

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO  
N° ING: 21879-2011 FOLIO: 230941  
FECHA: 30/11/2011  
LIBRO: Protección  
HORA: 01:42 CASTGCPR  
Escrito : Se evacua informe

CU  
CAPP/MTA  
Secretaría Criminal/Protección

Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Recurso de Protección

Ingreso Itma. Corte. N° 21.879-2011

---

**En lo principal**, evacúa informe solicitado; **en el primer otrosí**, acompaña documentos; **en el segundo otrosí**, reserva de derechos.

### Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Cristóbal Eyzaguirre Baeza, abogado, en representación de Inversiones Anglo American Sur S.A. (en adelante "Anglo American"), en autos sobre recurso de protección caratulados "**Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros**", Rol C – 21.879 – 2011, a S.S. Itma. respetuosamente digo:

Conforme a lo resuelto a fojas setenta y uno de autos, cumple esta parte con informar a S.S. Itma. lo siguiente:

El recurso de autos es parte de una orquestada campaña de la Corporación Nacional del Cobre ("Codelco") y el Gobierno, cuyo objetivo es impedir a Anglo American, vulnerando el Estado de Derecho, ejercer el derecho de dominio que tanto las leyes de la República como la ley del contrato le reconocen. La recurrente ha promovido, mediante el recurso de autos, una artificial disputa sobre la interpretación de determinadas cláusulas contractuales cuyo tenor es inequívoco y ya fue interpretado de mutuo acuerdo por las partes. En todo caso, aun en el evento de que se estime que sí existe una real disputa contractual, lo que a todas luces es incorrecto, la jurisprudencia y la doctrina uniformes rechazan que el recurso de protección sea un medio idóneo para plantear y resolver esta clase de controversias. Incluso si se aceptara discutir en esta sede sobre el sentido de las estipulaciones del contrato, lo que desnaturalizaría la acción de protección, se demuestra a continuación que la interpretación planteada por la recurrente es contraria al tenor del mismo, a la interpretación que consistentemente le han dado las partes y el Gobierno, a la economía de la

relación regulada en él, y a los principios más elementales de la racionalidad y la buena fe.

Por otra parte, la recurrente carece actualmente de un "derecho de compra" de acciones de Anglo American Sur S.A., pues tal derecho sólo nace una vez que se ha ejercido en tiempo y forma la opción contractual. Por lo tanto, Anglo American no puede afectar la propiedad sobre ese derecho aún inexistente. Pero incluso en el caso de que se asumiera la hipótesis de que la recurrente goza de tal derecho, éste no se vería amenazado o perturbado por el supuesto incumplimiento de un contrato, ya que en todo caso se trataría de un derecho personal, que precisamente habilitaría para exigir el cumplimiento en la sede jurisdiccional correspondiente de quienes han contraído las obligaciones correlativas. Finalmente, tampoco se ha afectado el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales ni el derecho a la libre iniciativa en materia económica. Aquél no resulta afectado pues Anglo American, al vender acciones de Anglo American Sur S.A., no ha hecho más que disponer de su propiedad. Éste no ha sido perturbado ni se ve amenazado, pues la libre iniciativa económica reconoce como límite las obligaciones adquiridas en contratos válidamente celebrados.

- - -

A continuación analizaré primero cómo el recurso de protección de autos carece de cualquier asomo de fundamento jurídico y no es más que un burdo intento por instrumentalizar una acción de carácter constitucional y utilizarla para fines impropios. Luego explicaré brevemente los antecedentes de la disputa comercial de autos. Finalmente, me referiré a la inadmisibilidad e improcedencia del recurso de protección de autos.

#### **I. El recurso de protección de autos busca materializar un grave atentado al Estado de Derecho**

Nuevamente debo comenzar este informe haciendo presente a S.S. Iltma. la gravedad de la actuación de Codelco y de un grupo de autoridades de Gobierno, quienes han intentado perpetrar un acto brutal de abuso de poder en contra de una empresa extranjera respetuosa del derecho. Según aparece de los documentos allegados a este proceso y que se acompañan a esta presentación, Codelco (secundada por algunas autoridades de Gobierno) ha decidido violentar el Estado de Derecho y los principios de probidad y juridicidad que le impone la misma Constitución Política, al anunciar con gran publicidad mediática lo que

denominaron como “el negocio del siglo”, que consistiría en adquirir el 49% de las acciones emitidas por la sociedad Anglo American Sur S.A.

El anuncio de esta operación se hizo por Codelco a sabiendas de que no tiene un “derecho” a comprar el 49% de las acciones de Anglo American Sur S.A., sino una opción eventual para adquirir en determinadas épocas aquellas acciones que Anglo American posea en exceso del 51% y que no hubiere enajenado con anterioridad. En efecto, el contrato que regula esta materia dispone expresamente que la opción sólo puede ejercerse “dentro de”<sup>1</sup> los treinta días siguientes al primero de enero, esto es, a partir del 2 de enero de 2012 y “no de otra manera”; y, más relevante aun, el mismo contrato expresamente estipula que una operación como la anunciada sólo podría realizarse en la medida que mi representada no haya enajenado con anterioridad todo o parte de ese 49%.

Los contratos invocados en el recurso de protección de autos son meridianamente claros. Señala la Cláusula Catorce del contrato de Venta de Acciones de Empresa Nacional de Minería (“ENAMI”) a Exxon Minerals Chile Inc. (en adelante, “Contrato de 1978”) que:

*“CLAUSULA CATORCE.- [...] TRES.- Si Enami no decide ejercitar su derecho contemplado en los párrafos primero y segundo precedentes, la opción puede ser ejercitada en los mismos términos y condiciones establecidas en el párrafo segundo que precede, **dentro de los treinta días siguientes al primero de Enero del año que corresponda** al tercer año de cada uno de los períodos de tres años consecutivos siguientes al año en el cual Enami declinó ejercitar su opción prevista en el párrafo segundo precedente [...]”.*

Por su parte, en la escritura pública denominada “Convenio Empresa Nacional de Minería con Inversiones Anglo American Dos Limitada, Anglo American Chile Dos Limitada y Anglo American PLC” (en adelante, “Contrato de 2002” y conjuntamente con el Contrato de 1978, el “Contrato”) las partes modificaron e interpretaron de común acuerdo dicha Cláusula Catorce, señalando en la Cláusula Tercera numerales Dos) y Cinco) de dicha escritura que:

*“TERCERO: AAplc, IAADL, AACDL y ENAMI acuerdan lo siguiente para los efectos de interpretar la cláusula catorce del Contrato de Mil Novecientos Setenta y Ocho en su texto vigente antes de las modificaciones de que da cuenta el presente convenio, en adelante, la “Cláusula Catorce”:*

*DOS) La frase “Exxon Minerals Chile Inc., otorga en este acto a ENAMI o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile que ENAMI podrá designar, el derecho de comprar acciones de Disputada a Exxon Minerals Chile Inc., hasta por un número máximo en tal forma de que las acciones así compradas por ENAMI cuando se sumen a las acciones de Disputada que posean personas distintas de Exxon Minerals Chile Inc., o cualquier afiliada de Exxon Corporation, no excedan del cuarenta y nueve por ciento del total de las acciones existentes a la fecha de compra, todo en los*

<sup>1</sup> Las negritas y subrayados en las citas son nuestros, salvo que se indique lo contrario.

*siguientes términos y condiciones:”, debe entenderse reemplazada por la siguiente a partir de la fecha de este convenio: IAADL y AACDL, bajo las referidas o futuras razones sociales, tipos de sociedad y domicilios sociales – siendo en conjunto las actuales propietarios del cien por ciento de los derechos en Disputada– otorgan en este acto a ENAMI o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile que ENAMI podrá designar, el derecho de comprar un Interés Social en Disputada a IAADL y AACDL, hasta por un monto máximo en tal forma de que el Interés Social así comprado por ENAMI, cuando se sume al total del Interés Social que posean personas distintas de IAADL y AACDL, o de cualquier otra filial de éstas o de AAplc, no exceda del cuarenta y nueve por ciento del total del Interés Social existente a la fecha de compra, todo en los siguientes términos y condiciones: [...]*

*CINCO) Que, para los efectos de los números tres y cuatro de la Cláusula Catorce, ENAMI puede ejercer su derecho de compra **dentro de los treinta días siguientes al primero de enero de uno cualquiera de los años siguientes: dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce, dos mil quince, dos mil dieciocho, dos mil veintiuno, dos mil veinticuatro y dos mil veintisiete y no de otra manera; [...]** (el destacado es nuestro).*

Más aun, y para mayor claridad, los numerales Seis) y Diez) de la misma Cláusula Tercera proporcionan ejemplos para “facilitar la interpretación de” esta cláusula, señalando expresamente que ENAMI sólo podrá comprar, del citado 49%, aquella parte que no haya sido previamente enajenada a un tercero:

*[...] SEIS) Con el objeto de facilitar la interpretación de los números DOS y TRES de esta cláusula tercera, se proporcionan los siguientes ejemplos: [...] Ejemplo Tres: Asumiendo que IAADL es dueña del cincuenta por ciento del Interés Social, que Otra Compañía es dueña del veinticinco por ciento del Interés Social y que una tercera compañía, no relacionada a AAplc es dueña del veinticinco por ciento del Interés Social, ENAMI tiene el derecho a comprar hasta un veinticuatro por ciento del Interés Social; [...].*

*[...] DIEZ) La operación que se incluye en el texto reemplazado a que se refiere el número NUEVE de esta cláusula tercera se ilustra mediante el siguiente ejemplo. Asumiendo [...] y D) que ENAMI tiene derecho a comprar un veinticinco por ciento del total de Interés Social, el Precio de Ejercicio será de [...]”.*

Conforme con lo anterior, el anuncio del pretendido “negocio del siglo” necesariamente se hizo con plena conciencia de que podría darse que el día 2 de enero de 2012 no existiera el mencionado 49% sobre el cual ejercer la opción. Esto constituye, por cierto, una seria y grave desinformación de Codelco a la opinión pública.

Con pleno conocimiento de dicha situación, Codelco decidió desconocer sus acuerdos y actuar al margen del Contrato y del derecho chileno, al anunciar en forma extemporánea –anticipándose a la fecha estipulada en el contrato– el ejercicio de una opción incierta en su concreción; a pesar que tenía la obligación expresa de no ejercer su opción “de otra manera”. Este anuncio, S.S. Itma., no fue una improvisación; por el contrario, como lo han reconocido los más altos ejecutivos de Codelco e incluso Ministros de Estado, el anuncio constituyó un

elemento esencial de la maquinación meticulosamente planificada desde hace varios meses para intimidar a mi representada, con la finalidad de que no ejerciera el derecho de venta que la ley le reconoce y expresamente contempla el Contrato. De este modo se forjó ante la opinión pública el argumento de la “mala fe” con el objeto claro de manipularla hacia una posición de respaldo de la estrategia de Codelco. En otras palabras, el anuncio tuvo por objeto preciso el intento de evitar que mi representada ejerciera el legítimo derecho a disponer de su propiedad, pues Codelco sabía que Anglo American gozaba de libertad para vender sus acciones en Anglo American Sur S.A. y, además, de acuerdo a lo señalado por sus principales ejecutivos, habría tenido indicios de que se encontraba negociando la venta de una parte de ellas. Precisamente por eso inició la campaña destinada a bloquear esa venta. Las pruebas al respecto son irrefutables:

- \* el Presidente Ejecutivo de Codelco, señor Diego Hernández, con ocasión de una conferencia de prensa el día 11 de noviembre recién pasado cuyo audio y transcripción se acompañan en el primer otrosí de esta presentación, y luego de ser preguntado por el periodista respecto de si había tenido indicios antes de la fecha de la venta a Mitsubishi, de que Anglo American se encontraba negociando la venta de las acciones, respondió que:

*“Sí, tuvimos indicios y **por eso** nosotros nos anticipamos y ejercimos la opción. Anunciamos que íbamos a ejercer la opción y comunicamos formalmente eso”.*

- \* Los indicios de que habla el señor Hernández comienzan a recibirse en Codelco en forma bastante temprana. El mismo Presidente Ejecutivo lo relata en entrevista concedida a *CNN Chile* el pasado 16 de noviembre, cuyo audio y transcripción se acompañan en el primer otrosí de esta presentación. Señala allí que en el mes de enero de 2011 mantuvo una conversación informal con la CEO de Anglo American, en la cual le manifestó que Codelco estaba:

*“estudiando la opción y que teníamos tres alternativas. Una que era no ejercer y esperar en una futura oportunidad, la otra era venderles a ellos la opción y la tercera, era ejercer la opción. Ella me planteó sus argumentos y sus argumentos básicamente eran que contractualmente no estaban obligados a entregarnos ningún tipo de información –lo que es efectivo–, ella podía vender el 49% cuando quisieran.*

**– ¿O sea se lo anunció?**

*Sí, sí, naturalmente. Esas son condiciones del contrato.*

**– ¿Esas son condiciones del contrato?**

*Las condiciones del contrato dicen que ellos pueden vender, pero no pueden vender cuando nosotros ejercemos la opción. Eso es otra cosa y eso es lo que están intentando hacer ahora”.*

- \* Al menos a partir de este momento, esto es, comienzos de 2011, Codelco y el Gobierno comenzaron a fraguar su estrategia para impedir que Anglo American vendiera las acciones que legítimamente tenía el derecho de enajenar. Fue el ex Ministro de Minería y actual Ministro de Obras Públicas señor Laurence Golborne, en entrevista concedida al programa “Teletrece AM” del día 18 de noviembre de 2011, cuyo audio y transcripción se

acompañan en el primer otrosí de esta presentación, quien consultado por los periodistas explicó algunos detalles de la estrategia del Gobierno y Codelco para realizar el bloqueo. Aunque la cita es relativamente larga, me permito consignarla porque se trata de un documento de mucha relevancia para comprender el asunto que se ha sometido al juicio de S.S. Itma.:

*– “Este es un proyecto que se inició hace más de un año, porque levantar más de seis mil millones de dólares para ejercer una opción, requiere una aprobación del Ministerio de Hacienda, requiere una aprobación del Ministerio de Minería y, por lo tanto, nosotros nos enteramos de los planes de Codelco y trabajamos en las ideas con ellos. Aquí se discutieron planes A, B, C y se analizaron todas las alternativas de que podía ocurrir y efectivamente, podía ocurrir que Codelco ejerciera su opción o no ejerciera su opción y Anglo vendiera para evitar el ejercicio de esa opción. Era una alternativa y en lo personal, yo pensé que iban a vender el 49%, pero vendieron sólo el 24,5. Vamos a ver qué dicen los tribunales y ojalá que Codelco defienda íntegramente su derecho.*

*– Pero es interesante lo que usted dice. Usted cuando fue Ministro de Minería, ¿había previsto este escenario, que en el fondo Anglo American se apurara en vender algo para tener menos pérdidas en el caso que llegara la fecha en que Codelco podía comprar?*

*O sea, aquí hay un tema bien de fondo Montserrat. La pregunta es: si Anglo American puede o no vender estas acciones y cuándo puede venderlas o no. Eso es lo que los tribunales van a tener que determinar...*

*– Pero yo le pregunté otra cosa: Ustedes en Codelco, ¿habían visto que este escenario podía ocurrir entonces?*

*Por supuesto, era una alternativa bastante lógica. Es sólo analizar el contrato y decir si: ¿Anglo American puede vender esta opción? Es parte del análisis. La respuesta de Codelco...*

*– Entonces, ¿Por qué tanta sorpresa cuando se supo que Mitsubishi había comprado este porcentaje?*

*A ver, no hay sorpresa. Le insisto. Este tema estaba considerado entre las opciones y usted ve que inmediatamente, se pusieron en los tribunales los recursos legales para impedir la venta del saldo de lo que Anglo American tiene. Esta situación era un escenario que se podía dar y Codelco tiene las herramientas para defender su posición.*

- \* A estas declaraciones se suman muchas otras. Por ejemplo, y solamente para mostrar la amplitud del círculo que, en el Estado de Chile, conocía las alternativas que las partes del contrato tenían a su disposición, resultan ilustrativas las declaraciones del Senador Carlos Cantero, presidente de la Comisión de Minería del Senado:

*“Yo estaba informado de lo que se estaba haciendo, y estaba desde el primer minuto enterado que había alto riesgo en esta operación y fundamentalmente por que se tenía sospecha de que Anglo American podría actuar de la manera en que actuó” (entrevista a Radio Agricultura, día 11.XI.2011, cuyo audio y transcripción se acompañan en el primer otrosí de esta presentación).*

Como Codelco y el Gobierno sabían que Anglo American consideraba realizar una venta de acciones de Anglo American Sur S.A., decidieron “jugar

fuerte” y amenazar a mi representada para impedir cualquier intento de venta o, en su defecto, disuadir a cualquier potencial comprador:

La Segunda 28/10/2011

**Gobierno pide a Anglo no poner  
“obstáculos” para que Codelco ejerza  
opción de compra del 49%**

En un cerrado respaldo a la estatal, el ministro Felipe Larraín sostuvo que “el cumplimiento de buena fe del contrato existente impone a Anglo American el deber de no incurrir en ningún acto u omisión que deteriore o ponga en riesgo el derecho de Codelco”.

A fin de amedrentar a mi representada y generar presión en la opinión pública y en los demás poderes del Estado de Chile, Codelco (con el concurso de algunas autoridades) efectuó una serie de publicaciones, entrevistas en medios televisivos, radiales y escritos, y envió comunicaciones, en las que se utilizó calificativos como “mala fe”, “acto hostil”, “agresión a Chile”, y otros de igual entidad para lo que no es más que un ejercicio legítimo de los derechos que la ley y el contrato reconocen a Anglo American. La prensa recogió lo anterior:

La Tercera 29/10/2011

## **Gobierno interviene para respaldar estratégica compra de Codelco**

► Empresa anunció ayer que ejercerá opción para adquirir 49% de la ex Disputada.

► Ministro de Hacienda advirtió a minera británica que no debe poner en riesgo la operación.

En otras palabras, se decidió generar un “ambiente” de amenaza y temor, que disuadiera a mi representada de ejercer sus legítimos derechos contractuales, expresamente reconocidos por Codelco y sus socios. Comenzó el propio Ministro de Minería, señor Hernán de Solminihac, a través de La Tercera, ya el día 15 de octubre de 2011:

“Ya se dieron todas las señales y no me imagino que Anglo American haga algo más, y al no imaginármelo, creo que no va a suceder” [...]  
“Nosotros como Gobierno contactamos a la empresa para informarle que Codelco estaba consiguiendo este financiamiento y darle tranquilidad de que esta operación estaba dentro de las condiciones del contrato original”.

Luego le correspondió el turno al Ministro de Hacienda, señor Felipe Larraín:

*“La minera británica tiene el deber de no incurrir en ningún acto u omisión que deteriore o ponga en riesgo el derecho de Codelco”. Agregó que, en el Gobierno “estamos confiados en que una empresa del prestigio y talla mundial como Anglo American no tomará ese camino” (La Tercera, 29.X.2011).*

Como parte de una campaña bien orquestada, también salieron al ruedo de las amenazas diversos personeros, desde un ex Presidente Ejecutivo de Codelco (Juan Villarzú: “Anglo American no va a querer llegar a una disputa legal a este nivel, por lo que lo más probable es que no haga nada”<sup>2</sup>) hasta un ex Presidente de la República (Ricardo Lagos: “Anglo American tiene que ser notificada que, por este camino, no se va a llegar a acuerdo”<sup>3</sup>). La campaña estaba tan bien orquestada, que el Presidente Ejecutivo de Codelco hizo referencia a las palabras del Ministro de Hacienda arriba transcritas en la prensa del mismo día en que ellas aparecieron:

*Y si Anglo hace algo, ¿será comprarse un conflicto con el Estado chileno?*

*“No me corresponde a mí decirlo. Es el Estado de Chile el que debe referirse a ello, y el Ministro de Hacienda, Felipe Larraín, ya ha hablado. Pero insisto: tenemos el legítimo derecho de ejercer la opción, y estamos cumpliendo esto en su espíritu y en su forma” (El Mercurio, 29.X.2011).*

Lo anterior demuestra que la actuación de Codelco no es otra cosa que el intento –prohibido en el contrato suscrito por las partes– de ejercer extemporáneamente la opción; todo ello en el marco de una estrategia planificada, con la intención directa de coartar la libertad de la recurrida para negociar la venta de sus acciones en Anglo American Sur S.A. ¡Esto sí que constituye evidencia de mala fe S.S. Iltrma.!

