

EL HALLAZGO DE AGUAS EN LABORES MINERAS.
DELIMITANDO UN EXCEPCIONALÍSIMO DERECHO DE
APROVECHAMIENTO DE AGUAS

DANIELA RIVERA BRAVO
ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN: En el período 2011-2014 la Corte Suprema tuvo tres oportunidades para delimitar, en la práctica, las posibilidades y amplitud de uso legítimo de aguas en una hipótesis excepcionalísima: el hallazgo fortuito de aguas en las labores mineras; situación ésta que puede prestarse para abusos y que, en medio de las variadas formas en que se manifiestan las labores mineras, concitan dudas. En tales tres oportunidades, como mostramos, la Corte Suprema, con apego a la hipótesis legal, pero también demostrando soltura hermenéutica, pudo delimitar esta figura a partir del escueto texto normativo; en dos casos consideró legítimo el uso de tales aguas, y, en otro, justificadamente, lo consideró abusivo.

INTRODUCCIÓN

Los hechos de esta hipótesis de hallazgo de aguas en medio de labores mineras son sencillos, y se reducen al enunciado anterior: se trata, además, de una hipótesis de excepción, que rompe la regla general de la creación concesional de los derechos de aguas, pues en este caso, tales derechos se generan en el descrito *factum*: el hallazgo de aguas. Resulta evidente aclarar que, en este escenario, el concesionario minero no cuenta ex ante con un derecho de aguas; es precisamente a partir de ese *factum* que tal derecho de aguas se genera.

A partir de fiscalizaciones que realiza la Dirección General de Aguas (DGA, en adelante) en faenas mineras, de oficio o a partir de denuncias de terceros, es frecuente la revisión de los títulos jurídicos que habilitan a los concesionarios mineros a usar aguas en sus obras. Tal como ocurre en una gran variedad de actividades productivas, el agua es

insumo fundamental en este rubro, por lo que la regulación de su utilización en virtud de esta excepcionalísima hipótesis cobra una particular importancia.

El acto formal de autoridad (concesión) es lo que suele encontrarse detrás de los usos privativos de aguas que realizan los concesionarios mineros; sin embargo, también hay usos ejecutados en virtud de ese especial reconocimiento que la ley confiere a la actividad minera, y en que no se requiere la existencia de una concesión previa legitimadora: en este evento, es necesario un hallazgo. Se trata, en este último supuesto, del denominado derecho de aprovechamiento de aguas *ipso iure* de los concesionarios mineros.

Aunque no es un tema de habitual discusión en los tribunales de justicia, en los últimos años la Corte Suprema ha emitido tres relevantes pronunciamientos sobre esta materia; sus lineamientos centrales se revisan en los próximos apartados, al hilo del análisis de esta peculiar figura. Cabe advertir que, pese a su importancia práctica, la jurisprudencia nacional, tanto judicial como administrativa (de la Contraloría General de la República), ha sido bastante escueta sobre este tópico. Sin perjuicio de ello, las sentencias que son objeto de análisis se centran en una trascendental arista: la concurrencia e interpretación de los requisitos legales exigidos para su configuración práctica y su delimitación. La decisión de estos casos no puede ser sino cuidadosa, pues, por tratarse de una situación excepcional, que escapa a la regla concesional general, exige de los aplicadores de la escasa normativa una actitud hermenéutica también excepcional: una interpretación llamada «restrictiva».

Enunciaremos brevemente los pilares legales de la titularidad estudiada, aludiendo, asimismo a algunas cuestiones interpretativas que cabe tener en consideración preliminarmente (I); y así, en seguida, referirnos a aquellos aspectos medulares de las resoluciones judiciales objeto de este comentario (II), el que cierra con algunas conclusiones y consideraciones finales.

I. RECUENTO NORMATIVO: LAS AGUAS HALLADAS EN LABORES MINERAS ANTE EL DERECHO VIGENTE

La temática es abordada de modo escueto en dos partículas normativas: los artículos 56 del Código de Aguas (en adelante, indistintamente, CA) y 110 del Código de Minería (en adelante, indistintamente, CM). De acuerdo a estas disposiciones, los concesionarios mineros tienen, *ipso iure*, el derecho de aprovechamiento “de las aguas halladas en las labores de su concesión”, en la medida que sean “necesarias” para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de los minerales. Como vemos, es la propia ley la que crea un derecho de aprovechamiento (ésta es, por tanto, la fuente de la titularidad) y perfila, de modo más o menos claro, sus contornos.

