (Gómez, 2019, p. 146) y que, por lo tanto, dicha solicitud debe plantearse y tramitarse en el comparendo de estilo (Lira, p. 182).

Lo anterior se justifica, como señala Ossa Bulnes (2007, p. 469), porque el juez debe ser prudente en esta materia, ya que si autoriza una servidumbre con ligereza puede ocasionar al demandado un perjuicio que la caución exigida —también aceptada, muchas veces, con premura— no siempre cubrirá.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha sostenido que el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada debe ser sometida a tramitación incidental¹⁵, ya que es indudable que resulta ser una cuestión accesoria del juicio, requiriendo un pronunciamiento especial con audiencia de las partes¹⁶.

A nuestro juicio, al establecerse el monto de la caución dentro del marco del incidente de constitución de la servidumbre minera provisoria, se suscitan los siguientes problemas:

Primero: el juez de la instancia considera el otorgamiento de aquella, no como una posibilidad, sino más bien como un imperativo frente a lo cual siempre concederá la servidumbre minera anticipada, al ser ésta preámbulo de un gravamen de carácter legal, por lo que se provocaría una perturbación de la garantía de igualdad ante la ley y particularmente el derecho de defensa del demandado de servidumbre¹⁷;

Segundo: el monto de la caución será fijado prudencialmente por el juez, sin mediar una base probatoria que permita mensurar adecuadamente su valor. Al respecto, nada puede señalar el propietario del predio sirviente, tal como veremos a continuación;

Tercero: por último, los jueces resuelven la solicitud de servidumbre minera anticipada de forma favorable, solo condicionándola a la caución referida en el artículo 125 del CM. Constatado que fuere la consignación de la garantía en la cuenta corriente del tribunal, el juez, mediante resolución interlocutoria de segundo grado, la otorga *sin determinación de plazo*, ordenándola, consecuentemente, inscribir en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

¹⁴ En el mismo sentido, Gómez (2019) p. 146, Lira (2012) p. 182 y Ossa (2007), Tomo II, p. 469.

¹⁵ Fallo autos rol Corte Suprema, rol 20.735 de fecha 05 de junio de 1986, sobre Recurso de Protección: "(...) advirtiendo esta Corte Suprema que en la cuestión que ha originado el presente recurso de protección se ha incurrido en graves errores de orden procesal, que han colocado a la Sociedad Agrícola El Bosque Limitada en la indefensión, circunstancia que podría acarrearle ingentes perjuicios, los que el Tribunal está en la obligación de evitar, por juzgarlo conveniente a la buena administración de justicia, estima del caso corregir por si las faltas en que ha incurrido el Juez de Letras del Primer Juzgado de Ovalle (...), en la Causa número 36. (...) Tercero: Que el Título XIV del Código de Minería, que legisla sobre la Competencia en General y el Procedimiento, y que a través del inciso 2º del artículo 234 da la norma que ordena tramitar en procedimiento sumarísimo las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reguladas por este Código, no contiene regla alguna que señale los trámites o las formalidades a que debe someterse la petición que contempla el artículo 125 de dicho Código referente al otorgamiento, desde luego, de las servidumbres mineras, esto es, de la cuestión materia de autos; Cuarto: Que en tales condiciones es obvio que la tramitación de este asunto debe quedar sometida a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que rigen el procedimiento de las contiendas civiles entre partes cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales de Justicia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1º de ese Estatuto Procesal; Quinto: Que al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del citado Código, toda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente y se sujetará a las reglas de este Título, si no tiene señalada por la ley una tramitación especial; Sexto: Que el juez de la instancia ha debido en consecuencia dar tramitación incidental a la aludida petición sobre concesión desde luego de las servidumbres de que se trata, para oír a la parte afectada y no dejarla en la indefensión, tanto más si se considera que según consta del Expediente Rol N° 33".

¹⁶ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en los autos rol 1284-2008, señaló: "en cuanto a la expresión 'desde luego' que han usado ambos Códigos, no implica una constitución sin bilateralidad".

¹⁷ Al respecto, ver Pozo (2013) pp. 175-188.....

