

LOS CONTRATOS ESPECIALES DE OPERACIÓN DE LITIO (CEOL) EN EL MARCO DE LA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO EN CHILE*

Christian ROJAS CALDERÓN**
Profesor Asociado de Derecho Administrativo
Universidad Andrés Bello (Chile)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO (ENL); 2.1. Los fundamentos; 2.2. El detalle: A) Involucramiento del Estado en todo el ciclo industrial; B) Creación de capacidades; C) Asociación Público-Privada (PPP); D) Marco institucional; E) Sostenibilidad social y territorial: involucramiento de comunidades; 3. LA MINERÍA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES EN CHILE: 3.1. Antecedentes; 3.2. Fundamento normativo del dominio público minero (DPM) a nivel constitucional; 3.3. Fundamento a nivel legal; 3.4. El régimen jurídico de las sustancias minerales no concesibles; 3.5. Las consecuencias evidentes: A) Un procedimiento concesional general (judicializado); B) Un conjunto de sustancias concesibles como regla general; 3.6. Lo no tan evidente: A) Hay un régimen concesional especial (administrativo); B) Tienen un régimen jurídico “delegado”.— 4. EN ESPECIAL RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITIO: 4.1. Antecedentes; 4.2. Régimen jurídico: A) Regulación básica disponible; B) Modalidades: a) Contratos Especiales de Operación; b) Convenios de Servicios; C) Término.— 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En 2023 fue anunciada la Estrategia Nacional del Litio en Chile, que se funda en algunas ideas matrices que se explicarán, en base a lo cual se pretende y apuesta por una estrategia de desarrollo en base a un recurso natural que posee Chile en magnitudes sólo similares a las reservas que en el mundo tienen Bolivia y Argentina.

* Este trabajo forma parte del Proyecto PID2021-128816OB-I00 “El binomio agua y energía: régimen jurídico de las concesiones hidroeléctricas y su necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático (HYDROENERGY)” de la Universidad de Granada, apoyada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (España).

** Correo electrónico: christian.rojas@unab.cl.

Ante esto, y más allá de algunas cuestiones de detalle que se indicarán, se ha puesto y propuesto en debate en torno al conjunto de instrumentos jurídicos que existen sobre una sustancia declarada inconcesible.

A partir de ello, se analizará su régimen jurídico en el Derecho chileno, su naturaleza, los mecanismos de adjudicación, y sus posibilidades de frente, además, a la declarada necesidad de participación público-privada (PPP) en este nuevo proceso. Finalizará este trabajo con las conclusiones de rigor.

2. LA ESTRATEGIA NACIONAL DEL LITIO (ENL)¹

2.1. Los fundamentos

Sin duda alguna, el litio ha pasado a constituir un mineral de alto valor estratégico. El consenso a nivel técnico y el de líderes mundiales es que los objetivos globales de descarbonización no podrán ser alcanzados si no se logra asegurar en forma sostenible el suministro de este mineral en el mediano y largo plazo.

El litio tiene un papel cada vez más importante en nuestra sociedad al permitir la construcción de baterías recargables con una alta capacidad de almacenamiento, pues la batería de iones de litio es actualmente una tecnología madura; esperando que los vehículos eléctricos se conviertan en el nuevo estándar en movilidad para la próxima década, lo cual encadena razonablemente un incremento en la demanda de litio. Varios estudios, basados principalmente en su importancia para las tecnologías verdes consideran el litio como uno de los elementos críticos para el desarrollo industrial. En este escenario, Chile es el principal productor de litio a partir de depósitos de salmuera.

En 2020, produjo 18.000 toneladas lo que representa alrededor del 22 por 100 del total de la producción mundial de 82.000 toneladas de litio (t Li), y lo ubica como el segundo productor en el mundo después de Australia. La producción acumulada total de Chile en los últimos 36 años es de 266.156 t Li. Las salmueras enriquecidas en litio están presentes en los salares preandinos y andinos chilenos que cubren una extensa área del norte, y en esta se han reportado unas 59 ocurrencias de este elemento hasta el momento².

Así, el litio se constituye como un elemento estratégico para Chile en múltiples dimensiones, tanto por su importancia en la transición energética a nivel mundial, complementaria con el hidrógeno verde, como también por su importancia geopolítica a nivel regional y mundial³. Por ello, el desarrollo de su industria es de primer

¹ El detalle puede verse en Gobierno de Chile (en línea) *Estrategia Nacional del Litio. Por Chile y su gente*. Disponible en <https://www.gob.cl/litioporchile/>

² Cabello, José (2022) “Reservas, recursos y exploración de litio en salares del norte de Chile”. *Andean Geology* N° 49 (2), p. 298.

³ Se apalancan, además, a la Ley N° 21.455 Marco de Cambio Climático de 13 de junio de 2022, que declara como su objeto: “(...) hacer frente a los desafíos que presenta el cambio climático, transitar

orden y su potencial se ha transformado en una instancia de creación de riqueza para el país.

2.2. El detalle

A partir de dichas consideraciones, se ha propuesto una Estrategia Nacional del Litio (ENL) con unas claras definiciones estratégicas. A saber:

A) *Involucramiento del Estado en todo el ciclo industrial*⁴

Los objetivos planteados en la ENL buscan dar dinamismo a la industria, involucrando al Estado a lo largo de todo el ciclo productivo (exploración, explotación y manufactura), actuando a través de alianzas público-privadas y desarrollando las cadenas de valor asociadas. Ello precisa involucrarse en el corto plazo en las labores productivas en el Salar de Atacama, así como impulsar la explotación de otros salares, con criterios de diversificación en la participación de actores y sostenibilidad ambiental.

