

## ARTÍCULO 34 BIS DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS: UN NUEVO INTENTO DE SOLUCIÓN A LA ESPECULACIÓN MINERA EN PROYECTOS ELÉCTRICOS

### Artículo 34 bis de la Ley General de Servicios Eléctricos: un nuevo intento de solución a la especulación minera en proyectos eléctricos

*Los desarrolladores de proyectos energéticos en Chile desperdician tiempo y dinero en la adquisición de concesiones mineras u obtención de acuerdos con sus propietarios, a efectos de evitar que se ordene la suspensión de la construcción de obras ante la presentación de una denuncia de obra nueva. El nuevo artículo 34 bis de la Ley General de Servicios Eléctricos ha intentado hacerse cargo de este problema, confiriendo nuevos mecanismos de defensa contra la acción referida.*

### Article 34 bis of the Chilean Electricity Act: A new attempt for a solution in mining speculation affecting electricity generation projects

*The developers of energy projects in Chile waste both time and money on the acquisition of the mining concessions or the execution of agreements with the owners of such mining rights, in order to avoid the suspension of their constructions after the filing of a «denuncia de obra nueva» or new works injunction. The new article 34 bis of the Chilean Electricity Act has tried to bring a solution by granting to the developers of renewable energy projects a new defense mechanisms against such action.*

#### PALABRAS CLAVE

Proyectos energéticos, Denuncia de obra nueva; Ley General de Servicios Eléctricos.

#### KEY WORDS

Energy projects, Denuncia de obra nueva, Chilean Electricity Act.

Fecha de recepción: 3-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

## INTRODUCCIÓN

En el marco del desarrollo de proyectos de generación de energía eléctrica en Chile, los titulares de estos deben obtener un título suficiente para utilizar los terrenos donde dichos proyectos, y toda su infraestructura de evacuación asociada, serán desarrollados, construidos y posteriormente explotados comercialmente. Estos derechos a obtenerse por los desarrolladores pueden ir desde una simple autorización otorgada por los dueños de los inmuebles que se encuentran en el área de interés, hasta la constitución de derechos de servidumbre, contratos de concesión de uso oneroso celebrados con el Estado de Chile o contratos de arriendo con terceros propietarios. Una última alternativa existente es adquirir derechamente el dominio de los terrenos para el emplazamiento de los proyectos de generación y sus instalaciones asociadas.

Una vez acordados y materializados dichos acuerdos que aseguren a los desarrolladores el derecho de ocupar los terrenos, y en caso de que sea aplicable, estos deben proceder a la inscripción de los títulos en el Registro de Propiedad (en caso de adquirir el dominio), o en el Registro de Hipotecas y Gravámenes (en el caso de servidumbres, arrendamientos, concesiones de uso oneroso, etc.) del Conservador de Bienes Raíces competente, a efectos de dar oponibilidad, publicidad y certeza al título respecto de terceros y de la misma persona del dueño del predio.

## ESPECULACIÓN MINERA VS. PROYECTOS ENERGÉTICOS

En los últimos años, además de la necesidad de adquirir derechos sobre los terrenos en la forma descrita precedentemente, se ha sumado la necesidad de adquirir a su vez los derechos sobre la propiedad minera que cubre el área de interés para el desarrollo, construcción y operación de dichos proyectos eléctricos y sus instalaciones de evacuación asociadas.

En la actualidad, esta situación ha resultado ser una gran cortapisa para los desarrolladores al momento de salir a buscar financiamiento de proyecto a la banca. El hecho de encontrarse en este proceso con pseudomineros que constituyen o adquieren propiedad minera con el único fin de obtener un beneficio económico desmedido e infundado a cambio de no interponer el interdicto posesorio denominado «denuncia de obra nueva», puede significar el fin de un proyecto de generación de energía eléctrica. La denuncia de obra nueva está consagrada en el inciso primero del artículo 930 del Código Civil chileno, que establece: «*El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión*».

Esta situación ha llegado a un extremo tal que los bancos e instituciones financieras son reacios a asumir el riesgo asociado a este tipo de situaciones y, por ende, a financiar proyectos de generación que no cuenten con la titularidad sobre la totalidad de

las concesiones mineras que afecten al proyecto de generación y su infraestructura de evacuación asociada o, en su defecto, que hayan alcanzado un acuerdo en términos que sean satisfactorios para dichas instituciones con quienes sean los titulares de dicha propiedad minera.