También es importante que S.S. Iltrma. advierta que en estas amenazas provenientes de Codelco y del Gobierno hay un elemento que brilla por su ausencia: en todos los esfuerzos dirigidos a impedir que Anglo American vendiera sus acciones, nunca se menciona que el Contrato contemple algo semejante a una prohibición de venta, ni menos aun que aquello pudiera tener su origen en alguna cláusula (como el número 12 de la cláusula tercera) del Contrato de 2002 y que comience a regir 5 meses antes del periodo de ejercicio.

<sup>2</sup> Diario Financiero, 8.XI.2011.

<sup>3</sup> La Tercera, 29.X.2011.

La actuación infundada y abusiva de Codelco afectó gravemente la posibilidad de mi representada de disponer de sus acciones. No obstante ello, el día miércoles 9 de noviembre del año en curso, Anglo American pudo vender y enajenar el 24,5% de las acciones de la sociedad Anglo American Sur S.A. a una filial de la compañía japonesa Mitsubishi Corporation. Esta transacción fue efectuada por mi representada en el legítimo ejercicio de su derecho de propiedad y cumpliendo a cabalidad los contratos que regulan la opción de Codelco. Sin embargo, dicha venta se vio seriamente afectada por la actuación abusiva y contraria a derecho de Codelco, la cual, lamentablemente para la imagen de nuestro país, fue respaldada por algunas autoridades de Gobierno.

Pues bien, en cuanto se produjo el hecho que las autoridades y Codelco habían anticipado y previsto, esto es, la venta de acciones de Anglo American Sur S.A., las amenazas y advertencias previas subieron exponencialmente de tono y se multiplicaron: el guión elaborado hacía meses seguía ejecutándose paso a paso. A las nuevas amenazas se sumó en primer lugar La Moneda a través del Ministro Vocero de Gobierno:

*“El Gobierno está estudiando [...] las acciones que se pueden desarrollar en el ámbito político o diplomático, para efectos de poder representar el hecho que sentimos que no ha habido una acción o conducta que nos parezca que se esté dando cumplimiento íntegro y de buena fe a un contrato que se tenía con la principal empresa del estado como es Codelco” (Radio ADN, 11.XI.2011).*

Entretanto la prensa reflejaba profusamente la campaña:

Estrategia 14/11/2011

16. Ambito Empresarial

**ESTRATEGIA**

Lunes 14 de noviembre de 2011

## Las Opciones que Analiza La Moneda Para Bloquear la Venta de Anglo Sur

Desde apoyar a la cupulera estatal a través del Consejo de Defensa del Estado e, inclusive, buscar un “bloqueo” a los dineros de Mitsubishi con los que compró el 24,5% de Anglo Sur, serían algunas de las fórmulas estudiadas por el Ejecutivo para clindar la operación.

Diario Financiero 10/11/2011

Andrés Zaldívar  
SENADOR DC

El gobierno debe tener conciencia de qué manera se toman acciones con esta empresa por un acto que tiene consecuencias negativas para Chile”.

Carlos Cantero  
SENADOR INDEPENDIENTE

Es preocupante, se actuó con cierta precipitación y Anglo ha dado un paso que pone en una situación incómoda a nuestro país. Las confianzas están gravemente resentidas.

Algunos días después, el 21 de noviembre, el Ministro Vocero de Gobierno volvió a señalar:

“El Gobierno también va a estar atento a ejercer distintos tipos de acciones, político, diplomático, judicial, para efectos de que quede una cosa muy clara: el gobierno de Chile va a garantizar y va a hacer todo lo que esté a su alcance por defender el interés del Estado de Chile y para poder impedir de que no se dé cumplimiento a un contrato que el gobierno considera absolutamente legítimo” (Radio Cooperativa, 21.XI.2011).

Diario Financiero 18/11/2011

## Hernández a Anglo American: "Están hipotecando el futuro de sus inversiones"

A buen entendedor, pocas palabras: la amenaza de una acción política del Estado sobre Anglo American es imposible de soslayar. En la misma línea se situó en cuestión de horas el discurso de una serie de legisladores:

- “Angloamerican en Chile se las va a tener que ver con todos los chilenos” (Diputado Felipe Ward, Presidente Comisión de Minería, en entrevista a Radio Cooperativa el día 12.XI.2011).

- “Imprescindible que el Estado chileno proceda a nacionalizar los yacimientos y las inversiones que la empresa Anglo American tiene en nuestro país” (Diputado Sergio Aguiló, Radio Cooperativa, 15.XI.2011).

- “Lo que hay es un fraude al Estado de Chile por parte de Angloamerican y eso no lo vamos a aceptar” (Guido Girardi, Presidente del Senado, Radio Cooperativa, 22.XI.2011).

- “Nosotros lo primero que vamos a pedir es un oficio de fiscalización a todas las actividades mineras donde Anglo American esté incumpliendo la normativa ambiental” (Guido Girardi, Presidente del Senado, Radio ADN, 19.XI.2011).

También en este caso la campaña de intimidación resulta evidente, hasta el punto de que el mismo Presidente del Senado se permitió anunciar como

represalia una persecución fiscalizadora del Estado en contra de esta parte. Pero éstos no fueron los únicos anuncios:

El Mercurio 12/11/2011

## **“Ojalá empresas como Anglo American abandonaran el país”**

*Codelco. El presidente del Senado manifestó que en este caso “es el interés de Chile el que está amenazado”.*

El Mostrador 14/11/2011

**OPINIÓN**

## **Parlamentarios de oposición exigen la nacionalización de los yacimientos de Anglo American en Chile**

En este escenario, el recurso de protección de autos y la orden de no innovar solicitada son una pieza más de la trama. Esta acción busca que S.S. Itma. cree condiciones que no fueron pactadas contractualmente, estableciendo una prohibición de celebrar actos y contratos no acordada respecto de acciones de propiedad de mi representada.

Es por ello que la decisión que recae sobre S.S. Itma. en esta causa tiene gran relevancia para el Estado de Derecho en nuestro país, pues ella va a ser estudiada cuidadosamente por todos los medios locales e internacionales, Estados extranjeros y Organismos Internacionales. Al respecto, el tenor de los contratos respectivos, y en particular la Cláusula Tercera del Contrato de 2002, ponen de manifiesto la ilicitud de este recurso de protección y develan la estrategia inapropiada de Codelco y de las autoridades que la han respaldado, para intentar privar a una empresa extranjera de un derecho legítimo conforme a la ley y los contratos válidos y vigentes.

En definitiva, a través de este recurso de protección Codelco busca alterar contratos libre y válidamente acordados entre partes expertas y sofisticadas, que actuaban debidamente asesoradas y en igualdad de condiciones, violando de paso las facultades inherentes al derecho de propiedad constitucionalmente protegido y a aquellos derechos personales que emanan de los respectivos contratos en beneficio de nuestra representada. Todo ello lo hace en abierta

contravención al Contrato que esgrime como fundamento e invocando un inexistente derecho a adquirir el 49% de Anglo American Sur S.A. Por esta razón, esta acción de protección debe ser rechazada.

## **II. Antecedentes de la disputa contractual promovida por Codelco**

Hasta el día 9 de noviembre del año en curso, Inversiones Anglo American Sur S.A. y Clarent S.a.r.l., sociedades filiales de Anglo American plc eran las únicas accionistas de la compañía Anglo American Sur S.A., dueña de los yacimientos mineros El Soldado y Los Bronces, además de la Fundición Chagres. En dicha fecha, Anglo American comunicó públicamente que ese mismo día había materializado la venta y transferencia de un 24,5% de sus acciones en Anglo American Sur S.A. a la compañía MC Resources Development Ltd., filial de Mitsubishi Corporation, por un valor de USD 5.390.000.000 (cinco mil trescientos noventa millones de dólares de los Estados Unidos de América). La recurrente ha impugnado con amplia difusión la transacción efectuada por Anglo American, por cuanto sostiene que en virtud de la opción prevista en el contrato, Anglo American se encontraba privada de la facultad de disponer de las acciones de su propiedad. Si bien en el curso del presente informe resultará evidente que los reclamos de Codelco son manifiestamente infundados y el conflicto no es más que un artificial sinsentido, es de todos modos relevante para S.S. Itma. conocer los orígenes de la situación que hoy se ventila.

Con fecha 24 de enero de 1978, ENAMI vendió a Exxon Minerals la compañía minera Disputada de Las Condes, la que ENAMI había adquirido anteriormente el año 1972 y a través de la cual explotaba El Soldado, Los Bronces y Chagres. El Contrato de 1978 le otorgaba a la vendedora, o a cualquier otra empresa cuya propiedad recayera en un 100% en el Estado de Chile que la misma vendedora podía designar, el derecho a ejercer, en las oportunidades y según los términos establecidos en el señalado acuerdo, la opción de comprar una parte de las acciones emitidas por Disputada de Las Condes existentes a la fecha de compra. Entre otras cosas, se definió que la opción nunca podría afectar la titularidad de Exxon o sus empresas relacionadas sobre el 51% de la compañía.

Exxon explotó dichos activos hasta que el 13 de noviembre del año 2002 vendió y transfirió la totalidad de las acciones a Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada, sociedades del giro de inversiones y filiales de Anglo American plc en Chile. Las ya mencionadas Inversiones Anglo

American Sur S.A. y Clarent S.a.r.l. sucedieron a estas sociedades en la propiedad de las acciones sobre la compañía Anglo American Sur S.A. Con motivo de esa transferencia, las compradoras y ENAMI celebraron el Contrato de 2002, gracias al cual ENAMI conservó su opción sustancialmente en los mismos términos dispuestos en el contrato de 1978. Sin embargo, en el Contrato de 2002 las partes procedieron a **modificar e interpretar** ciertas cláusulas del Contrato de 1978, especialmente la Cláusula Catorce en la que se contenía la opción, especificando a través de nuevos términos y ejemplos –entre otras materias– la **forma y periodos de ejercicio**, la porción del interés social sobre la cual –en distintas hipótesis ahí reseñadas– podía recaer la opción conferida a ENAMI, así como las obligaciones ligadas a ella. Dicho acuerdo entre las partes es particularmente relevante para la disputa de autos y otorga un claro soporte a la correcta actuación de Anglo American.

En diciembre del año 2008 ENAMI cedió dicha opción a Codelco por la suma de 175 millones de dólares.<sup>4</sup>

Finalmente el presente año, ante un escenario especialmente favorable gracias al precio internacional del cobre, Codelco anuncia en el mes de octubre que ha tomado la decisión de ejercer su opción sobre un 49% de las acciones emitidas por Anglo American Sur S.A. en el siguiente periodo de ejercicio dispuesto para tal efecto, enero de 2012. Como ya se dijo, dicho anuncio vino acompañado de una masiva campaña de difusión a nivel nacional, en la que el plan de Codelco fue denominado el “*negocio del siglo*”, pues el precio de ejercicio de la opción previsto en el contrato es varias veces inferior al valor de mercado de las acciones en cuestión. De esta forma, Codelco podía comprar muy barata su participación en Anglo American Sur S.A., lo que pretendía hacer mediante un crédito obtenido de la japonesa Mitsui, para luego eventualmente enajenar buena parte de ella a un precio mucho mayor.<sup>5</sup> La actuación de Codelco incluyó la

<sup>4</sup> Según consta en la escritura pública de designación suscrita entre ENAMI y Codelco con fecha 18 de diciembre de 2008, copia de la cual se acompañó por Codelco en el segundo otrosí del recurso de protección..

<sup>5</sup> Información publicada por Mitsui; ver:

[http://www.mitsui.com/jp/en/release/2011/1196223\\_1803.html](http://www.mitsui.com/jp/en/release/2011/1196223_1803.html).

El Presidente Ejecutivo de Codelco lo explicó en los siguientes términos en entrevista concedida a *CNN Chile* el 16 de noviembre recién pasado:

*Periodista: Esto era un negocio financiero también, porque en definitiva Codelco se iba a quedar también con el 24,5% y eso se lo iba a vender a Mitsui.*

*– Diego Hernández: Esa era una de las alternativas.*

*Periodista: Pero esa es unas de las alternativas que se anunció.*

*– Diego Hernández: No, no. Tenemos dos alternativas. Una, de no vender y quedarnos con el 49%, que naturalmente para eso necesitamos financiar, buscar otro financiamiento alternativo en el próximo año o quedarnos...*

*Periodista: Pero con Mitsui ya tienen un acuerdo.*

*– Diego Hernández: Sí. Evidentemente que tenemos un acuerdo.*

*– Y que le iban a vender a Mitsui.*

*Esa decisión se toma en enero y no se toma ahora.*

obtención del apoyo pleno del Gobierno para la transacción, además de una serie de advertencias a Anglo American para que se inhibiera de vender aquella parte de las acciones de la compañía que Codelco sostenía vehementemente tener el derecho de comprar.

No obstante ello Anglo American, en la firme convicción de actuar amparada por los contratos y la ley chilena, y teniendo a la vista el mejor interés de sus accionistas y el desarrollo de su actividad, efectuó la venta referida más arriba. Ello ha provocado airadas reacciones de Codelco, del Presidente del Senado y del Gobierno, con grandilocuentes amenazas de sanciones y acciones legales, dentro de las que se cuenta el presente recurso de protección.

En lo que sigue, demostraremos a S.S. Itma. que Anglo American ha actuado de manera absolutamente conforme a sus derechos y a la legalidad vigente, por lo que este recurso ha de ser rechazado en todos sus términos. La actuación de Codelco no es más que un intento desesperado de obtener una ingente ganancia a la que nunca tuvo derecho, aun cuando para ello deba vulnerar en forma grave y abierta los derechos que legítimamente corresponden a Anglo American. En primer término, sin embargo, se mostrará que el recurso de autos promueve arbitrariamente una disputa sobre la interpretación de un contrato mercantil, y por lo mismo carece del requisito básico para plantear una acción cautelar de protección, cual es la existencia de un derecho indubitado.

### **III. El recurso de protección es inadmisibles porque no se refiere al ejercicio de un derecho indubitado, sino que a una disputa sobre la interpretación de un contrato**

El recurso se basa en la interpretación que Codelco hace –por vez primera en el mismo libelo– de la cláusula catorce del Contrato de 1978, modificada e interpretada mediante el Contrato de 2002. Ambos instrumentos forman actualmente el marco contractual del derecho a ejercer una opción sobre cuyo contenido y alcance se ha promovido la discrepancia.

Pero el recurso confunde la **existencia** indubitada del Contrato y de la expectativa de Codelco de ejercer una opción en el periodo contractual respectivo, con su propia y errónea interpretación del **contenido y alcance** de tal opción. El recurso se alimenta de esta confusión de Codelco y de una supuesta pero

---

*–Pero eso lo está diciendo por razones legales.  
Y también por razones comerciales.*

inexistente ambigüedad del Contrato, hasta el punto que cada referencia que Anglo American ha hecho a la existencia de la opción es interpretada por la recurrente como confirmación de su propia y arbitraria interpretación acerca del contenido y alcance de la misma.

1. El Contrato es claro y ha sido interpretado de común acuerdo por las partes

Es un hecho que en el Contrato de 2002 las partes procedieron precisamente a **modificar e interpretar** ciertas cláusulas del Contrato de 1978, en particular la Cláusula Catorce, que contenía el derecho de Codelco a ejercer la opción varias veces mencionada. En el Contrato de 2002 se especificaron mediante nuevos términos tanto la forma y periodos de ejercicio, como el porcentaje del interés social sobre el que, en distintas hipótesis reseñadas a través de ejemplos, recaía el derecho conferido a ENAMI. Dicho acuerdo entre las partes es clave para la controversia de autos, pues equivale a una “interpretación auténtica” del Contrato, que las partes suscriben por escritura pública con el fin de evitar cualquier dificultad interpretativa futura. De hecho, la situación que hoy Codelco pretende impugnar se encuentra descrita casi a la letra en uno de los ejemplos que contiene dicho acuerdo interpretativo. Resulta, pues, evidente, que tras la disputa interpretativa promovida por Codelco se encuentra en realidad una impugnación de los términos del contrato y, por lo tanto, del contenido de la opción que, sin embargo, ella misma adquirió libremente de ENAMI en 2008.

2. Codelco promueve a través del recurso de autos una disputa artificial sobre la interpretación del Contrato

La disputa que Codelco ha promovido sobre la interpretación del Contrato se refiere al contenido y alcance de la opción, en el sentido de que ésta se encontraría protegida por una *prohibición no escrita de venta*.

En su última versión, la del Contrato de 2002, la opción se encuentra redactada –en lo pertinente– en los siguientes términos:

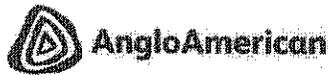
*TERCERO: AAplc, IAADL, AACDL y ENAMI acuerdan lo siguiente para los efectos de interpretar la cláusula catorce del Contrato de Mil Novecientos Setenta y Ocho en su texto vigente antes de las modificaciones de que da cuenta el presente convenio, en adelante, la “Cláusula Catorce”:*

“DOS) [...] IAADL y AACDL, bajo las referidas o futuras razones sociales, tipos de sociedad y domicilios sociales –siendo en conjunto los actuales propietarios del cien por ciento de los derechos en Disputada– otorgan en este acto a ENAMI o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile que ENAMI podrá designar, el derecho de comprar un Interés Social en Disputada a IAADL y AACDL, hasta por un monto máximo en tal forma de que el Interés Social así comprado por ENAMI, cuando se sume al total del Interés Social **que posean personas distintas de IAADL y AACDL, o de cualquier otra filial de éstas o de AAPlc, no exceda del cuarenta y nueve por ciento del total del Interés Social existente a la fecha de compra**, todo en los siguientes términos y condiciones: [...]

CINCO) Que, para los efectos de los números tres y cuatro de la Cláusula Catorce, ENAMI puede ejercer su derecho de compra **dentro de los treinta días siguientes al primero de enero de uno cualquiera de los años siguientes: dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce, dos mil quince, dos mil dieciocho, dos mil veintiuno, dos mil veinticuatro y dos mil veintisiete y no de otra manera; [...]**.

La última estipulación define el “periodo de ejercicio” de la opción, en el cual “ENAMI puede ejercer su derecho de compra”. Este periodo de ejercicio corresponde según dicha estipulación a “los treinta días siguientes al primero de enero de uno cualquiera de los años siguientes: dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce, dos mil quince, dos mil dieciocho, dos mil veintiuno, dos mil veinticuatro y dos mil veintisiete”.

Codelco sostiene en su recurso de protección que el Contrato contendría una *prohibición no escrita de venta* de acciones que gravaría a Anglo American desde los 5 meses anteriores al periodo de ejercicio de la opción previsto en el Contrato, periodo que según se ha visto comienza el día 2 de enero de los años que en el mismo Contrato se señalan. Esta supuesta prohibición de venta –que no se prevé en ninguna parte del Contrato– emanaría, según ella, del número doce de la cláusula tercera del Contrato de 2002, en la que Anglo American se obliga a remitir a Codelco con 5 meses de anticipación a cada periodo de eventual ejercicio de la opción una serie de antecedentes. Pero se trata de una información que según la misma cláusula es “**meramente referencial y no obligará**” a ninguna de las partes y puede comprender también “*antecedentes contables y financieros suficientes de Disputada respecto de periodos posteriores a la fecha de este convenio que requiera razonablemente ENAMI para efectuar los cálculos del valor del Interés Social o acciones a que tiene derecho a comprar*”. La carta enviada en tal sentido por Anglo American a Codelco el 29 de Julio 2011 indica precisamente el **carácter referencial y no obligatorio** de la información:



COBRE  
 Anglo American Sur S.A.  
 Pedro de Valdivia 291  
 Providencia, Santiago  
 CP: 7500524  
 Chile

Santiago, 29 de julio de 2011.



Señor  
 Diego Hernández Cabrera  
 Presidente Ejecutivo  
 Corporación Nacional del Cobre de Chile  
 Huérfanos 1270  
 Santiago.

Ref: Convenio de 2002 entre Enami, hoy Corporación Nacional del Cobre de Chile y Anglo American, "Valor Disputada" meramente referencial y no obligatorio.