Las razones que justifican la participación del Estado en el ciclo productivo son las siguientes:

— En la etapa de *exploración*; un rol activo del Estado permite generar conocimiento experto acerca de la cantidad y calidad las reservas del yacimiento y las condiciones medioambientales, así como las diferentes dificultades asociadas a la operación, lo cual contribuye a: diseñar mejores contratos para asegurar la mayor rentabilidad posible de la explotación de estos recursos para el Estado y estrategias de participación pública en la cadena productiva, y también la definición de políticas científico-tecnológicas, de innovación y productivas, regulaciones y exigencias socioambientales concretas, y otras.

— En la etapa de *explotación*; permite abordar de mejor manera el conjunto de decisiones estratégicas, de modo de mitigar los riesgos de afectación ambiental, social y de formación de enclaves, y aumentar la probabilidad de éxito en términos de encadenamientos y aprovechamiento de oportunidades de desarrollo productivo. Además, en principio, favorece la acumulación de conocimiento, la maximización de rentas del Estado, el acceso a información precisa y confiable sobre las utilidades y las rentas de la operación, el conocimiento de los costos asociados, los insumos y las ventas, así como todo el proceso asociado a la refinación. Adicionalmente, le permite

hacia un desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y otros forzantes climáticos, hasta alcanzar y mantener la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero al año 2050, adaptarse al cambio climático, reduciendo la vulnerabilidad y aumentando la resiliencia a los efectos adversos del cambio climático, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile en la materia”.

⁴ Gobierno de Chile (en línea) 18-19.

al Estado una buena posición para buscar asociaciones público- privadas con compañías que estén en la etapa de agregación de valor.

Se propone que el vehículo preferente por el cual el Estado participará de la actividad industrial en torno al litio será a través de una próxima Empresa Nacional de Litio⁵. Mientras esta no esté creada, se deberá iniciar la participación decisiva del Estado en la exploración y explotación de los salares a través las empresas estatales con giro minero, es decir, Codelco y Enami. En ambos casos, deberán crearse filiales dedicadas al litio de forma exclusiva, con todos los resguardos administrativos, operativos y financieros para cumplir esta tarea y facilitar la asociación público-privada.

Adicionalmente, la discusión, elaboración e implementación de medidas relacionadas con los aspectos productivos de la Estrategia, será articulado por un Comité CORFO⁶. Este Comité será el encargado de impulsar y proponer políticas de desarrollo científico-tecnológico e industrial que permitan impulsar nuevas actividades productivas aguas arriba y aguas abajo en el ciclo del litio, así como de identificar y aprovechar oportunidades.

B) Creación de capacidades⁷

Se sostiene razonablemente que el desarrollo armónico y sustentable de la industria en lo económico, social y ambiental, requiere fortalecer un conjunto de capacidades. Algunas de estas pueden ser consideradas como bienes públicos, en la medida que su desarrollo representa una ganancia para todos los actores de la industria y, como tales, han de ser llevados a cabo por una entidad separada del ciclo productivo con la intención de proveer dichos descubrimientos de manera pública a todos los competidores y a los organismos del Estado, tanto para la evaluación y toma de decisiones, como para aquellos encargados de la regulación y fiscalización.

Actualmente, el conocimiento existente sobre litio y salares en el país es escaso y disperso en diferentes organismos especializados, tales como sector privado, universidades, institutos tecnológicos y de investigación y otras instituciones públicas, tales como la Comisión Chilena de Energía Nuclear (CCHEN), el Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin), y la Dirección General de Aguas (DGA), además de CORFO, sin que exista una articulación estratégica en torno a sus objetivos y tareas. El conocimiento generado sobre litio y salares obedece en gran medida a esfuerzos individuales, con financiamientos escasos y temporales.

⁵ Sin embargo, la creación de una empresa estatal se ha relativizado durante el 2024, optándose más bien por privilegiar las capacidades instaladas en CODELCO y la asociación público-privada.

⁶ La Corporación de Fomento a la Producción (CORFO) es un servicio público descentralizado, con patrimonio propio y personalidad jurídica; representada legal, judicial y extrajudicialmente, por su Vicepresidente Ejecutivo. Fue creada en 1939 ha tenido un rol preponderante en el desarrollo de Chile, primero creando empresas estratégicas, y ahora apoyando la innovación, el emprendimiento, la tecnologización y digitalización de las empresas.

⁷ Gobierno de Chile (en línea) 19.

En este contexto, se plantea la creación de un instituto tecnológico y de investigación público, para la generación e internalización de conocimientos en torno al litio y los salares, incluyendo la cadena de valor asociada al mineral; tendrá como objetivo central la generación de conocimiento y tecnologías que permitan, por ejemplo, mejorar los procesos de extracción, producción, agregación de valor, aplicaciones y reciclaje, además de mejorar la comprensión de los salares, mediante la generación de modelos que permitan conocer su hidrogeología, biodiversidad, y minimizar el impacto asociado a las operaciones de extracción y procesamiento de litio.

