

El impacto económico de las normas de indemnización de perjuicios en la expropiación de concesiones mineras de explotación en Chile entre los años 1925 a 2010

The economic impact of the regulations of compensation for damage in the expropriation of mining concessions in Chile between the years 1925 to 2010

Juan Guillermo Torres Fuentealba¹

La certeza jurídica requiere, dentro de otras materias que, en caso de expropiación de los bienes de los privados, se les indemnice por el daño patrimonial efectivamente causado. En este artículo revisaremos las normas jurídicas que han regulado, a nivel constitucional y legal, a contar del Código de Minería de 1932, la manera de determinar la indemnización de perjuicios que se le ha de pagar a un concesionario minero de explotación, producto de una expropiación. Se realizará un especial análisis de la ley que Nacionalizó a la Gran Minería del Cobre en 1971, revisando si en las discusiones de la ley o en la doctrina, se

Legal certainly requires, among other matters, that in the event of expropriation of your assets, you be compensated for the patrimonial damage caused. In this article, we will review the legal norms that have regulated, at the constitutional and legal level, as of the Mining Code of 1932, the way to determine the compensation for damages that must be paid to a mining exploitation concessionaire, product of an expropriation. A special analysis of the law that Nationalized Large Copper Mining Companies in 1971 will be carried out, reviewing whether in the discussions of the law or in the doctrine, the eventual eco-

RESUMEN / ABSTRACT

¹ PhD. en Derecho en Pontificia Universidad Católica de Chile ©. Magíster en Derecho, mención Regulatorio y Magíster en Derecho, mención Empresa, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: jgtorres1@uc.cl; Dirección postal: Compañía de Jesús N° 1390, of. 1509, Santiago, Chile.

Artículo recibido el 9 de marzo de 2023 y aceptado el 10 de junio de 2023.

consideran los eventuales impactos económicos –costos y beneficios– de su aplicación. Finalmente, haremos un análisis de nuestra actual legislación minera, en lo que respecta al art. 11° N° 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, la que tuvo criterios económicos para su consagración y donde acreditaremos la efectividad de ésta y procuraremos la mantención de este numeral y la normativa en materia de expropiación e indemnizaciones consagradas en la Constitución Política de la República de 1980.

Palabras clave: expropiación, indemnización, concesiones mineras, gran minería del cobre.

economic impacts –costs and benefits– of its application were taken into account.

Finally, we will make an analysis of our current mining legislation, with regard to art. 11° N° 3 of the Organic Constitutional Law of Mining Concessions, which had economic criteria for its consecration and where we will accredit its effectiveness and we will seek the maintenance of this numeral and the regulations on expropriation and compensation enshrined in the Political Constitution of the Republic of 1980.

Keywords: expropriation, compensation, mining concessions, Large Cooper Mining Companies.

Introducción

La determinación de la indemnización de perjuicios que se le pagará al titular de una concesión minera de explotación en caso de expropiación y su forma de pago constituyen las materias esenciales, dentro de otras, que considera un inversionista extranjero o nacional para invertir en el rubro. Esto se encuentra regulado en el art. 11° N° 3 de la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (“LOCCM”). Durante décadas esta normativa no había sido cuestionada, en razón de la atracción de inversiones privadas mineras en Chile. Recientemente, durante el proceso fallido de la Convención Constitucional se propusieron cambios en estos asuntos, pero sin sopesar los impactos económicos de dichas medidas en la industria minera. Por lo cual, se hace necesario hacer un trabajo que profundice en este asunto, al no existir trabajos que versen sobre ello, verificando en la “historia fidedigna” de este numeral de la LOCCM si se sopesaron los impactos económicos que tendría esta normativa, así como la legislación que existió con anterioridad y sus consecuencias económicas en la minería privada.

En nuestra postura, el artículo 11° N° 3 de la LOCCM ha sido determinante para el incremento de las inversiones mineras en Chile. Esto en razón de que no limitó la potestad soberana del Estado para expropiar las concesiones mineras de explotación, siempre y cuando se sujetaren a los presupuestos constitucionales; y, con relación a los concesionarios, les garantizó que en el evento de que se expropiaren sus pertenencias mineras, entendidas bajo un régimen de propiedad plena del concesionario, se les pagaría una indemnización por el daño efectivamente causado, esto es, por el Valor Presente de los Flujos Netos de Caja (VPFNC).

Identificaremos las normas jurídicas que han regulado y consagran actualmente el derecho de propiedad y la expropiación a contar del año 1925 hasta el año 2010. Esto, con la finalidad de exponer las similitudes y dife-

rencias que han tenido estas materias en nuestro país en el referido periodo de tiempo y si se analizaron en sus discusiones parlamentarias los efectos económicos de dicha normativa, previendo éstos. Procederemos, también, a describir la normativa del derecho minero que ha regido y rige en Chile a contar del año 1925 hasta el año 2010, solo en lo que respecta al dominio del Estado sobre las minas y al derecho del concesionario minero. Esto, con la finalidad de exponer las similitudes y diferencias que han tenido estas materias en nuestro país en el referido periodo de tiempo. No profundizaremos en un estudio de las normas jurídicas, según el Análisis Económico del Derecho, sin perjuicio de que se hará un tratamiento somero según sus métodos. Se llevará a cabo para verificar (o no) si incidió el cambio de normativa que expusimos previamente en las inversiones mineras en el ámbito privado. Finalmente, demostraremos que el art. 11° N° 3 de la LOCCM ha sido esencial para que se desarrollen proyectos mineros por los privados en Chile y se debe mantener incólume.

I. El derecho del concesionario minero respecto de las minas, su afectación por medio de la expropiación y la forma de determinar la indemnización de perjuicios, bajo la constitución política de 1925 y del código de minería de 1932

La Constitución Política de 1925 ("CPR de 1925"), en lo que respecta al derecho de propiedad, lo consagró en su art. 10 N° 10, en sus diversas especies, precisando sus facultades de adquirirlo y conservarlo, además de sus atributos². Desde su entrada en vigor, el referido artículo había sido modificado en virtud de la Ley N° 15.295, debidamente refundido en la ley N° 16.215, de 20 de enero de 1967³. En lo que nos atañe a este artículo, consagraba el referido numeral, que se podía privar del derecho de dominio a su titular por acto de expropiación, lo que se debía materializar en virtud de una ley general o particular, siempre y cuando tuviese como fundamento la utilidad pública o el interés social. Como toda expropiación constituye una causal de extinción del dominio del bien del afectado, la misma carta fundamental consagró la forma de compensarlo, esto es, por medio de una indemnización de perjuicios,

² "La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna. Nadie puede ser privado de su dominio; ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente. El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública". CHILE, Constitución Política de la República de 1925, art. 10 N° 10.

³ La otra modificación que tuvo la garantía de la propiedad en la Constitución Política de 1925, previo a la reforma constitucional de 1971, que se aprobó, fue en 1963. La última reforma a dicho articulado sería mediante el Acta Constitucional N° 3, el día 13 de septiembre de 1976. Así resumido en: GARCÍA 2019, 75.

cuyo monto se determinaría considerando no solo el interés del expropiado, sino que también de la colectividad. Este artículo fue modificado por la ley que permitió la nacionalización de la Gran Minería del Cobre (“GMC”)

1. Antecedentes de la Nacionalización de la GMC

En el año 1971, dentro del gobierno del Presidente Allende, se ingresó por medio de un mensaje presidencial, una reforma constitucional que permitiría efectuar la nacionalización-y no expropiación- de las empresas de la GMC y estableció las formas de determinación del monto que se pagaría a los expropiados por concepto de indemnización de perjuicios, en el evento de ser procedentes. Dentro de su “historia fidedigna”, consta que se pretendió con esta ley un cambio drástico del modelo de desarrollo de la industria minera⁴.

Debemos recordar que, en el año 1971, en el cual tuvo lugar la discusión legislativa de la ley que nacionalizó a las empresas de la GMC, estaba plenamente vigente el conflicto de la guerra fría. El Gobierno del Presidente Allende quería hacer un cambio sustancial en materia económica y las formas de producción en Chile. El Estado tendría un papel preponderante, lo que fue cimentado desde unos años antes, a contar de la política de la “Nueva Frontera” propugnada por el Presidente de Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy, y asentada en los gobiernos de Chile de don Jorge Alessandri Rodríguez y de don Eduardo Frei Montalva, que dieron lugar a la reforma agraria. Durante el gobierno de la Unidad Popular se continuaría el proceso de expropiación de la propiedad rural, pero ahora se extendería a otros rubros, abarcando con ello a la GMC. Si no se modificaba el régimen jurídico que regulaba estos asuntos, era imposible concretar el anhelado cambio en la industria minera, por lo cual, el gobierno de la época instó en su primer año de gobierno a la reforma constitucional en comento⁵. En la discusión legislativa no hay constancia de estudios, de acuerdo al Análisis Económico del Derecho, esto es, que dieran cuenta de los impactos que tendría ésta en la industria minera una vez que estuviere vigente, en la inversión de los privados o los beneficios que reportaría la explotación de estos yacimientos para el Estado, considerando que no tenía la expertise idónea para su continuidad. Se desatendió establecer criterios objetivos de evaluación de la

⁴ La nacionalización de la GMC ya se encontraba en los programas de gobiernos de los entonces candidatos a la Presidencia, don Salvador Allende y don Radomiro Tomic. Inclusive, los parlamentarios opositores al gobierno, para justificar su apoyo al proyecto de ley de reforma constitucional hicieron presente estos argumentos para la materialización de éste. Si la ciudadanía eligió a Salvador Allende, señalaban ellos, en cuyo programa de gobierno se encontraba la nacionalización de la Industria Minera, la ciudadanía validó con ello, el presente proyecto de ley. En lo que respecta a la fundamentación de los partidos políticos de derecha al proyecto de ley, véase la declaración del H. Senador señor Bulnes en: Sesión del Senado (“SS”), Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 850.

⁵ El H. Senador señor Miranda estimaba que la adecuación de las normas jurídicas relativas a la GMC debía ajustarse a la maduración de la aspiración de la nación de ejercer plena soberanía sobre sus recursos naturales. Nuevamente, las consecuencias económicas de este cambio no se fundaban en analizar los impactos económicos que tendría este cambio legislativo para el país. Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 841.

indemnización de perjuicios que se pagarían producto de las expropiaciones, el incumplimiento del pago de las acciones por parte del Estado en razón del capital accionario comprado y prometido comprar a las empresas mineras norteamericanas, en razón del proceso de chilenización del cobre, y como afectarían tales cambios jurídicos a la atracción o desafección de nuestro país para la inversión extranjera y nacional. Solo se aludió en su discusión parlamentaria a obtener la independencia económica de Chile y la recuperación de los minerales, obedeciendo a motivos ideológicos, más que económicos⁶.

Esta modificación se sustentó, entre otras razones, en que el interés colectivo se debía superponer al interés del individuo, por lo tanto, el interés de los privados que permitió el desarrollo de las empresas mineras ahora debía supeditarse al interés de la nación o del Estado⁷.