De nuestra consideración:

Nos referimos al convenio originalmente suscrito entre Empresa Nacional de Minería ("Enami"), Inversiones Anglo American Dos Limitada, Anglo American Chile Dos Limitada y Anglo American plc, contenido en la escritura pública otorgada el 13 de noviembre de 2002, ante el Notario Público don José Musalem Saffie, cuyos derechos fueron cedidos por Enami a la Corporación Nacional del Cobre de Chile ("Codelco") en diciembre de 2008 (el "Convenio de 2002").

Lo mismo se indica en el encabezado de la página sobre cálculo del Valor Disputada al señalar:

**CALCULO MÉRAMENTE REFERENCIAL Y NO OBLIGATORIO**  
 Reporte Julio del 2011

Cálculo estimado valor de opción de Codelco en base a Resultados financieros 2007-2010 más Outlook 2011

Estados Financieros IFRS a contar del año 2007	2007	2008	2009	2010	Outlook 2011 (*)
	US\$	US\$	US\$	US\$	US\$
Utilidades de cada año	1.310.461.488,00	862.205.054,00	733.010.924,00	398.400.810,00	1.096.311.755,00
Utilidades Retenidas según Outlook 2011					2.983.106.317,00
Utilidad Promedio 5 años * 8 + Utilidades Retenidas					10.823.730.366,60
Financiamiento Empresa Relacionada					1.533.503.094,00
<b>Cálculo Alternativa A</b>	US\$				<b>12.357.233.460,60</b>
<b>Cálculo Alternativo B (Precio alternativo (PAE) Anexo II)</b>	US\$				<b>7.844.937.923,00</b>
Financiamiento Empresa Relacionada					1.533.503.094,00
<b>Cálculo Alternativa B</b>	US\$				<b>9.378.441.017,00</b>

La disputa contractual consiste entonces en que Codelco cree advertir una *prohibición no escrita de enajenar* acciones, cuando tal enajenación pudiera impedirle la compra de un 49% de las acciones de Anglo American Sur S.A. Por su parte, Anglo American sostiene que no existe semejante prohibición de enajenar. Esto se debe no sólo a que ella no se encuentra prevista en el Contrato de un modo expreso, sino entre otras razones a que:

a) Afirmar la existencia de una *prohibición no escrita de venta* en cualquier tiempo previo al período de ejercicio implica contradecir el tenor expreso del Contrato, según el cual "ENAMI puede ejercer su derecho de compra dentro de los treinta días siguientes al primero de enero de uno cualquiera de los años

*siguientes: dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce [...] y no de otra manera*".

Esta estipulación expresa del Contrato impone a Codelco la obligación de no ejercer la opción de otra manera, y por lo tanto es absolutamente incompatible con una interpretación como la que ahora realiza Codelco, en el sentido de que ésta comenzaría a ejercer su opción con anterioridad al día 2 de enero, en la especie, del año 2012. Esta incompatibilidad se deriva del hecho que la interpretación de Codelco implica necesariamente que ella ejerce la opción "de otra manera" distinta que "dentro de los treinta días siguientes al primero de enero" de 2012, en cuanto la ejercería en una fecha anterior.

b) Afirmar la existencia de una *prohibición no escrita de venta* en cualquier tiempo previo al período de ejercicio implica contradecir por segunda vez el tenor expreso del Contrato. Según el tenor literal de la convención, Codelco tiene el derecho de comprar, en el periodo de ejercicio, "un Interés Social en Disputada a IAADL y AACDL, hasta por un monto máximo en tal forma de que el Interés Social así comprado por ENAMI, cuando se sume al total del Interés Social que posean personas distintas de IAADL y AACDL, o de cualquier otra filial de éstas o de AAplc, no exceda del cuarenta y nueve por ciento del total del Interés Social existente a la fecha de compra".

De acuerdo al Contrato, por lo tanto: (i) la opción se refiere a una participación en el Interés Social en Disputada que en cualquier caso reserva a Anglo American el 51% del total; (ii) Codelco tiene la posibilidad de comprar hasta un máximo del 49% restante, siempre que éste exista a la fecha de la compra. Esta "fecha de compra" no es ni puede ser anterior al 2 de enero de los años en que se activa la opción, en la especie del año 2012, pues el mismo Contrato prohíbe ejercer la opción con anterioridad a esta fecha.

Conforme con lo anterior, para interpretar el Contrato en el sentido de que contemplaría una prohibición no escrita de venta de las acciones que Anglo American tiene en Anglo American Sur S.A. habría que contradecir la salvedad expresamente prevista en la cláusula transcrita, según la cual Codelco sólo puede ejercer una opción sobre las acciones que, excediendo el 51% que constituye la reserva de Anglo American, existan a la fecha de compra, fecha que no puede ser anterior a la de ejercicio de la opción.

c) Afirmar la existencia de una *prohibición no escrita de venta* en cualquier tiempo previo al período de ejercicio implica contradecir por tercera vez el tenor del Contrato, que contempla expresamente y sin limitación alguna la posibilidad de que Anglo American enajene una parte del 49% sobre el cual eventualmente recaería la opción de Codelco. En efecto, el Contrato de 2002 llega a formular ejemplos para mejor comprensión de los derechos de las partes. Así, en el número seis de la cláusula tercera se estableció que:

*“SEIS) Con el objeto de facilitar la interpretación de los números DOS y TRES de esta cláusula tercera, se proporcionan los siguientes ejemplos: [...] Ejemplo Tres: Asumiendo que IAADL es dueña del cincuenta por ciento del Interés Social, que Otra Compañía es dueña del veinticinco por ciento del Interés Social y que una tercera compañía, no relacionada a AAPlc es dueña del veinticinco por ciento del Interés Social, ENAMI tiene el derecho a comprar hasta un veinticuatro por ciento del Interés Social”.*

La misma idea se reitera en el número diez de la cláusula tercera, relativo a las reglas para determinar el precio:

*“DIEZ) La operación que se incluye en el texto reemplazado a que se refiere el número NUEVE de esta cláusula tercera se ilustra mediante el siguiente ejemplo. Asumiendo [...] y D) que ENAMI tiene derecho a comprar un veinticinco por ciento del total de Interés Social, el Precio de Ejercicio será de [...]”.*

Lo importante es notar que los ejemplos no se refieren a las acciones o parte del Interés Social que esté en manos de Anglo American o sus empresas relacionadas, sino únicamente del exceso por sobre el 51%, es decir, aquella parte del 49% que esté disponible para el ejercicio de la opción de Codelco a la “*fecha de compra*”. Lo que las cláusulas transcritas y los ejemplos reproducidos regulan son los actos de disposición que Anglo American realice precisamente respecto de ese 49%, y la regulación contenida en todas esas estipulaciones coincide en que, si Anglo American enajena alguna parte de ese 49%, Codelco sólo podría ejercer su opción sobre el remanente. Esta eventual enajenación por parte de Anglo American no se encuentra limitada por ninguna estipulación contractual, sino específicamente permitida.

Por consiguiente, para interpretar el Contrato en el sentido de que éste consideraría una prohibición no escrita de enajenar ese 49% en todo o en parte, o en una determinada época, sería necesario contradecir el tenor literal del Contrato en los ejemplos señalados, que expresamente prevé –sin límite alguno– la disminución del porcentaje en que recae la opción.

d) Una interpretación del Contrato según la cual éste contendría una *prohibición no escrita de venta* exige alterar el texto expreso del Contrato, como efectivamente lo ha hecho la recurrente en el recurso de protección de autos.

En efecto, llama mucho la atención que, a pesar de que el recurso cita profusamente el Contrato, dichas citas omiten en forma persistente las partes de este último que determinan el contenido y alcance de la opción de Codelco. Por ejemplo, Codelco omitió en cada una de las menciones que hace de la cláusula tercera en las páginas 2, 8 y 9 de su escrito, la expresión “*y no de otra manera*”. Todas las citas se encuentran truncas, pues han sido mutiladas para excluir dicha expresión, que sin embargo es imprescindible para la correcta inteligencia del Contrato. Lo mismo ocurre con el número doce de la cláusula tercera del Contrato de 2002, en la que Anglo American se obliga a remitir a Codelco con 5 meses de anticipación a cada periodo de ejercicio de la opción una serie de antecedentes. Codelco omite mencionar que dicha información, según la misma cláusula, es “*meramente referencial y no obligará*” a ninguna de las partes.

Es verdaderamente lamentable constatar, S.S. Itma., que para obtener una orden de no innovar Codelco ocultó información básica sobre los contratos de autos a esta Itma. Corte, tal como ya lo había hecho anteriormente para sorprender a la opinión pública. Se trata de una conducta gravísima, especialmente tratándose de una empresa del Estado, y debe ser sancionada por S.S. Itma. mediante una ejemplar condena en costas y la indemnización de los perjuicios causados.

Pero más allá de consideraciones relativas a la buena o mala fe de la recurrente –especialmente cuando se trata del ejercicio de acciones cautelares–, la mutilación de las citas del Contrato constituye prueba contundente tanto de la relevancia que la contraria asigna a lo escamoteado como también, lo que es aun más importante, del sentido que le atribuye. Dicha conducta sólo se explica por considerar la recurrente que la frase en cuestión –“*y no de otra manera*”– era perjudicial para su caso. Esta parte coincide con tal apreciación, pues la frase es un argumento de texto del Contrato que se opone a la interpretación que significaría crear una prohibición de enajenar que el tenor literal de las estipulaciones no sólo no contiene, sino que contradice.

e) Una interpretación del Contrato según la cual éste contendría una *prohibición no escrita de venta* sería contraria a la interpretación que hasta antes del recurso de protección le habían dado todas las partes involucradas.

En diversas oportunidades, Codelco y las autoridades de Gobierno han reconocido que, de acuerdo al Contrato, la opción se refiere a las acciones que, más allá del 51% de la reserva de Anglo American, existan a la fecha de la compra, y que el periodo contractual de ejercicio de la opción está acotado al mes de enero de los años que señala el contrato.

Por ejemplo:

- \* en la comunicación de Hecho Esencial de Codelco a la Superintendencia de Valores y Seguros, fechada el 28 de octubre de 2011 y que se acompaña igualmente en el primer otrosí, el Presidente Ejecutivo de Codelco indica que la opción que se pretende ejercer recaerá sobre las acciones "existentes a la fecha de la compra";



Corporación Nacional del Cobre de Chile  
Casa Matriz:  
Huérfanos 1270  
Casilla 180-D  
Santiago, Chile

Fax: 890 30 59  
www.codelco.com

PE-11/236  
Santiago, 28 de octubre de 2011.

Señor:  
Fernando Coloma Correa,  
Superintendente de Valores y Seguros.  
PRESENTE.

Ref: HECHO ESENCIAL, Codelco Chile,  
Inscripción Registro de Valores N° 785.

[...]

Enamí tenía derecho a comprar acciones en AA Sur hasta por un monto máximo que no exceda del 49% por ciento del total de las acciones emitidas por AA Sur existentes a la fecha de compra.

[...]

Diego Hernández Cabrera  
Presidente Ejecutivo

- \* en enero de 2009, el último periodo de ejercicio de la opción antes de 2012, el Presidente Ejecutivo de Codelco le señaló al Presidente Ejecutivo de Anglo American Base Metals, en carta fechada el día 30, que "hemos tomado la decisión de no ejercer nuestro derecho de compra en este periodo, y postergar su ejercicio **hasta el próximo periodo contractual**"; en carta fechada el mismo día, el Presidente Ejecutivo de Codelco informaba del mismo hecho al Superintendente de Valores y Seguros, en el sentido de que Codelco había decidido "**postergar el ejercicio de la opción que posee para adquirir hasta el 49% de las acciones de dicha Compañía, para el próximo periodo contractual que va desde el 1 al 31 de enero del año 2012**". Copias de estas cartas se acompañan en el primer otrosí de esta presentación;

- \* lo mismo se repite el 12 de octubre de 2011, en la comunicación de Hecho Esencial de Codelco a la Superintendencia de Valores y Seguros relativa al "Contrato de Crédito" celebrado con Mitsui & Co. Ltd. y que se acompaña igualmente en el primer otrosí. En ella el Presidente Ejecutivo de Codelco indica que "Codelco puede ejercer la Opción de Compra dentro de los 30 días siguientes al primero de enero de determinados años. **La próxima ventana de ejercicio de la Opción de Compra se producirá dentro de los 30 días siguientes al 1 de enero de 2012**".
- \* en entrevista concedida a La Tercera con fecha 13 de noviembre (se acompaña copia en el primer otrosí), el propio Ministro de Minería don Hernán de Solminihac, reconoció explícitamente que Anglo American goza del derecho a vender sus acciones en Anglo American Sur con anterioridad al ejercicio de la opción por parte de Codelco:

*—¿Reconoce que el contrato le permitía a Anglo vender una parte o el total del 49%?*

*Por supuesto que puede vender, es libre de hacerlo, pero en los períodos que corresponda, y no en el tiempo del ejercicio de la opción*".

Dicho "tiempo del ejercicio" es dentro del mes de enero de los años que señala el Contrato, tal como había señalado el Presidente Ejecutivo del Codelco en la carta citada en el ejemplo anterior.

- \* el Presidente Ejecutivo de Codelco, en entrevista concedida al programa "Tolerancia Cero" el día 20 de noviembre de 2011 (se acompaña el audio en el primer otrosí), respondió de la siguiente forma a la pregunta sobre por qué el Contrato no previó una especie de "black-out" en el tiempo previo al de ejercicio de la opción:

*"Este es un contrato que tiene una duración de 50 años (...) Es muy difícil que un contrato para 50 años pueda entrar en todos, todos los detalles"*.

Estos ejemplos muestran gráficamente que para interpretar el Contrato en el sentido de que éste impone a Anglo American una *prohibición no escrita de venta* con eficacia anterior al periodo de ejercicio de la opción que tiene lugar en enero de los años pertinentes, sería necesario ir contra la interpretación que la misma recurrente había hecho del Contrato hasta la fecha. Una de las manifestaciones más claras de esta interpretación es la entrevista concedida al programa "Teletrece AM" del día 18 de noviembre de 2011, cuyo audio y transcripción se acompañan en el primer otrosí, por el ex Ministro de Minería y actual Ministro de Obras Públicas señor Laurence Golborne:

*— "Este es un proyecto que se inició hace más de un año, porque levantar más de seis mil millones de dólares para ejercer una opción, requiere una aprobación del Ministerio de Hacienda, requiere una aprobación del Ministerio de Minería y, por lo tanto, nosotros nos enteramos de los planes de Codelco y trabajamos en las ideas con ellos. Aquí se discutieron planes A, B, C y se analizaron todas las alternativas de que podía ocurrir y efectivamente, podía ocurrir que Codelco ejerciera su opción o no ejerciera su opción y Anglo vendiera para evitar el*

ejercicio de esa opción. Era una alternativa y en lo personal, yo pensé que iban a vender el 49%, pero vendieron sólo el 24,5. Vamos a ver qué dicen los tribunales y ojalá que Codelco defienda íntegramente su derecho [...]

**– Pero yo le pregunté otra cosa: Ustedes en Codelco, ¿habían visto que este escenario podía ocurrir entonces?**

Por supuesto, era una alternativa bastante lógica. Es sólo analizar el contrato y decir si: ¿Anglo American puede vender esta opción? Es parte del análisis. La respuesta de Codelco...

**– Entonces, ¿Por qué tanta sorpresa cuando se supo que Mitsubishi había comprado este porcentaje?**

A ver, no hay sorpresa. Le insisto. Este tema estaba considerado entre las opciones y usted ve que inmediatamente, se pusieron en los tribunales los recursos legales para impedir la venta del saldo de lo que Anglo American tiene. Esta situación era un escenario que se podía dar y Codelco tiene las herramientas para defender su posición”.

Lo mismo queda de manifiesto en la respuesta que el Presidente Ejecutivo de Codelco dio en conferencia de prensa del día 11 de noviembre recién pasado, cuyo audio se acompaña en el primer otrosí de esta presentación. En dicha conferencia se le consultó respecto de si había tenido indicios de que Anglo American se encontraba negociando la venta de las acciones en las cuales podía recaer la opción de Codelco. El señor Diego Hernández respondió que:

“Sí, tuvimos indicios y por eso nosotros nos anticipamos y ejercimos la opción. Anunciamos que íbamos a ejercer la opción y comunicamos formalmente eso”.

Si hubiera existido de acuerdo al Contrato una prohibición no escrita de venta de acciones que gravara a Anglo American, la reacción de Codelco de “*anticiparse*” no habría tenido ningún sentido; pues a la fecha ya estaría vigente la pretendida prohibición de vender. Independientemente de que tal reacción haya sido equivocada –pues la opción sólo puede ejercerse en el periodo contractual de enero “y no de otra manera”<sup>6</sup>–, ella manifiesta que Codelco en ningún caso interpretaba el Contrato incluyendo en él una prohibición no escrita de venta con eficacia previa al ejercicio de la opción. Por lo tanto, interpretarlo en tales términos equivaldría a pasar por encima de la interpretación que le ha dado la misma recurrente.

De existir según el Contrato una prohibición no escrita de venta de acciones que gravara a Anglo American, tampoco habrían tenido sentido alguno las continuas referencias de Codelco a la buena fe, ni la agresiva campaña

<sup>6</sup> Por eso es que don Diego Hernández, quien inicialmente había dicho “ejercimos la opción”, luego se corrige y señala: “anunciamos que *íbamos a ejercer*” la opción.

comunicacional desplegada en conjunto con autoridades de Gobierno y destinada a impedir a Anglo American la venta de sus acciones.

En resumen, el argumento según el cual el envío de información cinco meses antes de que sea posible ejercer la opción daría lugar a una prohibición de venta, fue inventado *ex profeso* para este recurso de protección. Antes de eso, jamás había sido mencionado siquiera por Codelco. Es completamente inverosímil que hasta la fecha Codelco no se hubiera percatado de la existencia de la pretendida prohibición, la que ni siquiera utilizó como argumento en su campaña previa a la operación del día 9 de noviembre.

Finalmente, Codelco afirma que Anglo American en diversas comunicaciones habría reconocido el derecho de Codelco a ejercer su opción en la oportunidad que lo hizo. Eso es absolutamente falso. Basta revisar someramente las comunicaciones aludidas –que Codelco cita sólo genéricamente– para constatar que en ellas Anglo American únicamente cumplió a cabalidad con los deberes de información que le imponía el Contrato; pero en caso alguno aceptó que Codelco ejerciera la opción en forma prematura, ni mucho menos que ello redundara en una prohibición de enajenar sus acciones. Por tanto, la supuesta violación a la doctrina de los actos propios que argumenta Codelco en su libelo (página 18), únicamente se aplica a su propia conducta, no la de esta parte.

f) Para construir una interpretación del Contrato que incluya una *prohibición no escrita de venta* con eficacia previa al ejercicio de la opción, sería necesario pasar no sólo sobre el tenor literal del Contrato y la interpretación que le han dado las partes, sino también por sobre los principios jurídicos más elementales que rigen esta clase de relaciones contractuales: el principio de la libre circulación de los bienes y el principio de la buena fe:

- *principio de libre circulación de los bienes*: como S.S. Itma. bien conoce, en nuestro derecho las limitaciones al derecho de propiedad tienen carácter excepcional. El principio preponderante desde la dictación del Código Civil es el contrario, esto es, el de libre circulación de los bienes. Más aun, sobre el particular, y tratándose de cláusulas de no enajenar, se ha sostenido que únicamente son admisibles en casos y por plazos restringidos, e incluso algunos

autores y jurisprudencia las consideran derechamente inválidas.<sup>7</sup> De esta forma, una prohibición de enajenar jamás puede ser presumida o inferida;

- *el principio de la buena fe*: el principio de la buena fe, que tiene diversas manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico, alcanza en materia contractual a todas las partes contratantes. Una de sus consecuencias consiste en que no corresponde interpretar un contrato de tal manera que se contradiga su tenor literal. Esto es especialmente relevante cuando dicha interpretación resulta en la creación por vía interpretativa de supuestas obligaciones que gravan a uno de los contratantes y que, atendido el tenor literal de las estipulaciones, éste no previó ni pudo prever al momento de la celebración del contrato.

Como hemos visto, la supuesta prohibición jamás se estableció en el Contrato de 1978. Posteriormente, cuando las partes interpretaron y modificaron el Contrato en 2002, lejos de incorporar la supuesta prohibición de venta reafirmaron en forma explícita la libertad de Anglo American para disponer de sus acciones. Así, pretender que las partes tenían la intención común de establecer una prohibición, pero omitieron expresarlo claramente no sólo es inverosímil, sino derechamente insultante para los sofisticados equipos de abogados que intervinieron en la redacción del contrato.