C) *Asociación Público-Privada (PPP)*⁸

Conforme su escasa regulación, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (LOCCM) y del Código de Minería, el litio es una sustancia no concesible (exceptuando las pertenencias de Corfo en Salar de Atacama y Codelco en Salar de Pedernales, otorgadas con anterioridad al año 1979). Por lo tanto, la exploración y/o explotación de litio sólo podrán aprovecharse y/o ejecutarse por el Estado en forma directa, por las empresas del Estado, mediante concesiones administrativas y mediante contratos especiales de operación de litio (CEOL) con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

Si bien el Estado es titular del mineral —en tanto titular pleno del dominio público minero—, el sector privado tiene el potencial de aportar en la explotación y agregación de valor, contribuyendo con mayor conocimiento productivo, tecnológico y comercial, y con inversiones de capital.

La alta rentabilidad de la explotación de litio y la condición de no ser concesible directamente (por vía judicial que es la regla general en Chile), permite trazar una relación comercial y de beneficio mutuo entre los intereses privados y públicos, incluso para la etapa de exploración.

⁸ Gobierno de Chile (en línea) 20-22.

Se señala expresamente que el modo de asociación público-privada y el mecanismo de selección de socios privados pueden ser diversos dependiendo de las características de cada salar, la actividad (exploración versus explotación) y la presencia de incumbentes. Lo transversal a todos estos diseños debe ser que permitan promover los objetivos descritos en esta Estrategia y donde el interés público tenga un rol determinante en las decisiones fundamentales. Para asegurar el involucramiento del Estado en toda la fase industrial del litio, el modo utilizado en esta Estrategia será el de asociación público-privada mediante joint-ventures.

Así se explica en ROJAS CALDERÓN, Christian (1997) *Los derechos mineros de exploración y explotación. El caso de los llamados “Contratos Especiales de Operación”*. Valparaíso: Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de Valparaíso (inédis), pp. 94-97.

D) Marco institucional⁹

Un aspecto clave de la Estrategia consiste en avanzar en el ordenamiento del marco institucional y jurídico en torno al litio y los salares, que permita el desarrollo y crecimiento de la industria con un mínimo de impacto en los salares y pleno respeto a las comunidades y pueblos indígenas. Esta tarea ya fue iniciada entre mayo y octubre del 2022, con la Mesa Interministerial que recogió las principales brechas en esta materia. Entre sus conclusiones destaca que se requiere revisar aspectos normativos, el funcionamiento de organismos fiscalizadores, como también la relación entre las decisiones centrales y los gobiernos regionales y comunales.

Chile tiene una larga y sólida experiencia en minería “de roca”, que se expresa institucionalmente en el Código de Minería y las normas asociadas, así como los organismos y procedimientos para su regulación. Sin embargo, en el caso del *litio*, que se obtiene de las salmueras presente en los salares, gran parte de las normas útiles en caso de roca no se ajustan al caso de salmueras. Esta es una tarea que requiere ser abordada con urgencia.

E) Sostenibilidad social y territorial: involucramiento de comunidades¹⁰

Se propone que, para la explotación sostenible del litio, el Estado debe promover y establecer los más altos estándares socio ambientales, lo que requiere definir instancias de diálogo y participación con todos aquellos actores interesados en presentar sus puntos a la discusión de esta Estrategia, especialmente las comunidades de pueblos indígenas vinculados a los salares¹¹. Para ello se debe realizar un proceso de diálogo y participación que recoja las preocupaciones y expectativas de diversos actores en torno al desarrollo de la industria del litio, que aporte a las definiciones para la modernización institucional que asegure el desarrollo sostenible del sector.

Este proceso participativo deberá ser conducido por el Ministerio de Minería con el apoyo de los ministerios de Medio Ambiente y de Desarrollo Social para su diseño e implementación.

⁹ Gobierno de Chile (en línea) 22.

¹⁰ Gobierno de Chile (en línea) 22-23.

¹¹ En virtud, además, al Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. El Congreso Nacional en Chile, lo aprobó y desde el 15 de septiembre de 2009 y forma parte de la legislación chilena.

3. LA MINERÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUSTANCIAS MINERALES EN CHILE

3.1. Antecedentes

La minería ha estado en la historia de Chile desde siempre y forma parte de su identidad como nación.

Mucho antes de que los españoles llegaran a América, los indígenas que habitaban estas tierras sacaban el mineral de cobre de la cordillera de Los Andes y lo utilizaban para fabricar herramientas y adornos. Luego, durante los primeros 200 años de la Conquista, el cobre fue una industria pequeña que se realizaba básicamente en la zona norte del país. Recién en 1820 comenzó la expansión de la producción, que abarcó desde la actual Región de Atacama hasta la Región del Aconcagua.

Durante los siglos XIX y XX, Chile se posicionó como un importante productor de cobre a nivel mundial y recibió ingenieros y especialistas en minas y metalurgia desde el extranjero. Asimismo, creció la inversión extranjera en el rubro minero, especialmente norteamericana, inglesa, francesa, alemana e italiana. Adelantos como el uso de carbón mineral, la construcción de ferrocarriles y nuevas fundiciones dieron un gran impulso a la minería nacional. Luego de una baja en la producción de cobre a fines de 1800, el país vivió otro boom del cobre a inicio del siglo XX, cuando varias compañías estadounidenses realizaron grandes inversiones para explotar los yacimientos de Chuquibambilla, Potrerillos y El Teniente. Así, Chile consolidó su posición como segundo país productor de cobre en el mundo a mediados del siglo XX, después de Estados Unidos, y posteriormente, en la década de los ochenta, pasó a ser primer productor mundial.

