

Tratado minero entre Chile y Argentina. Una visión global

María Teresa Infante Caffi

El Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina, suscrito en 1997, y su Protocolo Complementario de 1999, entró en vigor en 2000. Sus disposiciones dan lugar a un nuevo marco para el desarrollo de actividades mineras en zonas fronterizas vecinas, y establecen un esquema especial para el funcionamiento de proyectos mineros que tienen proyecciones en ambos países. Entre los principios fundamentales de este Tratado, destacan el del trato nacional dentro del ámbito de aplicación para inversionistas de origen de la otra Parte, la creación de un área de operaciones a través de la frontera, lo cual requiere de Protocolos Específicos Adicionales, la posibilidad de constituir servidumbres transnacionales y la posibilidad de acceder a recursos naturales en el otro país. El Tratado Minero constituye un instrumento económico, al mismo tiempo que crea las bases jurídicas para la minería transfronteriza.

1. Presentación general

El Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina, suscrito el 29 de diciembre de 1997, constituye un caso del mayor interés en la historia de las relaciones económicas recientes entre ambos países. Analizar su significado y alcance requiere situarlo apropiadamente en este contexto.

El estudio del Tratado comprende además el de su Protocolo Complementario, adoptado en 1999¹, y que tuvo por objeto clarificar algunas de las disposiciones del Tratado y explicitar los mecanismos de funcionamiento del mismo.

La conclusión de su negociación y su puesta en vigor transcurren en un período de aproximadamente cinco años, durante el cual, se afinan los principales rasgos de este instrumento², y se perfeccionan aspectos que lo hacen política y jurídicamente aceptable en el plano interno, de manera de asegurar la ratificación.

¹ *Diario Oficial*, N° 36.882, 7/02/2001. Correcciones publicadas en *Diario Oficial*, N° 36.897, 24-02-2001.

² La Declaración Presidencial Chile-Argentina de 1996 dio el mandato definitivo para trabajar las bases de un tratado minero. Posteriormente, se adoptaron por los Ministros de RR.EE. de ambos países, unas Bases y Fundamentos de un Tratado de Integración y Complementación Minera Chile-Argentina, julio de 1996.

El Tratado tiene un significado político, que algunos identificarán con la decisión de abrir la frontera para inversiones cuyo origen es un inversionista del país vecino, cuestión que finalmente –en la medida en que se entienden mejor los efectos del Tratado– va diluyéndose en importancia a través del tiempo. Otro significado político importante reside en la idea que el Tratado merece ser considerado como un compromiso para trabajar conjunta o coordinadamente en el escenario internacional en materia de promoción de la minería y del uso del cobre y defender posiciones anti proteccionistas que pudieren presentarse.

Este elemento político debía comprender, a juicio de algunos análisis³ un elemento de prudencia en el sentido de agotar primero el tratamiento del acuerdo demarcatorio sobre Campo de Hielo Sur, lo cual finalmente se logró con la entrada en vigor de un nuevo Acuerdo para Precisar el Recorrido del Límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet, negociado en 1998, y cuya aprobación y entrada en vigor en 1999 requirió de amplios consensos internos.

Tiene también un significado económico, en cuanto implica generar un marco para que se desarrollen proyectos mineros que consideren un espacio ampliado y hasta cierto punto unificado, conforme al cual ambos países entran simultáneamente a jugar ante un proyecto que exige su pleno funcionamiento.

En lo económico, se le atribuye como uno de sus objetivos el hacer atractivo un negocio minero cuya realización sería particularmente difícil por las limitaciones propias de las características de la frontera, y las diferencias jurídicas y de competencias institucionales que marcan los límites entre territorios, lo que tiene como consecuencia la coexistencia de diferentes regímenes jurídicos que se aplican en cada uno de ellos. En cierta medida, algunas opiniones plantearon que el Tratado debía servir para dar mayor seguridad jurídica y reciprocidad⁴ en el trato a los inversionistas que operan en el país vecino, como un elemento de atracción para desarrollar proyectos mineros.

Las percepciones dominantes en la época de negociación del Tratado, examinadas a través de fuentes públicas, indican que para algunos análisis lo fundamental era avanzar en un marco más audaz en materia de cooperación minera, superando las metas propuestas en el Protocolo

³“Chile-Argentina: listo acuerdo de integración en la minería”, *El Mercurio*, Santiago, 30 de diciembre de 1997, pp. A-1; A-10.

⁴Hoschild, M. Discusión en seminario “Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina”, Comisiones de Minería de la Cámara de Diputados y del Senado de la República de Chile. Comisiones de Minería de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación Argentina, Santiago, 1 y 2-10-1998, pp. 28-31.

Nº 3 sobre Cooperación e Integración Minera de 1991, mientras que para otros, el Tratado permitía la expansión del área de oferta de servicios mineros hacia el territorio argentino. Incluso se veía como una consecuencia natural del mayor desarrollo minero chileno que incidiría en el inicio de su funcionamiento⁵.

Dicho Protocolo sobre Cooperación e Integración Minera, suscrito en el marco del Acuerdo de Complementación Económica de 1991⁶, puso énfasis en la puesta en marcha de un programa de intercambio de información científico-técnica entre la Dirección Nacional de Minería de Argentina y el Servicio Nacional de Minería y Geología de Chile, a fin de evaluar y posibilitar el desarrollo de proyectos conjuntos de exploración y explotación de los recursos mineros existentes a lo largo de la frontera entre ambos países. Para tal efecto, se determinó una franja de aproximadamente cuarenta kilómetros de ancho a ambos lados de la frontera⁷.

Igualmente, otro aspecto cubierto por el Protocolo era que destacaba la conveniencia de asegurar, en los casos en que las circunstancias lo permitieran, el aprovechamiento conjunto de los recursos que se extienden a ambos lados de la frontera, de modo —se decía— que su exploración y explotación se hiciese en forma racional e integrada, aplicando las normas y prácticas de ingeniería minera más avanzada. Las Partes alentarían la constitución de empresas conjuntas entre personas físicas y jurídicas de ambos países, así como la participación de inversiones extranjeras en las mismas.