Dada la naturaleza de las faenas mineras, este hallazgo se refiere puntualmente a aguas subterráneas, esto es, aquellas “que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas” (art.2 CA). Asimismo, de acuerdo a las definiciones que surgen del esquema

general del aprovechamiento de aguas en nuestro país, este especialísimo derecho debe entenderse como un *uso limitado*, autorizado por la legislación, al margen del sistema concesional, de modo excepcional, constreñido a las *necesidades* del concesionario minero, originando una *hipótesis restrictiva*; ahora bien, esta calificación de “limitado” no puede implicar desconocer el contenido esencial de este derecho, el que debe ser determinado jurídicamente atendida su naturaleza y origen.¹ En el *Código de Aguas*. El art.56 inc.2º CA dispone lo siguiente: “Corresponde a los dueños de 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.” Luego, el art.57 CA prescribe que “El derecho de aprovechamiento de las aguas subterráneas para cualquier otro uso se regirá por las normas del Título III de este Libro y por las de los artículos siguientes.”

2. En la *legislación minera*. El tratamiento de las aguas halladas en labores mineras se encuentra también regulado en los art.8 inciso final de la Ley N°18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y 110 y 111 CM. Así:

a) El art.8 inciso final Ley N°18.097 dispone: “Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley.” No obstante lo escueto de este inciso, se puede desprender que el legislador entiende desde ya que la ley común debe establecer en favor del concesionario minero algún derecho de aguas; a mayor abundamiento, dado que este texto se refiere directamente al concesionario minero, se vislumbra la idea de un derecho *especial* para tales concesionarios.

b) Por su parte, el CM, aprobado por la Ley N°18.248, de 14 de octubre de 1983, trata al tema en sus arts.110 y 111. El primero de ellos preceptúa que: “El titular de 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, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.” Por su parte, la segunda disposición mencionada tiene un contenido similar al ya reproducido art.57 CA.

3. En la *legislación sanitaria*. Debe consignarse que el art.74 del Código Sanitario tiene, a partir de 1983, el siguiente texto: “No se podrá ejecutar labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio Nacional de Salud, el que fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente.

El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar en todo caso la paralización de las obras o faenas cuando ellas puedan afectar el caudal o la calidad del agua.”

4. *Algunos aspectos de técnica legislativa: especialidad y derogación de las leyes*. Un análisis inicial del conciso tratamiento legislativo que posee el tema en análisis nos indica lo siguiente: el art.56 inc.2º CA (de 1981) se refiere a la misma materia que posteriormente trata el art.110 CM (de 1983), siendo este último más amplio. Entonces, cabe preguntarse: la disposición contenida en el art.56 inc.2º CA, ¿debe entenderse derogada tácitamente por el art.110 CM?

A su vez, el art.244 CM, al señalar: “*deróguese toda disposición legal (...) contraria o incompatible con los preceptos de este Código*”, realiza en apariencia una derogación expresa (pero que en realidad es tácita), ¿se entiende, a raíz del art.110 CM, derogado el art.56 inc.2º CA en lo que es “contrario o incompatible” con el anterior?

Es notorio que el art.110 CM es más extensivo que el art.56 CA (el primero da a entender que el derecho *ipso iure* se reconoce sólo respecto a las concesiones de explotación; en tanto que el segundo es omnicompreensivo de las faenas de exploración y explotación): en eso podría estribar su contradicción; contradicción que sólo se manifiesta en la amplitud del contenido del derecho que se reconoce, pero no en su ejercicio, el que se sujetará, como se señala más adelante, al esquema general de todas las titularidades de aguas, perfectamente “compatible” con los preceptos del CM.

En general, es el criterio de la especialidad el que determina la ley que prevalece en los casos de derogación tácita, y usualmente prima sobre el criterio estrictamente cronológico. No obstante, la situación es distinta cuando ambas normas antinómicas son especiales. En efecto, la evidente antinomia entre el art.110 CM y el art.56 inc.2º CA es parcial, pues ambas son especiales: aquélla incorpora especificaciones de que ésta carecía. Ambas son normas especiales, y no podría afirmarse que el art.110 CM es general y el 56 CA es especial por el cuerpo legal en que este último está incorporado; lo que define su especialidad es su naturaleza, y ambos son específicos respecto del tema analizado.

Entonces, en este caso, el criterio cronológico debe primar, y el contenido sustantivo del derecho que la ley reconoce a favor del concesionario minero que encuentra aguas en sus labores es el señalado en el art.110 CM. Sin embargo, ello no implica que este derecho, dada su naturaleza de “derecho de aprovechamiento de aguas”, en cuanto a su ejercicio, deje de estar sometido al CA. En resumen:

a) En cuanto al contenido material y finalidades de uso con que se *reconoce* el derecho, ha de estarse a lo que señala el art.110 CM, por ser la disposición posterior, que prevalece y derogó tácitamente toda otra anterior; y,

b) En cuanto al *ejercicio* del derecho de aprovechamiento así reconocido, ha de estarse al estatuto especial que regla todos estos derechos y que es el CA, lo que es perfectamente compatible con el CM.