Debemos recordar que durante la Presidencia de don Eduardo Frei Montalva se llevó a cabo la "chilenización" del Cobre. Producto de ella, la GMC estaba constituida por sociedades anónimas mixtas, donde sus socios eran empresas privadas extranjeras y el Estado de Chile-o sus empresas-. Este último se constituyó en accionista de éstas en virtud de contratos-leyes⁸. Se vendió- y prometió vender- por las empresas norteamericanas sus acciones al Estado de Chile, las cuales se pagarían en cuotas y que le permitirían a este último aumentar su participación en estas sociedades mixtas⁹. La legislación que se dictó para tales efectos y también, en virtud de ella, se ejecutaron actos por el Poder Ejecutivo que generaron obligaciones contractuales y que tuvo como su punto de culminación la adquisición de las referidas acciones, que le permitió al Estado, por medio de sus empresas, estar asociado a los privados para explotar sus yacimientos mineros¹⁰.

En lo que a este trabajo atañe, resulta de especial interés los derechos adquiridos por las partes y las obligaciones emanadas de sus actos, para efectos de determinar las implicancias y consecuencias económicas de la modificación constitucional que permitió la nacionalización de la GMC y sus impactos económicos en la industria minera y si se efectuó alguna previsión

⁶ SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 832.

⁷ SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 832. Relativo a la ideología marxista de Allende, véase en: CASTRO y otros (2019) p. 34.

⁸ No profundizaremos en la discusión que existió en ese entonces, respecto a la existencia o validez de los contratos-ley, ya que se aleja del objeto de este trabajo.

⁹ Para conocer los requisitos formales requeridos para la constitución de las sociedades mineras mixtas, véase: MONTERO 1969.

¹⁰ Sin perjuicio de los avances obtenidos en este periodo, existía en ese entonces un malestar en el Partido Socialista, que estimó que el Estado no fue beneficiado "justamente" por la explotación de sus recursos naturales, sino que solo las empresas extranjeras habían obtenidos réditos de su existencia. El mismo H. Senador señor Altamirano aludía de que al momento de discutir las normas que dieron lugar a la Chilenización del Cobre, se había cometido el error de evaluar de manera excesiva las inversiones realizadas por las empresas mineras extranjeras y que luego (una vez aprobada dicha legislación), habían existido problemas en la administración de las empresas mixtas llevadas a cabo por las transnacionales. Así, puede observarse en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 858.

de estas consecuencias. El gobierno solo se enfocó en encontrar la fórmula jurídica que le permitiese legalmente hacerse de los bienes de la minería, haciendo caso omiso-y deliberadamente- a las obligaciones emanadas de estos contratos, según se puede apreciar en las actas del Senado donde consta la discusión de este proyecto de ley. En las actas del Senado no se aluden a los impactos previsibles que tendría el intentar evadir estas obligaciones, sino que solo tuvo como objetivo que el Estado de Chile tuviera el dominio de las minas y con ello, dominar la producción del cobre y se hizo caso omiso a los compromisos adquiridos¹¹.

2. Antecedentes dogmáticos del dominio minero del Estado en las minas, previo a la Reforma Constitucional de 1971

Han existido diversas posiciones doctrinarias, previa a la ley de expropiación de la GMC, que pretendieron resolver el vínculo jurídico entre el Estado y las minas¹². Por un lado, la teoría del “dominio eminente”, permitió fundar la propiedad original de éste, pero era solo transitoria, ya que su propiedad, valga la redundancia, fenecía al momento de que se efectuaba un descubrimiento por los privados, que terminaba con la constitución de la concesión minera¹³. La CPR de 1925 y el Código de Minería de 1932 (“CM de 1932”) fueron las fuentes normativas de mayor jerarquía del Derecho minero chileno, cuya normativa se encontraba vigente en esa fecha. A juicio de la doctrina mayoritaria de la época, el Estado tenía una especie de tuición de las minas, cuya prerrogativa tendría por objeto la de entregárseles a los particulares. El Estado no tenía, siguiendo esta línea argumentativa, un derecho de propiedad definitivo sobre las minas, por lo cual, velando por el derecho de propiedad de los privados, estos últimos podían adquirirlos una vez descubiertas las minas, siempre y cuando hubieren cumplido con los requisitos legales¹⁴.

La otra doctrina del dominio minero del Estado sobre las minas fue la “regalista” en virtud de la cual se consagraba la propiedad del Estado sobre todas las minas. Los privados no tienen derecho alguno sobre las minas, por lo cual, al perder su principal activo, se desincentiva la inversión privada en el rubro. El Estado no dispone de los recursos necesarios para explotar todos los yacimientos mineros, y menos aún, puede realizar inversiones mineras cuantiosas, ya que son altamente riesgosas y tiene recursos limitados para satisfacer necesidades sociales. Lo que se debía potenciar por tanto era el de-

¹¹ SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 836 y 837.

¹² Para conocer las teorías del dominio minero del Estado sobre las minas que se tenían a la vista en dicho período, véase: URIBE, 1948 27-33. En cuanto al titular de la pertenencia minera, de acuerdo al Código de Minería de 1932, su régimen de propiedad se basaba en el de la propiedad inscrita, lo que se materializa con la inscripción del acta de mensura en el Conservador de Minas respectivo. Esto, en: URIBE 1948, 259-260.

¹³ VERGARA 2018, 209.

¹⁴ Al igual que a Vergara, no nos satisface que se le prive del derecho de propiedad de las minas al Estado, ya que del solo análisis exegético de la norma del Código Civil y de su historia fidedigna, aparece prístinamente consagrado el dominio del Estado sobre ellas, sin perjuicio del derecho de los particulares. Véase: VERGARA 2018, 207-247.

recho de propiedad sobre las minas del privado¹⁵. Su justificación legal descansaba en el artículo primero del CM de 1932 que establecía expresamente que “[e]l Estado era el dueño de todas las minas de oro, plata, cobre [...]”¹⁶.

Los concesionarios mineros, en virtud de lo que la doctrina denominó y acogió como posición jurídica predominante de nuestra legislación fue la del “dominio eminente”. Los privados por ende tenían las facultades de catar y cavar las minas, la de constituir concesiones de exploración o de explotación, y éstos se encontraban protegidos por el derecho de propiedad constitucional. El Estado otorgaba por medio de la autoridad judicial competente estas concesiones de exploración y de explotación en favor de los privados. Los concesionarios mineros, atendido lo dispuesto en el CM de 1932 y de su concesión minera, eran propietarios de todas las sustancias minerales que se encontraran dentro de los límites de su concesión, salvo excepciones¹⁷. A su vez, los concesionarios solo tenían la obligación de pagar una patente minera anual. Por lo tanto, la única forma constitucional de que se afectase el derecho de propiedad de los concesionarios mineros por parte del Estado era mediante la expropiación, y no la nacionalización-por lo cual también fue un motivo para hacer una reforma constitucional que lo incorporase-, cuya regulación se encontraba regulada en el extinto artículo 10 N° 10 de la CPR de 1925. La doctrina del “dominio eminente” fue la que imperó, en forma previa a la reforma constitucional que permitió la nacionalización de la GMC.

II. Nacionalización de la GMC. dominio del estado sobre las minas y la participación de los privados, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 17.450

Para que el Estado pudiese expropiar los bienes de las empresas de la GMC, debía asentar que el Estado tenía el dominio exclusivo, excluyente, absoluto e imprescriptible de las minas¹⁸ y con ello, rechazar la doctrina del “dominio

¹⁵ Para tener un conocimiento de las diversas doctrinas sobre el dominio minero, véase: BULNES 2012^a, 29-44.

¹⁶ Al momento de comentar en su obra acerca de los orígenes de este artículo, hacen alusión de que reiteró lo ya consagrado en los Códigos de Minería de los años 1888 y de 1930. Profundizando en sus alcances, hacen mención a las desestimaciones de modificaciones propuestas a este artículo, cuyo debate se dio en la Comisión Revisora de 1932. Según éstos, el señor Alejandro Lira hizo presente que el Estado no tiene dominio patrimonial sobre las minas, salvo aquellas sustancias reservadas para el mismo. Agregan los autores, que en los Códigos pretéritos pese a la discusión doctrinaria que existía acerca del dominio del Estado sobre las minas, no había derivado aquello en juicios. Así en: RUIZ y DÍAZ 1940, 29 y 30.

¹⁷ El profesor Ruiz estimaba que la redacción legal no era la idónea, ya que el concesionario minero no se hacía propietario solo de las sustancias minerales, sino que también de las minas o de los depósitos naturales de éstas. Para fundar esta aseveración, indicaba que las sustancias mineras durante la explotación se presentan mezcladas con las otras. Los privados, de acuerdo a dicho cuerpo normativo, no se hacían dueños de las sustancias reservadas al titular del predio superficial, al Fisco, ni las minas del carbón. Así, véase: Ruiz 1949, 116-120. Respecto de las sustancias mineras, ver: Chile, Código de Minería de 1932, art. 82.

¹⁸ Se excluyen, tal como en nuestra actual legislación minera vigente, a las arcillas superficiales.

eminente". Se pretendió desde el primer momento por el Ejecutivo de que no existieran interpretaciones doctrinarias contradictorias en este asunto. Primó la teoría "regalista", por sobre la teoría del "dominio eminente" del Estado y así se pudo excluir del monto de la indemnización de perjuicios a pagarse a los expropiados el valor de las concesiones mineras de explotación, ya que, por temas lógicos, no corresponde el pago de éstos, ya que el Estado era el único dueño de las pertenencias¹⁹.

1. El Estado como dueño de las minas

Se consagró mediante el art. 1° de la Ley N° 17.450 (modificando ello el art. 10° N° 10 de la CPR de 1925) que el Estado es el dueño absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y demás sustancias fósiles, con excepción de las arcillas superficiales.

Si el Estado es el dueño de las sustancias mineras concesibles, situación que acaeció con la modificación constitucional, se relativizó el derecho del privado como concesionario minero. Del solo tenor de esta disposición, se impidió al privado tener un dominio pleno de las minas, pese a que hayan constituido sus concesiones mineras, bajo las prerrogativas de la CPR de 1925 y del CM de 1932. Al tener lugar esta modificación constitucional, se cambiaron drásticamente las reglas del juego y que, en definitiva, debilitó el título minero del privado, siendo aún concesionario minero, pero no es el dueño de las minas²⁰. En la década de los setenta, la industria minera requería de grandes inversiones y que suponían un alto riesgo, y en el evento de que sea fructífero, les permitirían finalmente desarrollar un proyecto minero. Las rentabilidades de su explotación se obtenían luego de años, por lo cual, es fundamental tener un ordenamiento jurídico estable y que resguarde el derecho de propiedad de los privados. Con la modificación constitucional se cercenó el derecho de propiedad del titular del proyecto, en este caso de las empresas de la GMC, ya que les privó de su insumo más importante, que son las minas. Se desincentivó a los privados nacionales y extranjeros para que invirtieran en la industria minera. No se analizó por el gobierno del Presidente Allende, ni tampoco en el Congreso Nacional, según da cuenta el mensaje presidencial y las actas del Senado, si las pérdidas soportadas por el Estado y la nación toda, considerando el eventual beneficio que se obtendría por éste de la explotación de dichos yacimientos mineros, sería conveniente llevar a cabo este proceso de nacionalización en los términos que finalmente se dieron.