Este Protocolo sirve de punto de partida para el estudio de los Protocolos Adicionales Nº 19⁸ y 20⁹ de 1997 que se aplicaron a los primeros proyectos que, por su naturaleza y características, plantearon la necesidad de una cooperación transfronteriza particular entre Chile y Argentina. Fue el caso de El Pachón (IV Región-San Juan) y Pascua Lama (III Región-San Juan), respectivamente. Los términos de estos acuerdos pusieron de relieve la utilidad de un Tratado Minero, y fue precisamente uno de los antecedentes cuya evaluación permitió una mejor comprensión de la necesidad del Tratado.

⁵ Presentaciones en seminario "Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina", Comisiones de Minería de la Cámara de Diputados y del Senado de la República de Chile. Comisiones de Minería de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación Argentina, Santiago, 1 y 2 de octubre de 1998.

⁶ *Diario Oficial*, Nº 34.236, 4 de abril de 1992.

⁷ Como resultado de la cooperación bilateral, se editó un Mapa de Recursos Minerales del Área Fronteriza Chileno-Argentina, entre los 34° y 56° S. Servicio Nacional de Geología y Minería de Chile y Servicio Geológico Minero Argentino, 1999.

⁸ *Diario Oficial*, Nº 35.781, 4 de junio de 1997.

⁹ *Diario Oficial*, Nº 35.781, 4 de junio de 1997.

Otro punto de vista que fue planteado en el gran debate generado por la negociación del Tratado, destacaba que mediante este instrumento se daba una oportunidad más amplia para que la minería argentina tuviera acceso a puertos del Pacífico, otorgando desde ese punto de vista una ventaja a su consolidación¹⁰. Ciertos aspectos particularmente analizados durante su negociación y particularmente el debate que se suscitó en Chile después de la firma del Tratado, época que va desde fines de 1997 hasta agosto de 1999, tienen que ver con la fuerza de las percepciones de que dicho acuerdo no había consagrado un equilibrio entre intereses y beneficios para ambos países¹¹, concepto que si bien no era compartido por sus negociadores, creaba interferencias serias con las posibilidades de su aprobación por el Congreso chileno¹².

Sin duda que estas ideas se generan y discuten en torno a las grandes cuestiones relativas a las ventajas para la minería de cada país que un Tratado minero reportaría y cuáles eran los puntos críticos para cada uno de ellas. En este proceso de análisis, Chile propuso la conclusión de un Protocolo Complementario en 1999, después de un intenso intercambio de opiniones con el sector empresarial¹³ y expertos en minería.

Desde la perspectiva de Chile, pueden señalarse como puntos fundamentales de atracción a favor de un acuerdo, los temas de que mediante un texto de nueva generación que contemplara un régimen para la minería transfronteriza mejorarían las condiciones para atraer inversiones mineras que demandan insumos y servicios nacionales, destacando a modo de ejemplo servicios portuarios, ingeniería, la construcción, generando expectativas en términos de impacto para el empleo.

El Mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso¹⁴ para la aprobación del Tratado en 1999, destacaba que se esperaba que si se tomaban en cuenta los proyectos existentes a la fecha, se generaría una demanda sustantiva de bienes y servicios en Chile durante la construcción de los complejos mineros de a lo menos US\$ 1.250.000.000, además de otros beneficios durante la operación y vida útil de las minas. A

¹⁰ Ossandón, M. "La Tentación de Otra Laguna del Desierto. Tratado Minero abre el Pacífico a Minería Argentina", *El Mercurio*, 1 de noviembre de 1998.

¹¹ "SONAMI pide 'mayor equidad' para Chile en Tratado Minero con Argentina", *La Segunda*, 7 de julio de 1999.

¹² Consideraciones relativas a la aclaración y complementación del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina. Sociedad Nacional de Minería, agosto de 1999, inédito. Reunión de trabajo, 9 de julio de 1999, resumen personal de la autora, inédito.

¹³ La Sociedad Nacional de Minería presentó al Gobierno un documento elaborado por el jurista F. Orrego Vicuña, sobre "Consideraciones relativas a la aclaración y complementación del Tratado de Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina" y un proyecto de protocolo complementario. Julio de 1999. Documentos inéditos.

¹⁴ Mensaje Presidencial N° 5.341, 4 de octubre de 1999, *Boletín 2408-10*, Congreso Nacional.

su vez, a su entrada en vigor, las previsiones acerca del impacto del Tratado en cuanto a demanda de bienes y servicios eran de aproximadamente 6 mil millones de dólares de los Estados Unidos.

Por otra parte, se estimaba que el elemento geográfico en cuanto a la accesibilidad a yacimientos y áreas de exploración de difícil localización respecto de las rutas e infraestructura disponibles, espacio para situar campamentos, ubicación de instalaciones, tranques de relaves, entre otros aspectos, generaba un incentivo para la conclusión de este instrumento.

Entre los aspectos críticos del Tratado minero desde el punto de vista de su aceptabilidad por el medio político, empresarial y económico, destaca el punto de si el Tratado debía celebrarse en virtud de una política minera explícita, o si era una oportunidad para favorecer su elaboración, modificación o perfeccionamiento¹⁵. El tema abarcó esencialmente aspectos tributarios y el impacto del régimen aplicable en Chile respecto de las inversiones extranjeras, en el área minera, y hubo una corriente que finalmente no prevaleció en la discusión que hizo el planteamiento que todo el ejercicio se hacía en un ambiente de carencia de política minera¹⁶.

2. El ámbito de aplicación como una cuestión sustantiva

En el arreglo de este tema, constituye un punto decisivo el valor de ciertos elementos objetivos y otros de interés político, asociados a los equilibrios globales del Tratado, así como de la relación bilateral.