Así, por lo demás, se ha encargado de precisarlo la Corte Suprema, que sobre este punto ha sostenido que:

“...del sólo tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, se constata que la situación regulada en el primero queda comprendida en el segundo, en razón que este último es más amplio que el primero, en cuanto al contenido del derecho que reconoce, pero no en relación a su ejercicio -que continúa regido por el estatuto de aguas y los principios que lo informan... En ese mismo orden de ideas, resulta útil consignar, que, si bien el artículo 244 del Código de Minería, posterior al Código de Aguas, contempla la derogación de toda disposición contraria o incompatible

*con sus preceptos, tal efecto no se advierte en la especie en relación a la regulación contenida en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, desde que no se aprecia una antinomia o contradicción entre ellas, sino únicamente que el artículo 110 del cuerpo legal que rige la actividad minera reconoce título sobre las aguas halladas en las labores mineras de exploración, explotación o beneficio... En sustento de dicha posición, se ha entendido que el artículo 110 del Código de Minería, al señalar que el derecho de aprovechamiento se tiene "según el tipo de concesión de que se trate", inequívocamente reconoce que comprende las de exploración, explotación y beneficio."*¹

II. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE AGUAS HALLADAS POR EL CONCESIONARIO MINERO

A efectos de precisar el contenido y alcance del derecho de aprovechamiento reconocido por el sólo ministerio de la ley a favor del concesionario minero, revisaremos los elementos legales que delimitan esta titularidad, incorporando, a su vez, los lineamientos jurisprudenciales que la Corte Suprema ha propiciado en los últimos años sobre esta temática.

A partir de los términos que ya han sido enunciados, este particular derecho de aprovechamiento está ligado, en primer lugar, a la existencia de, al menos, una concesión minera (ya sea de exploración o de explotación); en segundo término, se requiere un efectivo hallazgo de aguas; luego, dicho hallazgo debe producirse en las "labores de su concesión" minera; y, en fin, estas aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean "necesarias" para la exploración, explotación o beneficio de minerales. El ejercicio de este derecho, por su parte, está sujeto a las mismas prescripciones y reglas que todos los derechos de aprovechamiento.

1. Requisitos y elementos que hacen surgir el "derecho de aguas del minero"

a) Necesidad de una concesión minera. Sólo a partir de un título minero pueden realizarse legítimamente labores mineras (arts.7 Ley N°18.097 y 106 CM, en relación al art.110 CM), y sólo una concesión minera podrá ser invocada como antecedente para que el derecho de aprovechamiento de aguas acceda ("inseparablemente") al mismo. La ley es categórica y expresa, señalando que es "el titular de concesión minera" el que "tiene" tal derecho una vez halladas las aguas (art.110 CM *ab initio*).

En caso de extinguirse la concesión minera, al mismo tiempo, se extingue este derecho *ipso iure*, por mandato expreso de la ley ("se extinguirán con ésta"), pues ya no habrá título para explorar o explotar los minerales cuyo beneficiario necesite agua (art.110 CM *in fine*).

Aunque el tenor de las disposiciones legales que sustentan este derecho es enfático en este punto, la Corte Suprema se ha encargado de acentuar lo siguiente:

¹ *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

“...únicamente el titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate, derecho que sólo puede ejercer una vez constituida la concesión según regula el artículo 107 del mismo Código, disponiéndose, además, en el artículo 111 de idéntico texto legal, que las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetarán a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables.”²

b) *Efectivo hallazgo de aguas.* No basta el título minero para invocar derechos sobre unas aguas que potencialmente podrían ser halladas en el futuro: estas aguas deben ser efectiva y materialmente “halladas”, pues, el derecho mismo y la subsecuente posibilidad de usarlas sólo surge una vez que las mismas son encontradas. Antes de ello no existe derecho alguno, ni siquiera a impedir que otros efectúen la búsqueda de tales aguas a partir de títulos de ocupación o uso del suelo (propietarios o concesionarios de exploración de aguas subterráneas), de los cuales carezca el concesionario minero (por no haber obtenido antes, por ejemplo, las servidumbres de ocupación respectiva).

