

Minería vs. Energías renovables: Cía. Minera Arbiado Chile Limitada con Fisco de Chile

Comentario de Jurisprudencia

Ernesto Vargas Weil*

Introducción

La jurisprudencia reciente de la Cuarta Sala de la Corte Suprema en materia de procedencia de servidumbres legales mineras es notablemente contradictoria. Dependiendo de su composición, esta sala alternativamente ha acogido y rechazado la constitución de servidumbres mineras sobre predios superficiales –todos de propiedad fiscal– en casos en que la regulación de zonificación impediría el ejercicio efectivo de la servidumbre¹ o en que el concesionario minero no cuenta con una calificación ambiental favorable previa².

* Master of Laws, New York University; Master en Políticas Públicas, Universidad de Chile. Instructor, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. Av. Santa María 076, 3er piso, Providencia, Santiago 7520405, Chile. E-mail: ernesto.vargas@derecho.uchile.cl

¹ Por ejemplo y para citar los casos más recientes: en *SQM Salar S.A con Fisco de Chile* (2014) la Cuarta Sala de la Corte Suprema ratificó, en fallo dividido, una sentencia que constituyó una servidumbre sobre un predio superficial sujeto a una zonificación incompatible. El fallo de mayoría fue de los Ministros Gloria Ana Chevesich y Andrea Muñoz y del Abogado Integrante Jorge Barahona. El voto disidente estuvo por negar lugar a la servidumbre por ubicarse en una zona en que no podrá ser explotada. Este voto es autoría de los Ministros Ricardo Blanco y Carlos Aránguiz. En *Cementos Bio-Bío con Fisco de Chile* (2016), la misma sala siguió la tesis del voto de minoría de *SQM Salar*. En esa ocasión estuvieron por rechazar la servidumbre los Ministros Ricardo Blanco y Sergio Muñoz y el Abogado Integrante Jorge Lagos; mientras que el voto disidente fue de las ministras Chevesich y Muñoz (mismas del voto de mayoría en *SQM Salar*).

² Por ejemplo y para citar los casos más recientes: en *Compañía Minera Xstrata Lomas Bayas con Fisco de Chile* (2016), la Cuarta Sala de la Corte Suprema ratificó, en fallo dividido, una sentencia que constituyó una servidumbre minera relativa a un proyecto que no contaba con una calificación ambiental favorable. El fallo de mayoría fue de las Ministras Gloria Ana Chevesich y Andrea Muñoz y de la Abogada Integrante Leonor Etcheberry. El voto disidente estuvo por negar lugar a la servidumbre en razón de no contar con tal permiso y es autoría de los Ministros Ricardo Blanco y Sergio Muñoz. En *Compañía Minera Cerro Colorado con Fisco de Chile* (2016), la misma sala invalidó de oficio una sentencia que había acogido una demanda de servidumbre en iguales circunstancias. En este caso no hubo voto disidente, pero la Ministra Andrea Muñoz y la Abogada Integrante Leonor Etcheberry concurren al fallo con un voto de prevención.

Mediante fallos divididos dictados el 5 de Septiembre de 2016 en *Cía. Minera Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile* (2016)³ y en dos causas caratulas *Minera Pampa Fénix S.C.M. con Fisco de Chile* (2016a)⁴ y (2016b)⁵, la Cuarta Sala de la Corte Suprema generó una nueva inconsistencia en su jurisprudencia reciente sobre procedencia de servidumbres mineras. Menos de cinco meses antes, la misma sala había resuelto en *Minera La Escondida Limitada con Fisco de Chile* (2016)⁶ (otro fallo dividido) que la existencia de una destinación por parte del Ministerio de Bienes Nacionales sobre un predio superficial de propiedad fiscal no era obstáculo para que se constituyera una servidumbre minera sobre el mismo. Sin embargo, en *Cía. Minera Arbiodo* y en *Minera Pampa Fénix*, la Cuarta Sala rechazó las demandas interpuestas por diferentes concesionarios mineros para imponer servidumbres forzosas sobre un mismo predio de propiedad fiscal, en razón de que el Estado había hecho ciertas destinaciones sobre el mismo, incluyendo un área de protección para el desarrollo de energías renovables no convencionales.