El hecho de que un Tratado Minero requiera una especificidad espacial, condujo a definir los criterios y elementos para ese propósito. Constituyó un punto sustantivo tanto en la negociación como durante el proceso de discusión en el Congreso chileno, primero en relación con la determinación de intereses y criterios, después con la explicación acerca del sentido de dicha determinación. El ámbito de aplicación que finalmente establece el Artículo 3° del Tratado es una consecuencia de un estudio técnico-geológico y posteriormente de una definición política y jurídica.

En la primera etapa, se encomendó a los servicios competentes que justificaran un área para la aplicación del Tratado minero, lo que condujo a un informe¹⁷ que propuso un área cuya extensión era en ambos territorios,

¹⁵ Informe Comisiones Unidas RR.EE. y Minería y Energía, Senado, 14 de julio de 2000.

¹⁶ "Tratado Minero con Argentina: El debate inconcluso". Prensa Latina, *El Siglo*, N° 991, del 7 al 13 de julio de 2000. En igual sentido, J. Lavanderos, *La quimera de cobre*, (Santiago, Alegría y Asociados Editores, 1999).

¹⁷ Acta de la Reunión de Trabajo celebrada por la Comisión Bilateral de Geología del Grupo de Trabajo del Programa de Acción Minera Argentino-Chileno, 20 de agosto de 1996. Inédita.

de un ancho variable de entre 10 y 120 km. en Chile y entre 50 y 350 km. en Argentina. Por un tiempo se empleó el término de zona fronteriza cordillerana, considerado posteriormente como impreciso e incompleto.

En Chile, la proposición tuvo en cuenta principalmente la constitución geológica, siendo el criterio básico que el área fuera parte de ambientes geológicos comunes con Argentina y por lo tanto que ellos tuvieran continuidad más allá de la frontera. De esta manera se distinguía entre las partes norte, centro y sur que podrían quedar afectas al futuro Tratado, y se destacaba que las distintas unidades geológicas no guardan relación con los límites geográficos o políticos y constituyen un criterio objetivo.

Esta propuesta fue analizada a la luz de otros factores fundamentales, entre ellos, que fuese viable políticamente, que implicase un real interés por su potencial minero, visualizar sus alcances en términos de necesidad efectiva de contar con facilitación fronteriza para llevar adelante los proyectos y su impacto en materia de eventuales servidumbres. En la definición que Chile adoptó al respecto, tuvo especial importancia el deseo de conjugar los elementos objetivos antes indicados, con la realidad geográfica de su territorio, vale decir, un territorio angosto, quebrado al sur de la latitud 40° sur, y con gran presencia de fiordos, canales y archipiélagos costeros.

El resultado de este ejercicio implicó diseñar un ámbito de aplicación constituido por una zona demarcada mediante coordenadas, de manera que se incluyeran dentro de ella los potenciales yacimientos de interés para una futura explotación.

El ámbito de aplicación es ilustrado mediante un mapa de valor referencial, vale decir, en relación con éste, deben tenerse en cuenta las coordenadas cuyas vinculaciones definen sus límites y que definen dicho ámbito. Dos importantes alcances merecen ser mencionados: el ámbito no comprende ninguna clase de espacios marítimos, territorios insulares o el borde costero como se encuentra definido por la legislación de Chile o de Argentina, y su modificación deberá hacerse mediante un nuevo tratado.

Por otra parte, la definición del ámbito en el territorio de cada país, utiliza las referencias geodésicas que ellos emplean en su cartografía¹⁸, obviando de esta manera la confección de una cartografía especial como base para aunar criterios. Después de analizar diversas variantes, se llegó a una fórmula que hace aplicable el Tratado Minero a una porción del territorio de cada Parte entre las latitudes 23° sur y 49° sur, con una

¹⁸ Chile, DATUM SAD69 (La Canoa, Venezuela); Argentina, DATUM Campo Inchauspe.

pequeña sección en latitud 51° 02' y 51° 40' sur, cerca de Puerto Natales en Chile.

En cuanto a la preservación de la traza limítrofe en el caso de que fuere necesario por la naturaleza de los trabajos, se pactó que los Ministerios de Relaciones Exteriores, a través de la Comisión Mixta de Límites, serán competentes para conocer cualquier consulta o requerimiento relativo a la determinación precisa de la traza limítrofe, que realicen las Partes, para efectos de aplicar el Tratado. Este tipo de trabajo ha sido efectuado en el caso de Pascua Lama, antes de la entrada en vigor del Tratado Minero.

3. Los aspectos jurídicos del ámbito espacial

Un punto esencial en la estructuración del Tratado minero y que justifica parte de sus disposiciones es que se negoció sobre la base de su aplicación a un espacio en que rigen restricciones para la constitución o adquisición de derechos reales por parte de nacionales de países vecinos.

En el primer caso, el hecho de que tanto Chile como Argentina tienen en sus ordenamientos jurídicos disposiciones según las cuales áreas de sus territorios respectivos se encuentran bajo restricción para el efecto de que nacionales de países vecinos adquieran derechos sobre inmuebles. Este tipo de disposiciones puede tener incidencia en el caso de la minería, cuando se atribuye a los derechos mineros una naturaleza similar a la de los derechos reales. Esta área en Chile se denomina zona fronteriza¹⁹.

A este respecto resulta pertinente el D.L. 1.939 de 1977 y sus modificaciones posteriores. Estas normas establecen restricciones para la adquisición de la propiedad, o la tenencia o el ejercicio de la posesión, sobre inmuebles de dominio fiscal o privado ya sea para nacionales de países vecinos (personas naturales o jurídicas), o para todo extranjero, según la localización de los bienes. En el caso de estos últimos, la restricción sólo se aplica a los inmuebles fiscales (propiedad del Estado) situados en la franja de 10 km. medida desde el límite y en la franja costera de 5 km. en ciertas Regiones (X, XI y XII). La legislación chilena prevé, a partir de 1993, un procedimiento para que el Presidente de la República exceptúe caso a caso a un nacional de país limítrofe para adquirir esos derechos. En el caso de las personas jurídicas, la ley determina el por-

¹⁹ Declarada en virtud del D. F. Ley N° 4, de 1967 que faculta al Presidente de la República, a proposición de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites para establecerla.

centaje en que se admite la participación de nacionales de países vecinos, que es de hasta un 40%. La exención que otorga el Presidente no confiere privilegios y no implica sustraerse a la jurisdicción de los tribunales internos.