En otras palabras, el concesionario minero que aún no ostenta títulos de ocupación o uso del suelo no está habilitado jurídicamente para disputar esta agua, para el caso en que aún no ha iniciado sus labores mineras, ni ha hallado materialmente unas aguas; y, por el contrario, podrá explorar aguas el propietario del suelo o un concesionario de exploración de aguas subterráneas, sin que sea impedimento para ello el título minero no ejercido.

c) *El hallazgo de las aguas debe producirse fortuitamente en las labores de la respectiva concesión minera.* En este sentido, la Corte Suprema ha exigido una absoluta correspondencia o proporcionalidad entre la entidad/características de las labores mineras y las aguas que, alumbradas “con ocasión” del desarrollo de tales labores, se utilicen al amparo de esta figura de aguas del minero. Así, en un caso puntual en que intentaba enmarcarse el uso del recurso en dicha figura, este Tribunal lo rechazó en virtud de las particularidades propias de la faena de que se trataba, sosteniendo que:

“...dicha conclusión, sin embargo, pugna con el objeto mismo de la concesión conferida a la demandada que corresponde a la explotación de salitre y yodo, minerales que se sitúan entre la superficie y los quince metros de profundidad, mientras que de acuerdo a los informes entregados por la Dirección General de Aguas la demandada extrae las aguas a profundidades que fluctúan entre los treinta a cincuenta metros. Por tanto, no se trata de aguas que afloran con ocasión de la exploración o explotación de minerales, tal como lo exige la excepción opuesta por la empresa denunciada. A su vez, si la demandada sólo dispone de tres pertenencias mineras en el área no es posible justificar que las aguas subterráneas extraídas desde treinta y cinco pozos hayan sido alumbradas con ocasión de esas actividades mineras y que se destinen a dicho fin.”³

² *DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine* (2013). En similar línea, y destacando que estamos frente a un derecho “de contenido y naturaleza especial”, ver *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

³ *Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad* (2011).

Vemos, entonces, cómo, jurisprudencialmente, se formulan dos relevantes aristas de este derecho limitado:

i) las aguas deben encontrarse casualmente en la ejecución de las labores mineras, y no ser producto de una búsqueda deliberada del concesionario; y,

ii) el volumen de aguas utilizado debe guardar directa relación con la magnitud de las faenas respectivas (ello se vincula con el último elemento que se revisa en este apartado: tales aguas sólo pueden ser empleadas si son necesarias en el ejercicio de la concesión respectiva).

d) *Las aguas pueden utilizarse en cualquier punto del proyecto minero de que se trate.* Para analizar este requisito puntual debe tenerse presente la realidad de los proyectos mineros, o la manera en que se lleva adelante la industria minera; y al respecto cabe consignar que no se da una total correspondencia entre esa realidad (que opera en base a yacimientos de minerales) y la ley (que regula a partir de la noción de concesiones mineras, con límites geográficos exactos, sin relación a tales yacimientos).

Lo anterior es obvio, pues los objetivos son distintos y sería muy difícil compatibilizar los límites geográficos de cada título minero con los límites geográficos de los yacimientos (que son inciertos, y se vinculan a razones económicas o de rendimientos de explotación); todo lo cual lleva a la práctica de que un sólo proyecto minero o un sólo yacimiento minero sea objeto de múltiples títulos o concesiones mineras, todos colindantes, lo que le confiere “unidad” al mismo.

Sobre este punto es necesario preguntarse si las aguas halladas en las labores realizadas en terrenos cubiertos por una concesión minera específica, que forma parte de un mismo conjunto o proyecto minero, ¿pueden usarse en las labores de exploración, explotación o beneficio de minerales provenientes o situados en terrenos cubiertos por otra pertenencia distinta a la anterior? ¿Tiene alguna relevancia jurídica, a estos efectos, el que ambas pertenencias hayan sido constituidas dentro de un mismo “grupo de pertenencias”, en el sentido del CM? ¿O si ambas pertenencias no sólo forman parte de un mismo “grupo de pertenencias”, sino que constituyen títulos habilitantes para un mismo “proyecto minero”?

Una primera lectura del art.110 CM no permite obtener una respuesta. Si bien es claro que la ley exige propiedad sobre el título que posibilita las labores mineras en que son halladas las aguas (exige que debe tratarse de títulos propios: “su”), nada agrega sobre el terreno en que puedan ocuparse: sólo menciona las finalidades de su uso legítimo: exploración, explotación o beneficio; pero no restringe, al menos expresamente, el uso de las aguas en el mismo terreno cubierto por la concesión minera respectiva. Para estos efectos, es preciso revisar los conceptos de “grupo de pertenencias”, contenido en la legislación minera, y de “proyecto minero”, establecido en la legislación medio ambiental.

i) *El caso de las aguas halladas en labores que forman parte de un mismo “grupo de pertenencias”.* El CM (arts.44 N°4, 45 inc.2°, 59 inc.1° y 2° N°5, 72, 77, 78, 87, 90 N° 6 e inciso final y 118)

otorga una condición especial a la petición conjunta de varias pertenencias, llamándole “grupo de pertenencias”. Toda la tramitación de su constitución, y normalmente el ejercicio de los derechos que nacen de ellas, se realizan como un todo; sin perjuicio que en la práctica, además, todas estas pertenencias de un sólo “grupo” o de varios “grupos” suelen formar parte de un mismo “proyecto minero”, a lo que nos referimos en seguida.