2.2.2. *Desnaturalización de la garantía que condiciona el otorgamiento de la servidumbre minera anticipada*

El otorgamiento de la servidumbre minera provisoria solo está sujeta a la condición de *garantizar* el pago de los perjuicios que el titular del predio dominante cause en el predio sirviente *durante la tramitación del pleito* en donde se discute la procedencia de la servidumbre demandada.

En este sentido, Pozo (2013, p. 124) sostiene que, en virtud de que la ley generalmente no determina el tipo y monto de la caución que se debe prestar, su determinación queda entregada al juez de la *litis*. Sin embargo, añade que dicha apreciación que el juez debe efectuar no es libre porque la exigencia para el otorgamiento de la tutela es que la garantía sea suficiente, y lo será cuando al momento de hacerla efectiva pueda satisfacer íntegramente los perjuicios causados al demandado, no debiendo ser superior ni inferior a dichos perjuicios.

Entonces, al concederse tal servidumbre minera provisoria, es inevitable mensurar por el tribunal el *quantum* de ese perjuicio que la caución debe asegurar, lo que habitualmente se hace en forma precaria *ante la inexistencia de un informe pericial u otro medio probatorio* que ilumine al juez sobre este aspecto de hecho.

Resulta que la servidumbre provisoria produce los mismos efectos jurídicos que la servidumbre definitiva, esto es, hacer uso inmediato de la superficie del predio sirviente, en tanto que puede ser intervenido con actividades de exploración y/o de explotación. Ello se suma a la *indeterminación del período en el cual perdurará tal gravamen*, por lo que el titular del predio dominante podría, como sucede comúnmente, aprovechar tal circunstancia para hacer uso de la servidumbre por períodos largos y sin contradicción que quepa sobre el particular por parte del titular del predio gravado.

Ahora bien, en la *praxis*, los tribunales de justicia ordenan la devolución de la caución al solicitante de servidumbre, desatendiéndose el real objetivo de la garantía constituida, pese a la eventual existencia de

perjuicios en el predio que se pretendía sirviente acaecidos durante la tramitación del pleito, con lo que el titular del predio sirviente se haya en una desequilibrada situación jurídica respecto del titular del predio dominante.

En efecto, el demandante de servidumbre que obtuvo una en carácter de provisoria o “desde luego” y que causó perjuicios en el predio pretendidamente sirviente puede verse en varias situaciones procesales, pero en todas ellas logra la devolución de la caución:

Primero: obtener en la sentencia definitiva firme o ejecutoriada la servidumbre definitiva, pero no constituirla por desinteresarse en ella, debiendo recordar que el ganancioso en estos casos no es obligado por el demandado con el cumplimiento de la sentencia, esto es, exigir el pago compulsivo del monto indemnizatorio;

Segundo: producirse un caso de abandono del procedimiento, con lo cual no se puede desembocar en una sentencia constitutiva de la servidumbre definitiva, al menos en ese pleito;

Tercero: desistimiento de la acción de servidumbre y aceptada por el tribunal con o sin costas;

Cuarto: denegación de la servidumbre minera, en la sentencia definitiva.

En todos estos casos, los jueces restituyen al demandante de servidumbre minera la caución de los perjuicios producidos durante la tramitación del pleito, por lo que se desvirtúa la naturaleza de dicha garantía y se deja al propietario del predio sirviente en total estado de indefensión.

2.2.3. *Indeterminación del quantum respondeatur en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera anticipada: excesiva discrecionalidad de los jueces de la instancia*

La obligación de dejar hacer al titular del predio dominante —ocupar y transitar— contra el pago de una indemnización implica que se requiera de

su cuantificación, sostenemos, incluida la etapa de cierre de las faenas e instalaciones que dan vida a la operación minera, cuestión estrechamente vinculada a la consideración de la vida útil del modo planteado en la Ley N° 20.551.