El concepto de ámbito de aplicación se relaciona por otra parte con a lo menos, tres temas que se suscitaron en la discusión del Tratado antes de su entrada en vigor: a) si acaso se entendía que el Tratado derogaba la legislación chilena minera o podía ella ser derogada por decisiones de la Comisión Administradora; b) su relación con otro concepto que establece el Tratado, el área de operaciones (Art. 2, Art. 6, entre otros) asociada a las facilidades fronterizas; y c) su relación con el concepto que la Constitución chilena establece, cual es la zona que se determine por una ley como de importancia para la seguridad nacional (Art. 19, N° 24, inc.10°). No se han dictado normas en tal sentido, de tal suerte que a la fecha no existe ninguna zona calificada de esa manera.

Sobre este último punto, cabe señalar que la asimilación entre “zona fronteriza” y zonas determinadas de importancia para la seguridad nacional, no es válida²⁰. Las primeras son aquellas que —por ley— no admiten concesiones mineras, sino que la exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos situados en ella debe hacerse por el Estado, por sus empresas, por concesiones administrativas o mediante contratos especiales de operación. Nada obsta a que ese régimen se aplique fuera de la zona fronteriza, y que los contratos se celebren con nacionales de países vecinos o extranjeros en general.

Por otra parte, el ámbito de aplicación del Tratado no constituye un área de libre circulación entre los países, en la cual rija además una suerte de extraterritorialidad aduanera, ambiental, comercial, etc. Tampoco dice relación con el tema de que se establezcan condiciones o marcos diferentes de los vigentes para el transporte, la utilización de los puertos, entre otros. Este tema resulta de interés por cuanto el ámbito es un referente esencial para determinar las competencias de la Comisión Administradora del Tratado, órgano cuya naturaleza se examinará más adelante. Tiene incidencia también en otra situación que el Tratado regula, cual es la posibilidad de situar en dicho espacio un área de operaciones, y la localización de instalaciones vinculadas a concesiones y plantas situadas en el territorio de la otra Parte.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 3 de octubre de 2000, considerando 29°.

4. Objetivos y principios del Tratado Minero

El Tratado crea un marco jurídico sobre la base del trato nacional, en virtud del cual se eliminan dentro del ámbito de aplicación y con relación a los derechos mineros, las prohibiciones o restricciones establecidas en las respectivas legislaciones internas a los chilenos y argentinos en razón de la calidad de extranjeros o de nacionales de país limítrofe, para la adquisición de derechos mineros o la propiedad u otros derechos reales sobre inmuebles situados en la zona fronteriza.

Esta norma es armónica con la que establece el Art. 6, inc. 2º, en el sentido de no discriminar por nacionalidad. Es así como las Partes permitirán el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin discriminación alguna en relación con la nacionalidad chilena o argentina del inversionista.

Asimismo, en materia de vigencia y aplicación de la legislación de cada Estado, el Tratado reafirma que ella permanece vigente, no pudiendo la Comisión Administradora sustituirse a la competencia legislativa que cada Parte posee. Esta materia constituye una de las más importantes de resaltar, por cuanto, incide en un sinnúmero de situaciones y actividades relacionadas con el negocio minero, en materia tributaria, aduanera, laboral, ambiental, entre otras.

Asimismo, el hecho de que el Tratado debe ser aplicado en el ámbito interno y sus disposiciones son obligatorias, implica la necesidad de coordinar adecuadamente el derecho interno con el internacional. Otra situación interesante fue la de la particularidad del régimen federal argentino y las competencias nacionales, provinciales y regionales, habiéndose establecido sobre esta materia una disposición expresa en el Protocolo Complementario de 1999 (Art. Quinto).

La posibilidad de crear un área de operaciones, como una zona delimitada y en la cual se desarrolla un negocio minero específico, es otra consecuencia del Tratado Minero. Dentro de esta área que abarca territorio de ambos países, se aplicará un régimen jurídico especial para la circulación de personas, los medios de transporte, maquinarias e insumos, entre otras materias que pueden caer bajo el concepto de facilitación fronteriza o de actividades transfronterizas. El área de operaciones debe ser establecida mediante un Protocolo Adicional Específico, recomendado por la Comisión Administradora. También es pertinente el tema del área de operaciones para la constitución de servidumbres vinculadas a derechos que se adquieren en el territorio de la otra Parte.

El tema de la servidumbre minera constituyó un gran foco de debate en la negociación. Refiriéndonos al caso de Chile, el tema abarcaba desde aspectos constitucionales²¹, hasta materias como la jurisdicción de los tribunales internos para constituirlos en la hipótesis de que se tratara de servidumbres en relación a concesiones mineras o plantas de beneficio establecidas en el país vecino²².

Para resolver la complejidad del tema, el Tratado Minero adopta una definición admitida por la Constitución en el sentido de que se celebra en virtud de la utilidad pública e “interés general de la Nación” lo cual permite resguardar los principios básicos de que sólo la ley puede establecer limitaciones y obligaciones al dominio, y que estas limitaciones sólo pueden derivar de la función social de la propiedad, función que comprende los denominados “intereses generales de la Nación”. No hay en tal sentido una modificación de la Ley N° 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras (L.O.C.), por cuanto tanto su procedencia como sus efectos se siguen rigiendo por las disposiciones allí establecidas.

Por otra parte, la constitución de la servidumbre deberá efectuarse de acuerdo con la legislación interna de cada Parte, según se sitúe su localización, y en consecuencia, las servidumbres relacionadas con proyectos mineros amparados por el Tratado Minero, se constituirán en Chile conforme a la legislación chilena. Según ésta, su constitución, ejercicio e indemnizaciones correspondientes se determinan por acuerdo de los interesados, y en el evento que no haya acuerdo, por resolución judicial (Art. 8°, inc. 4°, L.O.C. y Arts. 19, inc. 3°, 123, inc. 1° y 126, inc. final, Código de Minería).