Si bien, la composición de la Cuarta Sala era diferente en *Minera La Escondida*⁷ y en *Cía. Minera Arbiodo* y en *Minera Pampa Fénix*⁸, esta circunstancia no basta para explicar el cambio de criterio de la sala. Uno de los ministros que había votado a favor de acoger la demanda de servidumbre interpuesta en *Minera La Escondida*, votó esta vez a favor de rechazar las demandas interpuestas⁹, dando mayoría a los ministros que anteriormente habían dictado el voto disidente¹⁰ (los mismos que estuvieron por negar lugar a la servidumbre en los casos de incompatibilidad con la zonificación o en que el proyecto no contaba con autorización ambiental previa). Por lo tanto, a diferencia de los casos anteriores de jurisprudencia contradictoria en materia de servidumbres mineras, el cambio de criterio de la Cuarta Sala no puede atribuirse simplemente a la configuración cambiante de sus integrantes: *Cía. Minera Arbiodo* y *Minera Pampa Fénix* reflejan un genuino cambio de criterio de la Corte Suprema, no un mero cambio en la composición de la sala que resolvió las causas. Esta circunstancia resulta oscurecida porque la Corte no se hizo cargo de su anterior criterio ni de justificar por qué se desvió del mismo.

³ *Cía. Minera Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile* (2016).

⁴ *Minera Pampa Fénix S.C.M. con Fisco de Chile* (2016a).

⁵ *Minera Pampa Fénix S.C.M. con Fisco de Chile* (2016b).

⁶ *Minera La Escondida Limitada con Fisco de Chile* (2016).

⁷ En *Minera La Escondida* la Cuarta Sala estuvo integrada por los Ministros Carlos Cerda, Andrea Muñoz, Gloria Ana Chevesich (voto de mayoría), Ricardo Blanco y Sergio Muñoz (voto disidente).

⁸ En *Cía. Minera Arbiodo* y en *Minera Pampa Fénix* la Cuarta Sala estuvo integrada por los Ministros Carlos Cerda, Ricardo Blanco y el Abogado Integrante Álvaro Quintanilla (voto de mayoría), Alfredo Pfeiffer, y Gloria Ana Chevesich (voto disidente).

⁹ Se trata del Ministro Carlos Cerda.

¹⁰ Esto es, los Ministros Ricardo Blanco y Sergio Muñoz.

A pesar de contar con varias diferencias de hecho, el razonamiento de la Corte Suprema en *Cía. Minera Arbibodo* y en las dos causas *Minera Pampa Fénix* es básicamente el mismo. En los tres casos, la Corte fundó el rechazo de la demanda argumentando esencialmente, que en por una parte, no se acreditó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se habían hecho las destinaciones y por la otra, las destinaciones sobre predios superficiales deben ser toleradas por los concesionarios mineros porque forman parte de la función social de la propiedad¹¹.

La segunda parte del razonamiento de la Corte ofrece, en primer lugar, una oportunidad para analizar la racionalidad y mecánica de las servidumbres forzosas y el rol que corresponde a los tribunales en la decisión de qué actividades económicas deben ser priorizadas en caso de conflicto. En segundo lugar, estas causas invitan a reflexionar sobre cómo el cambio tecnológico hace aparecer nuevos bienes (*i.e.*, cosas susceptibles de ser aprovechadas por el hombre), en este caso, el viento; y cómo ello fuerza a la evolución del derecho de bienes.

Si bien los tres fallos son muy similares, los supuestos de hecho de *Cía. Minera Arbibodo* son más simples. A diferencia de lo que ocurre en las causas *Minera Pampa Fénix*, en *Cía. Minera Arbibodo* existe una sola destinación y no existen servidumbres legales de terceros involucrados. Por lo tanto, el presente comentario se basa esencialmente en el caso de *Cía. Minera Arbibodo*.