En este mismo sentido, resulta muy revelador que Codelco, antes de presentar el recurso de autos, nunca –ni en sus declaraciones, ni en el debate previo y posterior a la venta de las acciones por parte de Anglo American– haya hecho referencia alguna al plazo de los 5 meses previos al mes de enero, que ahora pretende presentar como fundamento evidente de su pretensión.

Para interpretar el contrato de tal modo que éste incluya una prohibición no escrita de venta con eficacia previa al ejercicio de la opción, habría que presumir

<sup>7</sup> Así, Jorge López Santa María afirma que *“En verdad, los argumentos sobre ineficacia de la cláusula de no enajenar son numerosos y, en conjunto, demuestran que en Chile, exclusivamente la ley puede limitar la facultad de disposición aneja al derecho de propiedad”* (López Santa María, Jorge, *Sociedad Anónima. Prohibición de enajenar las acciones frente al principio de la libre transmisibilidad de ellas. Sistema de acciones “serie B”: es un sistema de fideicomisos o es ilegal y debe suprimirse (Informe en Derecho)* en: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 3, 1979. En el mismo sentido S.S., y de manera más categórica, se manifiesta otro de los más prestigiosos civilistas chilenos: *“La facultad de enajenar es, por principio, irrenunciable; es una facultad de orden público. La libre disposición es tan esencial al dominio que sin ella el derecho de dominio no podría tener existencia jurídica”* (Pescio, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, 1958, Tomo 3, N° 644, p. 311).

La Corte de Apelaciones de Santiago en tanto ha sostenido que: *“No habiéndose fijado plazo a la obligación de no enajenar, debe entenderse que ella tiene el carácter de perpetua o permanente. Ahora bien, nuestro ordenamiento consagra la libre disposición como un atributo esencial del dominio –artículos 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y 582 inciso primero del Código Civil– regla ésta de orden público que sólo en contadas situaciones la misma ley permite exceptuar –artículos 751 inc.2°, 793 inc. 3° y 1432 N° 1 del citado Código. De no ser así, habrían caído en el vacío importantes párrafos del Mensaje del Código Civil, como aquel que se refiere a la libre circulación de los bienes como necesaria para su conservación y progreso”* (Corte de Apelaciones de Santiago, 09.VII.1984, C. 9°, RDJ T. 81, Segunda Parte – Sección Segunda, p. 61).

una prohibición de enajenar contraviniendo el principio de la libre circulación de los bienes, y habría que sorprender a uno de los contratantes con una obligación que, atendido el tenor literal del contrato, no acordó, no previó ni pudo prever, lo que resulta contrario al principio de la buena fe.

3. Conforme a la jurisprudencia y la doctrina, el recurso de protección no es el medio idóneo para resolver disputas sobre interpretación de contratos

Lo que ha planteado Codelco en el recurso de autos, S.S. Itma., es una artificial disputa sobre la interpretación de un contrato. No hay controversia acerca de la existencia del Contrato, tampoco la hay sobre el hecho que tal Contrato establece el derecho de Codelco a ejercer una opción en los términos y condiciones que el mismo Contrato regula, y ni siquiera hay discusión sobre el derecho que Anglo American tiene de enajenar las acciones de su propiedad, aun cuando ello precisamente implique reducir el 49% en que Codelco podría ejercer su opción.

Pero Codelco ha promovido mediante su libelo una controversia en cuanto al sentido y alcance de la cláusula tercera del Contrato de 2002, con respecto a la oportunidad en la que se puede ejercer o entenderse ejercida la opción; concretamente, si puede ejercerse o entenderse ejercida fuera del mes de enero de los años indicados en el Contrato y si, en tal caso, ese ejercicio anticipado da lugar a una prohibición de enajenar. Tal prohibición no escrita de enajenar se generaría, por ejemplo, cada vez que Codelco anuncie que tiene la intención de ejercer la opción o –como se especula en el recurso– cada vez que Anglo American cumpla con lo señalado en el número 12 de la cláusula tercera del Contrato de 2002 y remita la información referencial y no vinculante que allí se señala.

Ninguna de estas hipótesis –(i) la opción se puede ejercer o entender ejercida antes de enero de los años pertinentes, (ii) cuando se ejerce o se entiende ejercida, da lugar a una prohibición no escrita de enajenar que grava a Anglo American– calza con el tenor del Contrato ni con la interpretación que le han dado hasta ahora las partes, por lo que la disputa presentada por Codelco ante S.S. Itma. mediante el recurso de protección de autos es, en el sentido más estricto posible de la palabra, una disputa sobre la acertada interpretación de un contrato.

Ahora bien, tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran contestes en que la resolución de disputas sobre la interpretación de cláusulas contractuales no es materia idónea de la acción constitucional cautelar de protección. Menos aun puede serlo en la especie, donde la interpretación que propone la recurrente implica crear por vía interpretativa, contra el tenor literal del contrato, una *prohibición no escrita de enajenar* que gravaría a una de las partes.

Es respecto de esta jurisprudencia asentada que la recurrente pide se haga una excepción en este caso particular, a fin de facilitar la satisfacción de los intereses de Codelco. Tal pretensión evidencia la actitud abusiva de la recurrente, quien intenta escudarse en su condición de empresa estatal, y en el apoyo contrario a derecho que ha recibido de ciertas autoridades de Gobierno, a fin de obtener un pronunciamiento por parte de nuestros tribunales que contraviene su propia jurisprudencia inalterada y categórica de los últimos 20 años.

a) La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en la materia es cierta, uniforme y contundente al momento de señalar que:

(1) El recurso de protección es improcedente cuando el conflicto consiste en disputas contractuales, es decir, y en palabras de diversas sentencias que a continuación se citan *in extenso*, cuando es "*menester interpretar diversas cláusulas del contrato que celebraron*" las partes, "*abocarse a la interpretación de cláusulas contractuales*", cuando "*se trata de un problema de interpretación del contrato existente entre las partes*", cuando "*la materia del recurso consiste en una cuestión relativa al incumplimiento y a la aplicación y/o interpretación de un contrato*", cuando "*tiene como causa un asunto contractual en el que las partes le brindan a las cláusulas contenidas en dicha convención una interpretación diversa*", o bien "*el conflicto suscitado entre las partes deriva de las diversas interpretaciones que ambas hacen acerca del verdadero sentido y alcance del contrato*", etc. Es decir, "*la acción cautelar de protección contemplada en el citado artículo 20, por su naturaleza y finalidad, no es apta ni procedente para obtener declaraciones sobre la validez, nulidad, interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los contratos, materias todas que deben ventilarse en un procedimiento de lato conocimiento*".

(2) Un requisito básico del recurso de protección es la existencia de un derecho indubitado en su efectividad, alcance y contenido, es decir, el recurso sólo permite *“dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, sin que pueda llegar a constituirse en una instancia de declaración de tales derechos”*. El restablecimiento urgente del derecho que es propio de la acción de protección *“exige la existencia de un derecho claro y no dubitado”*; por lo tanto, cuando una determinada pretensión no puede considerarse *“un derecho indubitado [...], ello no es materia que pueda discutirse en una acción de protección”*. Entender lo contrario implicaría *“desnaturalizar”* la acción constitucional *“en su esencia, transformándola en un sustituto de los procedimientos ordinarios y extraordinarios que la ley contempla para tal objeto y de los cuales conocen los tribunales que la ley establece en el ejercicio de su potestad jurisdiccional”*. Este requisito, la existencia de un derecho indubitado en su existencia, alcance y contenido es considerado por la jurisprudencia como *“requisito básico para el planteamiento y aceptación de una acción cautelar”* como el recurso de protección, que está llamado a reaccionar sólo *“frente a una situación anormal y evidente que atenta contra alguna de las garantías que establece la Constitución”*.

El recurso de autos intenta provocar confusión, argumentando sobre la base de que Codelco posee el derecho a ejercer una opción en el tiempo y condiciones establecidos en el Contrato, pero omitiendo que existe una disputa – promovida por ella misma contra el tenor del Contrato y su interpretación por las partes– acerca del contenido y alcance de tal derecho. El recurso de protección de Codelco no se funda en la existencia de una opción, sino en la interpretación que ella arbitrariamente le asigna a su contenido y alcance. Por eso mismo, pues se trata de una disputa de interpretación contractual, el recurso no puede prosperar y, si prosperara, lo haría en contradicción y desmedro de la jurisprudencia constante y uniforme de los Tribunales Superiores de Justicia.

*aa) Sentencias que consideran inidóneo el recurso de protección para resolver disputas sobre interpretación de los contratos*

La muestra de fallos recaídos en recursos de protección que se presenta a continuación representa una jurisprudencia consistente y prácticamente unánime:

*- “Se trata, entonces, de una acción cautelar que protege a las personas de los efectos de un acto que lesione un derecho indiscutido, por lo que no puede ser utilizado como sustituto jurisdiccional y con la finalidad de servir y ejercitarse en reemplazo de otros procedimientos de lato conocimiento. Pues bien, tanto de lo*

expresado por la recurrente como de lo manifestado por la recurrida Cigna Compañía de Seguros, queda en evidencia, con meridiana claridad, que para resolver la controversia que entre ellas se ha planteado, **sería menester interpretar diversas cláusulas del contrato que celebraron**, es decir, fijar el sentido, voluntad o propósito que tuvieron al celebrarlo [...]. **Reiteradamente se ha resuelto** que el recurso de protección, por su especial naturaleza y acorde con lo acotado en el párrafo primero de este raciocinio [...] **tampoco puede ser la vía adecuada para realizar interpretación de cláusulas contractuales**, puesto que no puede soslayarse que la determinación de la voluntad e intención de los contratantes constituye un hecho de la causa, que debe ser establecido por los jueces en uso de sus facultades privativas y como fruto de la valoración de las probanzas rendidas, las que, indudablemente, deben producirse en la sede correspondiente, ajena a esta acción cautelar (C.S. Semana Jurídica, números 31, 40 y 46, páginas 13, 12 y 13, respectivamente).<sup>8</sup>

- "Que acerca de las posiciones de ambas partes en cuanto a si la cesión de derechos hecha por la recurrente a terceros ajenos, importa o no una violación del contrato de promesa y constitución de prenda de 1986, en lo cual discuerdan, o porque la cesión de los derechos sociales de la vendedora en nada afectaría la propiedad de la acción en la sociedad Terminal de Buses Los Héroes S.A., o porque sí la afectaría importando su enajenación parcial, es una situación que obliga, entre otras cosas, a abocarse a la **interpretación de cláusulas contractuales**, sea de la promesa, sea de los estatutos sociales, lo que **evidentemente escapa al ámbito propio de la acción constitucional entablada**, que en consecuencia no corresponde ventilar en esta sede, de modo que no es posible resolver si la decisión resulta ilegal o no en lo que atañe a la voluntad expresada jurídicamente por ellas confrontadas con los actos emanados de ambas, puesto que ya se ha visto que no resulta ni arbitraria ni ilegal en lo concerniente al derecho objetivo."<sup>9</sup>

- "Fluye de los antecedentes de la causa que en autos se trata de un **problema de interpretación del contrato existente entre las partes**, existiendo una controversia jurídica sobre su cumplimiento, **cuestión que no es propia de una acción cautelar**, como lo es el recurso de protección, sino que debe resolverse por una sentencia definitiva, luego de la tramitación del juicio correspondiente."<sup>10</sup>

- "Siendo inobjetable que la materia del recurso consiste en una **cuestión relativa al incumplimiento y a la aplicación y/o interpretación de un contrato**, no resulta sostenible que la recurrente sea titular de un derecho indubitado que esta Corte esté en condición de cautelar, ni tampoco que las recurridas hayan incurrido en actos que puedan ser calificados de ilegales y arbitrarios."<sup>11</sup>

- "Como puede advertirse, en la especie falta uno de los requisitos que se indicaron como básico para el planteamiento y acogimiento de una acción cautelar como la de autos, esto es, la **existencia de un derecho indubitado**, pues el que se invoca no está definido ni determinado. En efecto, este es un **problema de interpretación del contrato celebrado entre las partes**, relativo a su

<sup>8</sup> Corte Suprema, 22.I.2003. N° de Legal Publishing: 30518.

<sup>9</sup> Corte Suprema, 21.VIII.2003.

<sup>10</sup> Corte Suprema, 13.VII.2006, rol N° 2641-2006.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Chillán, 14.XII.2009, rol N° 197-2009. Confirmado Corte Suprema, 13.I.2010, rol N° 9636-2009.

*cumplimiento, sin que corresponda en este procedimiento cautelar resolver esa situación, sino que ello debe ocurrir luego de la sustanciación del proceso correspondiente, mediante la declaración que en una sentencia realice el tribunal ordinario que corresponda.*<sup>12</sup>

- “Como se advierte de los antecedentes relacionados en el presente recurso, la cuestión en debate **tiene como causa un asunto contractual en el que las partes le brindan a las cláusulas contenidas en dicha convención una interpretación diversa**, al punto de existir disconformidad en la génesis de los hechos y sus circunstancias, **lo que obliga a su precisión previa mediante la acción declarativa correspondiente**, realidad que excede el objeto del presente recurso que sólo ampara derechos constitucionales indubitados”.<sup>13</sup>

- “El recurso de cautela de derechos constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa. En efecto, los hechos que sirven de justificación al recurso se producen en el marco de **discrepancias surgidas con motivo de la aplicación e interpretación de cláusulas contractuales, cuestión que sobrepasa los márgenes del procedimiento del recurso de protección**, el que no puede llegar a constituirse en una instancia de declaración de aquellos derechos.”<sup>14</sup>

- “Conforme a los demás instrumentos acompañados en este recurso, principalmente copias de los correos electrónicos dirigidos entre las partes, es posible concluir que en los hechos se ha suscitado una **controversia derivada de la aplicación, ejecución e interpretación del contrato que las une**, lo cual por un lado impide que a través de esta acción cautelar se pretenda dirimir el conflicto planteado, ni declarar algún derecho a favor de alguna de ellas, y por otro lado, se trata de cuestiones que bien pueden ser conocidas a través del ejercicio de las acciones ordinarias que correspondan, **no resultando idónea la vía extraordinaria del recurso de protección.**”<sup>15</sup>

- “De todo lo expuesto precedentemente, se desprende sin margen de duda la existencia de una **controversia sobre derechos que le asistirían a las partes [...] producto todo ello de una relación jurídica de inciertos contornos lo que impide concluir que la recurrente se encuentre ante derechos de carácter indubitado susceptibles de protección**, tanto más cuanto que el contrato que sirve de base a la acción de protección carece como va dicho de firmas. Efectivamente, como se desprende de los antecedentes de la causa, existen **controversias que giran en torno a una regulación jurídica indebidamente especificada en la que no está clara la voluntad de las partes**, lo que debe solucionarse mediante la acción correspondiente ante el tribunal ordinario competente.”<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Corte Suprema, 25.IX.2006, rol N° 4272-2006.

<sup>13</sup> Corte de Apelaciones de Talca, 1.VI.2010, rol N°259-2010. Confirmado Corte Suprema, 7.VII.2010, rol N°4333-2010.

<sup>14</sup> Corte Suprema, 12.IV.2010, rol N° 1319-2010.

<sup>15</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, 30.IV.2009, rol N° 194-2009. Confirmado Corte Suprema, 16.VI.2009, rol N° 3029-2009.

<sup>16</sup> Corte Suprema, 25.V.2009, rol N° 2053-2009,. Aunque como es lógico todos los casos citados difieren en parte del caso *sub lite* en cuanto a la materia precisa de la discusión, respecto de este caso además ocurre que –a diferencia de lo señalado en la sentencia citada– la voluntad de las partes plasmada en el contrato es clara: no existe una prohibición de venta que grave a Anglo American.

- “El recurso de cautela de garantías constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, lo cual no ocurre en el caso de autos. En efecto, los hechos que sirven de justificación al recurso se producen en el marco de **discrepancias surgidas con motivo del ejercicio de los derechos derivados de un contrato de compraventa, lo cual excede el carácter cautelar de esta acción constitucional**, la que no puede llegar a constituirse en una instancia de declaración de aquéllos.”<sup>17</sup>

- “En la especie, no se vislumbra ningún acto u omisión arbitrario o ilegal imputable a la recurrida y que haya amagado alguno de los derechos señalados en el motivo anterior, toda vez que **el conflicto suscitado entre las partes deriva de las diversas interpretaciones que ambas hacen acerca del verdadero sentido y alcance del contrato de arrendamiento** cuya copia se agregó a fs. 3. 3º) Que, desde luego, las contiendas derivadas de la **interpretación de un acto jurídico, en este caso de un contrato, necesariamente han de ser resueltas por la vía del juicio declarativo, sin que sea esta acción cautelar la idónea para ello.**”<sup>18</sup>

- “Sin perjuicio de lo anterior **procede el rechazo de la acción cautelar** atendido a que se ha invocado por la actora un agravio consistente, en que aparece vulnerada la servidumbre convenida en favor del predio de su propiedad, situación que no puede ser delimitada en un recurso de esta naturaleza más aún, tratándose de **materias propias de interpretación de convenciones o contratos**, que deben ser conocidas en sede ordinaria o arbitral si se hubiere pactado mediante procedimientos declarativos.”<sup>19</sup>

- “Las partes están contestes en que celebraron el contrato de cuenta corriente y que con motivo de éste, el actor utiliza una línea de sobre giro que genera un interés y además se le cobran comisiones asociadas al plan de su cuenta corriente, es decir, el tema se encuentra inserto en la relación contractual que liga al recurrente con la institución bancaria recurrida, **no pudiendo a través de esta acción constitucional, zanjar el asunto contractual en disputa, porque ello excede el ámbito del recurso de protección.** En efecto, la cautela que requiere el actor es que se le dejen sin efecto los cobros que se le efectúan, lo que es ajeno a una medida de resguardo de derechos y constituye a no dudar, una declaración de éstos a favor del peticionario.”<sup>20</sup>

- “Que cabe añadir que tratándose de derechos que están en discusión, que involucran situaciones de hecho, así como la **interpretación de una cláusula contenida en los contratos** de trabajo celebrados entre la Isapre recurrida y sus agentes de venta que es necesario analizar, debatir y probar, corresponde a la autoridad jurisdiccional pertinente su conocimiento, y ello por cierto en un procedimiento contencioso de lato conocimiento que otorgue a las partes en conflicto la posibilidad de accionar, excepcionarse, rendir sus probanzas, debatir, argumentar y deducir los recursos que sean del caso.”<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Corte Suprema. 31.VIII.2010. N° de Legal Publishing: 45573.

<sup>18</sup> Corte Suprema. 2.VI.2004.

<sup>19</sup> Corte Suprema. 5.VI.2006.

<sup>20</sup> Corte Suprema, 4.XI.2011, rol N° 8970-2011.

<sup>21</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol n° 4760- 2008.