El mayor inconveniente que presenta la acción de denuncia de obra nueva para los desarrolladores de proyectos energéticos, y que genera tanta incertidumbre a las instituciones financieras, es que, según lo establece el Código de Procedimiento Civil en su artículo 565, «Presentada la demanda para la suspensión de una obra denunciada, el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante haga (...)» (el subrayado es nuestro). A mayor abundamiento, el artículo 566 del mismo cuerpo normativo ordena: «No es necesaria la notificación del denunciado para llegar a efecto la suspensión decretada» (el subrayado es nuestro). Una eventual paralización en el programa de las obras de construcción en un proyecto de generación, especialmente si cuenta ya con obligaciones de suministro de energía y potencia con terceros consumidores a una fecha fija y determinada, puede generar un impacto económico considerablemente negativo en estos, pudiendo incluso hacerlos completamente inviables.

Sin perjuicio de haberse convertido en una práctica habitual y un riesgo asumido, tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el concesionario minero que no cuenta con título alguno sobre el suelo (dominio, servidumbre, arrendamiento, etc.) no se encontraría facultado para ejercer dicha acción.

Lo anterior, entre otras razones, se explica porque la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, al indicar los derechos de los concesionarios mineros en sus artículos 10 y 11, los limita, en el caso del concesionario de exploración, a «*hacer libremente calicatas y otras labores de exploración minera salvo la observancia de los reglamentos de policía y seguridad y lo dispuesto en los artículos 7° y 8°*» (el subrayado es nuestro). Los artículos 7° y 8° referidos versan sobre la necesidad de obtener autorización del dueño del suelo y las autoridades competentes; y en el caso del concesionario de explotación a «*hacerse dueño de todas las sustancias minerales que extraiga y que sean concesibles*». La ley no le otorga a los concesionarios mineros derechos sobre el suelo ni sobre los minerales no extraídos,

por lo que para poder ejercer finalmente su derecho, deberá contar con otro título que sirva para extraer (o explorar) los minerales, para cuya obtención el Código de Minería le da variadas facilidades, según se analizará más adelante.

Así, el ejercicio de la denuncia de obra nueva por pseudomineros se ha dado en el tiempo por una equívoca interpretación del artículo 94 del Código de Minería, que señala que «*las acciones posesorias y la acción reivindicatoria proceden respecto de la concesión minera y de otros derechos reales constituidos sobre ella*». El derecho allí conferido al concesionario minero está destinado a defender la posesión de su derecho concesional, pero en ningún caso estas acciones se extienden a la posesión sobre el suelo, la que no tienen los pseudomineros, como ya analizamos, ni en los hechos ni en el derecho.

#### ARTÍCULO 34 BIS DE LA LGSE

Con el fin de aminorar los efectos que la situación anteriormente descrita provocaba en los proyectos eléctricos, la Ley General de Servicios Eléctricos («LGSE»), en su artículo 34 bis, facultó al titular o propietario de una concesión eléctrica otorgada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, para que, en caso de que se decreta la paralización o suspensión de las obras en el marco de un juicio posesorio sumario (derivado de un interdicto posesorio), este pueda suspender los efectos de dicha orden de paralización o suspensión mediante la consignación en la cuenta corriente del tribunal caución suficiente para responder de la eventual demolición de las obras que hayan sido construidas a la fecha de presentación de la denuncia de obra nueva, o la indemnización de los perjuicios que pudieran seguirse al propietario minero en caso de ser condenado el desarrollador por sentencia firme.

En el marco de la última modificación realizada a la LGSE en el mes de febrero del presente año 2016, el derecho de poder enervar la acción del concesionario minero que solicita la orden de paralización en la forma que se detalla en el párrafo anterior se hizo extensivo a los titulares o propietarios de proyectos de energías renovables no convencionales («ERNC»), las líneas de transmisión que sean necesarias para evacuar la energía de dichos proyectos al sistema, las subestaciones elevadoras de parque y a los caminos de acceso que son necesarios para el desarrollo, construcción y explotación comercial de dichos proyectos ERNC, ya sea en bienes propios o de terceros, teniendo derechos sobre el terreno

superficial, ya sea en virtud de contratos de arrendamiento, servidumbres, concesiones de uso oneroso, etc.

## ANÁLISIS DE LA NORMA

Esta reciente modificación de la LGSE, incluyendo el artículo 34 bis y extendiendo sus efectos posteriormente, demuestra la intención del legislador en incentivar y quitar barreras de entrada al desarrollo de medios de generación con base en ERNC. Si bien compartimos el espíritu de esta disposición de la LGSE, en cuanto a hacerse cargo de una situación muy perjudicial para los desarrolladores de proyectos eléctricos, consideramos que erra el rumbo, toda vez que sigue reconociéndole al concesionario minero que carece de título sobre el suelo un derecho con el que no cuenta, por las razones ya esgrimidas. Junto con lo anterior, dudamos de la eficacia de esta solución propuesta por el legislador en cuanto a resolver los problemas actuales de los desarrolladores para la obtención de financiamiento de proyecto sin contar con el título sobre, o con acuerdos con los titulares de, la propiedad minera, o de disuadir al pseudominero de ejercer el interdicto posesorio.