I. Hechos del caso: actividad minera vs generación de energía renovable

El fallo dictado por la Corte Suprema en *Cía. Minera Arbibodo* dio por acreditado los siguientes hechos:

1. La demandante, *Cía. Minera Arbibodo Chile Limitada*, es titular de determinadas estacas salitreras y concesiones mineras de explotación y, en esa calidad, solicitó se constituyeran servidumbres mineras sobre un predio superficial de propiedad fiscal, con arreglo a los Arts. 120 y siguientes del Código de Minería (CM) (considerando 8°);

2. El predio superficial sobre el cual la demandante pretendía imponer las servidumbres mineras "circunda el Parque Eólico Taltal y abarca 2.478, 21 hectáreas de un predio de mayor extensión"¹² que fue destinado, de con-

¹¹ Ver considerando 9° de *Cía. Minera Arbibodo con Fisco de Chile*, considerando 12° de *Minera Pampa Fénix con Fisco de Chile* (2016a) y considerando 14° de *Minera Pampa Fénix con Fisco de Chile* (2016b).

¹² El fallo de la Corte Suprema no es claro respecto de la ubicación del parque eólico dentro del predio superficial y el área del mismo sobre la que se pretende imponer las servidumbres demandadas. Sin embargo, los fallos de primera instancia (*Cía. Minera Arbibodo Chile Limitada con Fisco de Chile* (2014)) y segunda instancia (*Cía. Minera Arbibodo Chile Limitada con Fisco de Chile* (2015)) dejan claro que las servidumbres se solicitaron sobre un predio objeto de una destinación para fines de desarrollo de proyectos de energía renovable no convencional.

formidad al Art. 56 del DL 1.939 de 1977 que fija normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes de Estado (“Ley de Bienes Nacionales”), como área de reserva para el desarrollo de proyectos de energía renovable no convencional, según convenios de los Ministerios de Bienes Nacionales y Energía celebrados los años 2010 y 2013 (considerando 8°);

3. La exploración, explotación y demás faenas mineras a que darían lugar las servidumbres solicitadas por la demandante harían imposible el uso posterior del terreno para el objeto de su destinación por el Ministerio de Bienes Nacionales (considerando 8°); y

4. La falta de energía en Chile y la política del Estado de desarrollar energías limpias o no convencionales es de público conocimiento (considerando 8°).

II. Razonamiento de la Corte: preferencia por la generación de energía renovable sobre la actividad minera

El fallo de la Corte Suprema confirmó, en votación dividida, una sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que negó lugar a la servidumbre solicitada por el demandante, argumentando que la destinación hecha por el Ministerio de Bienes Nacionales constituye una limitación amparada por la función social que la Constitución chilena (CPR) impone a la propiedad privada, incluyendo la propiedad minera, y que ello se justificaría en atención a que el interés general de la Nación, requiere diversificar la matriz energética del país¹³.

El voto de mayoría de la Corte Suprema fundó el fallo, en primer lugar, argumentando que el Art. 124 CM –el cual dispone que las servidumbres mineras son esencialmente transitorias y solo pueden aprovecharse para los fines que fueron concedidas– obstaría a la constitución de la servidumbre solicitada pues el fin de esta es distinto e incompatible con el previsto por la autoridad administrativa para esa zona, siendo absurdo que el Estado acepte constituir dicho gravamen si luego va a prohibir su ejercicio en atención a la destinación efectuada (considerando 11°).

En segundo lugar, el voto de mayoría justificó su decisión en la facultad que asiste al Estado para administrar los bienes fiscales en función del interés general de la Nación, estimando que, en consecuencia, el fallo recurrido no infringe disposición legal alguna al hacer prevalecer las normas de mayor jerarquía contenida en la CPR por sobre el derecho del concesionario minero demandante (considerando 12°).

En tercer lugar y, a modo de conclusión, el voto de mayoría señala que la constitución de la servidumbre minera debe cumplir con la normativa legal que la rige y que eso implica respetar la destinación del predio superficial hecha por el Ministerio de Bienes Nacionales (considerando 13°).

