

Valdivia, cinco de Agosto de dos mil once.

VISTOS:

A fojas 26, comparece don Armando Gutiérrez Nilo, abogado, en representación de Inversiones Alina S.A., sociedad del giro de su denominación, ambos domiciliados en Bandera N° 84, oficina 305 de Santiago, interponiendo recurso de protección en contra de Hidrosur S. A., empresa del ramo hidroeléctrico, representada por don Ramón Cifuentes Ovalle, abogado, domiciliada en Río Bueno, central hidroeléctrica Rucatayo en construcción.

Indica que su representada es titular de la concesión de explotación denominada "MARINA DOS 1 al 20" ubicada en Pilmaiquén, comuna de Río Bueno, Provincia de Ranco, XIV Región, cuya sentencia constitutiva y el acta de mensura de la pertenencia se encuentran debidamente inscritas, con fecha 5 de Mayo de 2011, a fojas 1, número 1 del Registro de Propiedad de Minas del Conservador de Bienes Raíces de Río Bueno, entendiéndose constituida desde su presentación, esto es, desde el 4 de Junio de 2007, sentencia, que además, les confiere los atributos señalados en los artículos 54, 91, 93, 94 y 107 y siguientes del Código de Minería.

Agrega que el día 6 de Junio de 2011, don Álvaro González Pinuer, a cargo de diversos trabajadores y en su calidad de profesional y técnico, llegó hasta la zona de la pertenencia para realizar labores de estudio, con el objeto de preparar los planes de explotación pertinentes y fue arbitraria y violentamente impedido de ingresar a ella, por funcionarios de la empresa recurrida, que posee labores de construcción de una central hidroeléctrica en terrenos que se superponen con la manifestación de Alina S.A., de lo cual quedó constancia en la Cuarta Comisaría de Río Bueno, N° 411-2011 de fecha 6 de Junio. Señala que quedaron impedidos de realizar sus estudios, indispensables para el desarrollo de sus actividades y que no sólo constituyen una arbitraria, prepotente, ilegal e injusta acción, sino que les causa perjuicios no solamente económicos, sino que también relativos al normal desenvolvimiento de su actividad lícita empresarial y minera, dado que les impide, transitoria o definitivamente, ejercer sus labores y los pone en peligro de perder su trabajo e inversión, generando perjuicios

irreparables; atentando contra la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Fundamental, al haberse turbado arbitrariamente su derecho de propiedad sobre la pertenencia, puesto que ha quedado inmersa en un territorio físico que no puede traspasar para llegar a ella.

Finalmente, pide se adopten todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, entre las que solicita ordenar se les permita el ingreso a su obra y pertenencia minera, en forma transitoria, mientras se tramita el presente recurso y en forma permanente, luego del fallo del mismo; debiendo abstenerse la recurrida de ejecutar cualquier obra en los terrenos que comprende la pertenencia y remover, a su costa, toda obra u obstáculo que actualmente exista en dichos terrenos, que de cualquier manera perturben, embaracen o impidan ejercer los derechos inherentes a la propiedad minera, con costas.

A fojas 89, comparece el abogado Ramón Cifuentes Ovalle haciendo presente que no es representante legal de la empresa Hidrosur S.A., la que fue disuelta, siendo su continuadora legal la Sociedad Eléctrica Rucatayo S.A., titular de la concesión eléctrica.

A fojas 143, don Bruno Schmidt Fuentes, abogado, en representación de la recurrida Empresa Eléctrica Rucatayo S.A., ambos con domicilio en Málaga N° 50, oficina 21, comuna de Las Condes, Santiago y en calle Vicente Pérez Rosales N° 560, oficina 202-D de la ciudad de Valdivia, evacuando el informe pide el rechazo del recurso de protección, por ser improcedente, dada la naturaleza de los hechos invocados, no existe lesión de algún derecho de que sea titular el recurrente, ya que carece de las prerrogativas que dice lesionadas con el actuar de su parte y por último, implica y supone la pretensión de ejercer un derecho de manera abusiva y en fraude a la ley.

Señala que su representada es titular de la concesión eléctrica definitiva, que le fuera otorgada inicialmente por el Ministerio de Energía a su matriz Empresa Eléctrica Pilmaiquén S.A., según Decreto N° 192 de 13 de Julio de 2009, del cual tomó razón la Contraloría General de la República con fecha 2 de Noviembre de 2009, por lo cual ostenta un derecho real administrativo que le permite ocupar el suelo ajeno, y levantar en él las obras de una central hidroeléctrica, previa indemnización de los propietarios de los terrenos afectados; y es así, que tomó posesión, entre otros, de 23 hectáreas

del predio de dominio de don Juan Carlos Fuchslocher Herbach, previa indemnización al propietario y dio inicio a la construcción de la Central Rucatayo, actividad que ha cumplido con todos los requisitos ambientales y administrativos que de acuerdo a ley se exigen para su desarrollo.