Entonces, ¿es posible afirmar que cualquiera que sea el sector territorial cubierto por un grupo de pertenencias en el que se hallen aguas, éstas podrán usarse para la exploración, explotación o beneficio de minerales de todo el conjunto del terreno cubierto por el “grupo de pertenencias”, como un reflejo natural de esta unidad procedimental? La respuesta parece ser positiva, pues las únicas limitaciones que establece la ley es que beneficien al mismo concesionario (“su”), y que sean “necesarias” para los fines propios de la concesión de que se trate (art.110 CM).

ii) El caso de las aguas halladas en las labores de pertenencias que forman parte de un mismo “proyecto minero”. Un proyecto minero, normalmente de gran envergadura, necesita muchas hectáreas de terrenos cubiertos por concesiones mineras, no sólo para los efectos de explotar el yacimiento, sino también para la “protección” de las plantas de beneficio y demás instalaciones (y así evitar que esos terrenos sean solicitados por otros interesados) o para el cuidado de las “reservas” (yacimientos a explotar en el futuro).

Sin perjuicio que las actividades mineras son variadas, forman un conjunto; en función de ello, tales actividades no sólo comprenden los terrenos de las pertenencias en que se realiza la explotación minera, sino que todas aquellas instalaciones que constituyen las faenas mineras que sirven a la industria extractiva minera. De ahí que debe entenderse que todas las concesiones mineras en que esté situado el conjunto de instalaciones que conforman las faenas mineras, y que se encuentren en el sector, forman parte de un mismo conjunto, el que en términos de economía práctica se denomina “proyecto minero”, concepto recogido por la legislación ambiental⁴.

Este concepto de “proyecto minero” (que aquí sólo esbozamos), aplicado al problema de las aguas halladas en las labores mineras, origina una vía de interpretación acorde con la realidad de la explotación minera actual. Entonces, las aguas halladas (sobre las que se origina *ipso iure* un derecho de aprovechamiento), no sólo pueden ser utilizadas en las

⁴ Según la Ley N°19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente, respecto de “todo proyecto o actividad” por ella considerado se deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda (art.9 inc.1°). Así, el art.10 letra i) Ley N°19.300 señala que los “proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes...”, señalando expresamente que deberá procederse de este modo en el caso de los “proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.” Agrega el art.11 letra b) que los “proyectos o actividades enumerados en el artículo anterior requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias (...), entre los cuales se consideran los “efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua, aire.”

A raíz de lo anterior, en la práctica, todo proyecto minero deberá obtener la certificación ambiental, y sólo una vez que se ha certificado por el órgano competente que “se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables” (art.24 Ley N° 19.300), se podrá llevar adelante el proyecto (que usualmente es uno, y que requiere múltiples concesiones mineras).

labores materialmente situadas en el terreno cubierto por la misma concesión en que fueron encontradas, sino que podrían ser legítimamente utilizadas en labores mineras situadas en terrenos cubiertos por otra concesión minera del titular de la concesión respectiva, siempre que forme parte de un mismo “grupo de concesiones” o de un mismo “proyecto minero”. Acogiendo expresamente esta última posición, la Corte Suprema ha precisado que:

“...las aguas deben ser halladas en las labores de la concesión minera, circunstancia que debe entenderse referida al término proyectos mineros en su conjunto, desde que, en la práctica un proyecto o yacimiento minero es objeto de múltiples títulos o concesiones colindantes que le otorgan unidad, atendidas, también las limitantes de superficie previstas en la ley... Tal concepción, además, resulta concordante con lo previsto en el citado artículo 10 letra i) de la Ley 19.300, dotándolo de un contenido unitario y lo dispuesto en los artículos 4 a 6 del Reglamento de Seguridad Minera, que definen lo que debe entenderse por industria extractiva minera y las actividades que comprende; las faenas mineras, que se extienden al conjunto de instalaciones y lugares de trabajo de la industria extractiva minera; y concibe la empresa minera ligada a la ejecución de acciones, faenas y trabajos de la industria extractiva minera, reconociendo su amplitud, lo que aplicado a las aguas, conlleva determinar que no existe inconveniente para que las halladas en un sector cubierto por una concesión puedan trasladarse y utilizarse en otro del mismo titular, que formen parte del grupo de pertenencias o, como en este caso, un mismo proyecto minero, atendiendo a su vinculación geográfica o funcional, pues la única restricción que la ley contempla es que beneficien al mismo concesionario y que sean necesarias para los fines de propios de la concesión, en relación a los relaves, como quedó asentado en autos.”⁵

e) *Las aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean necesarias para la exploración, explotación o beneficio de los minerales.* Si el título habilitante para realizar las labores mineras en medio de las cuales fueron halladas las aguas es una concesión minera de exploración, tales aguas sólo pueden ser usadas para los trabajos de exploración; y si se trata de una concesión de explotación, pueden ser utilizadas solamente para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de minerales, pues su uso lo restringe la ley “según la especie de concesión de que se trate”, a las aguas “necesarias”⁶.