Luego de los procesos de “chilenización” iniciada en 1966 con la formación de sociedades mixtas entre el Estado de Chile y las empresas privadas extranjeras, y la posterior “nacionalización” que culminó en julio de 1971¹², estos yacimientos pasaron a propiedad de Chile. Esto tuvo su expresión no sólo en los importantísimos cambios normativos —que se referirán más adelante—, sino que también a través de la dictación de una normativa con rango de ley que creó la Corporación Nacional del Cobre de Chile, entidad encargada de su explotación y de la comercialización del cobre que producen¹³. El verdadero boom de la industria cuprífera estuvo determinado

¹² Esto se realizó cuando el Congreso aprobó por unanimidad el proyecto sobre Nacionalización de la Gran Minería del Cobre, promulgado por Ley N° 17.450 de 1971. Para concretar este proceso de nacionalización fue necesario modificar el artículo 10 de la Constitución Política (de 1925, vigente en esa época), al cual se le agregó una disposición transitoria en la cual se planteaba que “por exigirlo el interés nacional y en ejercicio del derecho soberano e inalienable del Estado de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, se nacionalizan y declaran por tanto incorporadas al pleno y exclusivo dominio de la Nación las empresas extranjeras que constituyen la gran minería del cobre...”.

¹³ En efecto, la Ley N° 17.450 mandató al Gobierno chileno para que dispusiera sobre la organización, explotación y administración de las empresas nacionalizadas. También determinó que sólo

por un brusco aumento de la demanda mundial, debido a la aparición de la industria eléctrica, la expansión del sector de la construcción y una importante innovación tecnológica en Estados Unidos, que hizo rentable la explotación en gran escala de minerales con bajo contenido de cobre.

Durante la década entre 1990 y 2010, el sector minero mostró un dinamismo sin precedentes, resultado de una abundante inversión extranjera. El flujo de capitales mineros llegó a nuestro país gracias a la riqueza de su subsuelo y a su estabilidad política, social y económica. La minería en general, pero particularmente la del cobre, ha llegado a ser el sector más activo en el desarrollo de la economía de Chile debido al monto de sus inversionistas y la magnitud alcanzada en la producción de cobre¹⁴.

En este contexto, la afectación al dominio público de *todos* los recursos minerales es relevantísima pues constituye un cierre correspondiente y coherente con la regulación minera desde la primera codificación civil del año 1855¹⁵; y constituye una parte significativa de los ingresos estatales, sea por producción directa del Estado a través de sus empresas, sea por recaudación de impuestos¹⁶. Por lo mismo, tiene una trayectoria normativa continua que pasaremos a desglosar en el siguiente apartado.

La regulación minera, en fin, cumple a cabalidad con las prescripciones que sirven de fundamento para señalar sin lugar a dudas que el Litio, forma parte del dominio público minero. Aunque claro, tiene un régimen especial, separado del de los minerales en general.

podrían enajenarse o constituirse derechos de explotación sobre concesiones mineras para yacimientos que no estuvieran en explotación para ese momento, previa autorización por ley.

Como resultado de estas atribuciones —y ya en plena dictadura—, fueron dictados los decretos ley 1.349 y 1.350 publicados el 1º de abril de 1976, que formalizaron la creación de una empresa minera, la Corporación Nacional del Cobre de Chile, CODELCO.

¹⁴ Ministerio de Minería (en línea) “Historia de la minería en Chile”. Disponible en <https://www.minmineria.cl/?casas=historia-de-la-mineria-en-chile>

¹⁵ Dispone el artículo 591 del Código Civil (texto original):

“El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.

Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas a que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueño, con los requisitos y bajo las reglas que prescribe el Código de Minería”.

¹⁶ La minería es actualmente la actividad económica más importante de Chile. Es responsable de la generación directa de 14,6 por 100 del PIB aunque su potente efecto multiplicador contribuye a su vez al consumo de bienes y servicios en otras industrias como construcción, manufactura, transporte, comunicaciones y servicios de información, y servicios empresariales, entre muchos otros. Las investigaciones disponibles señalan que por cada US\$100 que aporta la minería a la economía, se generan indirectamente al menos otros US\$368. En esta línea, si se suma la totalidad de la actividad económica generada, el aporte de la industria a nivel nacional estaría por sobre el 20 por 100 del PIB.

CARDEMIL WINKLER, Magdalena (2023) “Impactos socio-económicos de la minería en Chile”. *Serie Informes 04/23, Biblioteca del Congreso Nacional*, p. 4. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34140/1/Informe_N_04_23_Impactos_socioeconomicos_de_la_mineria_en_Chile.pdf

Por último, antes de seguir, cabe señalar que todo esto tiene una base significativa sobre la cual avanzar¹⁷.