¹³ Ver Art. 19 N° 24 CPR.

III. Crítica del razonamiento de la Corte: no corresponde a los tribunales priorizar una actividad económica sobre otra

El razonamiento del voto de mayoría en *Cía. Minera Arbiodo* es criticable porque atribuye a los órganos que ejercen jurisdicción un rol que no les corresponde: decidir a qué actividades económicas deben ser asignados preferentemente los recursos productivos. Para explicar este punto es necesario entender la racionalidad y mecánica de las servidumbres forzosas y el rol que le cabe en ellas a los tribunales de justicia.

1. Racionalidad y mecánica de las servidumbres forzosas

Para entender la operación de las servidumbres forzosas es útil distinguir entre titularidades (*entitlements*) protegidos por una regla de propiedad y titularidades protegidas con una regla de responsabilidad. Bajo las primeras, la transferencia de la titularidad requiere de un acuerdo entre las partes involucradas, basado en un valor libre y subjetivamente acordado por ellas. En cambio, bajo una regla de responsabilidad, quien quiera obtener una determinada titularidad es autorizado para hacerlo, aún sin contar con el acuerdo de quien la detenta, siempre que esté dispuesto a pagarle una cantidad de dinero determinada objetivamente¹⁴.

Los diferentes sistemas jurídicos suponen la primacía de la regla de propiedad por sobre la regla de responsabilidad porque la voluntariedad del intercambio garantiza una asignación eficiente del recurso y provee certeza de su posición a los titulares de derechos¹⁵. Solo excepcionalmente los sistemas jurídicos autorizan la transferencia de titularidades bajo una regla de responsabilidad¹⁶. Estos son típicamente casos en que los costos de transacción de una asignación bajo una regla de propiedad son relativamente elevados y obstan a una reasignación eficiente del recurso porque su titular tiene una posición monopólica que le permite ejercer comportamientos estratégicos o especulativos que dificultan que las partes lleguen a un acuerdo que asignaría eficientemente el recurso¹⁷. Los ejemplos clásicos son accidentes y expropiaciones por causa de utilidad pública¹⁸.

Las servidumbres forzosas también son un caso de regla de responsabilidad. Conforme a ellas, el titular del predio dominante (o, en su caso, de una concesión minera, hidráulica o eléctrica) tiene derecho a imponerle al dueño del predio sirviente que le ceda parte del uso de su predio, en la forma de una servidumbre, a cambio de un valor determinado objetivamente y pagado a título de indemnización, establecido, en última instancia, por un tribunal. La racionalidad de las servidumbres forzosas se basa en que el titular del predio

¹⁴ CALABRESI y MELAMED 1972, 1092.

¹⁵ EPSTEIN 1997, 2092.

¹⁶ EPSTEIN 1997, 2092.

¹⁷ EPSTEIN 1997, 2093-2094.

¹⁸ CALABRESI y MELAMED 1972, 1106-1110; EPSTEIN 1997, 2094.

dominante, o concesión, únicamente puede aprovechar su predio o concesión a través del acceso al predio sirviente, sin que pueda obtener ese acceso de ningún otro predio, lo que pone al dueño del predio sirviente en una posición monopólica (de no mediar servidumbre). En el caso de la servidumbre minera, esta circunstancia deriva de que la actividad minera solo puede realizarse en el lugar en que se encuentra el mineral, sin que el interesado pueda proveerse de acceso al mismo por medio de un predio alternativo disponible en el mercado.