Dentro del concepto de exploración, explotación o beneficio de minerales se incluyen aquellos usos de aguas necesarios para llevar a cabo estas actividades. Algunos de estos usos están regulados expresamente por el Reglamento de Seguridad Minera, en diversas normas que exigen la utilización de agua en las faenas mineras, y otros dependerán de los métodos de búsqueda, extracción y, principalmente, beneficio de minerales de cada proyecto.

⁵ *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

⁶ En esta dirección ver *Minera Los Pelambres con DGA* (2013), en que la Corte Suprema sostiene que “...las aguas deben ser utilizadas en la exploración, explotación o beneficio del mineral, según la especie de concesión, sin restricción, pues la única limitación que la ley impone es que sean necesarias para los fines de la concesión, sin que se aprecie dificultad alguna en aplicarlas al concepto de proyecto minero aludido precedentemente, pudiendo también citarse en apoyo de esta posición, las obligaciones de información acerca del recurso hídrico que se imponen a la empresa minera, conforme con lo dispuesto en los artículos 348 y 349 del mencionado Reglamento de Seguridad Minera y la exigencia de utilizarlas en las faenas mineras, en sus distintas fases y con diversas y amplias finalidades dentro del proceso industrial, acorde con lo previsto en los artículos 107, 316, 344, 403 y 409 del citado Reglamento.”

Por lo tanto, el uso de estas aguas está sujeto por la propia ley a dos limitaciones materiales: no pueden ser empleadas en fines distintos a los descritos en la “especie de concesión de que se trate”, esto es, autorizados por la ley y exigidos por la reglamentación técnica; y, además, estas aguas no pueden ser utilizadas en una “medida” (cantidad) mayor que la necesaria para tales fines.

Si las aguas halladas en labores mineras no son suficientes, o no ofrecen un caudal continuo, o aun siendo suficientes y continuas, no puedan usarse sin perjuicio ajeno, y se requieren más aguas para las faenas mineras, se deberá estar a lo estipulado en el art.111 CM. Es decir, se hace aplicable en este evento la regla general, debiendo el concesionario minero solicitar, a través del procedimiento concesional de aguas, el correspondiente derecho de aprovechamiento.

Con relación a este punto, debe precisarse que la Corte Suprema ha promovido una distinción entre el derecho de aprovechamiento que se reconoce por el solo ministerio de la ley al concesionario minero y otros derechos, también vinculados de algún modo con el recurso hídrico, y que son propios del estatuto jurídico minero. En esta línea se ha sostenido que:

“...sin embargo ello en ningún caso implica desconocer los derechos que la ley reconoce a los titulares de un pedimento o manifestación minera, al tenor del artículo 53 del mismo Código, en cuanto dispone que a contar del momento de la inscripción del pedimento su titular podrá efectuar todos los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración, y que desde el momento de la inscripción de la manifestación su titular podrá efectuar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y para constituir la pertenencia, agregando que si con motivo de esos trabajos necesita arrancar sustancias concesibles, se hará dueño de ellas... las labores de sondaje y bombeo de las aguas subterráneas difieren del alumbramiento de las mismas, regulado en el artículo 58 del Código de Aguas, y que las mismas se encuentren amparadas en las facultades que, desde el momento de la inscripción, la ley reconoce tanto al titular de un pedimento, a efectos de efectuar los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración, como al de una manifestación minera inscrita, para realizar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y constituir la pertenencia, entre los que se comprende la de hacerse dueño de las sustancias concesibles que necesita arrancar... no es posible determinar que las labores de sondaje y bombeo que motivan la acción de deducida en autos, constituyan alumbramiento de aguas subterráneas, para lo cual, conforme con el artículo 58 del Código de Aguas, se requiera la autorización de la Dirección General de Aguas, como postula el recurrente, desde que tales tareas se enmarcan dentro de las facultades que reconoce el artículo 53 del Código de Minería, por cuanto no implican explotación de las aguas, al tenor del artículo 6 del cuerpo legal de aguas. De esta manera, tampoco puede sostenerse lo afirmado por el solicitante, en cuanto a que las actividades materia de la denuncia, únicamente puedan realizarse conforme con las atribuciones que, en su caso, por un lado se reconocen en los artículos 110 y 113 del Código de Minería, al titular de una concesión y solo una vez constituida la concesión, como dispone el artículo 107 del mismo cuerpo legal, y por otro se contemplan en el artículo 111

de la citada normativa y que exige se sometan a la legislación de aguas, ya que, como se dijo las labores de sondaje y bombeo, escapan del aprovechamiento de los recursos hídricos.”⁷