Conforme se ha estudiado y probado, el litio está presente en concentraciones económicas en varios salares de la región de los Andes Centrales, en el norte de Chile; ubicándose uno de los centros productivos más importantes del mundo gracias al desarrollo del yacimiento de salmuera ubicado en el salar de Atacama. En efecto, el 2020 Chile produjo 18.000 toneladas, alrededor del 22 por 100 del total mundial, que asciende a 82.000 toneladas, y los nuevos acuerdos de inversión sugieren que la futura producción del salar de Atacama podría alcanzar las 48.800 toneladas anuales en los próximos años. Adicionalmente, la información relacionada con las dos operaciones de explotación en el salar de Atacama más una evaluación reciente en el salar de Maricunga permite calcular una reserva estimada de 10.879.000 toneladas de litio. Esta cantidad corresponde aproximadamente al 64 por 100 de las reservas mundiales (17.000.000 toneladas), según los datos más recientes disponibles. En fin, ya están estudiados 9 salares con altísimas reservas, y para los 13 salares restantes se dispone de muestreo parcial, lo que los sitúa como potenciales objetos de exploración futura; y a ellos se unen otros 36 que aún no han sido objeto de estudios, de acuerdo a lo cual las reservas de litio, los recursos y el potencial de exploración identificados e informados en esta revisión confirman la presencia futura de Chile como un actor clave en el desarrollo de la industria del litio en el mundo.

3.2. Fundamento normativo del dominio público minero (DPM) a nivel constitucional

La naturaleza jurídica de la riqueza mineral en Chile no tiene controversia. Si bien durante mucho tiempo se explicaba en base a categorías históricas (dominio eminente era la fórmula explicativa más típica¹⁸) y durante mucho tiempo se explicó en base a la propiedad administrativa (o también denominada doctrina regalista¹⁹), hoy no hay duda y es doctrina inmensamente mayoritaria que la riqueza mineral sin excepción es un bien público o nacional de uso público, como titularidad administrativa funcionalizada a fines públicos. Como se sabe, no es una propiedad sino que constituye un título de imputación causal para la aplicación de potestades administrativas específicas que van desde el otorgamiento de títulos concesionales sobre ese bien hasta las posibilidades de intervención administrativa compulsiva²⁰, evolucionando

¹⁷ CABELLO (2022) 304-305.

¹⁸ OSSA BULNES, Juan Luis (1989) *Derecho de minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 14.

¹⁹ RUIZ BURGEIS, Julio (1949) *Instituciones de Derecho minero chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 31.

²⁰ VERGARA BLANCO, Alejandro (1992) *Principios y sistema del Derecho minero*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 174-255; VERGARA BLANCO, Alejandro (2010) *Instituciones de Derecho minero*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 145-231; y VERGARA BLANCO, Alejandro (2018) *Derecho minero: Identidad y transformaciones*. Santiago: Ediciones UC, pp. 62-75. Sobre la explicación general acerca de la categoría de dominio público, bienes públicos o bienes nacionales de uso público, ver a ROJAS CALDERÓN,

de la noción patrimonialista clásica, hacia concepciones que ponen mayor énfasis en la dimensión objetiva del dominio público, en su destino a una función pública, y en su configuración como un título que permite imponer restricciones y establecer normas para la utilización de estos bienes²¹.

De suma relevancia, para confirmar lo dicho, es la trayectoria y declaración constitucional —sin solución de continuidad desde 1971—, de la riqueza mineral expresando una afectación general de toda esa riqueza sin duda alguna, como ya se explicó. Esto se repite, sin solución de continuidad en el actual texto constitucional —pese a que ya no estaba Chile en democracia sino que en plena dictadura, y pese a las “oleadas” de neoliberalismo que la recorrieran—, norma que se encuentra todavía vigente.

En efecto, el artículo 19 N° 24 inciso 6 y siguientes de la *Constitución Política de la República* disponen lo mismo hasta hoy.

3.3. Fundamento a nivel legal²²

A este nivel jerárquico también se producen declaraciones en igual sentido. Como las que siguen:

En el artículo 3 de la *Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras* se establece: “(...) Son concesibles, y respecto de ellas cualquier interesado podrá constituir concesión minera, todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presenten, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional que tengan acceso por túneles desde tierra. Las sustancias minerales concesibles contenidas en desmontes, escorias o relaves, abandonadas por su dueño, son susceptibles de concesión minera junto con las demás sustancias minerales concesibles que pudieren existir en la extensión territorial respectiva.

Y añade “No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, el litio, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional”.

Christian (2016) *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia de ríos*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 72-96.

²¹ ESTEVE PARDO, José (2018) *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, pp. 495-501; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2015) “Cuestiones del régimen general del dominio público”. GONZÁLEZ GARCÍA, J. y otros (Coords.) *Derecho de los bienes públicos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 90-161; y últimamente el muy buen trabajo de GARCÍA GARCÍA, Javier (2021) *La adjudicación de derechos limitados en número en el dominio público radioeléctrico: telecomunicaciones y comunicación audiovisual*. Ciudad Real: Tesis doctoral. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 27.

²² Puede verse el desarrollo en ROJAS CALDERÓN (1997) 14-37.

A su turno el artículo 1° del *Código de Minería* establece lo que sigue: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles con excepción de las arcillas superficiales, no obstante la propiedad de las personas naturales o jurídicas sobre los terrenos en cuyas entrañas estuvieren situadas”.

Luego el artículo 5° dispone: “Son concesibles, o denunciables, las sustancias minerales metálicas y no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra”.

Enseguida el artículo 7° establece: “No son susceptibles de concesión minera los hidrocarburos líquidos o gaseosos, *el litio*, los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional ni los yacimientos de cualquier especie situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, sin perjuicio de las concesiones mineras válidamente constituidas con anterioridad a la correspondiente declaración de no concesibilidad o de importancia para la seguridad nacional”.