2. Rol de la autoridad en la imposición de servidumbres forzosas

El rol de la autoridad en la aplicación de las reglas de responsabilidad (en este caso, el tribunal) se limita a constatar la procedencia de la regla y determinar el valor de indemnización, sin que le competa ampliar o restringir la aplicación de la regla en atención al mérito relativo de las actividades económicas involucradas. En términos generales y abstractos, esa elección corresponde al poder político en ejercicio de la potestad legislativa; y a diferencia de lo que ha ocurrido en otras jurisdicciones¹⁹, en Chile la ley no ha otorgado a la generación eólica una protección adicional a la que deriva de la configuración normativa general del dominio sobre el predio superficial. Como resultado de una opción política de favorecer la actividad minera, tomada a nivel constitucional e implementada con detalle por la ley, el concesionario minero tiene un derecho general para imponer sobre los predios superficiales las servidumbres “convenientes a la exploración o explotación mineras”²⁰. En principio, la disposición del concesionario minero a pagar la indemnización fijada por el tribunal revela que su actividad es más eficiente que aquella que esté realizando el dueño superficial. Las excepciones a este derecho general están establecidas en términos taxativos por la ley y son parte de la delimitación general y abstracta del derecho de propiedad del minero²¹. Estas excepciones incluyen algunos casos en que el dueño del predio superficial puede oponerse a las labores mineras por el tener casas o ciertas plantaciones²² y supuestos en que se requiere una autorización especial de ciertos entes públicos en atención al interés que representa la zona por existir en ella, por ejemplo, parques, reservas o monumentos nacionales²³ o por haber sido declarada de interés histórico o científicos para fines mineros²⁴. Ninguna de esas excepciones hace referencia al desarrollo de proyectos energéticos ni a la destinación de bienes fiscales²⁵. Finalmente, tampoco es posible construir

¹⁹ Por ejemplo, en Estados Unidos, Kansas (Kan. Stat Ann., 58-2272 (2012)), Oregon (Or. Rev. Stat. § 105.915 (1981)), Montana (Mont. Code Ann., § 70-17-402 (West 2011)) y Nebraska (Neb. Rev. Stat. § 66-909.04 (2012)) han creado servidumbres eólicas (*Wind Easements*) por vía legislativa.

²⁰ Art. 8° Ley N° 18.097, de 1982; ver también Art. 120 Ley N° 18.248, 1983

²¹ ALDUNATE 2006, 285-303 y 289-294.

²² Art. 7 Ley N° 18.097, de 1982; Art. 15 Ley N° 18.248 de 1983.

²³ Art. 17 N° 3 Ley N° 18.248, de 1983

²⁴ Art. 17 N°6 Ley N° 18.248, de 1983

²⁵ Art. 7° Ley N° 18.097, de 1982; Arts. 15 a 17 Ley N° 18.248, de 1983

una excepción general a la procedencia de las servidumbres mineras en base a las normas que autorizan al Estado a hacer destinaciones sobre bienes fiscales²⁶. La Ley de Bienes Nacionales tiene por objeto regular cómo el Estado adquiere, administra y dispone de sus bienes²⁷, no resolver conflictos con privados en favor del Estado ni autorizar a este para establecer limitaciones a las propiedades de los particulares en base a los intereses generales de la Nación. En consecuencia, si el Estado estimaba que el interés general de la Nación exigía, en el caso de *Cía. Minera Arbiodo*, priorizar el desarrollo del Parque Eólico Taltal, por sobre la explotación de las concesiones mineras de los demandantes, lo que procedía era que la administración ejerciera la potestad expropiatoria, ya que se trataría de una afectación a nivel de derechos concretos, que privaría de toda utilidad práctica a la concesión minera y, como tal, daría lugar a una indemnización para el propietario minero²⁸. Sin embargo, esa decisión no compete a los órganos que ejercen jurisdicción, sino que a la administración; requiere que el legislador, no los tribunales, haya calificado previamente la causal que autoriza la expropiación (*i.e.*, el desarrollo del Parque Eólico Taltal) como de interés nacional o utilidad pública (lo que no puede justificarse en la Ley de Bienes Nacionales); y da lugar a una indemnización previa del afectado (en este caso, el demandante). Nada de eso ocurrió en este caso.