¹⁹ Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 833.

²⁰ El H. Senador señor Miranda dejó constancia de este asunto, pero a pesar de ello, aprobó la reforma constitucional. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, p. 842. Así también, el H. Senador Aylwin, pero precisando que estimaba que sería el concesionario minero el titular de un derecho real administrativo, cuyo título serpia precario frente al del Estado. Así en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 847.

A su vez, se determinó que el Estado es el propietario de las sustancias mineras concesibles, y se debió precisar a su vez la calidad y que derechos tendría, al tenor de esta reforma constitucional, el titular de una concesión minera. El concesionario minero tenía un derecho administrativo. No se encontraban delimitados sus derechos y obligaciones. Peor aún, se reconoció que no podían coexistir derechos que se contrapongan el título de dominio del Estado con el del concesionario minero, esto último fue con el fin de evitar que se pueda considerar un aumento de la indemnización de perjuicios que se debía pagar a los afectados de las expropiaciones²¹. Por lo cual se excluyó de toda base cálculo el pago de indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante provenientes por una expropiación del yacimiento minero. Se debilitó el título del concesionario minero, ya que, implícitamente se reconoció que la concesión no otorgaba un título de propiedad sobre las sustancias mineras que se emplazaban en el área de la concesión minera. El efecto negativo inmediato que tuvieron los concesionarios mineros fue que la banca no le suministró los créditos necesarios para su explotación, en razón de que el principal insumo que tenían las empresas para caucionar eran sus yacimientos mineros. Si las sustancias mineras son del Estado, ya no tendrían los privados el bien máspreciado para garantizar sus obligaciones.

Con esto, se consagró la calidad de concesionario del titular de una concesión minera de exploración o de explotación, pero no de las minas. Se constituyó un derecho real administrativo, distinto del derecho de dominio del Estado²². Los concesionarios mineros no tuvieron el resguardo de sus derechos adquiridos, por causal de caducidad establecida legalmente con posterioridad a la constitución de éstas, independiente de que sea por un hecho ajeno²³. Esa fue la posición defendida por Uribe ante el Senado, pero reconociendo que había un desarrollo doctrinario y jurisprudencial privatista, esto, acorde con el desarrollo de la actividad minera por el sector privado, sobre todo a contar de fines del siglo XIX.

2. Nacionalización de la GMC

Al aprobarse la reforma constitucional, atendido lo establecido en el nuevo art. décimo séptimo transitorio de la CPR de 1925, el interés nacional y el ejercicio del derecho soberano del Estado, se nacionalizó y se declaró incorporado de pleno y exclusivo dominio de la nación, las empresas que constituyeron la GMC, además de la Compañía Minera Andina. Pasando con ello, a dominio fiscal todos los bienes de dichas empresas.

²¹ Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 867.

²² Así lo reafirmó el señor Uribe, haciendo presente que el régimen de amparo minero constituía un régimen de caducidad y que no otorgaba derecho a indemnización alguna. Así, en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 992.

²³ Lira reconoce que entre el periodo entre la dictación de la Ley N° 17.450 y la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, no tuvo existencia esta concesión administrativa derivada de la Nacionalización de la GMC. Agregaba este autor que esta nueva institucionalidad no fue la idónea para otorgarle seguridad jurídica al inversionista minero. Así, en: LIRA 2012, 38 y 39.

El artículo 10° N° 10 de la CPR de 1925 aseguraba a todos los habitantes de la nación la inviolabilidad del derecho de propiedad. En casos excepcionales, como lo es la utilidad pública, calificada por ley, se podía expropiar y con ella privar de ella, o de sus atributos, o facultades a los concesionarios mineros. El afectado tenía derecho a una indemnización de perjuicios que, de acuerdo a su regulación constitucional, era la que se “ajuste con él” o que se determine en el juicio correspondiente en el evento de no llegar a acuerdo.

No efectuaremos un análisis respecto de las diferencias o discusiones doctrinales que se hicieron respecto de la nacionalización y de la expropiación, sino más bien, aludiremos a sus consecuencias prácticas²⁴. Como se comentó, lo que se pretendió con las normas jurídicas en comento fue conseguir el objetivo planteado por el Presidente Allende de tener y ejercer plena soberanía sobre la industria minera de Chile, y así excluir de sus rentabilidades a las empresas extranjeras. El Estado de Chile por medio de la reforma constitucional en comento privó del dominio de sus bienes a las empresas de la GMC, haciendo uso de la legislación, asumió que con la utilización de subterfugios legales se podía eludir los perjuicios económicos que reportaron tales actos atentatorios de la buena fe contractual y la seriedad institucional del Estado de Chile y sus instituciones. El problema suscitado en el Congreso fue determinar qué se debía nacionalizar. Se atendió más que a un criterio económico, a mecanismos jurídicos que impidieran a las empresas extranjeras poder demandar al Estado de Chile por indemnizaciones de perjuicios elevadas.

Chile tuvo un punto de inflexión bajo el gobierno del Presidente Allende al nacionalizar a la GMC y no pagar las indemnizaciones legales que correspondían. Una de las prioridades del gobierno de la Unidad Popular fue la nacionalización del cobre²⁵, lo que terminó con la entrada en vigor de la Ley N° 17450, que modificó el artículo 10 N° 10 de la CPR de 1925. La nacionalización, a diferencia de la expropiación, partía del supuesto que las riquezas que tenían los Estados producto de sus recursos naturales podían volver a su patrimonio, puesto que primaba la satisfacción de un interés colectivo²⁶. La nacionalización estuvo focalizada en la GMC, en la cual participaban, en calidad de socios u accionistas en las sociedades mixtas aludidas anteriormente, empresas de los Estados Unidos de Norteamérica. A diferencia de una expropiación, la nacionalización se distinguía, según quienes profesaban su existencia, entre otras cosas, en que la indemnización podía no existir, atendido sus fines²⁷.

²⁴ Se siguió la literatura jurídica en lo referido al concepto de nacionalización asentado por el profesor búlgaro Katarov. La nacionalización se refiere a universalidades. La nacionalización es diferente a la expropiación, ya que, en ese caso, no necesariamente sea efectuaría un pago total de las indemnizaciones de perjuicios por los bienes nacionalizados.

²⁵ NOVOA 1972,104.

²⁶ NOVOA 1972, 137-146.

²⁷ NOVOA 1972, 145.

Se tuvo a la vista, pero no se trató en profundidad en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, el hecho de que, al concretarse la nacionalización en los términos planteados por el gobierno, se afectaría su credibilidad, la fe pública y que nuestras autoridades, en representación del Estado, no cumplieran con sus compromisos legales. A pesar de estos alcances, aun así, se prosiguió con la tramitación del proyecto, donde se afectarían todos y cada uno de los puntos tratados. Se estaban cambiando las reglas del juego, se pretendió sustentar en un entramado de normas jurídicas que permitieron hacer viable la nacionalización, no teniendo a la vista la afectación de los derechos adquiridos por los privados. El objeto de los bienes a expropiar es un tema de gran relevancia, ya que, con el fin de no indemnizar conforme a derecho a las empresas extranjeras, se excluyó como bien de su propiedad a los yacimientos mineros. Debemos recordar que los minerales mientras no sean descubiertos, no tienen significancia económica. Inclusive, luego de su alumbramiento, dependerá de otros factores que conviertan un yacimiento viable económicamente. Es más, puede ser que en un momento dado no exista la tecnología o los medios idóneos para el procesamiento de mineral, pero en el futuro sea factible económicamente explotarlos por razones económicas, y así se obtengan ganancias significativas²⁸.

Se excluyó también la posibilidad de nacionalizar a las sociedades anónimas mixtas. El Estado –sus empresas– tenía un acuerdo de adquisición del capital accionario restante en un plazo determinado. Por lo tanto, al nacionalizarse a las empresas, continuaba existiendo la razón social y como consecuencia de ello, se debían pagar los pasivos de éstas, cumplir con todos los contratos que hubiere celebrado y también, se debía compensar atendido el precio y valor estipulados en los estatutos de cada sociedad. Se rechazó finalmente, ya que el Gobierno no deseaba pagar una indemnización compensatoria²⁹.

Otra de las alternativas que se discutió fue la de nacionalizar las acciones que tenían las empresas mineras extranjeras en las sociedades anónimas mixtas. El Estado ya era socio de éstas y bastaba con que se expropiasen las acciones restantes, debiendo considerarse el valor de ellas, atendido el patrimonio de las empresas³⁰. Las razones esgrimidas por el gobierno, nuevamente, para evitar el pagar la indemnización que era procedente conforme a derecho fue rechazar esta idea y así, evitar un conflicto con la aplicación de la normativa de los Estados Unidos de Norteamérica.

Definitivamente, siguiendo el objetivo de la nacionalización se indicó que ésta afectaría solo a los bienes y derechos directamente destinados a la explotación de las empresas mineras de la GMC³¹. Adicionalmente a los

²⁸ Ya el H. Senador señor Bulnes aludía a la posible fragilidad en la que se encontrarían los concesionarios mineros, al poder ser conculcados sus derechos por un acto legislativo.

²⁹ Así, en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 880 y 881.

³⁰ Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 846.

³¹ Se incorporaron también los bienes de la Compañía Minera Andina, cuyo principal accionista era Cerro Corporation, pese a que no cumplía con los requisitos de producción para pertenecer

argumentos referidos en este trabajo, para acreditar que no se tuvieron a la vista los impactos económicos para la industria y para el país de los cambios normativos, fue que inclusive para seleccionar los bienes de las empresas que serían objeto de la nacionalización, se atendía a criterios antojadizos del Gobierno. Se incorporó a la Compañía Minera Andina³², pese a no formar parte de este nivel industrial y se excluyó a otra empresa minera que se encontraba en la misma situación que esta compañía, que la tuvieron a la vista los legisladores en razón de su alta rentabilidad económica, pero de acuerdo a los estudios geológicos, la explotación de ella no abarcaría un tiempo mayor de ocho años, siendo un plazo muy corto para aprovechar sus rentabilidades³³.

Con el objeto de proseguir con la explotación del yacimiento minero luego de la nacionalización y en el entendido de que muchos bienes necesarios para tales fines son suministrados por terceros -relacionados o no- se consagró la expropiación de estos bienes. Jurídicamente es sumamente cuestionable dicho actuar, ya que no son parte de las empresas nacionalizadas, al no pertenecer estos bienes a la GMC, ni tampoco están dentro de la empresa Andina. Como bien se precisó en la discusión en el Senado, al estar expuestos los terceros a los efectos de la nacionalización, se previó por los congresistas que los terceros iban a evitar invertir en los referidos bienes para su continuidad operacional, ya que no se encontraba resguardado su derecho de propiedad. Por lo tanto, los proveedores de bienes a la GMC también soportaron los efectos de la nacionalización, haciendo caso omiso a los impactos económicos previsibles que tuvieron, al consagrar esto. Adicionalmente, la nacionalización de la GMC permitió deducir toda acreencia que puedan existir en contra de la empresa nacionalizada por empresas que les suministraban productos o servicios. Es un régimen normal, estos tienen derecho a impetrar las acciones personales correspondientes en contra de la empresa expropiante, pero a raíz de la reforma constitucional, se encontró impedido de ello. Se había hecho la prevención en el Senado de que se les afectaría su derecho si en el cálculo de la indemnización no recibían las compañías de la GMC suma alguna de dinero, ya que las empresas contratistas no les correspondía percibir indemnización alguna, lo que perjudicará directamente a empresas que serán privadas de su derecho de dominio indirectamente por actos del Estado³⁴. Este costo económico no fue debidamente considerado y sopesado por el Estado, más los otros, y no se ponderaron los eventuales

a la GMC, pero se atendió a su alta producción de cobre. A la fecha del proyecto de ley se requería un mínimo de producción 75.000 toneladas métricas para pertenecer a la GMC. La Compañía Minera Andina producía 66.000 toneladas métricas. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 894.