Tal evaluación es imposible efectuarla con ocasión del otorgamiento de una servidumbre minera provisoria, ya que no se conoce la real estimación de los daños futuros que se causarán al predio sirviente a propósito de la instalación de la operación minera. En efecto, en dicha oportunidad, *ni siquiera se ha logrado acreditar si el titular del predio dominante cumple con los requisitos mínimos para que se le conceda el gravamen demandado.*

Hic et nunc, el criterio de suficiencia de la caución¹⁸ se encuentra estrechamente vinculado con la imposibilidad fáctica de estimar los daños futuros e imprevistos en el contexto del otorgamiento de una servidumbre minera provisoria. Es así como el propietario del predio sirviente no se verá satisfecho por los daños futuros¹⁹ que se causarán a su predio con el uso de la servidumbre minera otorgada “desde luego” ya que, al momento de su otorgamiento, no existen los elementos objetivos que permitan mensurar, al menos meridianamente, los perjuicios que sufrirá la finca sirviente, por lo tanto, dichos daños serían “eventuales”, los que, como bien sabemos, no se indemnizan.

Resulta por lo demás indudable que el titular del predio sirviente tiene derecho a percibir una indemnización a

propósito de todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos o de la concesión sirviente, en su caso, incluso a cualquiera otra persona²⁰.

Lo anterior se sostiene en consideración a que la constitución de las servidumbres mineras generará pérdida de atributos para la propiedad sirviente y provocará una reducción de la superficie útil o de libre disponibilidad (por los conceptos de uso y tránsito del área objeto del gravamen), y dependiendo de la naturaleza de la servidumbre, esta puede generar externalidades negativas (daño) en sectores aledaños o en áreas más extensas²¹.

Las discordias sobre cuáles perjuicios son indemnizables a propósito de la constitución de la servidumbre legal minera se han prolongado a lo largo de los años. Ellas se han levantado a causa de la redacción del artículo 14 de la Ley Orgánica de Concesiones Mineras (LOCCM) en confrontación con la redacción del artículo 122 del CM.

Es así como el primero de los artículos sostiene que el daño que se debe indemnizar es exclusivamente aquel que derivado o con ocasión de la ejecución de trabajos o labores mineras se cause al dueño del predio sirviente. Mientras el artículo 122 del CM se refiere a que será objeto de indemnización todo perjuicio que se cause al dueño del predio sirviente, sin limitarlos a los derivados de los trabajos mineros. Además, el *quid* de la discusión ha estado radicado en si los perjuicios indemnizables

¹⁸ En este sentido, Marín (2019, p. 338): “Esta situación coloca a la parte en contra de quien se ha concedido una medida cautelar en una posición sumamente frágil; puesto que si las medidas cautelares en Chile se conceden – según sostiene la jurisprudencia consolidada – sin intervención del demandado; y si además no se exige para otorgarle alguna garantía al demandante, se comprenderá que la balanza se inclina con facilidad del lado del sujeto activo de la relación procesal. Añádase a lo anterior que en el evento que el demandado obtenga el alzamiento de las medidas, aún debe atravesar un azaroso camino para lograr la indemnización de los daños sufridos”.

¹⁹ Al respecto, ver Pozo (2013) p.125

²⁰ Artículo 122 del CM en relación al artículo 14 de la LOCCM, el que señala: “El concesionario minero está obligado a indemnizar el daño que cause al propietario del terreno superficial o a otros concesionarios con ocasión de los trabajos que ejecute, con arreglo a los procedimientos y normas que establezca el Código de Minería. Podrá exigírsele que rinda caución previa para responder por el valor de las indemnizaciones, de conformidad a ese Código”.

²¹ Orden N° 1, del Ministerio de Bienes Nacionales, imparte instrucciones con relación a criterios y procedimientos para constituir servidumbres sobre propiedad fiscal administrada por el Ministerio de Bienes Nacionales, Título VII, D.O. de 20 de septiembre de 2016.

involucran solo los daños directos o estos se extienden, además, a los indirectos²².

El Tribunal Constitucional, mediante fallo de fecha 24 de septiembre de 2009²³, consigna que el cobro de la indemnización por concepto de constitución de servidumbres legales mineras cubre “todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos”, incluyendo, por tanto, daño patrimonial y el daño moral no limitándose al valor del terreno ocupado.