Manifiesta que una persona solitaria, que dijo ser representante de la recurrente, se apersonó a la obra y sin tener derecho alguno para ello solicitó ingresar al terreno a efectos de realizar excavaciones mineras, petición que fue denegada. Agrega que de la lectura del recurso daría cuenta, a lo más, de la eventual colisión de derechos entre dos particulares, su parte, en tanto titular de una Concesión Eléctrica y el recurrente, como titular de una presunta pertenencia minera, por lo que se evidencia la total improcedencia de este recurso, siendo los tribunales ordinarios, los competentes para ello, pues la facultad de conocer y juzgar las controversias del orden temporal, corresponden en exclusiva a los tribunales señalados por la ley, haciendo presente que el propio recurrente ocurrió al Tribunal de Río Bueno, solicitando autorización para catar y cavar en el área de su presunta pertenencia, petición que fue denegada.

Expresa que no existe lesión arbitraria o ilegal de algún derecho del recurrente, dado que la presunta titularidad que el recurrente aduce sobre la pertenencia minera aludida, no le confiere de modo alguno la facultad de catar y cavar en terrenos ajenos, cual es el caso; en efecto, su parte ocupa el terreno donde se lleva a cabo las obras, en virtud de un título de ocupación anterior al del recurrente, siendo su representada dueña de un derecho real que le habilita a ocupar y utilizar como propio y de manera exclusiva el terreno donde se llevan a cabo las obras, para lo cual la misma Ley Eléctrica, y en forma previa a tal entrada en posesión, le ordena indemnización al propietario. Indica que el concesionario eléctrico que tiene un título de ocupación del suelo anterior al del concesionario minero, cual es el caso de su representada, prevalece su derecho sobre este último que no puede perturbar de modo alguno su ejercicio, sumado a la circunstancia de que ostentar la titularidad de una presunta pertenencia minera, desprovista de servidumbres, no le da derecho alguno al concesionario minero a realizar labores en suelo ajeno, ni menos a ingresar a él, que es la conducta que su parte le impidió desplegar al recurrente, con lo cual mal puede prosperar el

presente recurso, desde el momento que no puede haber lesión de un derecho legalmente inexistente.

Sostiene que de conformidad a las prescripciones del Código de Minería, existen terrenos en los cuales no se puede realizar trabajo minero alguno sin permiso del propietario, y por lo tanto, no se pueden solicitar la imposición de servidumbres de ninguna especie a dicho efecto; tampoco el propietario puede otorgarlo si, en forma previa, ya se encuentra afectado o gravado con una servidumbre, tal es el caso del diminuto terreno en que se produce la superposición de la concesión eléctrica de su representada con la pretendida concesión del recurrente. Además, argumenta, que hay inexistencia de todo derecho a favor del recurrente dado el carácter abusivo y constitutivo de fraude a la ley de la solicitud de pertenencia, referida a la creciente práctica de tratar de colocar diversos obstáculos y sucesivos entrabamientos, instrumentalizando así la vía jurisdiccional, a fin de frenar el desarrollo de proyectos de gran envergadura eléctricos, portuarios u otros. La estrategia de dichas prácticas conlleva, resulta fácil advertir, y se dirige a obtener pagos sin justificación de parte del desarrollador del proyecto, ante la perspectiva del costo alternativo que representan las pérdidas mayores y desmesuradas, que resultan de tener una obra de envergadura paralizada.

Finalmente, solicita se rechace el recurso, con expresa condenación en costas, dado lo temerario del mismo.

De fojas 1-25, rolan documentos acompañados por el recurrente; y de fojas 103 a 142, los aparejados por la recurrida.

A fojas 160, se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección es un medio de impugnación jurisdiccional de rango constitucional que permite poner pronto remedio a situaciones de hecho que amaguen derechos de rango constitucional (estrictamente enumerados en el artículo 20 de la carta fundamental) y que provengan de actuaciones que admitan la calificación de arbitraria o ilegal.

SEGUNDO: Que la circunstancia fáctica, de carácter arbitraria e ilegal, descrita por el recurrente, vulneradora de su derecho de propiedad sobre la concesión minera de explotación de la cual es titular, acaeció el 6 de junio del presente año y consistió en la negativa e impedimento violento, por

parte de trabajadores de la recurrida, de ingresar a la zona donde se ubica la pertenencia.