En cuanto a la admisibilidad de la constitución de servidumbres en el territorio del otro Estado, el Tratado establece que corresponde obligatoriamente primero a la Comisión Administradora evaluar y recomendar la constitución de tal derecho, lo cual debe ser solicitado. Se supone que la Comisión Administradora examinará si el peticionario tiene un título válido en virtud del derecho interno del Estado en que se sitúa el predio dominante (concesión minera o planta de beneficio).

Corresponde posteriormente a las Partes adoptar mediante un Protocolo Adicional Específico una norma al respecto, permitiendo o habilitando la puesta en marcha del procedimiento correspondiente según la legislación de cada país. Debe señalarse que el Protocolo Adicional Es-

²¹ “Informe en derecho sobre servidumbres mineras en un Tratado”, A. Silva Bascuñán y S. Lira Ovalle, Santiago, 1997, inédito.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 3 de octubre de 2000, que rechazó el requerimiento de 12 senadores en el sentido que el Tratado modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

pecífico puede determinar un área que exceda el ámbito de aplicación del Tratado, para efectos de habilitar la constitución de servidumbres.

Finalmente, las servidumbres sólo se entenderán constituidas en caso que se hubiesen agotado las etapas previstas en la legislación y se haya celebrado el acuerdo entre los interesados mediante escritura pública, incluyendo respecto de la indemnización o se haya determinado su constitución, el ejercicio y la indemnización por resolución judicial, conforme lo prescribe el Código de Minería y la L.O.C.

El Tribunal Constitucional chileno²³ confirmó la tesis antes expuesta, al rechazar la idea de que la intervención en esta materia de la Comisión Administradora, tenga naturaleza judicial, es decir el Tratado Minero no modifica la jurisdicción y competencia de los tribunales chilenos para conocer y resolver las solicitudes sobre servidumbres mineras, cuando así fuere requerido.

Por otra parte, un tema particularmente recurrente en el análisis chileno ha sido el de la constitución de derechos de agua y la posibilidad de garantizar que un proyecto minero amparado por el Tratado, pueda acceder a dichos recursos naturales en el territorio de la otra Parte, también situados en el ámbito de aplicación del Tratado. Tanto el TM (Art. 6, inc. 2º) como el Protocolo Complementario (Art. Tercero), consagran que podrá permitirse el uso de recursos hídricos situados en el territorio de las Partes, conforme a la legislación interna de cada país (en lo que corresponda), aunque no se trate de recursos hídricos compartidos. Ésta es una relación innovadora, y que abre nuevos caminos para la facilitación fronteriza y el movimiento de bienes a través de la frontera, particularmente a partir de la posibilidad de constituir derechos sobre aguas en otro Estado.

5. Funcionamiento y participación de la Comisión Administradora. La gestión del Tratado Minero

El funcionamiento del Tratado Minero se refiere a tres situaciones específicas que justifican el sistema creado y que dan lugar a un esquema operativo, tanto a través del ejercicio de parte de cada Estado de sus propias competencias, como de la participación del órgano antes citado, la Comisión Administradora.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 3 de octubre de 2000, considerandos 24º, 25º y 26º.

Este esquema es el siguiente:

a) Por el simple efecto del Tratado Minero, se levantan las restricciones aplicables a los nacionales del otro país, para la constitución de derechos mineros o la realización de actividades de cateo, exploración u otras amparadas por la legislación minera de la otra Parte, cuando se circunscriben exclusivamente al territorio de esta última. Esta garantía no requiere de un pronunciamiento de la Comisión Administradora, ni de la presentación de una solicitud ante ella;

b) Si un inversionista de la nacionalidad de una Parte desea adquirir otros derechos sobre inmuebles (propiedad, posesión o la constitución de otros derechos) situados exclusivamente en el territorio de la otra Parte y dentro del ámbito de aplicación del Tratado, la Comisión Administradora deberá acreditar la existencia de la actividad minera a la cual se vincula directamente dicho interés en adquirir tales derechos. Se entiende que en este caso, el inversionista no está solicitando facilidades fronterizas, actividades transfronterizas, la constitución de servidumbres o el ejercicio de derechos a favor de las concesiones mineras y las plantas de beneficio, fundición y refinación, y mencionados en el Art. 1, párrafo 3º, a) del Tratado;

c) Si se requieren de facilidades fronterizas, actividades transfronterizas, la constitución de servidumbres transfronterizas o el ejercicio de los derechos contemplados en el Art. 1º, párrafo 3º, a) (otros derechos) para el desarrollo de negocios mineros, se deberá solicitar la intervención de la Comisión Administradora. Este órgano evalúa y puede recomendar la adopción de un Protocolo Adicional Específico a las Partes, habilitando tales medidas o la constitución de tales derechos.

Estas diversas situaciones muestran que el Tratado será complementado sucesivamente por actos posteriores, y jugarán un papel muy importante tanto la Comisión Administradora, como los inversionistas que promuevan actividades que requieran el amparo del Tratado, así como los pronunciamientos y las recomendaciones de dicha Comisión.

La Comisión Administradora (Art. 18) es un órgano clave para el funcionamiento normal del Tratado, que no tiene naturaleza supranacional. La integran representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Minería de Chile y Argentina (Art. 18 TM) y puede convocar a representantes de organismos públicos competentes cuando lo estime conveniente.

En lo inmediato, las Partes deben adoptar el Reglamento de la Comisión Administradora, para lo cual se contempla un plazo de seis meses desde la puesta en vigor del Tratado (20-12-2000), fecha en la cual se constituirá dicho órgano.