Y finaliza el artículo 8° señalando: “La exploración o la explotación de las sustancias que, conforme al artículo anterior, no son susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo”.

3.4. El régimen jurídico de las sustancias minerales no concesibles

Las sustancias minerales no concesibles, entre ellas el petróleo —del que Chile tiene en muy poca cantidad, y el litio que lo tiene en abundancia—, solo pueden ser exploradas o explotadas por algunos de los mecanismos que establece la Constitución Política en su artículo 19 N° 24 inciso 10°, esto es: “La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la seguridad nacional”.

Es interesante que respecto de estas sustancias no se usa el término *reservada* (como sí se usa en los códigos de minería de 1888, 1930 y 1932), sino que no conce-

sibles a partir del texto constitucional vigente. Ello implica que el Estado puede permitir el acceso de los particulares para la exploración y explotación de esas sustancias a los particulares por una vía distinta que la concesión general²³.

3.5. Las consecuencias evidentes

A) *Un procedimiento concesional general (judicializado)*

Establecido en los artículos 34 a 90 del Código de Minería, siendo competente para tramitar y constituir una concesión minera el juzgado de letras correspondiente al territorio donde se ubique la pertenencia minera.

Se trata en definitiva de un procedimiento administrativo (o voluntario o no contencioso en la terminología procesal clásica) para la obtención de un permiso que es registrado ante la autoridad registradora de propiedad minera (Conservador de Minas) y ante el Sernageomin, quien tiene a su cargo la elaboración y mantención actualizada de las concesiones mineras²⁴.

B) *Un conjunto de sustancias concesibles como regla general*

Todas las sustancias mineras son concesibles, y ya no constituyen ni siquiera en casos de excepción “reserva estatal”; existiendo casos calificados de sustancias no concesibles.

Destaca entre las concesible el Cobre, siendo Chile el primer productor mundial del “metal rojo”.

3.6. Lo no tan evidente

A) *Hay un régimen concesional especial (administrativo)*

Si bien efectivamente se trata de sustancias no concesibles, aquello puede decirse del régimen general de concesibilidad. Entonces, pueden constituirse derechos mineros —de exploración y explotación fundamentalmente— por otras vías ya no la concesional.

²³ RUIZ BURGEOS, Carlos (1983) *Nueva legislación minera*. La Serena: Colegio de Abogados, p. 8. En este mismo sentido ROJAS CALDERÓN (1997) 43-44.

²⁴ La Unidad de Rol Minero del Departamento de Propiedad Minera es la unidad a cargo de mantener y administrar el Rol Nacional de Concesiones Mineras, el cual es elaborado, entre otros objetivos, para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 159 del Código de Minería. Las principales tareas de esta unidad son mantener el listado actualizado de las concesiones mineras vigentes del país, asignar el Rol Nacional y mantener la información administrativa de las concesiones mineras. Esto se consigue mediante un trabajo en conjunto entre SERNAGEOMIN, la Tesorería General de la República, los diferentes Conservadores de Minas, Los juzgados de letras y los titulares de concesiones mineras.

Esto es consecuencia dialéctica y lógica del sistema de reglas generales y especiales, que permite identificar la mayoría de las concesiones mineras con un procedimiento en vía judicial, y otras sustancias igualmente mineras que no tiene ese procedimiento sino que otro de adjudicación de derechos mineros.

Obviamente, esto se produce dentro del gran paraguas que constituye la *adjudicación administrativa de recursos escasos*. Esta consiste en la atribución de derechos subjetivos limitados en número, y que opera en escenarios tremendamente heterogéneos dentro de las regulaciones sectoriales como ha puesto de relevancia Utrilla, a saber: asignación de ayudas económicas limitadas en número, adjudicación de plazas de empleo público, permisos para la emisión de gases, prestaciones públicas o —por supuesto— derechos de uso de bienes del dominio público²⁵.

Este es un acercamiento a la materia más general si se quiere, de acercarse a la revisión de fórmulas diferentes a las concesional —en vía judicial o no— de la riqueza mineral, y que en nuestro caso es posible reconocerla también en el Petróleo —dice hidrocarburos líquidos o gaseosos la norma—, y en el Litio los que usan más bien la fórmula contractual en régimen de Derecho público como se verá.

Como se ha dicho, pese a no tratarse ni habilitarse un procedimiento concesional directo, como sí es el referido a la riqueza minera tradicional; sí estamos ante un mecanismo distinto de concesión, o más general, de adjudicación de un bien escaso. En efecto, si bien en Chile la regla generalísima consiste en que tratándose de bienes públicos concesibles, el reconocimiento de una titularidad se realice a través de un procedimiento concesional, en sede administrativa además —por lo cual esta adjudicación concesional en sede judicial para la riqueza minera pasa a ser una anomalía—; existen otras vías para generar títulos administrativos de uso y aprovechamiento o, más precisamente, adjudicación de títulos habilitantes.

B) Tienen un régimen jurídico “delgado”

Se trata de un régimen casi tópico, y esto porque las condiciones se establecerán en un decreto supremo, dictado por el Presidente de la República.

Al respecto en general la doctrina, al tener un escaso tratamiento jurídico, los ha estudiado poco.