- "Esta acción de cautela de derechos constitucionales constituye un arbitrio destinado a dar protección respecto de garantías que se encuentren indubitadas y no discutidas, lo que no ocurre en la especie, puesto que el derecho que se reclama dice relación con obligaciones emanadas del "Contrato de Prestación de Servicios" que vincula a las partes, **cuyo cumplimiento se encuentra en discusión.**"<sup>22</sup>

- "El recurso interpuesto deberá ser desestimado, porque, por una parte, no es posible otorgar protección a derechos que se encuentran cuestionados -el usar la medialuna- como aparece del solo mérito de lo expuesto, y, por otro lado, **porque el actor intenta lograr el cumplimiento de obligaciones contractuales, asunto que no es propio de esta vía constitucional atendida su naturaleza cautelar.**"<sup>23</sup>

- "De los antecedentes que se han acompañado en autos tanto por la recurrente como por la recurrida y de las fundamentaciones que se hacen en el escrito de interposición del recurso y en el informe del recurrido, se puede deducir que se ha solicitado por la recurrente que esta Corte de Apelaciones declare que el acto de Televisión Nacional de Chile que puso término unilateralmente al contrato que la ligaba con Establecimientos Tricot Limitada es un acto arbitrario o ilegal. Por su parte, la recurrida indica que tal actitud ha sido tomada en virtud de la existencia de un contrato y **asilándose en su cláusula octava que, según indica, permite ponerle término al contrato pues ella le otorga un poder absoluto para dejar de transmitir uno o más programas** cuando su programación así lo requiera, manteniendo sobre sí la sola obligación de reembolsar el valor pagado por programa [...] Que por otra parte, y supuesto que el derecho que se conculca sea de aquellos que protege la Constitución en su artículo 20, el ejercicio que se priva, perturba o amenaza, debe ser legítimo, es decir que aquél que lo impetra tenga el pleno y legal ejercicio de él, sin que pueda caber duda acerca de si lo tiene o no, pues de lo contrario la protección no sería un recurso sino un procedimiento y todavía más, un procedimiento sumarísimo mediante el cual se declara la existencia de un derecho."<sup>24</sup>

- "Que **como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, la acción cautelar de protección contemplada en el citado artículo 20, por su naturaleza y finalidad, no es apta ni procedente para obtener declaraciones sobre la validez, nulidad, interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los contratos, materias todas que deben ventilarse en un procedimiento de lato conocimiento**, que permita a las partes puedan rendir probanzas en apoyo a sus respectivas alegaciones, instancia de prueba, que por lo dicho, no cabe admitir en el conocimiento de los recursos de protección."<sup>25</sup>

- "Que, en este contexto resulta que la materia del presente recurso tiene como fundamento un contrato de obra, que contiene cláusulas que obligan a las partes contratantes de él, así, atendido a que por las especiales características del recurso de protección, cuyo objetivo está encaminado a dar curso a diligencias breves y sumarias y restablecer el imperio del derecho, en cuanto se han vulnerado garantías constitucionales claramente delimitadas, a juicio de estos

<sup>22</sup> Corte Suprema, 20.II.2007, rol N° 542-07 .

<sup>23</sup> Corte Suprema, 3.IX.2009, rol N° 4668-2009,.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 9.VIII.1990. N° de Legal Publishing: 19849.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20.I.2009, rol N° 591-20009. Confirmado Corte Suprema, 30.III.2009, 896-2009.

sentenciadores, esta acción cautelar **no es la vía idónea para resolver el desacuerdo de las partes, en cuanto al cumplimiento o incumplimiento del referido contrato**, y el consecuente cobro de la boleta de garantía que debió dejar la encargada de la obra, para asegurar el cumplimiento oportuno de sus obligaciones suscritas en aquél, **debiendo resolverse naturalmente tales cuestiones, en un juicio de lato conocimiento** o por otros medios legales o por acuerdo de las propias partes [...] **Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, señalando, que no resulta procedente en una acción de esta naturaleza**, que el tribunal que la conoce, se adentre en decidir sobre derechos discutidos o dubitados, calidad que a juicio de estos sentenciadores, tienen los mencionados en este recurso, de acuerdo a lo señalado precedentemente.<sup>26</sup>

bb) Sentencias que consideran inidóneo el recurso de protección como procedimiento declarativo de derechos, es decir, que consideran como requisito básico para la procedencia del recurso que se esté frente a un derecho cierto e indubitado

A las innumerables sentencias que consideran inidóneo el recurso de protección para resolver disputas sobre interpretación de los contratos se suman todas aquellas que exigen como requisito básico del recurso de protección que éste se funde en un derecho indubitado. Una muestra de esta jurisprudencia prácticamente unánime se consigna a continuación:

- *"El recurrente, ha deducido la acción de protección de derechos constitucionales, impugnando el modo anticipado, unilateral y sin resolución judicial previa, del término que realizó la recurrida, a un contrato general de construcción a suma alzada, desconociendo además, un contrato de participación, estimando vulnerados los números 3, 21 y 24 del artículo 19 de la Carta Política de la República. Sin embargo, el recurso de cautela de derechos constitucionales constituye un arbitrio constitucional, destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, sin que pueda llegar a constituirse en una instancia de declaración de tales derechos, ya que para ello está la vía del juicio ordinario de lato conocimiento, que otorga a las partes en conflicto la posibilidad de discutir, formular alegaciones, rendir pruebas y deducir los recursos que sean del caso. En la especie, el derecho que se reclama por quien recurre, así como el que hace valer la entidad recurrida, se encuentran precisamente en discusión, por lo tanto, la sede naturalmente llamada a conocer de tal materia es la justicia ordinaria, pero a través de un juicio de la naturaleza del aludido."*<sup>27</sup>

- *"Que para obtener el reconocimiento de lo primitivamente pactado, debe recurrirse a la sede declarativa que corresponda, pues la vía del recurso de protección, de carácter extraordinario, está destinada a establecer el imperio del derecho a través de medidas urgentes, lo cual, por cierto, exige la existencia de un derecho claro y no dubitado, siendo incompatible con un pronunciamiento de carácter declarativo, que es lo que en definitiva se requiere en los antecedentes aquí ventilados. Por consiguiente, en la especie no se ha establecido la existencia del fundamento básico del recurso de protección, esto es, el acto u omisión ilegal*

<sup>26</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique: 26.X.2011, rol N°48 – 2011.

<sup>27</sup> Corte Suprema. 13.V.2004. N° de Legal Publishing: 30188.

*o arbitrario que afecte alguna garantía constitucional expresamente protegida, por lo tanto, el presente reclamo ha de ser rechazado, siendo innecesario analizar pormenorizadamente las garantías o derechos que se dice fueron vulneradas”.*<sup>28</sup>

*- “La Acción Constitucional de Protección ha sido establecida en nuestro derecho, como un remedio procesal de carácter extraordinario para la mantención regular del orden jurídico, sin embargo, ésta es una acción de urgencia, de naturaleza cautelar y conocida por los tribunales en uso de sus facultades conservadoras, cuyo objetivo es, como su nombre lo indica, la protección de derechos indubitados e indiscutidos y no su declaración, por cuanto ello implicaría desnaturalizarla en su esencia, transformándola en un sustituto de los procedimientos ordinarios y extraordinarios que la ley contempla para tal objeto y de los cuales conocen los tribunales que la ley establece en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, la más propia y esencial característica de estos órganos del poder estatal.”*<sup>29</sup>

*- “El recurso de cautela de derechos constitucionales constituye un arbitrio – constitucional– destinado a dar protección respecto de derechos que se encuentren indubitados y no discutidos, lo que no ocurre en la especie, puesto que el derecho que se reclama, relativo a la terminación anticipada de un contrato y al cobro de boletas de garantía, ha sido materia de controversia entre las partes, de lo que se deduce que no concurren los presupuestos que permitirían el acogimiento de la acción intentada, de manera que el recurso deducido no está en condiciones de prosperar.”*<sup>30</sup>

*- “Como puede advertirse, en la especie falta uno de los requisitos que en el motivo quinto precedente se indicó como básico para plantear y acoger una acción como la de autos, esto es, la existencia de un derecho indubitado, pues el que se invoca no está definido ni determinado. En efecto, mientras la actora manifiesta que su actuar al despedir al trabajador se ajustó a derecho, la recurrida sostiene que ello no es así, lo que imposibilita otorgar la protección requerida, por cuanto el hacerlo pasa necesariamente por dilucidar y declarar el estatuto legal aplicable al trabajador despedido, lo que no es propio de esta clase de arbitrios.”*<sup>31</sup>

*- “Como puede apreciarse, en el caso sub-lite, falta uno de los requisitos que precedentemente se indicó como básico para el planteamiento y aceptación de una acción cautelar como la de la especie, esto es, la existencia de un derecho indiscutido, pues mientras el actor afirma no estar obligado al pago de los servicios eléctricos impagos generados por un arrendatario del propietario anterior del inmueble, la empresa recurrida sostiene que es al dueño de la propiedad a quien le corresponde dicho pago.”*<sup>32</sup>

*- “En cuanto a la extensión y ancho de la servidumbre, como ya dejamos dicho, no existiendo un derecho indubitado, de momento que en el plano de fojas*

<sup>28</sup> Corte Suprema, 18.XII.2000. N° Legal Publishing: 17852.

<sup>29</sup> Corte Suprema, 16.IV.2009, rol N°1108-2009. N° Legal Publishing: 41951, N° Legal Publishing: 24304.

<sup>30</sup> Corte Suprema, 29.I.2008, rol N° 6494-2007

<sup>31</sup> Corte Suprema, 29.IV.2008, rol N°1695-2008.

<sup>32</sup> Corte Suprema, 30.V.2007, rol N° 1181-2007.

59 aparece un espacio para estacionamiento particular, ello no es materia que pueda discutirse en una acción de protección.”<sup>33</sup>

- “Que lo brevemente reseñado resulta más que suficiente como para poder concluir que la precedente no es una materia que, por su naturaleza, corresponda que se dilucide por el camino de la presente acción cautelar, de cuya finalidad y alcances trasciende por completo. En efecto, de los antecedentes de la causa aparece que las partes suscribieron un contrato de seguro ‘Vivir Más’, al cual la compañía aseguradora decidió poner término de manera anticipada invocando las atribuciones que el mismo le otorga en tal sentido, lo cual indefectiblemente conforma una situación compleja, enmarcada por un contrato válidamente celebrado, y frente al evento en que se funda el reclamo presentado, la recurrida ha esgrimido una razón para sostener que se encontraba facultada para actuar como se le reprocha. Esto significa que quien recurre carece de un derecho indubitado, porque el que han hecho valer se encuentra en discusión, por haber sido cuestionado por la aseguradora contra quien se dirige. Cuarto: Que, en consecuencia, lo que corresponde en derecho es que todo el asunto sea planteado a través de un juicio declarativo de lato conocimiento, instancia en la que existen amplias oportunidades para accionar, excepcionarse, debatir, fundamentar y probar los hechos y hacer valer los derechos pertinentes para las partes en conflicto y, por lo tanto, no existen medidas de protección que esta Corte pueda adoptar al respecto, debido a que lo pretendido trasciende por completo del marco de este recurso, de su condición y finalidad, como se adelantó y que, por lo expresado, no constituye la vía jurídicamente adecuada para decidir sobre una materia traída a debate por un canal que resulta claramente inadecuado.”<sup>34</sup>

- “Que las argumentaciones del recurrente respecto de la Universidad de Valparaíso, obligan a esta Corte para resolver sobre el fondo del asunto, declarar la procedencia o improcedencia de la prescripción alegada, y en un juicio valorativo, resolver al efecto. En cuanto a la modificación unilateral del contrato, realizar también un juicio valorativo y declarativo sobre las normas legales aplicables; si eventualmente se estimase dudosa sobre la constitucionalidad de dichas leyes esta Corte carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Todo lo anterior queda al margen de este arbitrio jurisdiccional, que sólo tiene por finalidad determinar si un derecho inobjetable, que sea a la vez constitutivo de una garantía constitucional, de aquéllas que protege el artículo 20 de la Constitución Política de la República, ha sido vulnerado mediante la privación, perturbación o amenaza, causada por un acto u omisión arbitrario o ilegal.”<sup>35</sup>

- “Que la finalidad propia del recurso de protección es la de restablecer la vigencia del derecho, reaccionando frente a una situación anormal y evidente que atenta contra alguna de las garantías que establece la Constitución. Se trata de una acción cautelar de origen constitucional que protege a los individuos mediante ciertas providencias que evitan los efectos del acto arbitrario e ilegal que haya amagado un derecho indisentido y palmario. Tercero: Que, no obstante que lo actos señalados por el recurrente se estiman por él como arbitrarios e ilegales, los cuales se hallan controvertidos por la contraria, existen en nuestra legislación las vías adecuadas para remediar tales actos, en donde ambas partes en un

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 11.IX.2009, rol N°422-2009. Confirma Corte Suprema, 13.IX.2009, rol N° 6965-2009.

<sup>34</sup> Corte Suprema. 18.II.2010. N° de legal Publishing: 43345.

<sup>35</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20.VII.2006, rol N°323-2006. Confirmado Corte Suprema, 16.VIII.2006, rol N°3825-2006.

*procedimiento reglado, suministran los medios probatorios suficientes para dirimir sus controversias recíprocas, no siendo este recurso constitucional la vía pertinente para solucionarlo.*<sup>36</sup>

En resumen, como se ha señalado, el recurso de protección de autos busca que respecto de la situación de Codelco nuestros tribunales superiores hagan una excepción a su jurisprudencia reiterada y uniforme, en perjuicio de Anglo American, y se conozca a través del procedimiento cautelar de autos de una acción que debe ser conocida por vía ordinaria. Tal pretensión repugna al Estado de Derecho.

#### b) La doctrina

La doctrina ha seguido la tendencia jurisprudencial descrita, señalando que el recurso de protección no es apto para dirimir un conflicto que requiera de la interpretación de un contrato con miras a la declaración de un derecho, incluso con independencia de que el recurrente efectivamente tenga el derecho contractual que reclama.

La principal razón estriba en que la tramitación del recurso, pensada para resolver situaciones evidentes y apremiantes de vulneración de derechos constitucionalmente garantizados, no provee a la recurrida –en el caso que la disputa se refiera a las distintas interpretaciones sostenidas respecto de un contrato– de las garantías propias de un justo procedimiento para hacer valer sus defensas. De esta forma, y so pretexto del restablecimiento del imperio del derecho a través de la mantención de un supuesto *status quo* contractual, la recurrida puede ver quebrantados en sede de protección los derechos que han sido válidamente acordados entre las partes. De hecho, éste ha sido precisamente el efecto generado al concederse la orden de no innovar solicitada en estos autos.

En tal sentido, Enrique Barros sostiene que *“conociendo de la acción de protección, el tribunal no dispone de los medios para agotar el conocimiento del asunto y la urgencia con que el caso debe ser decidido. Por lo general, el*

---

<sup>36</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22.III.2002.

*procedimiento es incompatible con un sopesamiento de todos los antecedentes de hecho y de derecho que inciden en el caso*".<sup>37</sup>

El profesor Enrique Navarro Beltrán, tras realizar un acucioso estudio de la jurisprudencia de protección y sus fundamentos, es categórico al afirmar que "el recurso de protección no debe transformarse en un sustituto de las acciones ordinarias, sino que, por el contrario, su interposición debe circunscribirse exclusivamente para el caso que **flagrantemente** se hayan desconocido derechos personales o alguna de las partes o un tercero –sea autoridad o particular– pretenda aplicar justicia por sí mismo".<sup>38</sup>

Refiriéndose al alcance del recurso de protección en materias contractuales, el profesor Fernández Richard señala:

*"Si bien se ha logrado este significativo avance en el resguardo de las garantías constitucionales, por otra parte se ha efectuado un abuso desmedido de este recurso, pretendiéndose por este vía eminentemente sumaria, cautelar, zanjar situaciones jurídicas de suyo complicadas y materia de juicios de lato conocimiento.*

*En efecto, de la lectura del artículo 20 de la Constitución Política, se desprende que el recurso de protección que ella consagra es un instituto de carácter procesal y constitucional, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho. Frente a situaciones que resulten arbitrarias o ilegales ya que vulneran determinadas garantías o bienes jurídicos que tutela el régimen constitucional, por todo lo cual es obvio que se trata de un recurso rápido, sumario y breve encaminado a estudiar el asunto y en caso que se den los supuestos denunciados, la corte debe restablecer el imperio del derecho o de la justicia en la forma que mejor convenga.*

*En numerosos casos sometidos a los tribunales superiores de justicia se han reiterado los mismos principios, no obstante lo cual se sigue pretendiendo insistir en zanjar situaciones de lato conocimiento a través de este recurso excepcional. [...]*

*Es así que se mantiene la recta doctrina, ya que el recurso de protección tiene los límites que le impone su propia naturaleza según hemos establecido, y en consecuencia, no es un medio idóneo para dilucidar la interpretación de contratos, que celebre una municipalidad con sus contratistas, ya que ello es materia de un juicio de lato conocimiento.*"<sup>39</sup>

Recientemente ha vuelto sobre ello el profesor Humberto Nogueira:

*"No sirve esta acción constitucional para la defensa de cualquier interés, sirve sólo para defender y garantizar frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afecten derechos fundamentales. Se aplica sólo*

<sup>37</sup> Barros Bourie, Enrique, "El recurso de protección como medio de amparo de los contratos", en: Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje a Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996, p. 333.

<sup>38</sup> Navarro Beltrán, Enrique "Límites al recurso de protección en materia contractual", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terra, N°6, 2002, p.67.

<sup>39</sup> Fernández Richard, José "Alcances limitados del recurso de protección en relación a interpretación de contratos suscritos por municipios", Gaceta Jurídica N° 207 (1997), p. 38 y 39.

*cuando existe una amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho esencial, producida por una acción u omisión arbitraria o ilegal de un tercero, sea éste público o privado, existiendo una manifestación de dicha actuación que no requiere de un proceso de prueba complejo, la afectación del derecho debe ser relativamente clara o evidente. En caso contrario, debe utilizarse el procedimiento ordinario o sumario correspondiente”.*<sup>40</sup>

Peña Adasme, por su parte, en un estudio donde coloca el recurso de protección en el contexto de los procesos de urgencia, señala que es de la esencia del procedimiento cautelar de protección que la reclamación de que se trata sea evidente:

*“En efecto, si entendemos que nuestro recurso de protección al igual que el amparo existente en otras legislaciones iberoamericanas es un proceso de urgencia, entonces debemos concluir que para su procedencia es necesario que concurren los supuestos propios de todo proceso de urgencia, esto es, una situación de peligro y cierto grado de evidencia en la reclamación, es decir cuando exista peligro de daño o amenaza a un derecho fundamental y **cuando la conducta atentatoria sea manifiestamente arbitraria o ilegal**”.*<sup>41</sup>

Las citas podrían multiplicarse. Lo relevante es que tanto la jurisprudencia como la doctrina están contestes acerca de los límites del recurso de protección en materia contractual. También en las escasas hipótesis en que la acción cautelar podría prosperar en este ámbito (afectación material y grave de un derecho, término unilateral, desequilibrio manifiesto de las partes), la condición *sine qua non* es la existencia de un derecho indubitado de la recurrente, que resulte evidente y flagrantemente afectado por su contraparte o un tercero. Un recurso de protección para dirimir interpretaciones contractuales no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

c) La misma recurrente ha señalado que nos encontramos frente a un conflicto de interpretación contractual que debe ser objeto de un juicio de lato conocimiento

En efecto, tanto los máximos ejecutivos de la compañía estatal como diversos ministros de Estado han expuesto en diversos medios de comunicación una posición que es consistente con lo que esta parte ha hecho presente en este informe.

<sup>40</sup> Nogueira, Humberto “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, en *Ius et Praxis* (2010), p. 219 – 286 (251).

<sup>41</sup> Peña Adasme, Andrés “El recurso de protección bajo los criterios de la tutela de urgencia”, *Revista Ius Novum* (Universidad Católica de Valparaíso), 2009, N° 2, p. 211.

Gerardo Jofré, Presidente de Codelco, en entrevista publicada por el Diario Financiero el día 11 de noviembre del año en curso, afirmó: *“Entonces hay que interpretarlo (el Contrato) de la manera que cumpla con el efecto que está tratando de hacer. Este contrato está tratando de hacer el efecto de que Codelco puede comprar acciones hasta un 49%, de manera que ellos no pierdan el 51%, pero siempre que ellos hayan vendido no para defraudar. Si no, no funcionaría nunca”*.

En consonancia con la declaración de don Gerardo Jofré, el Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, señaló al diario La Tercera en entrevista publicada el día 12 de noviembre del presente año que: *“Esta operación no tiene ningún punto débil. Los contratos siempre se pueden interpretar de distintas maneras, pero estamos muy seguros de las fortalezas jurídicas de nuestra opción”*.

En esta misma línea, el ministro de Minería Hernán de Solminihac, en entrevista publicada por La Tercera el día 13 de noviembre, declaró de manera elocuente que *“hay que hacer mejores contratos para que éstos no se presten para interpretaciones. Aunque este contrato no lo hizo Codelco, se hizo en 1978 y se perfeccionó en 2002”*.

El mismo Presidente Ejecutivo de Codelco declaró sin ambages lo siguiente en entrevista concedida a *CNN Chile* el 16 de noviembre de 2011:

– *¿Pero usted dice que hay mala fe?*

Hay una interpretación equivocada del contrato para bloquear el derecho que nosotros tenemos.

– *¿O sea se está actuando de mala fe y no de buena fe?*

Están actuando de mala fe en la interpretación [del contrato].<sup>42</sup>

En todos los dichos reseñados se reconoce expresamente el carácter del conflicto que ha promovido la recurrente: se trata, en el mejor de los casos, de una disputa sobre la interpretación del Contrato.