TERCERO: Que pese a discrepar la recurrida en la adjetivación que hace el actor, de la negativa a la entrada al predio, pues efectivamente reconoce que así fue, aunque niega la violencia. Agrega que esta respuesta obedece a que su parte ostenta un derecho que la legitima para ocupar el predio y que la sitúa en una mejor posición que el recurrente, por cuanto, sería titular de una concesión eléctrica, la que conlleva implícita la servidumbre respectiva, cuestión muy distinta a la que ampara a la legislación minera, en la cual el titular de una concesión, debe tramitar por separado la respectiva servidumbre, cuando es el dueño del predio superficial, una persona distinta del titular de la concesión.

CUARTO: Que resulta necesario acudir a la legislación minera y eléctrica, en lo pertinente a la materia en conflicto, para poder concluir si la presente controversia, puede o no ser resuelta mediante la presente acción constitucional.

A la luz de la Constitución Política de la República, en su artículo 19 número 24, el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad (invocada por el recurrente), pero la norma hace la distinción entre el derecho del concesionario, respecto de su concesión y el derecho del titular de los predios superficiales, los que "...*quedan sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señala*", reza la norma citada.

Por su parte la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras en su artículo 8°, dispone: "*Los titulares de concesiones mineras tienen derecho a que se constituyan las servidumbres convenientes a la exploración y explotación mineras. Respecto de esas concesiones, los predios superficiales están sujetos al gravamen de ser ocupados en toda la extensión necesaria para trabajos mineros, por canchas y depósitos de minerales...*" Lo anterior, es desarrollado en detalle, en los artículos 120 a 125 del Código de Minería.

A su turno, en materia eléctrica, el artículo 47 de la Ley General de Servicios Eléctricos, preceptúa: "*Todas las servidumbres que señalen los decretos de concesiones eléctricas definitivas se establecerán en conformidad a los planos especiales de servidumbres que se hayan aprobado en el decreto*

de concesión". Y en lo concerniente a la constitución de la servidumbre, dispone el 48, "Las concesiones de centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica crean a favor del concesionario las servidumbres de obras hidroeléctricas.."

QUINTO: Que de lo expuesto y del mérito de los antecedentes puede advertirse la existencia de una controversia en cuanto a la preeminencia del derecho de servidumbre del titular de una concesión minera (recurrente) y de la servidumbre sobre el terreno en que se ubica, del titular de una concesión eléctrica (recurrido). Y que a esta discusión se suma la falta de certeza sobre la constitución de la servidumbre de ocupación o tránsito, que debe detentar el titular de una concesión minera. En efecto, si bien en el libelo el actor alude a la negativa de ingreso al predio, en el que se encuentra su pertenencia, prohibición de ingreso dada por el concesionario eléctrico, nada señala respecto de haber cumplido con la normativa de los artículos 120 y siguientes del Código de Minería, en relación al dueño del predio superficial. En ese escenario, no se tiene noticia si este tercero, de apellidos Fuchslocher Herbach, según refiere el recurrido, ha recibido, su indemnización por la servidumbre, o al menos se ha caucionado el ingreso, en los términos del artículo 125 del Código de Minería.

SEXTO: Que la constatación anterior, del real problema que se presenta a ser dilucidado por esta vía, permite concluir que la parte recurrente no se encuentra ante un derecho de carácter indubitado; y una contienda así generada no puede ser dilucidada por medio de esta acción cautelar de derechos constitucionales, ya que ella no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados.

SÉPTIMO: Que en virtud de lo razonado el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar, tornándose innecesario el análisis de los documentos y elementos probatorios acompañados, como también se hace inocuo el análisis de si existe el acto ilegal o arbitrario invocado por los recurrentes como fundamento de su recurso.

Y visto lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política del Estado y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Protección, se **RECHAZA** el recurso interpuesto a

fojas 26 por don Armando Gutiérrez Nilo, en representación de Inversiones Alina S.A (ALINA S.A.), en contra de Hidrosur S.A., sin costas por estimar que el recurrente tuvo motivo plausible para recurrir.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Darío Ildemaro Carretta Navea.-

Rol N° 335-2011.

No firma el Ministro don Rodolfo Patricio Abrego Diamantti no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo por encontrarse en comisión de servicios.

Pronunciada por la **PRIMERA SALA**, por el Ministro Sr. PATRICIO ABREGO DIAMANTTI, Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, Ministra Srta. RUBY ALVEAR MIRANDA. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARIA LEON ESPEJO.

En Valdivia, cinco de agosto de dos mil once, notifiqué por el **ESTADO DIARIO** la resolución precedente

Certifico: Que con esta fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. Valdivia, 5 de agosto de 2011.