Así, consideramos que la posibilidad de caucionar en cuentas del tribunal las resultas del juicio ante la presentación de una denuncia de obra nueva debió establecerse únicamente en caso de que se trate de concesionarios mineros que acrediten fehacientemente al juez en el momento de interponer el interdicto posesorio, a lo menos, contar con algún derecho sobre el suelo, demostrándose por este un grado —aunque sea mínimo— de factibilidad de desarrollo de proyecto minero.

En caso contrario, cuando se trate de un minero que cuenta únicamente con su derecho concesional, como es la mayoría de los casos que toca analizar, el legislador debería invertir la carga sobre la necesidad de caucionar las resultas, o, como mínimo, fijar mayores requisitos de admisibilidad a esta denuncia de obra nueva, haciéndose cargo de los derechos con que efectivamente cuenta cada uno de los interesados.

El Código de Minería le otorga amplios derechos al concesionario minero para obtener algún título de ocupación predial, habilitándolo incluso para demandar judicialmente la constitución de una servidumbre en su favor, limitándose taxativamente las defensas que pueden oponer los dueños del sue-

lo. Aún más, ante la sola demanda de servidumbre minera presentada por el concesionario minero, este puede solicitar al juez que le constituya una servidumbre provisoria. En consecuencia, la falta de un título sobre el suelo por parte del concesionario minero demuestra una falta de interés de ejercer los derechos que su concesión le confiere.

Aún más, atendida la posibilidad de demandar la constitución de una servidumbre, el legislador podría establecer que si al presentarse la denuncia de obra nueva no se acompaña un título suficiente de ocupación predial, el juez resolverá la suspensión de la obras, pero dando un plazo de días para que el concesionario minero demande la obtención de una servidumbre minera y el otorgamiento de una servidumbre provisoria. En caso de que el denunciante no cumpla con esta orden dentro del plazo fatal que sea establecido, se entenderá alzada la orden de suspensión de las obras.

La solución propuesta en el artículo 34 bis sigue siendo económicamente ineficiente. Los desarrolladores de proyectos energéticos continuarán destinando tiempo y dinero a un conflicto artificialmente creado, ya que en la práctica la aversión a la judicialización de los conflictos continuará impulsando a desembolsar montos de dinero que se consideren «razonables» antes que someterse a la evaluación que pueda hacerse de las resultas de un juicio.

Por lo demás, el legislador aún no se ha hecho cargo de un tema de especial relevancia para que la solución propuesta por el artículo 34 bis sea efectiva: ¿cómo se evaluarán adelantadamente las resultas del juicio posesorio? Intuimos que el pseudominero, en el afán de forzar una negociación para poner término inmediato al juicio, presentará sus perjuicios y costos de demolición en altísimos montos, lo que probablemente derive en una caución igualmente gravosa, o a lo menos dilatara la discusión antes de que puedan caucionarse finalmente y continuar con la construcción del proyecto.

Junto con lo anterior, existiendo un juicio pendiente y, por tanto, la eventualidad de que se decrete en definitiva la destrucción de lo construido si la denuncia se declara finalmente admisible, seguirá siendo una contingencia que será difícil de sortear al momento de obtener financiamiento para el proyecto.

Adicionalmente, la solución propuesta por el artículo 34 bis no es novedosa, ya que la posibilidad

de caucionar resultas ya se encuentra consagrada en el artículo 570 del Código de Procedimiento Civil. Más aún, podría discutirse que el derecho a continuar con las obras allí establecido era aún menos exigente, al no requerir del constructor de obras la exhibición de ningún título sobre el predio.

Por último, cabe señalar que el artículo 947 del Código Civil establece expresamente que contra el ejercicio de las servidumbres que se encuentren

legalmente constituidas no procederá la denuncia de obra nueva. En ese sentido, el artículo 34 bis de la LGSE desconocería esta norma al señalar que un concesionario eléctrico o aquellos titulares o propietarios de proyectos ERNC que cuenten con una servidumbre sobre el predio deberán constituir caución para suspender los efectos de la orden de paralizar o suspender las obras.

**MARIO FAVA QUIROGA Y FELIPE OSSA PAROT\***

---

\* Abogados del Área de Recursos Naturales de Philippi, Prieto-carrizosa Ferrero DU & Uría (Chile).