³² Dentro de las GMC, las sociedades mineras mixtas afectadas fueron: Sociedad Minera El Teñiente S.A., donde la empresa norteamericana Braden Copper Company tenía el 49% restante; la Compañía de Cobre Chuquicamata S.A. y Compañía de Cobre Salvador S.A.

³³ Así, SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 894.

³⁴ Véanse los comentarios del H. Senador señor Bulnes en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 950 y 951.

beneficios de la explotación de éstos por el Estado o sus empresas, para compensar estos costos.

3. Indemnización de las empresas afectadas por la nacionalización de la GMC

El asentar la teoría del dominio patrimonial de las minas por parte del Estado tuvo una finalidad práctica y fue la de evitar que a raíz de las nacionalizaciones que se iban a ejecutar se considerara para efectos de la indemnización de perjuicios el activo más valioso que tenían las sociedades anónimas mixtas-y con ellos las empresas norteamericanas en calidad de socios-, los cuales eran sus yacimientos mineros. Para los efectos de considerar los bienes a indemnizar debía excluirse *per se* de su contabilización el valor de las minas³⁵, y solo se debían tener a la vista el valor de los bienes que permitieran la continuidad de la producción de aquéllas. No se realizó un análisis económico del derecho que permitiera sopesar los efectos que tendría el excluir el yacimiento minero como propiedad del concesionario mediante una norma jurídica, los efectos económicos que tendría ésta para la industria y las demandas internacionales que impetrarían las afectadas. Atendido lo acontecido, no se sopesaron los beneficios y costos de su implementación, lo que tendrá serias repercusiones para Chile.

Del mensaje presidencial del proyecto de ley de reforma constitucional y de las actas del Senado donde consta la discusión, se hizo presente que estas normas jurídicas que posibilitaron la nacionalización y, a su vez, fijó la fórmula de pago de indemnización de perjuicios, solo debían aplicarse a la GMC y no a otros rubros de la economía³⁶. Implícitamente existió un reconocimiento de que el aplicar indiscriminadamente estas normas a otros rubros de producción, podía ser contraproducente. El impacto económico directo que tendría en otras ramas productivas sería la pérdida de seguridad jurídica por la afectación del derecho de propiedad y la determinación antojadiza de la determinación del monto del pago de la indemnización. Es lógico que, si alguien teme perder su propiedad por un acto de autoridad, no realizará ninguna mejora en sus bienes de producción, ni tampoco incurrirá en nuevas inversiones, salvo de que sea un inversionista temerario. Por estas razones, se dejó expresamente señalado en la historia fidedigna de la ley que estas normas solo se referirían a la GMC.

Para el cálculo de la indemnización de perjuicios se consideró solo el valor libro al 31 de diciembre de 1970, deducidas las revalorizaciones efectuadas por dichas empresas con posterioridad al 31 de diciembre de 1964

³⁵ Así, véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 844 y 846. De manera expresa se estableció en el art. Décimo séptimo de la CPR. De 1925 que: "[...] no habrá lugar a indemnización alguna por los derechos sobre los yacimientos mineros."

³⁶ El H. Senador Aylwin es enfático en precisar que no se aplique este régimen a otros rubros. Hace presente que si ese fuere el objetivo pretendido debía efectuarse un estudio "[...] bastante más serio [...]". Así en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 879.

(art. décimo séptimo transitorio de la CPR de 1925). Para los efectos de determinar el monto que se pagarán como indemnización a los expropiados se consideró el costo original de los bienes de la empresa minera expropiada, deducidas las amortizaciones, depreciaciones, castigos, agotamiento de las minas y desvalorización por obsolescencia. Se debió también deducir al monto que les pudiere corresponder por este concepto, el dinero que hubieren percibido las empresas producto de los convenios que dieron lugar a las sociedades mineras mixtas. Se aplicaron, por tanto, normas de efectos retroactivos, de acuerdo a lo antes referido, que afectaron los derechos patrimoniales adquiridos por estas entidades de conformidad a la legislación que rigió al momento de realizar sus inversiones o de celebración de los contratos, producto de la conformación de las sociedades anónimas mixtas. Se castigó a las empresas extranjeras por ejercer sus derechos contractuales, como lo es haber percibido los dineros por parte del Estado producto de las compraventas de las acciones que tenían en las sociedades anónimas mixtas, cuyas cuotas se encontraban pendientes de pago y también las ganancias que les hubiere correspondido percibir por los contratos de promesa de compraventa de acciones, que hubieren dado lugar a su contrato definitivo.

La indemnización se pagaría en dinero en efectivo, en un plazo de treinta años, cuyas cuotas serán anuales, iguales y sucesivas. Chile en ese periodo –y será así durante muchos años– tenía una inflación alta y que fue creciendo con el correr de los años. Al aumentar la inflación, el dinero pierde su valor. La forma de pago se pactó en pesos, por ende, al valer menos éste, producto de su depreciación, finalmente, las empresas mineras percibirían en la práctica, atendido el plazo señalado, un monto inferior al que se les hubiere pagado al contado.

Del mismo modo, se aprobó la facultad para deducir del monto de indemnización, las rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las afectadas, que hubieren percibido con posterioridad a la dictación de la Ley N° 11.828, de 1955³⁷. Las empresas mineras norteamericanas pagaron los impuestos que les correspondió en razón de las leyes que se encontraban vigentes. En base a ello, pudieron haber tenido pérdidas o rentabilidades. Las primeras, en perjuicio de sus accionistas, mientras que las segundas, obtenidas legítimamente por las inversiones realizadas y por el riesgo asumido. Esta reforma constitucional castigó retroactivamente a las empresas mineras norteamericanas-y a sus accionistas-, que ahora forman parte de las sociedades anónimas mixtas por rentabilidades excesivas.

Se consagró una fórmula para calcular la eventual indemnización que correspondería pagar por las nacionalizaciones en favor de las empresas ex-

³⁷ La reforma constitucional facultó al Presidente de la República a descontar de las indemnizaciones que fije el Contralor General de la República, las rentabilidades excesivas que hubieren percibido las empresas mineras expropiadas. Para lo cuál debía considerar “[...] la rentabilidad normal que éstas hayan obtenido en el conjunto de sus operaciones internacionales o los acuerdos que en materia de rentabilidad máxima de empresas extranjeras establecidas en el país, haya celebrado el Estado de Chile”.

tranjeras, socias de empresas mineras nacionalizadas. Se les pagaría a éstas proporcionalmente en consideración a su participación societaria, por el costo original de los bienes de ésta, deducidas las amortizaciones, depreciación, castigos y desvalorización por obsolescencia. Para poder entender los resguardos constitucionales del derecho de propiedad que se hizo en la Constitución Política de 1980 y de los derechos de propiedad de los concesionarios mineros en ésta y en la Ley Minera, hay que entenderlo por las consecuencias económicas de la Nacionalización de la GMC.

A su vez se consagró una norma que permitió descontar el monto de las indemnizaciones que fueren procedentes en el evento de que los expropiados no hagan entrega de los estudios geológicos u otro antecedente que les permita explotar los yacimientos mineros. Estos estudios geológicos, de geofísica y de geoquímica los realizaron las empresas expropiadas a su costo y beneficio y el Estado ni siquiera les consideró la inversión que llevaron a cabo para cuantificar las reservas mineras medibles, sino que solo les interesó la información relativa de su producción y rentabilidad que generaba cada una de las empresas.

Con el fin de llevar a efecto el proceso de nacionalización y no pagarles el justo precio a los afectados, solo se facultó impugnar el monto determinado por el Contralor General de la República, pero se inhibió a las partes la revisión de lo determinado por rentabilidades excesivas. Una de las piedras angulares de todo Estado de Derecho es poder impugnar por medio de recursos judiciales este tipo de actuaciones, como lo es la de fijar el monto de dinero por concepto de rentabilidades excesivas de las GMC, lo cual dejó a la Administración como juez y parte. Continuando con estos actos arbitrarios, más no inconstitucionales, ya que la reforma fue aprobada por la unanimidad de sus miembros, la decisión del Contralor en lo que respecta a las indemnizaciones serían impugnables ante un Tribunal Especial del Cobre, y sustrajeron el conocimiento del asunto de la Corte Suprema. De esta manera se aseguraron por medio de la conformación de este tribunal que estuviere constituido por personas afines a la Administración.

Todos estos actos derivados de la nacionalización de la GMC, al afectar el derecho de propiedad, no solo afectaba la inversión de los privados en todas las industrias nacionales, sino que tuvo como consecuencia inmediata que nos cerraron las puertas del mercado internacional. Comenzó el periodo de demandas internacionales, peticiones de embargos sobre los concentrados de cobre, entre otros. Las consecuencias, como suele pasar, las soportaron los chilenos y en especial, su clase media y baja.

III. Impactos económicos de la nacionalización de GMC

Ya nos hemos referido latamente a los mecanismos jurídicos que se emplearon para evitar las consecuencias económicas de la nacionalización, pero la realidad se impuso al derecho modificado. El cálculo que determinó la Contraloría General de la República para el pago de las indemnizaciones,

deducidas las rentabilidades excesivas evaluadas por el Presidente Allende, concluyó que dos empresas norteamericanas quedaran con saldos adeudados al Fisco de Chile³⁸. El mecanismo de impugnación establecido para tales efectos fue ante Tribunal del Cobre, el cual, producto de una cuestión de previo y especial pronunciamiento determinó que no tenía competencia para conocer del asunto de la deducción que se hizo de las rentabilidades excesivas de las empresas mineras. Finalmente, se rechazaron los recursos de las mineras afectadas y dentro de los votos en contra se encontraba el de un Ministro de la Corte Suprema, que aplicó el derecho³⁹. Las expropiadas alegaron ante otros tribunales extranjeros que sufrieron por los Tribunales de Chile denegación de justicia. En este artículo no trataremos en detalle las tramitaciones de cada uno de los juicios, sino las implicancias económicas que tuvieron para Chile⁴⁰.

Se produjeron problemas para Chile para las empresas estatales que continuaron la explotación y comercialización de los minerales de las mineras expropiadas. El mineral de cobre se exportaba y dependiendo del país que recibía o donde se encontraba su puerto, dependiendo de sus leyes y de la competencia de sus tribunales, decretaron medidas de protección en favor de las afectadas que impedían la comercialización de los minerales. En ese entonces ya éramos un país que dependía para su desarrollo de las ventas del cobre en el comercio internacional. Si no se podía comercializar, primero, se le privaría al Estado de las eventuales ganancias que le pudiera reportar, a su vez, si no hubiese llevado a cabo la nacionalización, podría haber percibido los impuestos que le hubieren correspondido por la comercialización del cobre que hubieren llevado a cabo las sociedades mineras mixtas y el pago de las patentes mineras. Una consecuencia absolutamente previsible.