Lo anterior no significa que los tribunales no tengan un rol relevante en el proceso que lleva a determinar qué actividades económicas son más eficientes desarrollar en un predio afecto a una servidumbre forzosa. La función del tribunal es valorar económicamente la actividad del propietario superficial de modo de garantizar que este resulte indemne por la imposición de la servidumbre. Si el tribunal cumple correctamente esta labor, en principio, permite que el uso del predio superficial sea asignado a la actividad socialmente más eficiente. Si el minero está dispuesto a pagar la indemnización, es porque espera que su actividad genere beneficios mayores al monto que debe pagar por concepto de indemnización; y, a su turno, esta última debiera dejar indiferente al dueño del predio superficial. Sin embargo, los tribunales no parecen demasiado conscientes de la importancia de este rol, como revela la baja sofisticación de las categorías conceptuales bajo las cuales se evalúa normalmente la indemnización²⁹ y que, generalmente, se limitan a otorgar el monto determinado por el perito, sin mayor análisis de la racionalidad seguida por este³⁰.

²⁶ Art. 55 y 56 Decreto Ley 1.939, de 1977

²⁷ Art. 1 Decreto Ley 1.939, de 1977

²⁸ ALDUNATE 2006, 285-303.

²⁹ Por ejemplo, citando criterios generales que, sin embargo, no desarrolla en el caso concreto, como *Minera Cruz Limitada con Fisco de Chile* (2015).

³⁰ Por ejemplo, *Algorta Sur S.A. con Fisco de Chile y otros* (2015).

IV. El problema económico tras el razonamiento de la Corte: desarrollo tecnológico y evolución en el derecho de bienes

Sin embargo, el fallo de la Corte Suprema tiene el mérito de hacer visible el desafío que el cambio tecnológico representa para la estabilidad del derecho de bienes (o del derecho de propiedad, en sentido amplio). Los derechos de propiedad son parte de la estructura institucional que establece los incentivos que tienen los agentes en un determinado sistema económico. A su vez, los derechos de propiedad son creados y hechos cumplir por el Estado. Los costos de mantener y hacer cumplir un determinado sistema de derechos propiedad derivan de la visión de mundo o "ideología" que existe a su respecto en la comunidad relevante en un momento dado. Por su parte, la tecnología determina, entre otras cosas, la productividad del capital físico y qué parte de la naturaleza puede ser explotada económicamente. Los cambios en la tecnología permiten aumentar el rendimiento del capital físico e incorporar nuevos recursos naturales a la actividad productiva. Esto altera el valor relativo de precios y costos de oportunidad y puede terminar produciendo un cambio en la forma en que los derechos de propiedad son percibidos por la comunidad. Estos cambios en la forma en que son percibidos los derechos de propiedad pueden alterar los costos en que debe incurrir el Estado para hacerlos cumplir y presionar a este último a hacer modificaciones en su estructura³¹.

En primer lugar, el fallo dictado por la Corte Suprema en *Cía. Minera Arbiado* pone de manifiesto que el cambio tecnológico ha convertido al viento en un recurso natural cada vez más valioso y como su explotación está comenzando a competir directamente con el desarrollo de otras actividades económicas, en este caso, la minera. En particular, el fallo da cuenta de que la generación eólica tiene una situación fácticamente análoga a la de la actividad minera. El desarrollo de proyectos de energía eólica depende críticamente del acceso a terrenos no reemplazables por otros en el mercado y, por tanto, también está expuesta a la especulación de los titulares de derechos en el suelo y el subsuelo. En consecuencia, las razones de eficiencia económica que justifican beneficiar la actividad minera con una regla de responsabilidad (i.e., con una servidumbre forzosa) también concurren para la generación eólica³².

En segundo lugar, el cambio de criterio que *Cía. Minera Arbiado* y *Minera Pampa Fénix* implican respecto de *Minera La Escondida* (no explicado por la simple modificación en la integración de la sala que dictó el fallo) revela una posible evolución en cómo son percibidas las reglas de propiedad que resuelven las controversias entre el dueño del predio superficial y la concesión minera. La declarada preferencia de la Corte Suprema por el parque eólico y su referencia a la existencia de una política estatal destinada

³¹ Ver NORTH 1981, 4, 7, 8, 16-19, 24-29, 48-50.