Para la doctrina, la discusión acerca de la naturaleza jurídica del régimen de responsabilidad asociada a la constitución de servidumbres mineras ha quedado zanjada con la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva o sin culpa, ya que solo interesa la existencia de un daño y la relación de causalidad (Vergara, 2010, p. 477). Sin embargo, consideramos que las indemnizaciones vinculadas a la constitución de este tipo de servidumbres escapan del régimen de la responsabilidad civil, situándose

en lo que Díez-Picazo (Díez Picazo, 1999, pp. 56-57) comprende como “indemnizaciones por sacrificio”.

En este sentido, el autor efectúa una distinción entre aquellas versus las “indemnizaciones” en sentido puro y simple, que son materia de responsabilidad civil. En efecto, sostiene que las primeras serían aquellas “compensaciones que las leyes atribuyen, en muchos casos, a determinados sujetos, como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de los derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares” (Díez Picazo, 1999, pp. 56-57). Sin perjuicio de las discusiones expuestas, la determinación del valor ajustado a derecho de una garantía como la indicada carece —en la etapa procesal temprana— de elementos que permitan valorizarla ajustadamente.

Frente a ello, los jueces de la *litis* se permiten una excesiva discrecionalidad, la que estaría delimitada a lo que el juez “prudencialmente”²⁴ estime conforme al mérito

²² Al referirse el legislador a “todo perjuicio” podría inferirse que los daños que deberán indemnizarse corresponden a los directos, como a los indirectos. Sin embargo, en la historia fidedigna del CM actual, se sostiene que se habría eliminado *ex profeso* la locución “directa o indirectamente” empleada en el código del ramo del año 1932 a objeto de evitar que se pueda sostener que se deben cubrir, además, los perjuicios indirectos. En efecto, el CM de 1888 en el artículo 6 inciso tercero disponía que: “la servidumbre se constituirá previa indemnización no sólo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio, ya se cause éste a los dueños de los fundos superficiales, ya a cualquier otro”. Mientras que el CM de 1932 disponía que el gravamen estudiado “se constituirán previa indemnización de todo perjuicio que directa o indirectamente se causare a los dueños de los terrenos, o a cualquiera otra persona”.

²³ Autos Rol 1284-2009, sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 124 y 125 del Código de Minería, interpuesta por Agrícola Bauzá S.A.

²⁴ Esa excesiva discrecionalidad se puede verificar incluso cuando se concede mediante sentencia definitiva la servidumbre minera demandada y en casos, en que el objeto del proceso en cuanto a la duración de la servidumbre se trate no hubiere sido delimitada por el actor ni discutida como un hecho sustancial, pertinente y controvertido en autos. Al respecto, ver considerando vigésimo noveno, autos sumarísimos sobre constitución de servidumbre legal minera, rol C-3195-2012, caratulados “Minera Santo Domingo S.C.M. con Fisco de Chile”, radicados en el Primer Juzgado de Letras de Copiapó: “Que, en lo tocante al plazo de duración de la servidumbre, debe tenerse en cuenta que éstas son esencialmente transitorias y duran sólo en tanto se mantengan las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento. Que, en esa senda, se debe recordar que ni en la demanda ni en la contestación se hace referencia acerca la duración en años de la misma, de manera que se impone al sentenciador la labor de fijar su extensión temporal, la que se determinará prudencialmente en 30 años, que es el lapso por el que usualmente se constituyen los servicios de esta especie, o el tiempo menor que dure el objeto que justifica su existencia. Es importante destacar que lo anterior no significa que el tribunal extienda su decisión a materias no discutidas, ya que, como se ha dicho, al establecer un determinado período de duración del servicio, lo hace por imperativo legal”. En el mismo sentido, ver: autos sumarísimos, rol C-2277-2018, sobre constitución de servidumbre legal minera, caratulada “Minera San Fierro Chile Limitada con Fisco de Chile”, radicados en el Segundo Juzgado de Letras de Copiapó, considerando vigésimo primero: “Que, en cuanto a la vigencia que tendrá la servidumbre legal minera solicitada, si bien el actor en su demanda señaló que la solicita por todo el tiempo que dure la explotación de las pertenencias mineras que constituyen el predio dominante, en este sentido, se tendrá que estar al estatuto de las mismas, por cuanto, se hace necesario tener presente lo que disponen los artículos 124 del Código de Minería, y 8 de la Ley Orgánica Constitucional Sobre Concesiones Mineras. Ambas normas, reiteran que las servidumbres en favor de las concesiones mineras son esencialmente transitorias; y que no podrán aprovecharse en fines distintos a aquellos para los cuales han sido constituidas, y que cesarán cuando termine su aprovechamiento. Ahora bien, como ya se dijo, si bien el actor no señala un plazo acotado para su vigencia, nada impide al Tribunal, con el mérito de la prueba rendida, y lo dispuesto en los artículos ya señalados, establecer prudencialmente un plazo de duración, por lo cual, esta sentenciadora estima prudente, atendido el mérito de autos, conceder la servidumbre por el término de 25 años, o en el plazo menor que dure la puesta en marcha y ejecución de la explotación de las pertenencias mineras que forman parte del Proyecto Minero de la actora, y que se alzan como predio dominante”.