Se destaca a Gómez que los define un poco más como “aquellos en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, llamada contratis-ta, se obliga a realizar para el estado o para una empresa u organismo del estado, todo o parte de las actividades correspondientes a la fase de exploración, a la fase de explotación y. la fase de beneficio de alguna o algunas de las sustancias minerales

²⁵ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores (2018) “La adjudicación administrativa de recursos escasos”. ARROYO, L. y UTRILLA, D. *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 25.

inconcesibles o que se tengan por tales, en el área o lugar que se convenga, en la forma, mediante el pago y condiciones que se establezcan y en el plazo o plazos que se estipulen”²⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, este es claramente contractual, con altas dosis de discrecionalidad (que no es arbitrariedad), dado que se decide individualmente de acuerdo a cada proyecto y negociación. Sin embargo, es posible como procedimientos y criterios de adjudicación validados los procedimientos concurrenciales o competitivos a través de licitaciones públicas, el sorteo, el reparto proporcional y la adjudicación directa²⁷.

4 EN ESPECIAL, EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL LITIO

4.1. Antecedentes

Como se dijo más arriba, la Estrategia Nacional del Litio (ENL) comprende un conjunto de medidas que buscan incorporar capital, tecnología, sostenibilidad y agregación de valor al sector productivo en armonía con las comunidades.

En este sentido, se propusieron una serie de acciones que componen la ENL —a las cuales nos hemos referidos en el primer apartado—²⁸, entre los cuales se destacan a nivel operativo las siguientes:

a) Se propone otorgar contratos especiales de operación de litio (CEOL) de exploración y explotación a filiales de empresas del Estado —Codelco y Enami— en aquellos salares donde ya tienen proyectos en distintas etapas de desarrollo.

b) Para los otros salares que sean considerados susceptibles de explotación (dadas las restricciones de preservación) se iniciará un proceso público, transparente e informado de licitación a privados de CEOL de exploración. En caso de que los resultados de la exploración muestren potencial, el privado tendrá opción preferente para asociarse con una empresa del Estado para la etapa de explotación. De tratarse de proyectos de valor estratégico para el país, esta asociación deberá tener una participación mayoritaria del Estado.

Este proceso permitirá acelerar la exploración de los salares, y entregará un espacio para que los distintos actores nacionales e internacionales interesados puedan ingresar a la industria. Las ofertas presentadas en las licitaciones de CEOL de exploración deberán incluir también una propuesta de plan de generación de valor local y encadenamientos productivos que tendría el eventual proyecto de explotación, de

²⁶ GÓMEZ NÚÑEZ, Sergio (1991) *Manual de Derecho de minería*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 46-47.

²⁷ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores (2018) “La adjudicación de derechos de uso de bienes demaniales”. ARROYO, L. y UTRILLA, D. *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 179-185.

²⁸ Gobierno de Chile (en línea) 28.

forma de privilegiar iniciativas que involucren mayores encadenamientos productivos locales, desarrollo tecnológico y agregación de valor.

4.2. Régimen jurídico

A) Regulación básica disponible

Nuestra legislación, mediante el DL N° 2.886 de 1979, reservó al Litio para el Estado, dejándolo fuera de las sustancias mineras susceptibles de concesión, en cuanto régimen general de adjudicación.

En efecto, el artículo 5° dispone expresamente que: “Por exigirlo el interés nacional, desde la fecha de vigencia de este decreto ley, el litio queda reservado al Estado.

Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior solamente:

a) El litio existente en pertenencias constituidas, sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, tuvieren su acta de mensura inscrita, se hallaren vigentes, y cuya manifestación, a su vez, haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979.

b) El litio existente en pertenencias que, a la fecha de publicación de este decreto ley en el Diario Oficial, estuvieren en trámite y que lleguen a constituirse sobre litio o sobre cualquiera de las sustancias del inciso primero del artículo 3° del Código de Minería, siempre que el proceso de constitución de tales pertenencias se hubiere originado en una manifestación que haya quedado inscrita antes del 1° de Enero de 1979.

Una ley regulará la forma en que el Estado ejercerá los derechos que le corresponden sobre el litio que se le reserva en virtud de este artículo”.

En el mismo sentido también está consagrado en la Ley N° 18.097 Orgánica Constitucional de concesiones mineras de 1982, y en el Código de Minería de 1983.

Aunque, como es evidente, esa “reserva” hoy se concreta en un régimen de inconcesibilidad por medio del mecanismo general de constitución de concesiones en materia minera, por medio de los Tribunales de Justicia; pero ello no obsta al régimen especial de asignación de derechos de uso y aprovechamiento por vía administrativa.

La razón original de este carácter singular que se concede al litio en nuestra legislación es su calidad de material de interés nuclear (Ley N° 16.319), por sus aptitudes para intervenir en la generación de energía nuclear o atómica. A ello se agrega —como fue enfatizado en el Informe de la Comisión Nacional del Litio de 2015—, la relevancia crucial que toma en la actualidad en el proceso global de transición energética, basada en la generación de energías renovables no convencionales, que requieren soluciones de almacenamiento de energía eléctrica, como, asimismo, en la electrificación del transporte.

B) Modalidades

Las fórmulas que pueden usarse para explorar y explotar el Litio —apalancando de paso la Asociación Público—Privada referida profúsamemente en la ENL²⁹—, conforme ha destacado especialmente Mardones³⁰, son:

a) Contratos Especiales de Operación

En diversos apartados de la ENL se alude a la suscripción de contratos de exploración o explotación de litio.