Otra consecuencia de esto fue que existían pagarés que se suscribieron para la adquisición del cincuenta y un por ciento de las acciones de las sociedades mineras mixtas por parte del Estado. En el caso de alguna de ellas, si bien se pagó el precio al contado, la expropiada le prestó al Estado de Chile el dinero para llevar a cabo las compras del capital accionario, y que, a su vez, fueron garantizados por una compañía de seguros norteamericana, lo que agravó todo. Los problemas que debía resolver la Junta Militar, asumiendo el nuevo gobierno, no eran sencillos, ya que por un lado el proceso de nacionalización era irreversible. A su vez, debió solucionar en tribunales o mediante una negociación los conflictos con los expropiados.

Finalmente, la Junta de Gobierno con el objeto de no ocasionarle más perjuicios económicos a Chile, derivado del proceso de nacionalización, con-

³⁸ Estas empresas son la Anaconda y la Kennecott Copper Corporation.

³⁹ Véase: NOVOA 1972, 256. Para efectos de conocer los antecedentes que tuvo al respecto la Junta Militar para resolver los juicios vigentes en esos entonces producidos por la Nacionalización del Cobre, Véase: Acta N° 56, de fecha 28 de diciembre de 1973, de la Junta de Gobierno.

⁴⁰ Conocieron de estas demandas diversos tribunales de Europa.

vino en la celebración de transacciones con las afectadas⁴¹. Se pagaron las indemnizaciones de perjuicios detalladas en las transacciones suscritas, estableciendo un periodo de tiempo necesario para dar cumplimiento al pago de éstas⁴².

A raíz de la Nacionalización de la GMC quedaron de propiedad de Codelco, mediante la Dictación del Decreto Ley N° 1350 de 1976 los yacimientos de Chuquicamata, El Salvador, Andina y El Teniente, los que se extraía el ochenta y cuatro por ciento de la producción chilena de cobre comerciable⁴³. En relación a la inversión privada, los impactos en la producción de cobre para el país durante el gobierno de la Unidad Popular se pueden resumir así. En el año 1971 se planificó una producción de cobre de 821.000 toneladas, pero finalmente se redujo por ODEPLAN a 675.000, producto en su mayoría de la falta de técnicos que pudieren continuar con la explotación de los yacimientos mineros nacionalizados⁴⁴. Hubo un pequeño crecimiento de la producción en un 13,8%, pero atribuible a la puesta en marcha de las operaciones de Compañía Minera Exótica y la Compañía Minera Andina⁴⁵. Sin perjuicio de este pequeño aumento de la producción de cobre el precio del cobre fue en descenso desde el año 1969 y repunto solo en 1973⁴⁶. Los costos aumentaron significativamente (treinta por ciento) por nuevas contrataciones, menor eficiencia, huelgas y paros⁴⁷, lo que repercutía en menores utilidades para el Estado de Chile. Esto último, puede apreciarse en que estos se redujeron en US\$44.000.000 en 1971 y US\$7,5 en 1972⁴⁸.

IV. ¿Se podrían haber previsto las consecuencias económicas que tuvo la reforma constitucional del año 1971?

En la época de discusión del proyecto de reforma constitucional que permitió la nacionalización de las GMC, en Chile ya se tenía conocimiento de los avances académicos realizados en los Estados Unidos de Norteamérica que tuvieron por objeto la aplicación de la economía al derecho. En la década de los años sesenta tuvo un desarrollo el "Análisis Económico del Derecho". Los economistas de Chicago implementaron sus métodos económicos para prever los posibles impactos que tendría la entrada en vigencia de una norma jurídica en la población. Toda ley tiene necesariamente beneficiarios y a su vez, otros que soportarían las pérdidas, por lo tanto, debía encontrarse

⁴¹ Braden Copper Company, Kennecott Copper Corporation y Kennecott Sales Corporation.

⁴² Decreto Ley N° 710, de fecha 24 de octubre de 1974.

⁴³ Véase: MOGUILLANSKY 1998, 11.

⁴⁴ Así en: CASTRO *et al.* 2019, 701.

⁴⁵ Véase: CASTRO *et al.* 2019, 702.

⁴⁶ En 1971 el precio fue de 1.79, en 1972 fue de 1.69 y en 1973 fue de 2.48, todos precios en dólares por libra. Así en: CASTRO *et al.* 2019, 704.

⁴⁷ CASTRO *et al.* 2019, 704.

⁴⁸ Véase en: ZAUSCHQUEVICH, 56.

el fundamento que permitiera que ésta fuera eficiente económicamente⁴⁹. La ley debía tender, por ende, a que se minimicen los costos y se maximicen a su vez los beneficios netos que se adopten por la autoridad por medio de ella⁵⁰. En el caso de las normas jurídicas que afectasen derechos de propiedad se debían, por medio de las herramientas que se obtienen de la disciplina del análisis económico del derecho, evitar que un país soportara pérdidas económicas irrecuperables, si no se consideraban las variables económicas por los legisladores y solo velaren por el cumplimiento de las formalidades jurídicas. El Análisis Económico del Derecho analiza las consecuencias reales de las normas jurídicas, precisando sus costos y beneficios⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en toda la discusión legislativa se tuvieron a la vista los intereses del Estado, el que podía resumir en recuperar la riqueza minera por medio de la nacionalización de la GMC. Las sociedades mixtas tenían una reserva calculada de 37 millones de toneladas de cobre fino y se estimaba que éstas equivalían al veinte un por ciento de las existentes en el mundo⁵². Por lo cual, solo se consideraron las eventuales rentabilidades que le reportaría al Estado al explotar estos yacimientos mineros expropiados, teniendo a la vista sus reservas de mineras y su producción, más no sus costos.

Desde el momento que se adoptó el concepto de nacionalización, por sobre el de expropiación, por medio de formalismos jurídicos se pretendió evitar las consecuencias económicas de tal decisión y así evitar demandas y pagos de indemnizaciones de perjuicios a los afectados. Todo Estado es soberano y en virtud de esta soberanía puede expropiar los bienes de propiedad de privados, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales y el pago de la indemnización. Resulta que, con este concepto de aplicación reciente en ese periodo, esto es, la nacionalización, una de sus diferencias se encontraba en que en consideración a que el Estado recuperaba universalidades que le pertenecían en ejercicio de su soberanía, no estaba obligado a pagar una indemnización o en su defecto, podía ser mucho menor que la

⁴⁹ BEYER 2002, 3.

⁵⁰ BEYER 2002, 12.

⁵¹ DOMÉNECH 2014, 104.

⁵² De todos los antecedentes económicos que pudieron haberse considerado dentro del proceso de reforma constitucional para llevar a cabo la Nacionalización de la GMC, solo se consideraron las reservas mineras de cobre fino que tenía nuestro país. Sin embargo, es un antecedente insuficiente para determinar los impactos económicos que tendrían las modificaciones de estas normas jurídicas. Faltó el debido análisis de los costos que tendría para el Estado la explotación de estos yacimientos mineros, los costos en remuneraciones de los trabajadores, reposición de bienes que quedarían inutilizables con un uso intensivo de ellos, gastos de petróleo considerando los carguíos de mineral que se debían efectuar, entre otros. Esta sumatoria preliminar de costos, solo permitía estimar los eventuales beneficios que le reportaría al Estado y con ello, a la nación, la nacionalización de la Gran Industria Minería del Cobre. Se careció de un análisis de los costos que soportarían los afectados, las eventuales demandas que pudieren interponer las afectadas –y que hicieron dicho sea de paso– y finalmente, la pérdida de la seguridad jurídica de Chile que conllevaría a la falta de inversiones extranjeras. Un somero análisis económico se alude en: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1035.

que correspondería pagar en caso de proceder derechamente por medio de una expropiación. Esta fue la base sobre la que se intentó evitar todo pago a los expropiados.

Cualquier legislador o asesor podría haber tenido a la vista los estudios del Análisis Económico del Derecho o a lo menos, instintivamente, debería haberse analizado los potenciales afectados por tales medidas, sus beneficiarios, los beneficios y costos que tendría la reforma constitucional. Los afectados se encontraban debidamente determinados ya que se precisó que solo se nacionalizaría a la GMC. Este criterio se sustentaba, según la legislación vigente de la época, en la producción anual que debían tener. El beneficiario sería el Estado de Chile, que recuperaría la riqueza del cobre, y por lo tanto, si explotaba por medio de sus empresas los yacimientos nacionalizados, le reportarían mayores ingresos que permitirían satisfacer necesidades de la nación. Los costos que tendría, y que analizaremos más adelante y eran previsible, sería asumir las demandas que interpondrían estas compañías por indemnización de perjuicios donde harían presente que la nacionalización correspondía en definitiva a expropiaciones indirectas y el costo para el país que derivaría de la pérdida de la credibilidad de los inversionistas extranjeros y nacionales por carencia de la seguridad y certeza jurídica de Chile. No solo los empresarios mineros estarían resentidos con estas medidas, sino que también todos los demás rubros, ya que, por medio de una reforma constitucional, se podría seguir la misma metodología, que permitiría nacionalizar sus bienes, no pagando la indemnización de perjuicios que corresponde en consideración al daño soportado.

Hay que recordar, ante todo, que el derecho influye sobre el comportamiento humano, constituyendo incentivos o desincentivos⁵³. Toda ley tiene consecuencias que se pueden evaluar anticipadamente para determinar si es eficiente económicamente. Si se nacionaliza la industria del Cobre, situación que perfectamente puede pasar en cualquier país, siempre y cuando se ajuste a las causales constitucionales y no se quieran pagar las indemnizaciones respectivas, aludiendo a artilugios jurídicos, fácilmente puede preverse un descenso de la inversión privada, nacional y extranjera, en minería y en todos los rubros. La seguridad y certeza jurídica son difíciles de lograr, pero una vez obtenida, es muy sencillo perderlas rápidamente, como aconteció con la nacionalización de la Gran Industria el Cobre. Si se hubiesen ponderado los costos económicos de la reforma constitucional se debió haber seguido adelante solo si el costo de mantener la situación actual es mayor que los costos que existirían con la nacionalización en vigencia⁵⁴.

⁵³ DOMÉNECH 2014, 102.

⁵⁴ Si bien el autor lo trata a propósito de los aportes efectuados al Análisis Económico del Derecho por el profesor Coase, el costo de oportunidad deriva del sentido común que tiene toda persona en este caso. Así, en: BEYER 2012, 9.

1. Dominio regalista del Estado en las minas

El Gobierno al nacionalizar a la GMC para evitar pagar los montos de indemnización que hubieren correspondido, según la CPR de 1925, previo a la reforma constitucional de 1971, necesitó de ésta para dejar de pagar las indemnizaciones de perjuicios pertinentes. Se efectuó un estudio preliminar por los autores del proyecto de que, para conseguir tal objetivo concluyó que solo se debía modificar la regulación de la propiedad minera. Se consideraron variables económicas y costos, pero solo de manera parcial y errada.