del proceso, cuestión que no hace más que consolidar otra desmedida posición preeminente del titular del predio dominante respecto del propietario del predio sirviente.

En este sentido concordamos con Marín (2019, p. 343) quien sostiene que en este estadio procesal el juez no tiene ningún elemento objetivo para poder evaluar estos hipotéticos perjuicios, más allá de su experiencia y razonabilidad que, si bien son elementos importantes, no son suficientes.

2.2.4. Carencia de recursos procesales que permitan impugnar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria y la valorización de la caución

A lo anterior se suma una cuestión de suma relevancia procesal y que importa, una vez más, una posición desmejorada por parte del propietario del predio sirviente, demandado en los autos sobre constitución de servidumbres legales mineras.

En efecto, el artículo 234 del CM señala que se tramitarán conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 235 del mismo cuerpo normativo todas las cuestiones relativas a la constitución, ejercicio y terminación de las servidumbres reguladas en el indicado cuerpo legal, a las indemnizaciones correspondientes y a las cauciones que procedan.

Es del caso que el artículo 235 número 5 del CM señala que, fuera de la sentencia definitiva, las demás resoluciones

judiciales que se dicten durante el proceso serán inapelables.

Se colige, entonces, que respecto de todas las resoluciones dictadas durante el proceso solo cabría lugar impugnar mediante reposición, pero sin apelación en subsidio, con lo que se ratifica la excesiva discrecionalidad por parte del juez al momento de fallar, lo que se acentúa con un insuficiente control por parte de los tribunales superiores de justicia.

Entonces, en circunstancias de que se conceda la servidumbre minera anticipada y se cuantifique la caución que deba consignar el titular del predio dominante, aparece absolutamente constreñida la facultad del demandado para recurrir de las resoluciones respectivas, con lo que se infringe el artículo 19 N° 3 de la carta fundamental en cuanto contempla la garantía del debido proceso, del derecho a la defensa, garantía propia del igualitario acceso a la justicia y de un procedimiento racional y justo, todo lo anterior junto con el hecho de infringirse el derecho al recurso.

Esta limitación excesiva de la facultad de impugnar resoluciones judiciales es, a nuestro juicio, evidentemente desproporcionada, ya que representa una desvalorización de la posición del titular del predio sirviente, el cual soportará un gravamen de tal envergadura sobre bienes de su propiedad sin la posibilidad de obtener algún tipo de control vertical respecto de la decisión dictada por el tribunal, máxime cuando ella se efectúa con escasos antecedentes.