Aunque se escapa ligeramente del objeto central de este texto, nos parece que debiera revisarse la consistencia práctica de la interpretación que la Corte realiza respecto a las labores de sondaje y bombeo y su aplicabilidad a todos los casos que pudieran presentarse en este contexto. ¿Siempre se da esa tajante separación entre dichas labores y el aprovechamiento de aguas propiamente tal? Sobre todo considerando que en el aprovechamiento de las aguas subterráneas se contempla una fase de exploración y otra de explotación, ¿el sondaje y bombeo ni siquiera podrían asimilarse a la primera de ellas (en que si bien no hay utilización de aguas, sino solo investigación del recurso, resulta igualmente aplicable el régimen concesional)?

2. *Ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras. Condiciones de un “uso limitado”.* Las disposiciones que consagran este particular derecho de aprovechamiento (arts.110 CM y 56 inc.2º CA) se limitan a reconocer y describir su contenido material, el que, en cuanto a su ejercicio, deberá someterse a las reglas generales que, para todo derecho de aprovechamiento de aguas establece el CA. Así, y tal como se ha encargado de precisarlo la Corte Suprema,

“...el contenido material del derecho de aprovechamiento de aguas que otorga al titular de una concesión minera sobre las aguas halladas en las labores de la concesión, el Código de Minería los regula en términos más amplios que el estatuto de aguas, que mantiene plena aplicación en relación al ejercicio de dicho derecho, en cuanto que no puede perjudicar derechos de terceros, además de las limitaciones que atienden a la preservación del recurso hídrico...”⁸

Las mencionadas reglas y directrices generales son, principalmente, las siguientes:

a) *Respeto al concepto e implicancias del principio de unidad de la corriente.* A partir de dicho principio se reconoce la conexión que existe entre todas las aguas, superficiales y subterráneas, de una misma cuenca. El ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras debe ser analizado, como toda otra titularidad de esta especie, a la luz de este principio, sobre todo en relación a los conflictos que se puedan generar con otros usuarios de la misma cuenca hidrográfica.

b) *Unidad regulatoria de todos los derechos de aguas.* Como una lógica consecuencia de lo anterior, el CA establece un precepto que da unidad regulatoria a la disciplina de las aguas, al señalar en su art.5 que: *“Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código.”*

⁷ DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013).

⁸ Minera Los Pelambres con DGA (2013).

Estos derechos de aprovechamiento de los particulares son regulados (descritos o tipificados) normalmente en el propio CA; no obstante, como sabemos, la hipótesis de las aguas halladas en labores mineras constituye un derecho de aprovechamiento cuya creación o reconocimiento como tal está tipificado más bien en otro texto legal (CM). Pero dada la condición inicial de “todas” las aguas disponibles en fuentes naturales como bienes públicos, en su ejercicio y demás aristas, este derecho especialísimo tendrá que atenerse a las reglas del CA.

c) *Respeto de los derechos de terceros.* El pretérito principio *salvo iure tertii*, esto es, la prohibición de causar perjuicios a terceros o a los derechos de otros, se especifica en materia de aguas en los art.5, 6, 22 y 141 inciso final CA. Esta prohibición se aplica no sólo al momento de crear nuevos derechos, sino también durante el ejercicio de los mismos, y ella, por cierto, no es ajena a la titularidad reconocida *ipso iure* al concesionario minero.

d) *Límites excepcionales al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.* Todos los derechos de aprovechamiento, en su ejercicio, pueden quedar sujetos a ciertas limitaciones ante situaciones puntuales, las que deben afectar a todos (incluido, por lo tanto, ese derecho de aprovechamiento reconocido en los arts.110 CM y 56 inc.2º CA). Es así como la escasez o sequía, por ejemplo, podría acarrear la imposición de restricciones a todos los titulares de derechos de aguas de una fuente determinada (medidas extraordinarias de distribución o de redistribución, en su caso); la normativa ambiental, por su parte, es fuente de otras restricciones y condiciones que también pueden afectar a este particular derecho *ipso iure*. Sobre este último punto, la Corte Suprema ha sostenido que:

“...el hallazgo de aguas subterráneas en labores mineras, conforme lo disponen los artículos 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, otorga, por el solo ministerio de la ley, al titular de la concesión minera un derecho de aprovechamiento de aguas, de contenido y naturaleza especial, cuyo ejercicio impone limitaciones, todo lo cual, además, en la práctica se entrelaza con lo que se denomina "proyecto minero", que requiere la obtención de diversas autorizaciones administrativas y medioambientales, reguladas en su conjunto por el artículo 10 letra i) de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en cuanto dispone que, entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases y que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, se cuentan los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda...”⁹

e) *Incorporación y respeto al autogobierno ejercido por la junta de vigilancia competente.* Directamente vinculado a lo recién expuesto, debe tenerse presente que “todos” los titulares de derechos de aguas de una cuenca o fuente natural forman parte de la junta de vigilancia que ejerce jurisdicción en ese ámbito. Por lo tanto, los concesionarios mineros que sean titulares del derecho *ipso iure* revisado en este texto no se encuentran excluidos de esta concepción, debiendo respetar, en lo pertinente, los acuerdos y medidas que adoptare