³² VARGAS WEIL 2017 (en prensa).

a promover el desarrollo de formas de energía renovable no convencional pueden estar dando cuenta de la aparición de nuevos elementos que estén modificando la cosmovisión prevalente en Chile sobre el valor relativo de la propiedad minera y la propiedad civil, basado en las nuevas actividades que pueden hacerse en la superficie como resultado del cambio tecnológico. De existir, estos cambios pueden presionar hacia una reconfiguración de las relaciones entre predio superficial y concesión minera, al menos en el contexto de ciertas actividades económicas que gozan de cierto favor de la comunidad, como la generación de energía de fuentes renovables no convencionales³³. Lamentablemente, la reticencia de la Corte a hacerse cargo de su propio precedente establecido en *Minera La Escondida* impide conocer con mayor profundidad las razones tras este cambio de criterio.

En el *common law* los tribunales han hecho evolucionar la estructura del sistema de derechos reales en casos como *Cía. Minera Arbiodo y Minera Pampa Fénix*. Por ejemplo, en *Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson and Wife*³⁴, un fallo dictado en 1886, cuando Pennsylvania se encontraba en pleno tránsito de una economía agraria a una industrial, un tribunal de ese Estado conoció el caso de la dueña de un predio que demandó la responsabilidad civil de un vecino que desarrollaba una actividad minera. La demandante basó su acción en que el agua que brotaba del suelo en la faena minera del vecino había contaminado las aguas superficiales que eran imprescindibles para su actividad económica. El tribunal descartó estar sujeto a la aplicación del precedente establecido en *Fletcher v. Ryland*³⁵ que hacía responsable a la persona que daña a su vecino al introducir elementos ajenos al predio, aduciendo que el agua provenía del propio inmueble y su contaminación derivaba del uso normal del mismo; y agregó que "*las meras molestias de la demandante debían ceder frente al desarrollo de la gran industria, que aunque estuviera en manos privadas, servían al interés público*", haciendo una clara decisión de política pública en favor de la minería, como parte del proceso de desarrollo industrial de Pennsylvania.

La decisión de *Pennsylvania Coal* puede ser criticable por torcer el precedente de *Fletcher* para escapar a su aplicación y resolver el caso como "de primera impresión"; pero no es criticable por tomar una decisión de política pública en favor de la minería, ya que ello es parte del rol de un juez del *common law* cuando no está sujeto a un precedente ni a derecho estatutario³⁶. Sin embargo, este tipo de decisiones no es aceptable en un sistema jurídico como el chileno, ya que los sistemas continentales prohíben al juez, como cuestión de principios, hacer decisiones de política pública para resol-

³³ No en vano, pocos meses antes de dictarse los fallos de *Cía. Minera Arbiodo y Minera Pampa Fénix* entró en vigencia en Chile una la ley (Ley N° 20.930, de 2016) que establece un nuevo derecho real "que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de este" (Art. 1 Ley N°20.930, de 2016).

³⁴ *Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson and Wife* (1886).

³⁵ *Fletcher v. Rylands* (1868).

³⁶ Mc GREGOR y ADAMS 2008, 15.

ver casos concretos. En Chile, la decisión general de qué actividades económicas deben ser priorizadas para el desarrollo económico y cómo hacerlo es esencialmente del legislador y su implementación en casos concretos recae en la administración. Sin embargo, fallos como *Cía. Minera Arbiodo y Minera Pampa Fénix* pueden estar anunciando la ruta de futuras modificaciones en materia de derecho de bienes y recursos naturales.

Conclusiones

En primer lugar, los fallos rendidos por la Corte Suprema en *Cía. Minera Arbiodo y Minera Pampa Fénix* sugieren que los tribunales chilenos tienen un entendimiento insuficiente de la racionalidad económica de las servidumbres forzosas. En estas sentencias, lo anterior se tradujo en que tanto la Corte de Apelaciones de Antofagasta como la Corte Suprema se atribuyeron un rol que no les corresponde al priorizar la diversificación de la matriz energética por sobre la actividad minera, en vez de concentrarse en determinar el monto de la indemnización.