Pretendieron los legisladores que por medio de la utilización de formalismos jurídicos evitarían incurrir en mayores costos económicos para la nación. Nuestra legislación minera consagraba la propiedad minera del titular inscrito, y sin la reforma del año 1971, en caso de expropiación, se le debía indemnizar a los privados por la pérdida de las facultades del derecho de dominio⁵⁵. Con la reforma constitucional, el concesionario minero solo sería titular de las facultades de uso u goce de las minas, pero la de disposición quedó radicada en el Estado. Se podrían haber evitado las sanciones económicas que nos aplicaron como país si se hubiese utilizado la metodología del análisis económico del derecho. Inclusive, se hicieron presente las dificultades que tendría, en el evento de considerar que las minas sean de propiedad del privado para los efectos de evaluar el monto de indemnización por nacionalización, ya que no existía un procedimiento de cálculo para determinar el valor real de una mina, el estimar el valor económico de éstas. Existen dificultades relativas a la determinación de su precio y como se ha de determinar considerando que el futuro es incierto y la explotación de los yacimientos puede durar décadas, las variaciones de la moneda y las fluctuaciones del mercado internacional.

2. Indemnización

Existió displicencia en la época por los legisladores, en relación a los intereses de los privados en la GMC, ya que no previeron los costos económicos de la nacionalización. El Estado chileno tenía una limitación financiera para pagar eventuales indemnizaciones de perjuicios y asumía que los privados deberían aceptar esta realidad, ya que los cambios constitucionales les privarían de su derecho real sobre las minas, en consideración de que todo país supone un riesgo de inversión, según señalaron ellos en su discusión en el Congreso Nacional⁵⁶.

⁵⁵ Como bien se aludía en la discusión parlamentaria del proyecto de ley, hasta el civilista Luis Claro Solar entendía que nuestra historia legal minera se consagraba el dominio eminente del Estado sobre las minas, por lo tanto, una vez descubiertas las minas por el privado, tenía éste las facultades de uso, goce y disposición de éstas. Véase: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1069.

⁵⁶ Ver: SS, Sesión 23, del 19 de enero de 1971, 1173.

V. El derecho del concesionario minero respecto de las minas, su afectación por medio de la expropiación y forma de determinar la indemnización de perjuicios, bajo la Constitución Política de 1980 y de la LOCCM de 1983

La Constitución Política de 1980 ("CPR de 1980") en lo que respecta a la protección del derecho de propiedad del concesionario minero, lo hizo en el inciso noveno del art. 19° N° 24, sin perjuicios de sus otros incisos. Se reiterará en el art. 6° de la LOC 18.097. A diferencia de la anterior Administración y de la legislación que se implementó durante el gobierno militar, ahora el desarrollo económico descansaba en la iniciativa privada. La actividad minera no sería la excepción a ello, pero existía en ese entonces la difícil tarea de consagrar una legislación robusta, que le diera garantías a las empresas nacionales e internacionales para invertir capital de riesgo en esta industria y que no se repetirían las experiencias pasadas de la nacionalización de las grandes empresas del cobre –u otras–, sin el pago de las indemnizaciones de perjuicios por los daños efectivamente causados. La CPR de 1980 consagró que se podían expropiar los bienes de los privados por causa de utilidad pública o interés general de la nación y se les indemnizaría por el daño patrimonial efectivamente causado, siendo esto último una diferencia sustancial con lo establecido en la CPR de 1925.

1. Dominio del Estado sobre las minas en la CPR de 1980

Para incentivar las inversiones que los privados efectuarían en la industria, se debía regular y fortalecer el derecho de dominio de los concesionarios mineros respecto de las sustancias mineras concesibles que se emplacen en el área de su concesión, sin perjuicio del derecho que tiene el Estado sobre las minas. En la CPR de 1980 se reprodujo casi literalmente la norma tratada anteriormente que reformó la CP de 1925 y que permitió la nacionalización de la GMC, consagrándose el dominio del Estado de las minas, siendo este derecho absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible. Se reiteraba el dominio regalista del Estado sobre las minas, lo cual, obviamente, no disipaba los temores de los privados para invertir en Chile, al no tener reglas del juego que les dotara de protección su derecho de propiedad sobre ésta. Si este dominio de las minas no se complementaba con normas que fortalecieran el derecho de propiedad del concesionario minero sobre las sustancias mineras concesibles, quedarían expuestos los concesionarios mineros a que nuevamente en caso de expropiación, sea de sus empresas, bienes u otros, no se podrá considerar para los efectos de determinar la indemnización de perjuicios que se les pagará el valor del yacimiento minero, donde reside el activo económico más importante del minero.

La existencia de concesiones de exploración y de explotación quedó estatuida en la CPR de 1980, pero en lo que respecta a los derechos y obligaciones de éstos, quedarán finalmente regulados en una ley orgánica constitucional. Podemos destacar como garantías que otorga el constituyente

al inversionista minero que sus concesiones serían otorgadas o extinguidas por los tribunales de justicia, por lo cual, en caso de controversia relativa a expropiaciones y forma de determinación de la indemnización de perjuicios, no sería sometida a autoridades administrativas como lo hizo la reforma constitucional de 1971, descansado en la Contraloría General de la República, o en caso de determinación de utilidades excesivas de dichas empresas por el Presidente de la República, como se expuso anteriormente, ya que esto no se condice con la indemnización del daño. Se les asegura en la CPR de 1980 a los concesionarios mineros que en el evento de que les expropian sus concesiones se les pagará por el daño efectivamente causado, al contado, en dinero en efectivo y previo al acto de la expropiación, a falta de acuerdo.

El constituyente de 1980 tuvo especial cuidado de robustecer el derecho de propiedad en sus diversas especies, después de las vulneraciones que se hicieron con la reforma agraria, y luego, por las nacionalizaciones de las empresas de la GMC en 1971⁵⁷. A su vez, como la soberanía que ejerce el Estado, y que está radicada en la nación, no puede privársele a éste de ejercer actos en beneficio de la nación toda, reguló la forma en que podría expropiar los bienes y la fórmula para indemnizar si así lo hiciera. En el evento de que se le prive del derecho de propiedad, de sus facultades o sus atributos, al concesionario minero de exploración o de explotación por parte del Estado, podrá hacerse mediante la expropiación, por una ley general o especial, siempre y cuando lo exija la utilidad pública o el interés general de la nación⁵⁸.

Se pueden distinguir claramente en la expropiación diversas fases, como vimos en el párrafo anterior, la que comienza con una ley general o especial

⁵⁷ Como nos indica Cea, la intención de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (1980) fue la de consagrar y resguardar la economía de libre mercado, por sobre una economía dirigida por el Estado, esta última que imperó bajo el gobierno de la Unidad Popular. La regulación del derecho de propiedad de manera extensa y robusta en la CPR de 1980 se basaba en la convicción de los comisionados de que sobre los cimientos de este derecho se podía construir un Estado Subsidiario, que les permitiría a los privados tener certeza y seguridad jurídica para invertir en Chile. Así, en: CEA 2019, 601. Guzmán por otro lado, estima que debía resguardarse el derecho a la propiedad y de propiedad, considerando que es indispensable para que se consagre el principio de subsidiaridad, la consagración de tales derechos. Esto último, ver en: GARCÍA 2019, 204 y 205. Para conocer el pensamiento de Evans relativo al derecho de propiedad y la preponderancia de su posición en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, véase en: GARCÍA 2019, 73-82. Para profundizar en la parte dogmática de este derecho, véase en: VIVANCO 2021, 822-849.

⁵⁸ Las facultades del dominio son usar, gozar y disponer del bien. En relación con los atributos de dicho derecho encontramos que es perpetuo, absoluto, exclusivo y de ejercicio discrecional. El Estado por medio de la expropiación puede privar del dominio completamente a su titular, o alguna de sus facultades o atributos sobre éstos. Véase en: CEA 2019, 610-619.

Las únicas causales que establece nuestra Constitución para hacer procedente la expropiación de bienes, corresponden a la utilidad pública y al interés general de la nación. Respecto de la primera causal corresponde a un provecho o adelanto de la comunidad nacional. Relativa a la segunda, guarda relación con cualquier beneficio que le reporte a la población. Ambas causales pueden referirse a toda la población del país o también, a solo a una parte de éste. Así, en: CEA 2019, 616.

que posibilite la expropiación, siempre y cuando se funde en las causales indicadas. Luego, vendrá la etapa administrativa, que debe ejecutar la orden emanada del Poder Legislativo. La autoridad competente, por medio de un acto administrativo, determinará el bien a expropiar, lo delimitará debidamente con el estudio de títulos respectivo, procederá a su tasación, y ordenará que se ponga en conocimiento del expropiado⁵⁹.

Por sugerencia de los constituyentes de 1980 se estableció que se indemnizaría todo daño patrimonial efectivamente causado, el que puede integrar, por cierto, el daño emergente o el lucro cesante, pero no el daño moral⁶⁰. Como el objetivo de todo acto indemnizatorio es dejar indemne a quien soportó un daño, por lo tanto, al establecer esta norma de rango constitucional se estaba resguardando el derecho del expropiado de ser indemnizado debidamente, pero nunca, como bien quedó establecida en la historia de la ley, conllevar a un enriquecimiento ilícito.

2. Protección del concesionario minero en la LOCCM y determinación de la fórmula para indemnizar en caso de expropiación

La concesión minera es un derecho real inmueble que otorga a su titular las facultades exclusivas de explorar o de explotar y beneficiar, según sea el caso, las sustancias minerales concesibles que existan en sus límites⁶¹. En el art. 2° de la LOC N° 18.097 se nos indica, dentro de otras características, que los derechos de los concesionarios mineros son distintos a los de los titulares del predio superficial-aunque puedan coincidir- y tienen derechos oponibles al Estado. Por lo tanto, tenemos que aquellas sustancias concesibles que aún no se han concesionado, por mandato constitucional, le pertenecen al Estado, pero una vez que se hayan constituido las concesiones, el derecho de dominio respecto de las sustancias concesibles que se emplacen en su concesión minera será del privado, y, por lo tanto, oponible a terceros. En el comienzo de esta ley se delimita el dominio del Estado y del privado, otorgándole seguridad y resguardo a este último de que, en el ejercicio de sus derechos mineros, el Estado no podrá perturbarle, sin perjuicio de lo que diremos más adelante en lo que concierne a la expropiación, tema central de nuestro trabajo.

Con el fin otorgarle protección al concesionario minero respecto de su derecho de propiedad, se reitera que su concesión minera estará protegida por el art. 19° N° 24 de la CPR de 1980, pero se alude a que la privación de

⁵⁹ Para efectos de conocer la discusión que se suscitó en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución acerca de los métodos de impugnación (o no) de la ley expropiatoria o el acto expropiatorio. Una síntesis de la etapa administrativa en caso de expropiación de bienes puede verse en: CEA 2019,622. Solo el acto administrativo expropiatorio será objeto de eventual impugnación por el afectado ante los tribunales ordinarios de justicia. Véase para estos efectos: CEA 2012, 510-519. Para conocer la jurisprudencia relativa a la indemnización en caso de expropiaciones de bienes, véase en: VIVANCO 2021, 832-839.