Su naturaleza, competencia y la relación con representantes de otros estamentos y actividades, incluyendo el sector empresarial, fue de gran interés en el debate de este Tratado. El hecho de que los miembros de la Comisión Administradora sean por definición representantes de Ministerios o Secretarías del Poder Ejecutivo central²⁴, implica que ellos responden ante sus Gobiernos y que sus decisiones serán siempre por unanimidad. Está claro asimismo, que la participación de esos miembros será de cargo de la Parte de la cual dependen. Asimismo, es importante resaltar que la Comisión Administradora puede consultar a representantes del sector privado respecto de materias que se sometan a su estudio, y dentro de esa línea, cada Parte puede constituir una comisión asesora empresarial, formada por representantes de diferentes sectores de la actividad minera.

Entre las funciones principales de la Comisión Administradora, destacamos tres:

- a) desarrollar las acciones pertinentes para la celebración de los Protocolos Adicionales Específicos en los negocios mineros que lo requieran, “velando por su debida aplicación”. Serán los Estados quienes adoptarán los Protocolos, lo cual otorga a aquéllos el carácter de acuerdos internacionales, simplificados en el caso de Chile;
- b) participar en la solución de controversias. En esta materia, la Comisión no ejerce ninguna función judicial, sino que estando integrada directamente por representantes de las Partes, su función es esencialmente negociadora y recomendatoria en lo que correspondiere. Este atributo se discutió extensamente durante el debate parlamentario e incluso se impugnó la constitucionalidad por vicio de forma del Tratado Minero por este concepto. En su naturaleza, la disposición del Art. 18 relativa a solución de controversias no tiene nada de innovadora. Si después de analizado el caso que opone a los dos Estados no se genera acuerdo o no se

²⁴ Chile ha decidido que su participación en la Comisión Administradora tenga rango de subsecretarios.

adoptan recomendaciones dirigidas a los Gobiernos, aquél puede pasar a otra instancia de negociación intergubernamental cual es el Consejo de Complementación Económica, conforme al Cap. III del Segundo Protocolo Adicional del Acuerdo de Complementación Económica²⁵ (ACE N° 16), entre Chile y Argentina, a petición de una Parte.

- c) La función de velar para que las autoridades competentes de cada país apliquen el Tratado y el Protocolo Complementario y adopten las medidas necesarias para asegurar el pleno cumplimiento de las disposiciones del Tratado en el ámbito nacional, provincial y regional. Esta competencia se deriva del Protocolo Complementario de 1999 y procura generar en el seno de dicho órgano, un trabajo dinámico para que el orden jurídico interno se adapte a las disposiciones del Tratado Mínero. Por supuesto que no se trata de una función jurisdiccional.

Si bien la Comisión Administradora interviene como órgano de negociación en la solución de controversias, el Tratado contempla una variada gama de instrumentos y mecanismos según el objeto o materia controvertida, y las partes involucradas, destacando expresamente las siguientes:

- a) controversias entre las Partes, que pueden ser planteadas —después de agotada la etapa ante la Comisión Administradora— ante el Consejo de Complementación Económica, conforme al Cap. III del Segundo Protocolo Adicional del ACE N° 16, entre Chile y Argentina. Se trata nuevamente de un método de negociación en un foro especializado, por lo cual el término de la controversia sólo se produce con el acuerdo entre partes;
- b) controversias entre las Partes relativa a materias tributarias. En este caso, la Comisión Administradora, por acuerdo de sus miembros, somete a consideración el asunto controvertido ante las autoridades competentes previstas en el Convenio Bilateral para Evitar la Doble Tributación en Materia de Impuestos sobre la Renta, Ganancia o Beneficio y sobre el Capital y el Patrimonio, de 1976²⁶ (puesto en vigor en 1986). Este Convenio sólo establece que las

²⁵ Memoria del Ministerio de RR. EE. de Chile, Santiago, 1992, pp. 286-293.

²⁶ *Diario Oficial*, N° 32.416, 7 de marzo de 1986. Rectificado en *Diario Oficial*, N° 32.437, 3 de abril de 1986.

autoridades competentes celebrarán consultas entre sí e intercambiarán información para resolver de mutuo acuerdo, cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación de aquél, y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión;

- c) controversias entre un inversionista de la nacionalidad de una Parte y la otra Parte, caso en el cual se aplica el Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito en 1991²⁷ y en vigor desde 1995. Sobre este tema, es preciso dejar en claro que la Comisión Administradora trata el tema, pero no puede sustituirse por los procedimientos previstos en dicho Tratado y tampoco a la autoridad o jurisdicción de los tribunales internos si aún estuviesen conociendo de alguna situación al amparo de aquél;
- d) en el Protocolo Complementario de 1999, se intenta allanar el camino para que se promueva la solución de controversias entre inversionistas y organismos públicos de la otra Parte, o su prevención, de manera de activar a la Comisión Administradora para que contribuya a la búsqueda de una solución eficaz. Se supone que lo hace mediante un acuerdo o acuerdos, ante asuntos que normalmente surgirán por diferencias entre los inversionistas y servicios u organismos públicos que intervienen en las diversas etapas de un proyecto.

6. El alcance de la aplicación de la legislación de cada Parte.

Materias seleccionadas

Uno de los puntos esenciales para estudiar el Tratado Minero es el papel de la legislación nacional de cada Parte y el efecto que ese instrumento tiene en materias que serán directamente puestas en funcionamiento durante su aplicación.

a) Materias aduaneras:

El tema esencial en lo aduanero se refiere a que no constituirá importación, exportación, admisión o salida temporal el movimiento de bienes provenientes de fuera del área de operaciones y que se realice dentro de dicha área. Se garantiza en consecuencia la libre circulación de bienes, sujetándose a las medidas de facilitación y coordinación que determinen los servicios competentes.

²⁷ *Diario Oficial*, N° 35.104, 27 de febrero de 1995.

Asimismo, las mercaderías nacionales o nacionalizadas de una u otra Parte que ingresen al área de operaciones o salgan de la misma, no están afectas al pago de derechos, impuestos, gravámenes y recargos de orden aduanero o tributario que pudieren afectar la destinación aduanera respectiva, siempre y cuando ese ingreso y salida se efectúe por el territorio del mismo país. Estos ingresos y salidas no constituyen importación y exportación. Si se producen transacciones comerciales sobre dichos bienes en el área de operaciones, están afectas a los impuestos, derechos, gravámenes aduaneros y tributarios de carácter general, según proceda.