3. Relevancia de la actividad de las partes para la delimitación del carácter temporal de la servidumbre y las indemnizaciones asociadas a su constitución

3.1. Son las partes al momento de trabarse la *litis* las que establecen los límites en que se suscribirá el proceso

En efecto, si el demandante de servidumbre no lo indica

en su libelo de demanda, será el propietario del predio sirviente el que deberá discutir los límites temporales de la servidumbre legal minera pretendida. En la actualidad, al no discutirse la extensión temporal del gravamen

demandado, se deja al simple arbitrio del juez de la causa la decisión del establecimiento de este, lo que en muchas ocasiones entra en pugna con la característica de la transitoriedad establecida en el artículo 124 del CM, como también en la práctica, muchas veces, se contradice con las resoluciones administrativas dictadas por el Servicio Nacional de Geología y Minería, y que aprueban *ex post* a la constitución del gravamen los proyectos de explotación de la operación minera y el plan de cierre de estas.

Por otro lado, al requerirse por el demandante la servidumbre minera provisorio u otorgada “desde luego”, el propietario del predio sirviente deberá contradecir la constitución de aquella aduciendo la falta de criterios suficientes, desde un punto de vista práctico y legal, y que importarán controvertir la necesidad y la urgencia de la constitución de dicho gravamen.

Es así como el impulso procesal del titular del predio sirviente es imprescindible para que el juez de la causa establezca entre los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos la real ejecución de un proyecto minero, las características de este y la necesidad del otorgamiento del gravamen.

Lo mismo acontece con respecto al ejercicio limitado en el tiempo de la servidumbre minera provisorio, lo que implica que el demandado de servidumbre minera (propietario del predio sirviente) deberá reclamar que su establecimiento lo sea por un período acotado, conforme se ha indicado *supra*. Ello en contraposición a lo que acontece hoy, ya que las servidumbres se conceden por un periodo ilimitado, y se genera en innumerables ocasiones un ejercicio abusivo del derecho.

A su vez, en cuanto a la caución para el otorgamiento de la servidumbre minera provisorio, consideramos que esta debiera ser discutida en al menos los siguientes aspectos: a) por una parte, su monto, instando para que se pruebe la entidad de los perjuicios que se causarán con la imposición del gravamen provisorio y b) su otorgamiento directamente en manos del titular del predio sirviente, ya que es este el que sufre los perjuicios del ejercicio del gravamen en cuestión.

Esto último permitirá que se valoricen adecuadamente los perjuicios que se producirán con la ejecución del proyecto minero en la etapa de servidumbre minera provisorio, lo que permitirá el ingreso a las arcas del propietario del predio sirviente del monto que debe percibir por concepto de caución para tales fines.

3.2. Innumerables procesos judiciales de constitución de servidumbres legales mineras que quedan con sentencia definitiva declaratoria de la imposición del gravamen, mas cuya ejecución no se reclama

En cuanto a la ejecución de las sentencias en que se han establecido servidumbres mineras, no se ven razones jurídicas para concluir que el propietario del predio sirviente no pueda demandar el cumplimiento forzado de la sentencia en donde se declara constituido el gravamen analizado.

En efecto, existe mucho desgaste en la defensa de los intereses del propietario del predio sirviente como para no reclamar lo que en derecho corresponde, esto es, el justo pago del valor establecido por concepto de indemnización. El que para todos los efectos legales puede pagarse en una cuota como en varias, sin perjuicio de lo cual asegura un monto en el tiempo por el ejercicio de la servidumbre, *so pena* de que ella se declare caduca por falta de aprovechamiento.

Indudablemente la ejecución de la sentencia traerá aparejada alguna de estas consecuencias:

- Que ingrese el valor establecido por concepto de indemnización en las arcas del propietario del predio sirviente, ello con el afán de que las servidumbres puedan permanecer vigentes.
- Que se logre reclamar la caducidad de la servidumbre por su no ejercicio o falta de aprovechamiento, conforme se indica en el artículo 124 del CM, permitiendo así que el propietario del predio sirviente vea liberado de dicho gravamen a su inmueble para el ejercicio llano de sus derechos de dominio.

4. Corolario

El estudio expuesto aquí se centra en criticar el otorgamiento de la servidumbre minera provisoria, en una etapa procesal tan preliminar que impida una adecuada defensa de los derechos e intereses del titular de la finca sirviente, y ello asociado necesariamente a la disyuntiva vinculada con la determinación de la caución y la suficiencia de esta para cubrir los daños futuros, imprevistos, hipotéticos, que podrían producirse a propósito del otorgamiento y consecuente ejercicio de la servidumbre minera provisoria tratada en el artículo 125 del CM.