⁶⁰ "Historia de la Ley" del art. 19 N° 24, 550.

⁶¹ LIRA 2012, 76.

su facultad de iniciar o continuar su exploración, extracción y apropiación de las sustancias concesibles de su concesión, se entenderá constitutiva como una privación de los atributos o facultades del dominio de ésta (art. 6° de LOC 18097).

El derecho del concesionario es un derecho de dominio que se encuentra reconocido, como hemos visto, por el legislador, que se ejerce sobre una cosa, como lo son las sustancias mineras concesibles que se emplacen en el perímetro de sus concesiones. Por razones lógicas, es un derecho real que se ejerce sobre los bienes, independiente de las personas que sean sus titulares. Goza de las mismas prerrogativas dispuestas en el Código Civil, salvo en lo que se opongan a esta ley y del Código de Minería de 1983 (la ley estaba condicionada para su entrada en vigencia a la vigencia a su vez, del nuevo Código de Minería).

Por último, estas normas constitucionales que establecían los fundamentos que debe tener la ley expropiatoria y que consagra el derecho del afectado a ser indemnizado por el daño patrimonial efectivamente causado, indicó que, a falta de acuerdo, la indemnización se pagaría en efectivo, esto es, en moneda nacional. Con eso se evitó, atendida nuestra historia reciente, que el Estado, sea por actos discrecionales o por falta de recursos económicos, le pagara en otra forma de pago, como lo pueden ser bonos que pueden perder su valor.

Respecto de la forma de pago que debía solucionarse al expropiado, debía considerar el daño efectivamente causado. Hay que recordar que de las Actas Constitucionales se desprende que la "Teoría del Dominio Eminente" fue la posición respaldada mayoritariamente en el órgano, pero, finalmente, se impuso la posición de la Junta de Gobierno de consagrar un régimen patrimonialista minero, tal como se encontraba vigente a la época, derivado de la modificación que nacionalizó a la GMC en 1971, de acuerdo al aporte del profesor don Carlos Ruíz. Por lo tanto, la regulación definitiva de los elementos esenciales para asegurar el derecho de propiedad del concesionario minero quedó sujeto a una ley orgánica constitucional.

VI. Solución económica para un problema jurídico. José Piñera Echenique y su ley minera

La teoría del Análisis Económico del Derecho le otorga al derecho, un enfoque económico en su regulación y uno de sus objetivos es facilitar las operaciones dentro del mercado⁶². El "teorema de Coase" promueve la eficiencia económica, minimizando los costos de transacción. Se buscan soluciones legales que reduzcan los costos de transferencia. Es así como el Ministro de Minería de la época, José Piñera⁶³, tiene que resguardar el derecho de pro-

⁶² POSNER 2005, 8.

⁶³ Economista de la Pontificia Universidad Católica, Máster y Doctorado en Economía en la Universidad de Harvard. Como Ministro del Trabajo y Previsión Social logró la aprobación del Plan

piedad del concesionario minero respecto de su concesión y a su vez, debe aunar ello, con el derecho que tiene el Estado respecto de su titularidad y su derecho para expropiarlas. Para no ahuyentar la inversión, el Ministro identificó los costos que tenía para el privado verse expuesto a tal acto, y buscó la herramienta legal-económica que minimizara el costo de dicha medida por medio del pago de una indemnización de perjuicios que se fijaría en razón de criterios económicos. El remedio legal que se estableció fue el más eficiente, económicamente hablando, ya que se hacía cargo de un hecho incierto que podría ser una eventual expropiación de las pertenencias mineras⁶⁴. Su consagración fomentará la inversión privada en el sector minero como señalaremos a continuación. A Piñera le fue encomendada la redacción de la LOCCM.

Los derechos que tienen los titulares de concesiones mineras de exploración y de explotación y en el caso de esta última serían indefinidas en su duración⁶⁵. Pero al ser la actividad minera distinta a otras actividades, donde el riesgo de perder las inversiones en cualquiera de las etapas de las actividades mineras es tan alto y las probabilidades de explotar de manera exitosa un yacimiento minero son bajas, es que tuvo que establecer una herramienta idónea, que tuviera a la vista el tribunal que conocería de un juicio donde se discutiría el monto de indemnización en caso de expropiación de pertenencias mineras o de plantas de beneficio. Su fórmula económica le permitió, como nos relata, cortar su "nudo gordiano".

Tuvo como resultado, la consagración en la LOCCM en su art. 11° N° 3 que se consagrara que:

El Concesionario de explotación tiene derecho exclusivo: [...] a ser indemnizado, en caso de expropiación de la concesión, por el daño patrimonial que efectivamente se le haya causado, que consiste en el valor comercial de las facultades de iniciar y continuar la extracción y apropiación de las sustancias que son objeto de la concesión. A falta de acuerdo, el valor de dicho daño será fijado por el juez, previo dictamen de peritos. Los peritos, para los efectos de la determinación del monto de la indemnización, establecerán el valor comercial de la concesión, calculando, sobre la base de las reservas de sustancias concedidas que

Laboral, logrando la paz social en el mundo privado y creó el sistema de pensiones de capitalización individual consagrado en el Decreto Ley 3.500 y 3.501.

⁶⁴ Es así como Piñera resume cuáles eran los dos asuntos que le importaban a los inversionistas del sector minero, esto es, la fortaleza del derecho de su concesión y los criterios de indemnización en caso de expropiación. Véase: PIÑERA 2017, 15.

⁶⁵ La dificultad jurídica a la cual se enfrentó José Piñera al momento de confeccionar la LOCCM donde tuvo que aunar el dominio estatal del Estado sobre las Minas consagrado en la Constitución Política y a su vez, debía darle las garantías jurídicas al concesionario de que tendría un derecho de propiedad respecto de su concesión de explotación. Esta normativa jurídica debía sujetarse a las normas de costos y beneficios económicos que debían aunar la soberanía del Estado y el desarrollo económico de Chile, por medio de la inversión de los privados en la industria minera. Un resumen idóneo se puede ver en lo expuesto por el profesor Alejandro Vergara Blanco en: PIÑERA, 2018, 13.

el expropiado demuestre, el valor presente de los flujos netos de caja de la concesión.

Esta fórmula económica se hizo cargo de un problema histórico, como lo fue cambiar la mala reputación de nuestro país a nivel internacional por el no pago de indemnizaciones por el Estado chileno a las empresas extranjeras expropiadas por la reforma constitucional del año 1971 y así dar seguridad de que toda inversión que se efectúe en Chile, en caso de expropiación, se considerará para efectos de determinar las indemnizaciones de las concesiones mineras expropiadas su valor comercial. Esta norma reguló de manera eficaz la indemnización que se pagaría al concesionario expropiado estableciendo el régimen que velaría tanto por los intereses de los privados como también del Estado. Las reglas del juego reguladas en esta ley han propiciado el liderazgo minero de Chile en el mundo⁶⁶. El Ministro de Minería para llegar a la solución económica analizó diversos criterios.

Por un lado, no se iba a indemnizar al valor libro de sus activos, que corresponde al monto de dinero invertido, efectuando algunas deducciones⁶⁷. Este criterio ocasionaba distorsiones en los eventuales pagos que se realizaran. Si una inversión minera no fue rentable económicamente, independiente de la capacidad económica o de la tecnología empleada, no correspondía que el Estado le pague y le reembolse la inversión. La minería es una actividad de grandes riesgos, altas inversiones en exploración minera y sobre todo en sondajes que no necesariamente finalizan con el descubrimiento de un pórfido, sin perjuicio de otras razones que impiden que se explote y se procesen los minerales. El privado asume el riesgo a su costo, por ello, se consagrarán reglas claras que les den certeza de que el derecho de propiedad del concesionario se resguardará y así tendrá la seguridad jurídica que obtendrá las utilidades que le correspondieren por su explotación.

Puede darse el caso de que el privado, arriesgando capital, explora y puede cuantificar los recursos y reservas mineras, explota e inclusive tiene plantas de procesamiento del mineral que le permiten comercializarlo. Su inversión le dio frutos, por lo cual, si se le priva de dicho derecho, sin que se le pague la indemnización correspondiente, nuevamente Chile seguirá siendo un país poco serio para hacer inversiones y carente de seguridad jurídica. En este caso, si se le expropia se le deberá pagar íntegramente el daño ocasionado, considerando sus reservas, entre otros asuntos.

El Ministro de Minería analizó otra postura existente de que el monto de la indemnización que ha de pagarse por los bienes expropiados tenía que equivaler al valor total de las reservas *in situ* del mineral, por el precio de éste, deducidos los costos⁶⁸. Los problemas de esta fórmula son manifiestos ya que no consideraba las inversiones y reinversiones que se debían realizar

⁶⁶ PIÑERA 2002, 7.

⁶⁷ PIÑERA 2002, 21.

⁶⁸ PIÑERA 2002, 22.

para poder explotarlos, así como también la tecnología que se implementaría y el factor tiempo.

El art. 11° N° 3 de la ley consagró el derecho que tiene todo concesionario minero de explotación, sea nacional o extranjero, de que en caso de expropiación se le indemnizará por el valor que en un mercado competitivo percibiría el concesionario si vendiere su concesión minera, esto es, el valor presente de los flujos netos de caja que genere la concesión minera sobre su vida útil⁶⁹. El derecho que tiene a ser indemnizado es un derecho del concesionario, se ha incorporado la concesión a su patrimonio y si se le priva, no por no pagar la patente minera, se le ha de indemnizar al precio de mercado, el cual es determinable y avaluable. Esta forma de proceder al pago de la indemnización es acorde con los derechos que tienen los dueños de pertenencias mineras, esto es, de explotar su yacimiento minero mientras se encuentra vigente la concesión. Con el fin de que el valor comercial de la concesión minera, aplicando el valor presente de sus flujos netos de caja, no consiste en efectuar lisa y llanamente una sumatoria de estas inversiones, sino que también deberá descontarse una tasa de interés relevante. Debemos recordar a diferencia de otros rubros, el negocio minero cuando es rentable puede tener como duración del mismo decenas de años, siempre y cuando se realicen las inversiones de rigor⁷⁰.

Dentro de un juicio, serán los peritos que se designen quienes deberán aplicar el método económico establecido en la ley minera para determinar el valor comercial de las pertenencias mineras explotación. Se deberán considerar las reservas mineras para determinar el valor comercial, considerando que la concesión de explotación es de duración indefinida, aplicando la metodología económica del valor presente de los flujos netos de caja de la concesión. El juez, por disposiciones del Código de Procedimiento Civil, deberá ponderar el informe de peritos conforme a las normas de la sana crítica. Aplicando estos principios y de conformidad a la disposición legal y su historia de la ley, deberá determinar por consecuencia, la indemnización al valor comercial, no contraviniendo por ello esta disposición, la normativa constitucional⁷¹.