Tratándose de mercancías extranjeras para ambas Partes que ingresen a dicha área o salgan de ella, deberán sujetarse a las normas aduaneras y tributarias generales aplicables en una u otra Parte, según proceda. Igual cosa sucede con los bienes producidos u obtenidos en el área de operaciones.

Los aspectos aduaneros constituyen uno de los efectos del Tratado Minero que requieren de profundización, con el concurso de los Servicios de Aduanas. Es necesario comprender que el Tratado establece facilidades adicionales para el ingreso, permanencia y consumo dentro del área de operaciones de bienes provenientes de una Parte y que pueden utilizarse indistintamente en el territorio de cualquiera de las Partes o en un solo sector. En tal sentido, el Tratado da un paso más allá de lo previsto por los Protocolos Pascua-Lama y El Pachón, que por su naturaleza de acuerdos simplificados no podían generar efectos más avanzados.

Esta profundización²⁸ tiene que ver con el empleo de documentos o formularios para el ingreso y/o salida de camiones y maquinarias, el plazo que se aplicará para la permanencia en el área de operaciones y si se aplicará el concepto de salida y admisión temporal de bienes, el documento que se exigirá para el ingreso de mercancías provenientes de un país y que transitan por el territorio de la otra Parte, desde cuyo territorio ingresan al área de operaciones.

Todas estas materias requieren ser atendidas por las Partes, por cuanto uno de los propósitos del Tratado Minero es justamente el de permitir la libre circulación de los mercancías que entran legalmente al área de operaciones, como una expresión concreta de la facilitación fronteriza, y

²⁸ El Servicio Nacional de Aduanas analizó en general algunos alcances del Tratado Minero ante el Senado chileno, haciendo referencia a los regímenes ya previstos para los Protocolos Pachón y Pascua Lama, cuya base jurídica tiene diferencias con las del Tratado Minero. Of. Ord. 1568, 12 de mayo de 2000 a Comisión Conjunta de RR, EE, y Minería del Senado.

de facilitar la utilización dentro del área de operaciones de bienes provistos por las Partes sin que se aplique el concepto de importación y exportación.

b) Materias tributarias:

Se trató de uno de los temas más difíciles de examinar por cuanto en el caso chileno, se ha mezclado con otros temas de la política tributaria general del país.

En lo fundamental, el Tratado sigue la regla del respeto a la actual legislación tributaria y regula solamente en forma especial situaciones específicas que se generan por las peculiaridades de la actividad minera transfronteriza²⁹. Para efectos tributarios, no constituye importación, exportación, admisión o salida temporal, el movimiento de bienes provenientes de fuera del área de operaciones y que se realice dentro de dicha área, gozando dichos bienes de libre circulación en aquélla. Dejan de poseer tal derecho si salen del área con destino al territorio de la otra Parte.

Por otro lado, las mercancías nacionales o nacionalizadas de una u otra Parte que ingresen al área de operaciones o salgan de la misma, no están afectas a derechos, impuestos, gravámenes y recargos de orden aduanero o tributario que pudieran afectar la destinación aduanera respectiva, siempre que ese ingreso o salida se efectúe por el mismo territorio.

Las mercancías extranjeras para ambas Partes que ingresen al área o salgan de la misma, se sujetarán a la legislación tributaria general vigente en una u otra Parte. Igual cosa sucede con las mercancías obtenidas o producidas en el área de operaciones que se sujetarán a las prescripciones generales de cada Parte en lo que corresponda.

Cumplidas estas exigencias, las mercancías podrán circular libremente en el área de operaciones.

En lo relativo a la legislación aplicable a las rentas o ganancias originadas por ventas o exportación del mineral extraído del territorio de una Parte, perteneciente a la persona física domiciliada o residente, o a la persona jurídica constituida o radicada en ella, que desarrolle el negocio minero en la misma, sólo pueden ser sometidas a imposición por esa Parte, aun cuando al producirse las transacciones sobre el mineral éste se encuentre situado en el territorio de la otra Parte, por haberse procesado en ella. Una de las materias a clarificar a este respecto es si será necesario constituir una empresa para operar en cada sector territorial

²⁹Of. N° 52, 5 de mayo de 2000, Servicio de Impuestos Internos a Comisiones Unidas RR. EE. y Minería del Senado.

del área de operaciones, en la medida en que el yacimiento minero se encuentre en el territorio de los dos Estados. Este tema no aparece claro en virtud del Tratado Minero.

En lo relativo a las personas, tanto naturales como jurídicas, así como a los servicios, el Tratado contempla diversas situaciones especiales:

- i) los contratistas y subcontratistas contratados por una persona natural o jurídica, domiciliada, residente o constituida en el territorio de una Parte, que presten servicios en el territorio de otra Parte para los efectos de posibilitar la extracción del mineral ubicado en el territorio de la primera Parte, y que recibe únicamente contraprestaciones por su servicio de la persona física o jurídica contratante. Los contratistas quedan sometidos solamente a la tributación interna de la Parte en la que se domicilie, resida o se haya constituido el contratante, respecto de los servicios y las rentas que genere; esta norma es excepción a la norma común debido al problema que constituye operar en dos territorios;
- ii) los trabajadores o personal dependiente que desarrollen actividades en el área de operaciones, se sujetarán tributariamente a la legislación de la empresa contratante, independientemente de sus desplazamientos en el área;
- iii) los servicios no considerados en los casos anteriores que se presten en el área de operaciones o a las personas físicas o jurídicas que desarrollan el negocio minero en ella, sólo quedan sujetos a impuestos al consumo de la Parte en la cual se realiza la prestación.