Consideramos que nos hallamos frente a una insuficiente regulación legal, que solo ha descansado en la intención del legislador de promover el empuje de la actividad económica minera, pero en un contexto de una abusiva y desproporcionada preeminencia procesal del

titular del predio dominante en evidente desmedro del propietario de la finca sirviente, lo que vulnera principios claves asociados al debido proceso, como el principio contradictorio, el acceso a un proceso racional y justo, la garantía de igualdad ante la ley y particularmente el derecho de defensa del demandado.

Sin duda, resulta indispensable una regulación más acabada de la institución de la servidumbre minera anticipada que permita al propietario del predio sirviente comprender que, no obstante su natural posición de desventaja procesal, contará con herramientas suficientes para controvertir la medida anticipada, tanto en la determinación de los elementos fundantes de su otorgamiento, como a su vez, la evaluación ajustada de la caución que el demandante deberá prestar por el período que perdure la medida.

Referencias

- Aguirrezabal, M. (2015). Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, (122), 35-66.
- Brieba, D. (2003). *Indemnizaciones provenientes de las servidumbres mineras. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Céspedes, C. (2020) Naturaleza y extensión de la indemnización debida por la constitución de servidumbres legales. En F. Elorriaga. *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar* (pp. 255 – 267). Santiago: Thomson Reuters.
- Diez – Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Gómez, S. (2019). *Manual de Derecho de Minería* (2.a ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guggiana, M.K. (en prensa). Determinación anticipada de la vida útil del proyecto minero como esencial para la fijación de los límites temporales de la servidumbre legal minera y la cuantificación de las indemnizaciones a que tendrá derecho el propietario del predio sirviente. *Revista de Derecho de Universidad Católica del Norte*.
- Lira, S. (2012). *Curso de Derecho de Minería* (6.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lira, S. (2000). Ejercicio de derechos mineros en terrenos gravados con servidumbres. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2(2), 385-391.

- Mardones, M. y Aylwin, P. (2017). *Contratos especiales de operación petrolera. Título habilitante para el aprovechamiento de sustancias no concesibles*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Marín, J. (2019). Tratado de las medidas cautelares. *Doctrina, jurisprudencia, antecedentes históricos y derecho comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mitidiero, D. (2011). Tendencias en materia de tutela sumaria. De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria. *Revista Jurídica del Perú*, 127, 261-287.
- Morello, A. (1996). *Anticipación de la tutela*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- Ossa, J.L. (2007) *Tratado de Derecho de Minería. Tomo I y II* (4.ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Peña y Lillo, C. (2014). *De las Servidumbres Mineras*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Piñera, J. (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Santiago: Editado por Economía y Sociedad Limitada.
- Pozo, F. (2013). *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz, J. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Santiago: Imprenta Nascimento.
- Ruiz, J. (1949). *Instituciones de Derecho Minero Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Saavedra, F. (1998). Las servidumbres mineras: su alcance. *Revista de Derecho de Minas*, Instituto de Derecho de Minas y Aguas, Universidad de Atacama, 9, 101-104.
- San Martín, D. (1998). *Las Servidumbres*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Limitada.
- Uribe, A. (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Vergara, A. (2010). *Instituciones del Derecho Minero*. Santiago: Editorial Legal Publishing – Thompson Reuters.
- Vergara, A. (2015). Preferencia jurídica de una servidumbre minera inscrita para ocupar un terreno respecto del cual existe un título posterior. El caso de una servidumbre minera provisoria inscrita en relación a una servidumbre predial convencional: Informe en Derecho requerido por Minera Santo Domingo Sociedad Contractual Minera, en el marco del juicio posesorio sobre denuncia de obra nueva, radicado en el Juzgado de Letras de Diego de Almagro, bajo los autos rol C-227-2014 y que se encuentra ubicado en el libro de custodia I del proceso referido y solo en formato material.