⁶⁹ Piñera manifestó que su “nudo gordiano” que impedía el desarrollo de la minería privada era la indemnización justa en caso de expropiación. Por lo cual, la “espada” que le permitió cortarlo fue la fórmula que permitía la valorización de una concesión minera de explotación, esto es, el Valor Presente de los flujos netos de caja. En relación a esta fórmula, no corresponde solo sumar los eventuales ingresos que reportaría el yacimiento minero, sino que también debe descontarse la tasa de interés variable para traerlo al presente. Así, en: PIÑERA 2017, 15 y 16. En relación a la indemnización en caso de expropiación de una concesión minera de exploración, véase en: OSSA 2012b. La norma del art. 11 N° 3 de la LOCCM solo se debe aplicar en el caso de determinación de la indemnización de perjuicios en caso de la expropiación de una concesión minera de explotación, mas no de una concesión de exploración. Respecto de esta última, solo se debería aplicar las normas consagradas en el art. 19 N° 24 de la CPR de 1980. Así en: LIRA 2012, 87 y NÚÑEZ 2020, 126.

⁷⁰ GÓMEZ 2020, 126.

⁷¹ Historia de la Ley N° 18.097, Informe Secretaría de Legislación, 1981, 79.

Como consecuencia de la existencia de la ley minera, el día 14 de marzo de 1991 se inauguró la Mina Escondida con una inversión inicial de US\$1.200 y posteriormente el sector privado minero se vio inmerso en una espiral de inversiones y apertura de yacimientos mineros⁷². Desde esa fecha se han invertido en el sector la suma de US\$150.000, multiplicando en siete veces la producción de cobre del año 1981 y el setenta por ciento de dicha inversión, fue efectuada por los privados, lo que demuestra el éxito del cometido de Piñera.

Conclusiones

Realizamos una exposición de las normas jurídicas que han existido en nuestro país a contar del año 1925 que consagraban el derecho de propiedad del concesionario minero, las causales de expropiación y la forma de determinar la indemnización de perjuicios en favor de los afectados. En lo que atañe a este trabajo, nos focalizamos en analizar la "historia fidedigna" de estas normas existentes en las CPR de 1925 y 1980 y sus leyes respectivas, y así verificar si se consideraron por los parlamentarios los efectos previsibles que tendrían estas normativas en la inversión privada en minería. Se hizo hincapié, en el principal hito jurídico que alteró nuestra regulación jurídica minera, como lo fue la Nacionalización de la GMC. Se legisló obviando las consecuencias económicas que tendrían los cambios normativos para la industria y del país, siendo totalmente previsibles las consecuencias económicas que tuvo dicha reforma para la minería nacional.

Se consagró una legislación que modificó nuestra institucionalidad minera, donde los privados solo tuvieron un título que les aseguraba el uso y goce de las minas, más no la nuda propiedad, ya que esta recaía en el Estado. Por lo cual, solo tuvieron un título precario, donde el Estado podía fenecerlo en consideración a su calidad de titular de las minas. No se previó la reacción que tuvieron las compañías mineras expropiadas, respecto de las demandas que interpondrían en contra del Estado de Chile ante los tribunales extranjeros por el no pago de las indemnizaciones de perjuicios, medidas de embargo o de retención de nuestros minerales, la pérdida de credibilidad de nuestro país, al no existir certeza jurídica, siendo del todo evidentes de considerar en su momento. Pudo haberse utilizados las herramientas dadas por el Análisis Económico del Derecho que pudo haber sopesado estos costos y si aún así, los eventuales beneficios de dicha legislación, serían mayor a eso, pero no fue ese el caso.

Las contribuciones del Análisis Económico del Derecho eran del todo conocidas en esa época. Se pudieron ponderar los costos que tendría tomar estas medidas, como lo son el perder la credibilidad, seriedad internacional y de la seguridad jurídica, el no favorecimiento de la inversión privada. Hay que recordar que antes de la reforma constitucional el privado tenía título de propiedad sobre las minas, con la reforma constitucional, carecía de ello y

⁷² PIÑERA 2017, por CARLOS GÓMEZ, 10-12.

como consecuencia de ello, las inversiones privadas se verían fuertemente reducidas. Se podría haber llevado a cabo el proceso de nacionalización, pero pagando las indemnizaciones por los daños efectivamente causados, pero por temas ideológicos no se hizo de la manera correcta.

Para agravar el daño ocasionado a nuestra imagen país, donde ya no se respetaba el Estado de Derecho y con ello, las "reglas del juego" a los cuales se sometían los privados que invertían en minería, se fijó un nuevo concepto que permitía descontar todo o parte las eventuales indemnizaciones que pudieren dar a lugar, esto es, las rentabilidades excesivas que hubieren obtenido las empresas nacionalizadas. Primero que todo, en el evento de que hubieren existido rentabilidades que hubieren sido excesivas, en comparación a las que hubieren obtenido en otros países con una riqueza geológica similar a la nuestra, haciendo los análisis respectivos, eso no obedeció a actos ilegales por parte de las empresas mineras. Cumplieron con la legislación tributaria vigente en nuestro país y pagaron sus patentes mineras, no se les puede culpar y sancionar por actos que ejecutaron conforme a derecho, de buena fe y por una norma que les afectaba retroactivamente. Es más, demostrando el carácter político de la medida, se le encomendó la determinación de estos montos de dinero al Presidente Allende, quien había instado desde su época como legislador para hacer real este proceso de nacionalización. Este procedimiento fue arbitrario, ya que no se les otorgó a las empresas la posibilidad de impugnarlo, ni tampoco podrían haber exigido que se aplicará un procedimiento objetivo al respecto.

Hoy en día, no se puede hacer caso omiso a nuestra historia jurídica minera y tenemos una regulación minera que, pese a casi cumplir 40 años desde su entrada en vigencia, mantiene su preminencia y valor, como lo es la LOCCM y en especial su art. 11° N° 3. Se utilizaron herramientas económicas para consagrar nuestra institucionalidad minera. Si ha funcionado de manera correcta durante tantos años, lo que ha quedado demostrado por las cuantiosas inversiones privadas llevadas a cabo en la industria con posterioridad a la década del 80, no hay razón económica alguna para proceder a su derogación o modificación. Tuvimos la oportunidad de ver que por no prever con las herramientas económicas idóneas los impactos que tendrían cambios jurídicos, los costos fueron mayores que los beneficios reportados para Chile. Hoy en día no puede alegarse ignorancia del Análisis Económico del Derecho, si se utilizan sus métodos de manera correcta, tendrá como su consecuencia, que se procurará la mantención de nuestra actual legislación minera y en especial, del art. 11° N° 3 de la LOCCM.

Bibliografía citada

- ALONSO VILLANUEVA, Alfredo y otros (1994). *Historia del Código de Minería de 1932*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ALVEAR ARTAZA, Fernando (1967). *Sociedades Mineras Mixtas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- ANSALDI DOMÍNGUEZ, Carmen (2007). *Derecho Minero*. Sociedad Editora Metropolitana Ltda.

- CASTRO, José Manuel y otros (2019). *Historia de Chile 1960-2010*, Tomo V. Andros Impresores.
- CEA EGAÑA, José (2012). *Renovación del Constitucionalismo en Chile*. Editorial Legal Publishing Chile.
- CEA EGAÑA, José (2019). *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DUCOING, Cristián y GARRIDO, Sergio (2017). *El desarrollo de la minería moderna en Chile. El caso de la Braden Copper Company*. Editorial Universitaria.
- ERBETTA VACCARO, Osvaldo (1936). *Generalidades sobre la propiedad minera: estudio del Código de Minería*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- FIGUEROA BITTNER, Isabel (1999). *La génesis del Código de Minería de 1983 en los papeles de Enrique Morandé Tocornal*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco (2020). *La Tradición Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile*, Vol. II, 1967-2019. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2003). *A dos Décadas de la Institucionalidad Minera Chilena*, Revista de Derecho Administrativo Económico, (1),17-21.
- GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (2020). *Manuel de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- LIRA, Alejandro (1933). *La legislación minera de Chile*. Impr. y Lit. Universo.
- LIRA OVALLE, Samuel (2012). *Curso de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile..
- MAYORGA GONZÁLEZ, Orlando y otros (1946). *Orígenes, concordancias y jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- FAZIO, Hugo (2013). *Nacionalización del Cobre*. En MILOS, Pedro (edit.) *Chile 1971* (99-108). Ediciones Alberto Hurtado.
- MOGUILLANSKY, Graciela (1998). *Chile: Las Inversiones en el Sector Minero 1980-2000*. Santiago. Naciones Unidas.
- MONTERO JARAMILLO, Felipe (1969). *Política Chilena del Cobre y Sociedades Mineras Mixtas*. Editorial Jurídica de Chile.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1972). *La Batalla por el Cobre*. Empresa Editora Nacional Quimantu Limitada.
- ORELLANA RETAMALES, Luis y Otros (1999). *Autonomía y supletoriedad en el derecho minero chileno: estudio histórico-jurídico y jurisprudencial de sus efectos en el nacimiento y desarrollo de un gran proyecto minero: El caso de Chuquicamata (1882-1971)*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- OSSA BULNES, José (2012a). *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo Editorial Jurídica de Chile.
- OSSA BULNES, José (2012b). *Tratado de Derecho de Minería*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2002). *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Economía y Sociedad Ltda.
- PIÑERA ECHENIQUE, José (2018). *Minería 3.0. Un motor del nuevo Chile*, Revista Economía y Sociedad N° 94, pp. 4, 5, 10-12, 13-17.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio y DIAZ MIERES, L. (1940). *Orígenes y Jurisprudencia del Código de Minería de 1932*. Editorial Nascimento.
- RUIZ BOURGEOIS, Julio (1949). *Instituciones del Derecho Minero Chileno*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2004). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo V. *La Constitución de 1980. Gobierno*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO, Ángel y SÁNCHEZ, Francisco (2015). *El "Padre" de los Chicago Boys*. Arnold Harberger. Centro de Estudios Bicentenario.
- UNDA DÍAZ, Óscar (1955). *Elementos para una nacionalización de la pertenencia minera*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- URIBE HERRERA, Armando (1948). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial, Nascimento.

- URIBE HERRERA, Armando (1960). *Manual de Derecho de Minería*. Editorial Jurídica de Chile.
- URIBE PRADA, Bernardo (1945). *De las minas y de su adquisición según el Código de Minas actual y según el proyecto de Código*. Memoria para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- VALDÉS, Juan Gabriel (2021). *Los economistas de Pinochet. La Escuela de Chicago en Chile*. Fondo de Cultura Económica Chile S.A.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo (1973). *La nacionalización del cobre y el derecho internacional*. Centro de Estudios de Planificación.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2003). Breve Historia y Objetivos de las Jornadas de Derecho de Minería. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (1), 7-9.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2003). Crónica de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras de 1982 y de su real impacto en la doctrina y en la jurisprudencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (1), 23-33.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1992). *Principios y Sistema del Derecho Minero*. Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, Rafael y otros (2019). *Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería*. Legal Publishing Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2021). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1982, Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 18 de septiembre de 1925 (Chile).
- Ley de 1982. Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. 7 de enero de 1982. D.O. N° 31.171.
- Decreto Ley N° 488. Aprueba Código de Minería. 24 de agosto de 1932. D.O. N° 16.360.
- Ley N° 18248. Código de Minería. 26 de septiembre de 1983. D.O. N° 31.694.