El Tratado Minero no deroga en lo que fuere pertinente el Convenio Bilateral para Evitar la Doble Imposición Internacional en vigor, si bien su perfeccionamiento y modificación fue un tema ampliamente discutido durante la tramitación del Tratado Minero en el Senado.

c) Medio Ambiente:

Si el Tratado Minero constituye un medio para incentivar la aplicación de normas ambientales más exigentes, o para armonizar los regímenes aplicables en Chile y Argentina, fueron temas debatidos al negociarse este instrumento. El Tratado no es muy explícito en desarrollar normas y procedimientos nuevos, siendo pertinente en consecuencia hacer referencia a dos fuentes que serán de interés:

- i) Cada país aplicará su legislación nacional en cuanto a la protección del medio ambiente, sometiéndose en Chile al Sistema de

- Evaluación de Impacto Ambiental³⁰; por otra parte, se aplican las normas de calidad ambiental para proteger el aire y normas de calidad de aguas, normas sobre residuos peligrosos, entre otras;
- ii) se aplicará el Tratado sobre Medio Ambiente³¹ y su Protocolo sobre Recursos Hídricos, de 1991. La referencia que hace el Tratado Mínero al primer instrumento constituye un mandato para que sea en forma directa o a través de la Comisión Administradora se genere cooperación en lo que constituye un objetivo de protección, preservación, conservación y saneamiento del medio ambiente y la utilización racional y equilibrada de los recursos naturales. En materia de recursos hídricos compartidos, el Tratado no establece nuevos principios, remitiéndose solamente al marco jurídico vigente.

Por otra parte, el Tratado no impide que Chile adopte normas sobre cierre o abandono de faenas mineras que no afecten la vigencia de la regla del trato nacional, materia que se encuentra en estudio.

d) Asuntos Laborales, Seguridad Social y Salud de las Personas:

El Tratado Mínero establece un principio general en materia laboral, según el cual, se aplica al trabajador la legislación laboral donde cumple sus tareas, preste sus servicios o desarrolle efectivamente su actividad. Si las tareas se desarrollan indistintamente en ambos lados de la frontera, se aplica la ley del lugar de la celebración del contrato. En caso de duda, prevalece el principio de la legislación más favorable. Entre Chile y Argentina existe un Convenio Laboral de 1971³², cuya incidencia en la práctica del Tratado Mínero debe examinarse, ya que reconoce el derecho de los trabajadores temporales y temporarios, que gozarán de igualdad de derechos que los nacionales. No es mencionado por el Tratado Mínero.

Sobre seguridad social, se aplica por una parte la legislación nacional de cada Parte, y en lo que correspondiere, el Convenio sobre Seguridad Social vigente.

En lo relativo a la salud de las personas, el Tratado Mínero igualmente reenvía a la legislación de cada país, pero agrega que en caso de

³⁰ "Ley de Bases Generales del Medio Ambiente", *Diario Oficial*, N° 34.810, 9-03-1994, con modificaciones. Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, *Diario Oficial*, N° 35.731, 3 de abril de 1997.

³¹ *Diario Oficial*, N° 34.540, 14 de abril de 1993.

³² *Diario Oficial*, N° 28.264, 31 de mayo de 1972.

existir diferencias entre ambas, se deberán adoptar las normas de mayor nivel de exigencia. No se precisa a quién incumbe esta responsabilidad, si a la empresa o a los Estados, y será ciertamente una materia a examinar en el futuro. Es diferente el caso de las atenciones solicitadas por una empresa que se presten en el otro Estado, cuando los trabajadores no se encuentran afectos a la legislación de aquél.

7. Tareas después de la entrada en vigor

a) Funcionamiento de la Comisión Administradora. El inicio de actividades de la Comisión Administradora y la adopción de su Reglamento. Además de ser una instancia de dirección de la aplicación del Tratado y la primera etapa ante la cual se plantearán solicitudes y controversias, constituye un órgano de enorme importancia para la evaluación del tratado y sus futuros Protocolos Adicionales Específicos. Por ejemplo, le corresponde decidir la suspensión de las facilidades fronterizas en la medida en que el negocio minero lo requiera y el inversionista lo demuestre y solicite. Es útil recordar que si el inversionista no solicita la renovación del período de suspensión otorgado o tampoco pide la reanudación de tales facilidades, dentro de plazo, se tendrá por terminado el Protocolo Adicional Específico.

Otro aspecto importante tiene que ver con el rol que el Tratado le atribuye en la solución de controversias, y en el adecuado relacionamiento con el sector empresarial, y otros sectores asociados a la minería. En materias prácticas, corresponderá preocuparse de la determinación y armonización de intereses y posiciones en materia de los denominados gastos consecuenciales, que el Tratado Minero imputa a los inversionistas que emprendan un negocio minero (Art. 11).

b) Adaptación de los Protocolos actualmente vigentes para los proyectos mineros "Pascua Lama" y "El Pachón", de 1997, y sus Reglamentos. En especial, se tratará de adaptar los conceptos de áreas de operaciones, y el funcionamiento de las normas aduaneras, tributarias, laborales, y otras que prevé el Tratado, así como determinar la relación entre los Grupos de Trabajo constituidos en cada caso, y la Comisión Administradora. Un punto interesante es que en los Protocolos mencionados se inscribió un principio según el cual las Partes actuarían conforme a regla de libre mercado en relación con el desarrollo de todas las actividades propias del proyecto y no pondrán más restricciones que las

contempladas en sus respectivas legislaciones para la libre utilización de los bienes y servicios que dichas actividades demanden.

c) Precisión de los alcances tributarios, aduaneros, migratorios, laborales y ambientales que generará necesariamente el Tratado Minero una vez en funcionamiento, así como los temas vinculados al cese y suspensión del negocio minero. La tarea será amplia, tanto porque los Protocolos vigentes (El Pachón y Pascual Lama) no abarcan materias propias del área de operación y las facilidades pertinentes, como porque, en cada proyecto surgen particularidades que el Tratado puede no contemplar expresamente, sin perjuicio que sus principios generales resuelvan los puntos.

d) Creación de una secretaría ejecutiva que apoye la tarea del Gobierno en esta materia, y constituya el nexo con los interesados, inversionistas y sector público.