Finalmente, en el propio recurso de protección Codelco reconoce que la presente controversia debe someterse a una sede y procedimiento diversos. Aunque en el párrafo 6 del libelo se afirma que el recurso de protección y la orden de no innovar solicitada constituyen *“la única vía”* para proteger sus derechos, en el párrafo siguiente e incurriendo en evidente contradicción, anuncia que las

<sup>42</sup> Estas declaraciones son coherentes con muchas otras. Por ejemplo, en entrevista otorgada a El Mercurio con fecha 12.XI.2011: *¿Hay un vacío legal en el contrato?*

– “No. Todo contrato es sujeto de interpretación y nosotros estamos seguros de cuál es la fortaleza nuestra legal. Puede haber otras interpretaciones y para eso están los tribunales”.

*¿Este conflicto afecta la percepción de los inversionistas extranjeros?*

– “No, en absoluto. Chile tiene una muy buena reputación como un país que respeta sus leyes y compromisos. Lo que ocurre acá es que Anglo está interpretando el contrato a su favor, usando la letra chica y con una interpretación antojadiza”.

diferencias “*de fondo*” que puedan existir entre las partes serán sometidas a los tribunales competentes. Queda así de manifiesto que el recurso de protección no es el medio idóneo para ventilar la presente disputa.

d) El petitorio del recurso de autos confirma que éste se basa en una interpretación unilateral del contrato por parte de Codelco

Para acoger el recurso de protección de autos, S.S. Itma. tendría que realizar una interpretación del Contrato, ponderando los argumentos de las partes y razonando sobre cuáles de ellos priman sobre los demás. Es decir, debería alterar la jurisprudencia asentada y entrar al fondo de la disputa artificial que, sobre la interpretación del Contrato, ha creado Codelco. En cambio, para rechazar el recurso de protección basta con que se remita a la jurisprudencia constante y uniforme de los Tribunales Superiores de Justicia, según la cual las disputas sobre contratos o su interpretación deben resolverse en procedimientos de lato conocimiento.

Que tal es la situación en la cual la recurrente ha colocado a S.S. Itma., queda de manifiesto con la sola lectura del petitorio del recurso. Allí se solicita que adopte “*las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de esta parte, decretando que las recurridas deberán abstenerse de incurrir en cualquier negociación y/o actuación que vaya en detrimento del Derecho de Compra de que es titular y dueño Codelco, con costas*”.

En primer lugar se debe señalar que, de conformidad al Contrato, Codelco no posee un derecho de compra, sino la posibilidad de ejercer una opción de compra en ciertos periodos contractuales (el próximo, a partir del 2 de enero de 2011), siempre en los términos y condiciones que el mismo Contrato establece. Sólo una vez que se ha ejercido oportunamente la opción, y en la medida que existan acciones en poder de Anglo American por sobre un 51%, surge entonces un derecho de compra y la correlativa obligación de venta de las acciones que existan al tiempo de la compraventa. Resulta pues evidente que el significado de la expresión “*detrimento del Derecho de Compra*” contenida en el libelo de Codelco sólo se puede conocer si antes se sabe con exactitud cuál es el verdadero contenido y alcance de tal “*Derecho de Compra*”. Pero esto es justamente aquello sobre lo cual Codelco ha planteado la controversia, y por consiguiente cualquier orden emanada de S.S. Itma. que no precise este extremo resultará completamente ininteligible y, por la misma razón, ineficaz.

Sin embargo, no es posible realizar las necesarias precisiones sin acoger la posición que alguna de las partes mantiene en la disputa sobre la interpretación del Contrato, especialmente en lo relativo a la existencia o inexistencia de una *prohibición no escrita de enajenar*. Para hacerlo, no obstante, sería preciso actuar en contra de lo que ha sido el criterio uniforme y constante de la jurisprudencia en cuanto a que el recurso sólo procede respecto de un derecho indubitado y, por lo tanto, no puede prosperar cuando lo que a través suyo se ventilan son disputas acerca de la correcta interpretación de estipulaciones contractuales.

Esta parte solicita que S.S. Itma., en concordancia con su criterio en los demás casos, remita la solución de este conflicto a las instancias jurisdiccionales pertinentes y que no haga una excepción a lo que ha resuelto en forma permanente y consistente. En otras palabras, esta parte solicita que la Itma. Corte garantice el imperio del Estado de Derecho, a pesar de que la recurrente sea una empresa estatal ilegítimamente respaldada en su actuar por algunas autoridades de Gobierno.

#### **IV. No existe el derecho de propiedad que se invoca ni se ha vulnerado garantía constitucional alguna**

1. No existe un derecho de propiedad de Codelco que resulte amenazado o perturbado por la actuación de Anglo American

Afirma la recurrente en la página 20 del recurso de protección de autos que *“Codelco es titular de la propiedad sobre una cosa incorporal consistente en un derecho de opción, esto es, el derecho de comprar una porción del interés social en la sociedad Anglo American Sur S.A.; porción que quedó determinada a contar del 29 de julio de 2011, fecha en la cual Anglo American entrega el cálculo estimativo del precio por el 49% de las acciones emitidas por Anglo American Sur S.A. que Codelco tiene derecho a comprar”*.

Este párrafo es una perfecta síntesis de los errores y peticiones de principio en que incurre la recurrente al afirmar que tiene un derecho de propiedad sobre el derecho a comprar un 49% de Anglo American Sur S.A.

El supuesto derecho a comprar la porción del interés social que exista (por sobre el 51%) en manos de Anglo American cinco meses antes del periodo de ejercicio de la opción sería, según Codelco, la consecuencia irrefutable de la obligación de envío de información que pesa sobre Anglo American según el

número doce de la cláusula tercera del Contrato de 2002, información respecto de la cual el mismo contrato señala que es "meramente referencial y no obligará" a ninguna de las partes.

Es decir, el recurso quiere transformar una obligación de enviar información referencial en la determinación vinculante del contenido de la opción, que de este modo: (i) pasaría a ejercerse –en contravención a la regla contractual expresa– antes del mes de enero de los años correspondientes, y (ii) se encontraría blindada por una *prohibición no escrita de enajenar*.

Lo que la recurrente considera como fuente y sumo criterio contractual para establecer el monto o cuantía de los derechos sobre los que eventualmente recaería su opción, es el envío de cierta información referencial y no vinculante cinco meses antes del periodo de ejercicio de la opción, cuyo único objeto es que Codelco pueda calcular el precio de las acciones de Anglo American Sur S.A., para el caso que eventualmente ejerza su opción. Tal información, que según el propio contrato es meramente referencial y no obliga a las partes, tendría la inusitada virtualidad de fijar el objeto de la opción de Codelco. Ello resulta por lo menos sorprendente, si se tiene en cuenta que a esa fecha no se ha ejercido ni ha podido ejercerse opción alguna, que el Contrato prevé que tal opción sólo se puede ejercer "dentro de" enero, "y no de otra manera", y que Codelco tendrá derecho a adquirir entonces las acciones "*existentes a la fecha de compra*".

A continuación se resume por qué el pretendido derecho que Codelco se atribuye no existe de acuerdo al Contrato y a la interpretación que de él han hecho las partes, ni es coherente con la historia ni con la realidad económica que el Contrato regula. Sin embargo, y en primer lugar, S.S. Itma., es necesario precisar que en ningún caso Anglo American puede haber afectado un derecho que Codelco actualmente tenga en relación con acciones pertenecientes a Anglo American, pues Codelco jamás ha adquirido tal derecho. La opción de la recurrente se debe ejercer en las condiciones y plazos establecidos en el Contrato suscrito por las partes, y mientras no se ejerza, lo cual puede hacer como muy pronto el día 2 de enero de 2012, resulta jurídicamente imposible hablar de un derecho.

a) La interpretación que han dado las partes al Contrato de 2002:  
el informe de JP Morgan

Ya se ha hecho referencia a la interpretación que la propia Codelco ha dado consistentemente a las cláusulas pertinentes del Contrato, manifestada en cartas,

hechos esenciales, declaraciones de su Presidente Ejecutivo y de otras autoridades y, no en último lugar, en la omisión en su escrito de las frases que – contenidas en las estipulaciones contractuales que el mismo recurso cita de un modo profuso– regulan expresamente la forma y tiempo de ejercicio de la opción.

Lo anterior no puede sorprender, pues el sentido de las cláusulas relativas a la opción es claro para cualquier persona que las lea. Tal fue el caso de JP Morgan, institución financiera que la propia ENAMI contrató en abril de 2008 para que la asesorara en la evaluación de posibles alternativas estratégicas respecto de la opción. Una presentación que contiene las ideas centrales de la asesoría fue publicada recientemente en la prensa<sup>43</sup> y se acompaña en el primer otrosí. Su revisión es extremadamente útil para entender la relación económica que el Contrato regula.

En dicha presentación se identifica claramente como periodo de ejercicio de la opción los 30 días siguientes al 1° de enero de 2009 (página 4). A continuación, JP Morgan describe a los ejecutivos de ENAMI que recibieron la asesoría los escenarios posibles. Entre abril de 2008 (fecha del análisis) y diciembre de 2008 podría ocurrir, entre otras cosas, que (página 5):

- *“Anglo se anticipa y elimina el derecho de Enami, vendiendo un 49% a un tercero*
- *La Opción deja de tener valor porque los precios del cobre bajan significativamente*
- *La Opción tiene valor, pero no suficiente como para absorber los costos/riesgos de ejecución de una transacción (y Anglo así lo percibe)”.*

En la página siguiente se analiza el trabajo a realizar considerando los escenarios posibles. En la etapa de análisis, que se extiende hasta junio, se contempla *“analizar cómo encarar conversaciones con Anglo y cómo evitar que Anglo tome medidas que puedan reducir o anular el valor de la Opción”*. En la página 8, por su parte, se advierte que el *“valor”* de la opción no sólo depende de

<sup>43</sup> “Hay dos documentos de mucho valor hoy, que Codelco debiera haber conocido antes de informar el 12 de octubre sobre su decisión de usar la Opción en enero del 2012, y que se gestan en la Enami el 2008, antes de venderle la Opción a Codelco. El primero es una Propuesta de Asesoría Financiera que Enami le pide a JP Morgan, en abril del 2008, sobre la Opción. La empresa asesora sugiere la posibilidad de incluir un tercero que financie la adquisición de la Opción, advirtiendo que esto necesita hacerse con sumo cuidado, para que Anglo no perciba que hay voluntad de traspasar parte de la Opción -vía triangulación- a un interés que no sea el Estado chileno. Aun así, JP Morgan recomienda llegar a un acuerdo directo con Anglo porque, entre otras cosas, así hay “un menor riesgo de que Anglo disminuya el porcentaje del derecho de Enami por debajo del 49%” (Fernando Paulsen, *“¿Dónde está la champaña?”*, El Post, 13/11/2011 en: <http://elpost.cl/content/%C2%BFd%C3%B3nde-est%C3%A1-la-champa%C3%B1a>). El documento puede encontrarse, a partir del vínculo incluido en la publicación, en: [https://docs.google.com/document/d/1QK3F8TdbAw9dcsD7VvjWqtaA\\_ZmFcSxawMoFZdKMg4/edit?pli=1#](https://docs.google.com/document/d/1QK3F8TdbAw9dcsD7VvjWqtaA_ZmFcSxawMoFZdKMg4/edit?pli=1#).

la diferencia entre el precio de mercado de las acciones y el precio de ejercicio de la opción, sino también por la *“posibilidad de Anglo de disminuir el porcentaje a ser adquirido por Enami”*. Por eso la asesoría propone que la mejor alternativa es llegar a *“un acuerdo directo con Anglo”*. Entre otros efectos, eso disminuiría el *“riesgo de que Anglo reduzca el porcentaje del derecho de Enami por debajo del 49%”*. Finalmente, entre los *“siguientes pasos”* se contempla el diseño de la estrategia y tácticas para *“evitar posibles ‘medidas’ o acciones que pueda adoptar Anglo para evitar el ejercicio de la Opción por parte de Enami o anular el valor de la Opción”*, y definir un *“Plan B”* para el caso *“que no se llegue a acuerdo con Anglo”* (página 9).

Estos antecedentes muestran con toda claridad el carácter instrumental de este recurso de protección y el conocimiento cierto de Codelco sobre la ausencia de toda legitimidad en sus aspiraciones. Al mismo tiempo, confirman que tanto este recurso como las demás actuaciones de Codelco forman parte de la confesa estrategia planificada para impedir a mi representada ejercer los derechos a que nos hemos referido y que el Contrato expresamente contempla.

#### b) El potencial conflicto que reguló el Contrato de 2002

Como se ha señalado repetidas veces, el Contrato de 2002 vino a **modificar** e **interpretar** una estipulación contractual que tenía su origen en el Contrato de 1978, según la cual ENAMI (ahora Codelco<sup>44</sup>) tiene una opción relativa a la compra de una porción de acciones de Anglo American Sur S.A. en las condiciones que allí se estipulan.

El mismo Contrato de 2002 regula el precio de ejercicio de la opción mediante dos fórmulas alternativas. La característica fundamental de ambas, sin embargo, es que dependen de inversiones y utilidades pasadas. Por lo tanto, siempre que las proyecciones futuras del yacimiento sean especialmente auspiciosas o especialmente negativas, puede producirse una diferencia importante en perjuicio de una de las partes y en beneficio de la otra. Concretamente, por ejemplo, si como consecuencia de importantes inversiones y de las proyecciones de demanda resulta que el precio de ejercicio de la opción regulado en el Contrato llega a ser mucho menor que el precio de mercado de las acciones de la compañía, la venta de acciones a Codelco al precio de ejercicio de la opción beneficiará a esta última en perjuicio de Anglo American. En tal

---

<sup>44</sup> Se hace referencia a Codelco, aunque se trate del Contrato de 2002, pues Codelco adquirió de ENAMI todos los derechos asociados a la opción en la misma forma en que ésta los tenía.

situación, todos los incentivos de Codelco estarán dirigidos a materializar la opción con el descuento en el precio, mientras que todos los incentivos de Anglo American estarán dirigidos a mantener en su propiedad el 100% de la compañía o a vender una parte al precio real de mercado. Como de acuerdo al Contrato la opción se activa cada tres años, las dos partes ponen en marcha sus esfuerzos para avanzar en la dirección que les interesa apenas es posible avizorar cuál será la relación entre el precio de mercado de las acciones y el precio de ejercicio de la opción en el mes de enero que corresponda.

La regulación contractual de 2002 tiene por objeto precisamente el equilibrio de estos intereses contrapuestos. Con independencia de los orígenes históricos de la opción en el Contrato de 1978, lo cierto es que en el año 2002 las partes volvieron a acordar y definir las características de la opción y las condiciones de su ejercicio, teniendo a la vista precisamente el juego de incentivos y desincentivos que genera la posibilidad de un desfase entre el precio de ejercicio de la opción y el precio de mercado de las acciones.

En este contexto y con este trasfondo económico se redacta la modificación e interpretación de la cláusula catorce del Contrato de 1978. Así, la cláusula relativa a la opción de Codelco señala en su última versión, la del Contrato de 2002, que ésta puede comprar un Interés Social en Disputada a IAADL y AACDL, hasta por un monto máximo en tal forma de que el Interés Social así comprado por ENAMI, cuando se sume al total del Interés Social que posean personas distintas de IAADL y AACDL, o de cualquier otra filial de éstas o de AAplc, no exceda del 49% del total del Interés Social *existente a la fecha de compra*. ENAMI puede ejercer su opción de compra dentro de los treinta días siguientes al primero de enero de dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce, dos mil quince, dos mil dieciocho, dos mil veintiuno, dos mil veinticuatro y dos mil veintisiete y no de otra manera.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> "TERCERO: AAplc, IAADL, AACDL y ENAMI acuerdan lo siguiente para los efectos de interpretar la cláusula catorce del Contrato de Mil Novecientos Setenta y Ocho en su texto vigente antes de las modificaciones de que da cuenta el presente convenio, en adelante, la "Cláusula Catorce": DOS) [...] IAADL y AACDL, bajo las referidas o futuras razones sociales, tipos de sociedad y domicilios sociales –siendo en conjunto las actuales propietarios del cien por ciento de los derechos en Disputada– otorgan en este acto a ENAMI o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile que ENAMI podrá designar, el derecho de comprar un Interés Social en Disputada a IAADL y AACDL, hasta por un monto máximo en tal forma de que el Interés Social así comprado por ENAMI, cuando se sume al total del Interés Social que posean personas distintas de IAADL y AACDL, o de cualquier otra filial de éstas o de AAplc, no exceda del cuarenta y nueve por ciento del total del Interés Social *existente a la fecha de compra*, todo en los siguientes términos y condiciones: [...] CINCO) Que, para los efectos de los números tres y cuatro de la Cláusula Catorce, ENAMI puede ejercer su derecho de compra dentro de los treinta días siguientes al primero de enero de uno cualquiera de los años siguientes: dos mil tres, dos mil seis, dos mil nueve, dos mil doce, dos mil quince, dos mil dieciocho, dos mil veintiuno, dos mil veinticuatro y dos mil veintisiete y *no de otra manera*; [...]" (cursivas añadidas).

Un eventual conflicto entre los intereses contrapuestos que aparecen en caso de producirse un diferencial significativo de valor entre el precio de ejercicio de la opción y el precio de mercado de las acciones quedó zanjado, entonces, en los siguientes términos: si al 1° de enero de los años en que se activa la opción Anglo American no ha vendido parte del 49% de las acciones que exceden la reserva del 51%, ni tampoco ha adquirido para sí la opción de Codelco, ésta tiene derecho a adquirir ese saldo al precio de ejercicio regulado en el Contrato.

La expectación de las partes en todo el periodo previo al mes de enero en que se activa la posibilidad de ejercer la opción se manifiesta elocuentemente en la entrevista que el Presidente Ejecutivo de Codelco dio el día domingo 20 de noviembre de 2011 en el programa "Tolerancia Cero", así como en otras declaraciones de ejecutivos de Codelco y personeros de Gobierno.<sup>46</sup>

Cualquier interpretación del Contrato según la cual la opción de Codelco puede ser o entenderse ejercida con anterioridad al mes de enero correspondiente, en términos tales que las acciones a que dicho ejercicio se refiera ya no pueden ser enajenadas por Anglo American; choca con las estipulaciones contractuales que se han referido. Por la misma razón, una interpretación como la propuesta por la recurrente vaciaría de sentido nada menos que el periodo de ejercicio de la opción que el Contrato expresamente prevé. Pues si la opción puede ejercerse antes, inmovilizando los activos sobre los que recae, ¿qué sentido podría tener esperar a que pasen los meses y llegue el mes de enero del año correspondiente? ¿Y qué fundamento tendría la incorporación de la frase "y no de otra manera" al Contrato de 2002?

---

<sup>46</sup> En dicha entrevista, don Diego Hernández dio detalles de la negociación que tuvo lugar este año entre Anglo American y Codelco en torno a la posibilidad de que aquella comprara la opción. En el mes de agosto de 2011, es decir, cuando según el recurso de autos el ejercicio de la opción por parte de Codelco ya se había iniciado, se desarrollaban conversaciones sobre las que el señor Hernández relata lo siguiente: "Ellos [Anglo American] hicieron una oferta con validez hasta una cierta fecha. Yo les contesté, en esa fecha, les dije: mira dame dos semanas más. Al final me dieron dos semanas más y cuando se venció el plazo (...) les dije: mire, no". Lo mismo aparece con toda claridad de la entrevista en entrevista concedida al programa "Teletrece AM" del día 18 de noviembre de 2011 por el Ex Ministro de Minería y actual Ministro de Obras Públicas señor Laurence Golborne: – *Pero es interesante lo que usted dice. Usted cuando fue Ministro de Minería, ¿había previsto este escenario, que en el fondo Anglo American se apurara en vender algo para tener menos pérdidas en el caso que llegara la fecha en que Codelco podía comprar? O sea, aquí hay un tema bien de fondo Montserrat. La pregunta es: si Anglo American puede o no vender estas acciones y cuándo puede venderlas o no. Eso es lo que los tribunales van a tener que determinar...* – *Pero yo le pregunté otra cosa: Ustedes en Codelco, ¿habían visto que este escenario podía ocurrir entonces? Por supuesto, era una alternativa bastante lógica. Es sólo analizar el contrato y decir si: ¿Anglo American puede vender esta opción?* Es parte del análisis. La respuesta de Codelco... – *Entonces, ¿Por qué tanta sorpresa cuando se supo que Mitsubishi había comprado este porcentaje? A ver, no hay sorpresa. Le insisto. Este tema estaba considerado entre las opciones y usted ve que inmediatamente, se pusieron en los tribunales los recursos legales para impedir la venta del saldo de lo que Anglo American tiene. Esta situación era un escenario que se podía dar y Codelco tiene las herramientas para defender su posición.*

Atendida la naturaleza y características del potencial conflicto que el Contrato de 2002 buscaba regular y reguló, resulta absolutamente inverosímil que las partes hayan establecido las condiciones de ejercicio de la opción en los términos transcritos y, al mismo tiempo, hayan podido siquiera contar con la posibilidad de que la opción fuera ejercida o entenderse ejercida en un tiempo distinto o de un modo diverso que el regulado expresamente en el Contrato. La sola idea de que además pudiera estar implícita una prohibición no escrita de enajenar las acciones (que gravara a una de las partes) repugna, atendido el origen y sentido de las estipulaciones, a los principios más básicos de la racionalidad y –en quien tal cosa sostiene– al más elemental recato que impone la buena fe.