Los Contratos Especiales de Operación (CEO), se encuentran regulados sólo en el artículo 19 N° 24 inciso 10 de la Constitución Política, sin que exista un régimen adicional especial, como sí ocurre en materia petrolera, en la que se cuenta con el régimen del D.F.L. 2/1986, de Minería, Texto Refundido del D.L. 1.089/1975, sobre contratos especiales de operación petrolera. Allí en su artículo 2° se los define como: “Aquel que el Estado celebre con un contratista para la exploración, explotación o beneficio de yacimientos de hidrocarburos, con los requisitos y bajo las condiciones que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso décimo del número 24° del artículo 19 de la Constitución Política, fije por decreto supremo el Presidente de la República.”

Por tanto no tienen régimen propio, sino que por extensión de acuerdo a la naturaleza jurídica del mismo bien —sustancia minera inconcesible—, se hace aplicación de sus prescripciones generales. Y al efecto, los CEO —tanto los CEO Petróleo como los CEO Litio—, son verdaderos *contratos administrativos* de prestación de servicios al Estado, con o sin riesgos para el contratista, que, en tanto tales, no otorgan derechos reales administrativos (como sí lo hacen las concesiones mineras), sino que sólo derechos personales; ello —sostiene Mardones—, implica que el derecho del contratista no es oponible *erga omnes*, sino que sólo a su contraparte directa, esto es, el Estado³¹.

Opinión contraria es la que se sostiene acá.

Se afirma que se trata de un acto concesional, por el cual la Administración otorga al contratista derechos mineros exclusivos para explorar y explotar yacimientos que contengan sustancias no concesibles.

Y esto porque una cosa es el instrumento: el CEOL en este caso específico, y otra son los derechos que se generan: los que sin duda son una concesión minera³². Esto

²⁹ Gobierno de Chile (en línea) 20.

³⁰ Mardones Osorio, Marcelo (2023) “Algunas consideraciones jurídicas sobre la ‘Estrategia Nacional del Litio’”. Newsletter IMAD Abogados, pp. 8-9. Disponible en <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7059863897427570688/>

³¹ MARDONES OSORIO (2023) 8.

³² ROJAS CALDERÓN (1997) 87; 112-113.

porque: i) Se trata de un derecho de aprovechamiento, pues en su virtud, se derivan las facultades de explorar y explotar las sustancias no concesibles existentes en el área asignada, facultades que son expresamente otorgadas; ii) Se trata de un derecho real, pues recae sobre una determinada “parcela del dominio público”, es decir, un área específica de recursos minerales —cosas ante el Derecho—, de lo que deriva que se trata genuinamente de un derecho real; y iii) Tiene indudablemente una naturaleza jurídico-administrativa.

b) Convenios de Servicios

Luego, es posible adicionar a los “convenios de servicios” a los que se refiere el art.5, letra i), in fine, del D.F.L. N°302, de 1960, Ley Orgánica del Ministerio de Minería.

Según dicha disposición, el Ministro de Minería puede “(...) celebrar, en representación del Estado, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, contratos de servicio que tengan por objeto la ejecución de determinados trabajos relacionados con la exploración de yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión...”; y siguiendo a Gómez nuevamente “es el derecho que otorga directamente el Estado a los particulares para que exploren, exploten o beneficien las sustancias minerales inconcesibles o aquellas que, en razón de su ubicación, se tengan por tales, con los requisitos y bajo las condiciones que por decreto supremo fije el Presidente de la República en cada caso”³³.

C) *Término*

La regla será la de terminación del plazo de dichos CEOL —o de las concesiones administrativas en su caso—, o por el cumplimiento cabal del fin que justificó su existencia (por ejemplo, explorar una determinada área).

Sin embargo, puede terminar anticipadamente por revocación del Decreto Supremo que le ha dado origen en razón de oportunidad, mérito o conveniencia, debidamente calificado y fundamentado en el acto revocatorio.

Así se establece por lo demás, como un caso de revocación cualificada la norma del inciso 10 del numeral 24 del artículo 19 de la CPR, cuando dispone: “El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la seguridad nacional”.

³³ GÓMEZ NÚÑEZ (1991) 46.

5. CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo es posible arribar a las siguientes afirmaciones conclusivas:

1) La Estrategia Nacional del Litio (ENL) es continuación de una política que se ha desarrollado en torno a este recurso mineral, que se pretende concretar esta vez en base a unos objetivos que se vienen discutiendo hace varios lustros, y que permitiría profundizar y asentar actividades que hoy se encuentran jurídicamente poco desarrolladas.

2) El instrumento jurídico más asentado para hacer esto son los Contratos Especiales de Operación sobre Litio (CEOL) que tiene sin embargo un régimen jurídico precario, prácticamente de reenvío a partir de lo que hay en materia de explotación petrolífera, y con prescripciones de carácter constitucional que derivan todo a un decreto supremo del Presidente de la República.

Existen otros que son los convenios de servicio y las concesiones administrativas directas, más precarias en su régimen jurídico que el anterior.

3) Los desafíos son muchos: económicos, institucionales, comunitarios, y también jurídicos.

En este punto, lo clave será fortalecer el precario régimen jurídico de los CEO aplicados al litio, dotándoles de un genuino régimen jurídico más cuando parte importante de la ENL se asienta sobre alianzas público-privadas que requieren tener certeza para poder hacer sus inversiones, y nada mejor para hacer aquello que dotarles de un robusto régimen a nivel legal a lo menos.