⁹ *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

dicha organización de usuarios. Sólo de este modo, nos parece, se logra concretar una adecuada sujeción y observancia a todas las condiciones y directrices previamente enunciadas en este párrafo (unidad de la corriente, unidad regulatoria de los derechos de aguas, respeto a los derechos de terceros y sometimiento a ciertos límites puntuales de los derechos de aguas).

CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

1°. En el Derecho vigente se consagra, a nivel legislativo y jurisprudencial, el reconocimiento *ipso iure* de un derecho de aprovechamiento respecto de las aguas halladas en el ejercicio de las labores de exploración y explotación minera, las cuales pueden ser utilizadas por el respectivo concesionario, sin requerirse concesión previa, en caso que tales aguas sean efectivamente halladas y sea necesarias para las labores de su concesión.

2°. Si bien los términos legales que perfilan este particular derecho de aprovechamiento son escuetos, todo indica que se trata de una titularidad excepcional y limitada, por lo que debe interpretarse restrictivamente; sin perjuicio de esto último, por cierto, debe respetarse el contenido esencial de este derecho de aguas reconocido por el sólo ministerio de la ley cuando concurren los siguientes elementos: existencia de una concesión minera, de exploración o de explotación; efectivo hallazgo de aguas; dicho hallazgo debe producirse en las labores de la concesión minera; y, en fin, estas aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean necesarias para la exploración, explotación o beneficio de minerales.

3°. El derecho de aprovechamiento de aguas que se reconoce al concesionario minero por el sólo ministerio de la ley está sometido al estatuto general de todos los derechos de aprovechamiento (establecido, fundamentalmente, en el Código de Aguas); en su ejercicio no puede perjudicar titularidades de terceros, debiendo respetar, además, las limitaciones que pueden imponerse a todos los derechos de aprovechamiento a partir de situaciones puntuales, como es la sequía.

4°. La jurisprudencia de la Corte Suprema, en los tres casos en que se ha pronunciado sobre el tema de las aguas halladas en labores mineras, en el período 2011-2014 [*Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad* (2011); *DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine* (2013) y *Minera Los Pelambres con DGA* (2013)], además de acentuar la necesidad de concurrencia de los elementos contenidos en el escueto, pero claro tipo legal, ha contribuido a delimitar aún mejor esa figura, especificando tres aristas fundamentales:

a) el carácter fortuito y ocasional con que el concesionario minero debe encontrar las aguas para ser amparadas por este derecho *ipso iure*;

b) la directa proporcionalidad que debe darse entre el tipo y magnitud de las faenas mineras de que se trate y el volumen de aguas que el concesionario usa bajo el contexto de esta particular titularidad; y,

c) la vinculación geográfica y funcional que debe existir entre el lugar físico en que concesionario minero halló las aguas y el o los puntos en que éstas pueden ser utilizadas: lo relevante es que todo ello debe producirse dentro del mismo “proyecto minero”.

Los tres aspectos anteriores han sido, nos parece, aportes jurisprudenciales destacables sobre la figura analizada.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARÉVALO CUNICH, Gonzalo (1999): “Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 1, n°1, pp. 21-26.

ROJAS LLANOS, Noemí (1966): *Aplicación del agua en el Código de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 35 y ss.

SANTELICES AGOST, Gustavo y MORALES SAAVEDRA, Gonzalo (1997): *Regulación jurídica de las aguas en el Derecho de Minería* (Memoria, Universidad Central) 83 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1999), “Reconocimiento Ipso Iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras”, en: *Revista de Derecho, actas de las jornadas de Derecho de Minería* (Coquimbo, Universidad Católica del Norte) pp. 145-179.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1999): *Instituciones de Derecho de Minería* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing) 821 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (2011): Corte Suprema, 28 de octubre de 2011. Rol N° 5826-2009. Daño ambiental; aguas del minero.

DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013): Corte Suprema, 2 de abril de 2013. Rol N° 4914-2011. Distinción entre labores de sondaje y bombeo de aguas subterráneas y alumbramiento de las mismas. Aguas del minero.

Minera Los Pelambres con DGA (2013): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2013. Rol N° 6997-2012. Derecho de aguas del minero. Inclusión del concepto de “proyecto minero” en su configuración.