### c) Calidad y valor de la opción

Lo señalado en los dos apartados anteriores de este informe permite concluir que el ejercicio de la opción se encuentra configurado de un modo que en absoluto es casual: el tenor del Contrato refleja exactamente la voluntad de las partes en el preciso aspecto de las diferencias que se pueden producir entre el valor de mercado de las acciones o derechos de la compañía, por una parte, y el precio de ejercicio de la opción regulado en el Contrato, por la otra.

El carácter limitado de la opción encuentra su expresión fidedigna en uno de los indicadores que condensan la mayor cantidad de información posible al respecto: su precio. Y afortunadamente disponemos además del precio determinado en un tiempo relativamente reciente, en sintonía con el alza del precio del cobre y con sus auspiciosas perspectivas futuras. En el año 2008, según se vio en el apartado (a) de este capítulo, ENAMI estudió la forma de rentabilizar al máximo la opción, y para eso contrató asesorías externas, de las cuales se conoce por la prensa la que prestó JP Morgan. El análisis de esta institución financiera fue sobrio y preciso: lo mejor era tratar de llegar a un acuerdo directo con Anglo American, entre otras cosas por el riesgo –que podía concretarse entre abril y diciembre de 2008– de que ésta enajenara las acciones correspondientes al 49% a que se refiere la opción.

En este contexto Anglo American, que quería conservar el 100% de la propiedad, le ofreció a Enami la compra de la opción en USD 175 millones. Enami no estuvo dispuesta a vender la opción a Anglo American, pero sí a traspasársela a Codelco. El precio que Codelco paga y Enami percibe por ella es el mismo que

había ofrecido Anglo American: USD 175 millones. Si una opción relativa al 49% del activo cuprífero más importante del mundo tiene –con independencia de las incidencias de detalle– sólo el valor señalado, ello únicamente se explica por las peculiares características de la opción en el Contrato: ella es menos valiosa que una opción común justamente porque reconoce a Anglo American el derecho de reducir o incluso eliminar el bien subyacente a la opción antes de que se inicie cada periodo de ejercicio.

d) No se ha afectado el derecho de propiedad constitucionalmente protegido pues éste no se extiende a las meras expectativas

Aquello que la recurrente denomina su derecho a la adquisición de un 49% de Anglo American Sur S.A. no es más que una mera expectativa, y por consiguiente, no se encuentra protegido por el artículo 19 N° 24 en relación con el artículo 20 de la Constitución Política.

Como el Contrato establece que Anglo American puede enajenar acciones de tal modo que se disminuya o incluso elimine el porcentaje de participación en Anglo American Sur S.A. a que se refiere la opción, el objeto en que ella recaerá carece de entidad mientras no se ejerce la opción. Por lo tanto, la compra de un porcentaje determinado del interés social sólo podría llegar a constituir, en el mejor de los casos, una mera expectativa para quien es titular de la opción pero aún no la ha ejercido.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia no deja lugar a dudas en cuanto a que el derecho de propiedad, aun en la comprensión amplia que subyace al artículo 19 N° 24 de la Constitución, debe poseer actualidad, y por lo tanto en ningún caso comprende las meras expectativas:

- *“Efectivamente, el recurso de protección de garantías constitucionales tiene por objeto proteger el legítimo ejercicio de derechos que estén indubitados, y no de aquellos que se encuentran en discusión o que constituyan una **mera expectativa**. Esto es, no se trata de un juicio declarativo de derechos, como parece entenderlo el recurrente de autos, postura de la que erradamente se hizo eco el tribunal de primer grado, cuando entró a analizar las actuaciones de la empresa recurrida.”<sup>47</sup>*

- *“Respecto a la trasgresión del derecho de dominio, el contrato de promesa de compraventa sólo generó derechos personales entre las partes involucradas, pero sólo una mera expectativa de adquirir el derecho de dominio para el actor,*

<sup>47</sup> Corte Suprema, 9.VIII.2007, rol N° 3554-2007.

**expectativa que no está amparada por la garantía constitucional que se dice conculcada.**<sup>48</sup>

- “En razón de estas consideraciones, los recurrentes de protección **no tienen derecho a ser tutelados en una mera expectativa** o en un presunto derecho incorporado a su patrimonio por su ejercicio inmemorial.”<sup>49</sup>

- “Que también los recurridos alegan que se han conculcado las garantías consagradas en los números 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Al respecto, debe señalarse que una perturbación o privación de la libertad de adquirir toda clase de bienes y derechos no puede ser confundida con la frustración de meras expectativas que tienen los recurrentes de acceder a una mayor participación en la cuota regional puesto que la anchoveta y la sardina común siempre podrán ser pescadas. En cuanto al derecho de propiedad que se estima vulnerado, debe tenerse presente que en la especie él existe en la medida que esté aparejada con la inscripción en el Registro Artesanal. El único eventual titular de derechos sobre la fracción de cuota a subdividir es la organización de pescadores artesanales a la que los recurrentes pertenecen ya que ellos, por sí solos, no son titulares de derecho alguno sobre ella, sino que **sólo una mera expectativa**. Por estas consideraciones, lo prevenido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, se declara que no se hace lugar al recurso de protección.”<sup>50</sup>

- “De todos los antecedentes documentales allegados a este recurso, no es posible inferir que exista o haya existido de parte de los recurridos, actos u omisiones arbitrarias o ilegales, que originen privación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho de propiedad del recurrente, toda vez que este **sólo goza de una mera expectativa** de que pudiera indemnizarse su pérdida, en el caso de que se verifiquen los presupuestos contemplados en sus respectivas pólizas, lo que no ha ocurrido.”<sup>51</sup>

- “En efecto, como lo señala dicha Corporación, la pretensión de recurrente sólo encuentra fundamento en una ‘**mera expectativa**’, mientras que la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado versa sobre ‘derechos’.”<sup>52</sup>

Igual que en otras materias, la doctrina también ha constatado el criterio jurisprudencial según el cual el derecho de propiedad que la Constitución protege no alcanza a las meras expectativas.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Corte Suprema, 8.VII.2010, rol N° 5561-2008.

<sup>49</sup> Corte Suprema, 13.V.2010, rol N° 743-2010.

<sup>50</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 23.V.2009, rol N° 133-2009. Confirmado por la Corte Suprema, 25.V.2009, rol N° 2961-2009.

<sup>51</sup> Corte de Apelaciones de Talca, 28.IV.2008, rol N° 695-2007. Confirmado Corte Suprema, 2.VII.2008, rol N° 2920-2008

<sup>52</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2134-2007, 11.VII.2007, Confirmado Corte Suprema, Rol N° 4017-2007, 4.IX.2007.

<sup>53</sup> Cfr. por ejemplo, Martínez Estay, José “El juez y los efectos de la Constitución en el tiempo”, Revista de Estudios Constitucionales, N°1, 2003, p. 731.

- e) En todo caso: ni siquiera el incumplimiento de un contrato constituye privación, perturbación o amenaza del derecho *personal* que emana de él

Se ha mostrado en lo que precede cómo la recurrente ha promovido, mediante el recurso de autos, una disputa sobre la interpretación de determinadas cláusulas contractuales. Como se ha visto, la jurisprudencia y la doctrina rechazan que el recurso de protección sea idóneo para plantear y resolver esta clase de controversias. Se ha visto también que, aunque se aceptara discutir en esta sede sobre el sentido de las estipulaciones del Contrato, la interpretación que la recurrente plantea es contraria al tenor del mismo, a la interpretación que le han dado las partes y el Gobierno, a la economía de la relación regulada en él, y a los principios más elementales de la racionalidad y la buena fe.

Pero ocurre que incluso en el hipotético caso de que el recurso de protección fuera el cauce idóneo para esta disputa y, aun más, se razonara por un momento sobre la ficción de que la interpretación del Contrato propuesta por la recurrente fuera correcta, esto es, que Codelco tiene un pretendido “derecho” a adquirir el 49% de las acciones de Anglo American Sur S.A. y que Anglo American hubiera incumplido una supuesta “obligación” correlativa; incluso entonces el recurso de protección sería improcedente. Esto se debe a que ni siquiera el incumplimiento de un contrato puede considerarse como privación, perturbación o amenaza del derecho personal que emana de él.

En efecto, la obligación es un vínculo de derecho entre dos patrimonios, un “*vínculo en virtud del cual un individuo, el acreedor, tiene el derecho de reclamar a otro, el deudor, la ejecución de una prestación*”.<sup>54</sup> Así, mientras que en los derechos reales existe una relación directa entre sujeto y objeto, un poder inmediato y directo sobre una cosa; en los derechos personales el poder no recae sobre la cosa que eventualmente puede ser objeto de la prestación, sino que consiste en la prerrogativa reconocida al acreedor de exigir del deudor la ejecución de una conducta respecto de la cosa. La relación con la cosa se encuentra mediada por la conducta de otro sujeto.

Característico de este vínculo entre dos patrimonios es la constitución de la totalidad del patrimonio del deudor como garantía de la ejecución de la prestación, efecto consagrado en el artículo 2465 del Código Civil y en el régimen concursal. Ello implica que, ante la eventualidad de un incumplimiento, el acreedor tiene el derecho de accionar por la ejecución específica de la obligación incumplida, o bien a obtener la ejecución por equivalencia, representada por una suma de dinero a

---

<sup>54</sup> Larroumet, Christian, “*Teoría General del Contrato*”, Volumen I, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1990, p. 16.

título de indemnización por daños y perjuicios. Las acciones civiles que se prevén para el caso de incumplimiento son los así llamados “*efectos de las obligaciones*”.

En este sentido, la *especie* de propiedad de la que habla el Código Civil no puede sino predicarse respecto de la facultad que el derecho confiere al acreedor para compeler al deudor a realizar determinada conducta. La propiedad recae entonces sobre el *derecho a exigir la prestación y no sobre la cosa misma* objeto de la obligación o prestación.

En el afán de precisar la idea de *especie* de propiedad contenida en el Código Civil, se insiste en que, desde el punto de vista de su titular, el derecho personal y la propiedad en sentido estricto son realidades análogas.<sup>55</sup> En este sentido, “*la propiedad sobre los derechos personales es un concepto que no tiene otro sentido que demostrar un vínculo entre el derecho y el sujeto, es decir, una relación de titularidad*”.<sup>56</sup>

Los conceptos anteriores permiten identificar entonces una doble dimensión en la estructura de los derechos personales: (i) la relación o vínculo obligatorio propiamente tal; y (ii) una propiedad genérica o “*pertenencia*”, por medio de la cual el derecho personal se vincula al titular a través de su patrimonio.<sup>57</sup>

Por lo tanto, el incumplimiento de un derecho personal incide *únicamente* en la dimensión de la relación obligatoria propiamente tal, de manera que no priva al sujeto de la “*especie de propiedad*” o titularidad que emana de ese mismo derecho. En el incumplimiento de la obligación personal no existe entonces privación, perturbación o amenaza alguna de esta propiedad sobre el derecho personal, por cuanto ésta despliega sus efectos *precisamente en el evento del incumplimiento*, actualizando aquello que es esencial al derecho personal y sobre lo que recae la propiedad de su titular. El incumplimiento no es más que una de las situaciones en las que se manifiesta el ejercicio del derecho personal.

El profesor Enrique Barros es enfático al respecto, al señalar que “*el incumplimiento de la prestación es perfectamente compatible con la titularidad sobre el crédito. Allí radica la diferencia entre la estructura interna del derecho personal y del real*”.<sup>58</sup>

Lo anterior es coherente con la literatura especializada en recurso de protección y contratos: “*Si se analiza conforme a las reflexiones anteriores el*

<sup>55</sup> “Al hablar de una especie de propiedad, Bello pretende significar que la titularidad sobre derechos subjetivos, personales, presenta analogías (no identidad) con el derecho de propiedad” (Barros Bourie, Enrique, obra citada, p. 325).

<sup>56</sup> Jana, Andrés y Marín, “*Recurso de protección y contratos*”, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 34.

<sup>57</sup> Barros Bourie, Enrique, obra citada, p. 325.

<sup>58</sup> Barros Bourie, Enrique, obra citada, p. 326.

*artículo 19 N° 24 de la CP, que asegura la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, deberá concluirse entonces que el alcance que cabe darle a la norma constitucional en relación a los derechos personales, es el de una protección de su titularidad, de esa pertenencia genérica que vincula al derecho con un patrimonio y consiguientemente con un sujeto de derecho”.*<sup>59</sup>

Sostener lo contrario, como lo hace Codelco en su acción de protección, significaría constitucionalizar un principio de ejecución *en naturaleza* de las obligaciones, que no puede desprenderse del artículo 19 N° 24 ni de ninguna otra disposición de la Constitución Política, junto con hacer desaparecer la distinción entre derecho real y derecho personal, esencial en la estructura del Código Civil. Asimismo, no es posible constituir a la acción de protección, como lo pretende Codelco, en el medio generalizado para obtener el cumplimiento de obligaciones contractuales, por cuanto ello no es coherente con los fines de esta acción y el modo como ellos se reflejan en su configuración procesal.

Así lo ha entendido la jurisprudencia:

*“7.- [...] Es el parecer de esta Corte que si bien el artículo 583 del Código Civil, señala que sobre las cosas incorporales existe una especie de propiedad, en relación a los derechos personales o créditos, como sucede en el caso de autos, en que estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, lo que procede por parte del acreedor respecto de un derecho de tal tipo es hacerlo valer en contra del obligado, si es necesario judicialmente, no siendo posible ver afectado el derecho de propiedad por el incumplimiento. El derecho de propiedad en relación a las cosas inmateriales, como son los derechos, se puede advertir propiamente su existencia en relación a los derechos reales, como sucede con el usufructo, que es el ejemplo que se contiene en el citado artículo del Código Civil. También se verá excepcionalmente en relación a derechos personales como ocurrirá en la venta orientada a la cesión de los mismos, pero esta situación, en que el derecho es el bien que se vende, resulta totalmente distinta a la que se presenta en relación al incumplimiento de las obligaciones.*

*8.- Que en consecuencia de lo anteriormente razonado puede concluirse que no se ha afectado ninguna de las garantías en que funda su recurso de protección la recurrente.”*<sup>60</sup>

El recurso de autos no dice relación con un derecho real, sino con un supuesto derecho personal, que no genera relaciones directas entre el sujeto activo y las cosas, sino que relaciones siempre indirectas, a través de la prestación a la que el deudor se ha obligado. La propiedad sobre ese derecho

<sup>59</sup> Jana y Marin, obra citada, p. 36

<sup>60</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de La Serena, 6.IX. 2010, rol N° 649 – 2010. Confirmado por la Corte Suprema, 28.X. 2010, rol N° 6963 – 2010, ; Gaceta Jurídica N° 365, p. 61.

personal se manifiesta precisamente en la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo pactado, es decir, en la posibilidad de remediar el incumplimiento contractual, pero la propiedad no se extiende a la prestación misma. Por lo tanto, aun cuando Codelco tuviese razón –que no la tiene– igualmente su derecho de propiedad no ha sido afectado, puesto que tiene todos los mecanismos para remediar el supuesto incumplimiento, siendo titular del crédito que reclama en el hipotético caso a que nos referimos.

Resulta evidente además, S.S. Itma., que para sostener la implausible tesis de que el acreedor puede protegerse frente al incumplimiento contractual por la vía de la acción de protección se requiere, a lo menos, que dicho incumplimiento se encuentre establecido de manera indubitada. Y ya se ha mostrado precedentemente que no ocurre tal en la especie.

2. No existe privación, perturbación ni amenaza de los derechos constitucionales consagrados en el artículo 19 N° 3 y en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política

a) Ausencia de privación, perturbación o amenaza del derecho a no ser juzgado por comisiones especiales (inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la Constitución)

*aa) Improcedencia por causas de forma: en el recurso de autos se invoca una garantía que no está protegida con la acción de protección*

El recurso de protección de Codelco se funda en una supuesta vulneración del artículo 19 N°3 inciso 4° de la Constitución (página 21 del escrito de protección). Al respecto, como S.S. Itma. bien sabe, la acción de protección sólo procede respecto de las garantías que el artículo 20 de la Constitución enumera taxativamente. Es del caso que el inciso 4° de del referido artículo 19 N°3 no se encuentra dentro de estas garantías, debiendo en consecuencia ser rechazado.

*bb) Improcedencia de fondo*

El recurso de protección de autos además de invocar una garantía que no ampara el recurso de protección, también se equivoca al intentar fundamentar este capítulo de su argumentación. En efecto, cabe señalar que Anglo American, al

vender y transferir un 24,5% de sus acciones en Anglo American Sur S.A. a la compañía MC Resources Development Ltd., tampoco perturbó ni amenazó la garantía consagrada en el artículo 19 N°3 inciso 5° de la Constitución, pues tal venta y transferencia no importa tomar *“justicia de su propia mano”* ni *“constituirse en una comisión especial”*, como pretende la actora.

El inciso 5° del artículo 19 N° 3 establece el derecho al juez natural o juez ordinario,<sup>61</sup> en virtud del cual una persona sólo puede ser juzgada por un tribunal que haya sido creado con anterioridad al hecho que se juzga y por el juez que lo encarna. De esta manera *“el derecho al juez natural no sólo imposibilita ser sometido a juicio ante una autoridad que no es juez (que carece de jurisdicción), sino que prohíbe los tribunales especiales fuera del Poder Judicial como son los tribunales ad hoc; los tribunales revolucionarios u otros creados por el poder político en situaciones de convulsión política y social.”*<sup>62</sup>

En el caso *sub lite* no existe una infracción al inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, por las siguientes razones:

(1) La venta efectuada por Anglo American no es una vía de hecho, sino el legítimo ejercicio del derecho de propiedad de un particular.

(2) El ejercicio de autotutela presupone que una de las partes pretende adelantar los efectos y consecuencias de la intervención de un órgano investido de jurisdicción e impedir a la contraparte acudir a los órganos competentes para el resguardo de sus derechos. Nada de ello acontece en la especie, como prueba el anuncio que Codelco ha hecho de las múltiples acciones judiciales que se encuentra preparando y pretende ejercer.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> El inciso 5° del artículo 19 N°3 debe ser interpretado en conjunto al inciso 2 del artículo 38 de la Constitución que dispone: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”; el inciso primero del artículo 76 de la Carta Fundamental que señala: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que señale la ley”; y el inciso 1 del artículo 77 del mismo cuerpo normativo que indica: “Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Corte o jueces letrados.”

<sup>62</sup> Nogueira, Humberto, *“Derechos Fundamentales y garantías constitucionales”* tomo II, Librotecnia, p. 318 y 319.