Sin embargo, estos fallos tienen el mérito de advertir implícitamente que la generación de energía eólica está expuesta a un problema de hecho equivalente al de la actividad minera. Ambas dependen críticamente del acceso a un predio superficial no reemplazable por otro en el mercado para poder ser desarrolladas. De esta forma, la misma racionalidad de eficiencia económica que justifica beneficiar a la actividad minera con una servidumbre forzosa concurre para el caso de la generación de energía eléctrica de fuente eólica.

Finalmente, *Cía. Minera Arbiodo y Minera Pampa Fénix* ilustran cómo el cambio tecnológico permite aprovechar cosas que antes tenían poca o ninguna relevancia económica y cómo ello representa un desafío para el derecho de bienes y los tribunales.

Bibliografía citada

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2006): "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2, pp. 285-303.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, A. Douglas (1972): "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", en: *Harvard Law Review*, vol. LXXXV N° 6, pp. 1089-1128.
- EPSTEIN, Richard A. (1997): "A Clear View of the Cathedral: The Dominance of Property Rules", en: *Yale Law Journal*, vol. CVI N° 7, pp. 2091-2120.
- MC GREGOR, Deborah B. y ADAMS, Cynthia M. (2008): *The International Lawyer's Guide to Legal Analysis and Communications in the United States*, (New York, Aspen Publishers), 469 pp.
- NORTH, Douglass C. (1981): *Structure and Change in Economic History*, (New York- London, W.W. Norton & Company), 228 pp.
- VARGAS WEIL, Ernesto (2017): "Hacia un sistema de propiedad privada sobre el viento en Chile", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. XLIV N° 1, en prensa.

Normas citadas

- Decreto Ley N° 1.939 de 1977, Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes de Estado. *Diario Oficial*, 10 noviembre 1977.
- Decreto Supremo N° 100, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Ley N° 18.097, Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras. *Diario Oficial*, 21 enero 1982.
- Ley N° 18.248, Código de Minería. *Diario Oficial*, 14 octubre 1983.
- Ley N° 20.930, establece el derecho real de conservación medioambiental, *Diario Oficial*, 25 junio 2016.

Normas extranjeras citadas

- Kansas 2012 Statute (Kan. Stat Ann., 58-2272).
- Montana Code Annotated 2015 (Mont. Code Ann., § 70-17-402 (West 2011)).
- Nebraska Revised Statutes 2012 (Neb. Rev. Stat. § 66-909.04 (2012)).
- Oregon Revised Statutes 2015 (Or. Rev. Stat. § 105.915 (1981)).

Jurisprudencia citada

- SQM Salar S.A con Fisco de Chile (2014): Corte Suprema, 9 abril 2014.
- Cía. Minera Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile (2014): 1° J.L. en lo Civil de Antofagasta, 25 noviembre 2014.
- Minera Cruz Limitada con Fisco de Chile (2015): Corte de Apelaciones de Copiapó, 19 enero 2015.
- Algorta Sur S.A. con Fisco de Chile y otros (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 1 abril 2015.
- Cía. Minera Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile (2015): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6 mayo 2015.
- Compañía Minera Cerro Colorado con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 4 mayo 2016.
- Compañía Minera Xstrata Lomas Bayas con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 10 mayo 2016.
- Minera La Escondida Limitada con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 13 mayo 2016.
- Cementos Bío-Bío con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 17 agosto 2016.
- Cía. Minera Arbiodo Chile Limitada con Fisco de Chile (2016): Corte Suprema, 5 septiembre 2016.
- Minera Pampa Fénix S.C.M. con Fisco de Chile (2016a): Corte Suprema, 5 septiembre 2016.
- Minera Pampa Fénix S.C.M. con Fisco de Chile (2016b): Corte Suprema, 5 septiembre 2016.
- Inglaterra: Fletcher v. Rylands, L.R. 1 Exch. 280.
- Estados Unidos de América: Pennsylvania Coal Co. v. Sanderson and Wife, 113. Pa. 126, 6 A. 453 (1886).