<sup>63</sup> Los anuncios de acciones legales por parte de Codelco son innumerables. Por ejemplo: “Vamos a defendernos legalmente para obligarlos a vendernos el 49% en las condiciones pactadas. Hay diversas posibilidades. No las vamos a analizar aquí todas las alternativas, pero sí las estamos estudiando todas” (Diego Hernández al *Diario Financiero*, 15.XI.2011); “Si ellos nos quieren vender el 49% no va a haber ningún problema, si ellos no nos venden el 49%, ahí se inician otras acciones legales, por el hecho de que ellos, a nuestro criterio, no estarían cumpliendo con los contratos establecidos” (Diego Hernández a *Estrategia*, 17.XI.2011); “Respecto a Mitsubishi, nosotros no tenemos ninguna relación contractual con Mitsubishi pero obviamente si en el proceso legal establecemos no cierto que Mitsubishi también está actuando perjudicando los intereses de

(3) Anglo American tampoco se ha atribuido facultades propias y excluyentes de los tribunales dispuestos por la ley, sino que ha ejercido su derecho de propiedad. Entender lo contrario implicaría el absurdo que cada vez que un propietario pretenda disponer del objeto de su dominio, debería acudir a los tribunales de justicia para asegurarse de que su conducta no sea interpretada como una forma de autotutela.

(4) La jurisprudencia sobre recursos de protección referentes a cuestiones contractuales, en los cuales también se alude ocasionalmente a vías de hecho o ejercicio de autotutela, ha exigido en forma consistente la prueba de un derecho indubitado del recurrente de protección. En la especie, la simple lectura de los escritos y de lo declarado por la recurrente y el Gobierno muestran que ello no es el caso.

(5) Una eventual perturbación y amenaza del derecho de Codelco al juez natural u ordinario es contradictoria con el relato de su propio recurso. En el cuerpo de su escrito, Codelco se refiere a diversos actos de Anglo American que ya se han concretado y que a su juicio precisamente no han “*privado*” a Codelco de su derecho al juez natural. Pero al mismo tiempo la recurrente es enfática en señalar que si estos mismos actos se repiten en el futuro, pueden ocasionar graves pérdidas y perjuicios a su patrimonio, y por eso “*amenazan y perturban*” su garantía constitucional. Sin embargo, ¿es posible lógicamente afirmar que actos que no han afectado al recurrente en su derecho al juez natural hoy, perturben y amenacen el referido derecho mañana? ¿Por qué actos que no han afectado el derecho del recurrente a un juez natural, si se reiteran pueden ocasionar dicha afectación?

*cc) El derecho al juez natural nada tiene que ver con conflictos entre particulares*

Salvo en situaciones muy excepcionales (perturbaciones materiales graves o término unilateral de derechos o relaciones jurídicas de contenido indubitado) y radicalmente diversas del caso *sub lite*, los casos en que se ha acogido la protección por vulneración del derecho a un juez natural en materias contractuales no inciden en conflictos entre particulares, sino en situaciones donde una autoridad administrativa se arroga la facultad de interpretar en forma vinculante el sentido y alcance de las cláusulas contractuales.

---

Codelco obviamente que también van a estar involucrados en las acciones legales que vamos a iniciar” (Tomás Keller a Radio Cooperativa, 11.XI.2011).

En este sentido se ha fallado por ejemplo que:

- *“Aun cuando hubiesen sido efectivas las situaciones examinadas en los fundamentos precedentes, ni el Rector de la Universidad de Chile ni el Vicepresidente de la Corporación de Televisión de la misma, han podido adoptar por sí y ante sí, la decisión de poner término a un contrato [...] puesto que ello vulnera la norma del ya recordado artículo 1545 del Código Civil.”<sup>64</sup>*

- *“5°) Que del informe de fiscalización, cuya copia rola a fojas 67, aparece que la Inspección determinó la existencia de una cláusula tácita que se incorporó al contrato de trabajo en cuestión, porque la empresa otorgó por al menos cinco meses un beneficio no pactado al trabajador Luis Corvalán; 6°) Que la recurrida se ha arrogado facultades propias y excluyentes de los tribunales competentes en la materia, esto es, de los Juzgados del Trabajo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Trabajo, corresponde a éstos conocer de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales y colectivos del trabajo; 7°) Que de lo señalado precedentemente aparece de manifiesto que la recurrida en estos autos incurrió en un acto ilegal que afecta la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la República, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta, desde que asumió en la práctica la función de juzgar que pertenece constitucionalmente a los Tribunales de Justicia.”<sup>65</sup>*

- b) Ausencia de privación, perturbación o amenaza del derecho a la libre iniciativa en materia económica (artículo 19 N° 21 de la Constitución)

La recurrente sostiene que Anglo American, al vender y transferir un 24,5% de sus acciones en Anglo American Sur S.A. a la compañía MC Resources Development Ltd., filial de Mitsubishi Corporation, perturbó y amenazó “claramente” la garantía que establece el artículo 19 N° 21 de la Constitución, concebida como el derecho de Codelco a “*adquirir interés social en la sociedad Anglo American [...] y de este modo participar en la explotación y beneficios de los negocios propios del giro minero.*” Tal derecho de Codelco –la principal productora de cobre del mundo– se vería afectado por la venta realizada por Anglo American del 24,5% de sus acciones en Anglo American Sur S.A.

El artículo 19 N° 21 de la Constitución consagra el derecho a desarrollar libremente una actividad económica o emprendimiento económico. Según ha señalado la doctrina “*su objeto, dentro de los principios del orden público económico, es dar mayor relevancia a la libertad de las personas para iniciar actividades económicas y crear riqueza, sin que tal libertad pueda coartarse por*

<sup>64</sup> Corte Suprema, 9.VIII.1988, RDJ, año 1988, tomo 91, parte II, sección V, p. 143.

<sup>65</sup> Corte Suprema, 30.VI.2010, rol n°4018-2010.

*decisiones estatales que impidan el ejercicio de actividades empresariales lícitas, o bien reserven al Estado el ejercicio de ellas en perjuicio de la capacidad económica del ser humano*".<sup>66</sup>

En el caso *sub lite* no existe una infracción al artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, principalmente por tres razones:

(1) El sentido de la garantía es resguardar a los particulares de las actuaciones *estatales* que puedan lesionar su libertad a desarrollar una actividad económica por medio de regulaciones.

(2) Incluso si la garantía se considerara aplicable a la especie, no podría haber infracción del artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, toda vez que Anglo American ha actuado conforme la ley, que en el caso concreto se remite a las cláusulas del Contrato que libre y voluntariamente suscribieron las partes.

(3) En tal sentido, la venta realizada por Anglo American del 24,5% de sus acciones en Anglo American Sur S.A. no ha coartado el derecho de Codelco a ejercer la actividad económica a que la autoriza el D.L. N°1.350 de 1976, pues tal derecho reconoce como límite el legítimo derecho de Anglo American a disponer de su propiedad, así como los términos y condiciones que la misma Codelco consintió para el ejercicio de su opción al adquirirla de ENAMI en 2008. Codelco considera erróneamente que se ha cercenado su derecho a desarrollar una actividad económica, porque confunde la existencia indubitada del contrato y del derecho a ejercer una opción con su propia y errada interpretación del contenido y alcance de dicho derecho.

### 3. Falta de determinación del acto agravante impugnado

En la parte conclusiva del recurso (página 21), se señalan como actuación arbitraria e ilegal la enajenación del 24,5 % del interés social, y la manifestación de Anglo American en el sentido de que estaría en condiciones de vender las acciones restantes en cualquier momento.

Sin embargo, en el petitorio del recurso (página 22) se solicita decretar que las recurridas deberán "*abstenerse de incurrir en cualquier negociación y/o actuación que vaya en detrimento del derecho de compra de que es titular y dueño Codelco*".

<sup>66</sup> Evans Espiñeira, "*La Constitución explicada*", Editorial LegalPublishing, Santiago, 2010, p. 53.

No queda entonces claro si se recurre o no de protección contra la venta ya efectuada, pues si bien se la menciona como actuación que se considera ilegal y arbitraria, el petitorio apunta al resguardo frente a futuras y posibles enajenaciones de acciones que pudiera realizar Anglo American.

Esta falta de determinación del acto agravante que se impugna es suficiente para rechazar el recurso.

## V. Conclusiones

En conclusión:

- (i) la recurrente ha promovido, mediante el recurso de autos, una artificial disputa sobre la interpretación de determinadas cláusulas contractuales cuyo tenor es inequívoco y ya fue interpretado de mutuo acuerdo por las partes;
- (ii) carece de toda base la disputa artificial promovida, pues los Contratos de 1978 y de 2002 disponen expresamente la libertad de mi representada de enajenar las acciones de Anglo American Sur S.A. y limitan, sin margen a dudas, el período de ejercicio de la opción a un período de 30 días que sólo se inicia el 2 de enero de 2012;
- (iii) la expresión “y no de otra manera” que contiene el Contrato de 2002, sorprendentemente omitida por Codelco en las citas que hace de él, grafica en forma patente la ausencia de todo fundamento de esta acción de protección;
- (iv) aunque se asumiera hipotéticamente que existe base para una real disputa contractual, la jurisprudencia y la doctrina uniformes rechazan que el recurso de protección sea un medio idóneo para plantear y resolver esta clase de controversias;
- (v) tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran contestes en que la resolución de disputas sobre la interpretación de contratos no es materia idónea de la acción constitucional cautelar de protección. La recurrente pide que se haga una excepción a esa jurisprudencia uniforme en este caso particular, para facilitar la satisfacción de los intereses de Codelco, la cual intenta escudarse en su condición de

empresa estatal y en el apoyo de ciertas autoridades de Gobierno, con el fin de obtener por parte de nuestros tribunales un pronunciamiento que contraviene su propia jurisprudencia categórica de los últimos 20 años;

- (vi) incluso si se aceptara discutir en esta sede sobre el sentido de las estipulaciones del Contrato, la interpretación que la recurrente plantea es contraria al tenor del mismo, a la interpretación que le han dado las partes y el Gobierno, a la economía de la relación regulada en él, y a los principios más elementales de la racionalidad y la buena fe;
- (vii) la recurrente carece de un derecho de compra de acciones de Anglo American Sur S.A., pues tal derecho sólo nace una vez que se ha ejercido la opción contractual, y su ejercicio sólo puede tener lugar en el periodo y bajo las condiciones que el mismo Contrato regula. Por lo tanto, Anglo American no puede afectar la propiedad sobre ese derecho aún inexistente;
- (viii) incluso en el caso de que la recurrente gozara de tal derecho, éste no se vería amenazado o perturbado por el supuesto incumplimiento de un contrato por tratarse de un derecho personal, que precisamente habilita a exigir el cumplimiento de quienes han contraído las obligaciones correlativas;
- (ix) tampoco se han afectado el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales ni el derecho a la libre iniciativa en materia económica. Aquél no resulta afectado pues Anglo American, al vender acciones de Anglo American Sur S.A., no ha hecho más que disponer de su propiedad. Éste no ha sido perturbado ni se ve amenazado, pues la libre iniciativa económica reconoce como límite las obligaciones adquiridas en contratos válidamente celebrados;
- (x) acoger este recurso importaría un grave atentado al Estado de Derecho que impera en nuestro país, al permitir que la actuación abusiva de Codelco, secundada por algunas autoridades políticas, pueda en definitiva concretarse vulnerando garantías constitucionales de mi representada y contraviniendo la jurisprudencia constante y uniforme de los Tribunales Superiores de Justicia.

\*\*\*

En conformidad a los antecedentes y consideraciones indicadas, y teniendo presentes las disposiciones que regulan el recurso de protección, procede que S.S. Iltma. desestime el recurso de protección deducido en estos autos contra Anglo American, por no existir en el caso *sub lite* una acción u omisión arbitraria e ilegal de esta parte que prive, perturbe o amenace las garantías constitucionales invocadas por la recurrente.

**POR TANTO,**

A S.S. Iltma. respetuosamente pido: tener por evacuado el informe solicitado y desestimar con costas el recurso de protección por ser claramente inadmisibile, o, en su caso, por no existir en el caso *sub lite* una acción u omisión arbitraria e ilegal de mi representada que prive, perturbe o amenace alguna garantía constitucional de la recurrente.

**PRIMER OTROSÍ:** Acompaño los siguientes documentos, con citación:

A. Documentos escritos:

1.- Copia de recortes de prensa en los que se anuncia con gran publicidad mediática "el negocio del siglo" de Codelco, que consistiría en adquirir el 49% de las acciones emitidas por la sociedad Anglo American Sur S.A.

a) Copia de diario La Segunda, del día 12 de octubre de 2011, titulado "Codelco sella millonario contrato con japonesa para compra 49% de mina ex Disputada".

b) Copia de Diario Financiero, del día 13 de octubre de 2011, titulado "Codelco logra fórmula para adquirir Anglo Sur e involucraría impuestos por US\$ 850 millones".

c) Copia de diario La Tercera, del día 13 de octubre de 2011, titulado "Codelco se asocia con japonesa para realizar histórica compra minera".

d) Copia de diario La Tercera, del día 13 de octubre de 2011, titulado "Diego Hernández: Esta operación no tiene ningún punto débil".

e) Copia de diario El Mercurio, del día 13 de octubre de 2011, titulado "Codelco consigue financiamiento clave para realizar la mayor inversión de su historia".

2.- Copia de diario La Segunda, del día 28 de octubre de 2011, titulado "Gobierno pide a Anglo, no poner 'obstáculos' para que Codelco ejerza opción de compra del 49%".

3.- Copia de diario La Tercera, del día 29 de octubre de 2011, titulado "Gobierno interviene para respaldar estratégica compra de Codelco".

4.-Copia de diario La Tercera, del día 15 de octubre de 2001, titulado "Ya se dieron todas la señales y no me imagino que Anglo American haga algo más", en entrevista al Ministro de Minería Hernán de Solminihac, en la que el referido Ministro de Estado indicó: *"Ya se dieron todas las señales y no me imagino que Anglo American haga algo más, y al no imaginármelo, creo que no va a suceder"* [...] *"Nosotros como Gobierno contactamos a la empresa para informarle que Codelco estaba consiguiendo este financiamiento y darle tranquilidad de que esta operación estaba dentro de las condiciones del contrato original"*.

5.- Copia de diario La Tercera, del día 29 de octubre de 2011, titulada "Gobierno busca blindar compra de Codelco y evitar posible bloqueo de Anglo American", en la que el Ministro de Hacienda Felipe Larraín indicó: *"La minera británica tiene el deber de no incurrir en ningún acto u omisión que deteriore o ponga en riesgo el derecho de Codelco"*, agregando que, en el Gobierno *"estamos confiados en que una empresa del prestigio y talla mundial como Anglo American no tomará ese camino"*.

6.- Copia de Diario Financiero, del día 08 de noviembre de 2011, titulado "Codelco podría demandar a Anglo por perjuicios si vende ex Disputada de Las Condes", en donde el ex Presidente de Codelco Juan Villarzú señaló: *"Anglo American no va querer llegar a una disputa legal a este nivel, por lo que lo más probable es que no haga nada"*.

7.- Copia de Diario La Tercera, del día 29 de octubre de 2011, en columna de opción del ex Presidente de la República Ricardo Lagos, titulada "Defendamos Codelco y el interés de Chile", en la que señaló: *"Anglo American tiene que ser notificada que, por este camino, no se va a llegar a acuerdo"*.

8.- Copia de diario El Mercurio, del día 29 de octubre de 2011, titulado "Codelco revela que Anglo American sabe desde enero de intención de comprar ex Disputada", en la que el Presidente Ejecutivo de Codelco hizo referencia a las palabras del Ministro de Hacienda Felipe Larraín, señalando ante la pregunta del periodista: Y si Anglo hace algo, ¿será comprarse un conflicto con el Estado chileno?, lo siguiente: *"No me corresponde a mí decirlo. Es el Estado de Chile el que debe referirse a ello, y el Ministro de Hacienda, Felipe Larraín, ya ha hablado. Pero insisto: tenemos el legítimo derecho de ejercer la opción, y estamos cumpliendo esto en su espíritu y en su forma"*.

9.-Copia de diario Estrategia, del día 14 de noviembre, titulado "Las opciones que analiza la Moneda para bloquear la venta de Anglo Sur".

- 10.- Copia de Diario Financiero, del día 10 de noviembre de 2011, en el que el Senador Andrés Zaldívar señaló: *"El Gobierno debe tener conciencia de qué manera se toman acciones con esta empresa por un acto que tiene consecuencias negativas para Chile"* y del Senador Carlos Cantero, señaló: *"Es preocupante, se actuó con cierta precipitación y Anglo ha dado un paso que pone en una situación incómoda a nuestro país. Las confianzas están gravemente resentidas"*.
- 11.- Copia de Diario Financiero, del día 18 de noviembre de 2011, titulado "Hernández a Anglo American: Están hipotecando el futuro de sus inversiones".
- 12.- Copia de diario El Mercurio, del día 12 de noviembre de 2011, titulado "Ojala empresas como Anglo American abandonaran el país", "El Presidente del Senado manifestó que en este caso es el interés de Chile el que está amenazado".
- 13.- Copia de diario El Mostrador, del día 14 de noviembre, titulado "Parlamentarios de oposición exigen la nacionalización de los yacimientos de Anglo American en Chile".
- 14.- Copia de carta enviada por James E. Beams de Anglo American a Diego Hernández de Codelco, el 29 de julio de 2011.
- 15.- Copia de comunicación de Hecho Esencial de Codelco a la Superintendencia de Valores y Seguros, fechada el 28 de octubre de 2011, en la que el Presidente Ejecutivo de la Minera Estatal, Diego Hernández indica que la opción que se pretende ejercer recaerá sobre las acciones *"existentes a la fecha de la compra"*.
- 16.- Copia de carta enviada por Francisco Tomic de Codelco a Brian R. Beamish de Anglo American Base Metals, el día 30 de enero de 2009, en la que el Presidente Ejecutivo de la Minera Estatal señaló: *"hemos tomado la decisión de no ejercer nuestro derecho de compra en este periodo, y postergar su ejercicio hasta el próximo periodo contractual"*.
- 17.- Copia de carta enviada por Francisco Tomic de Codelco a Guillermo Larrain Ríos de la Superintendencia de Valores y Seguros, el día 30 de enero de 2009, en la que el Presidente Ejecutivo de Codelco informaba del mismo hecho al Superintendente de Valores y Seguros, en el sentido de que Codelco había decidido *"postergar el ejercicio de la opción que posee para adquirir hasta el 49% de las acciones de dicha Compañía, para el próximo período contractual que va desde el 1 al 31 de enero del año 2012"*.
- 18.-Copia de diario La Tercera de fecha 13 de noviembre, titulado " Ministro de Minería: no está en nuestro ánimo tomar revancha alguna contra Anglo", en entrevista al Ministro de Minería Hernán de Solminihac, en la que reconoció explícitamente que Anglo American goza del derecho a vender sus acciones en Anglo American Sur con anterioridad al ejercicio de la opción por parte de Codelco: *"¿Reconoce que el contrato le permitía a Anglo vender una parte o el*

*total del 49%?, él responde: Por supuesto que puede vender, es libre de hacerlo, pero en los períodos que corresponda, y no en el tiempo del ejercicio de la opción”.*

19.-Copia de Diario Financiero, del día 11 de noviembre de 2011, titulado “Ellos están politizando este tema al ir a hablar con el Gobierno” en la que el Presidente Ejecutivo de Codelco, Gerardo Jofré en entrevista afirmó: *“Entonces hay que interpretarlo (el contrato) de la manera que cumpla con el efecto que está tratando de hacer. Este contrato está tratando de hacer el efecto de que Codelco puede comprar acciones hasta un 49%, de manera que ellos no pierdan el 51%, pero siempre que ellos hayan vendido no para defraudar. Si no, no funcionaría nunca”.*

20.- Copia de diario La Tercera, del día 12 de noviembre de 2011, titulado “Si terminamos en tribunales la demanda puede demorar tres o cuatro años”, en la que el Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, en entrevista señaló: *“Esta operación no tiene ningún punto débil. Los contratos siempre se pueden interpretar de distintas maneras, pero estamos muy seguros de las fortalezas jurídicas de nuestra opción”.*

21.- Copia de diario La Tercera, del día 13 de noviembre de 2011, en la que el ministro de Minería Hernán de Solminihac declaró de manera elocuente que *“hay que hacer mejores contratos para que éstos no se presten para interpretaciones. Aunque este contrato no lo hizo Codelco, se hizo en 1978 y se perfeccionó en 2002”.*

22.- Copia de Informe “Propuesta de Asesoría Financiera” que Enami encargó a JP Morgan, de abril del año 2008 y, que, en lo pertinente, la empresa asesora sugirió la posibilidad de incluir un tercero que financie la adquisición de la Opción, advirtiendo que esto necesita hacerse con sumo cuidado, para que Anglo no perciba que hay voluntad de traspasar parte de la Opción -vía triangulación- a un interés que no sea el Estado chileno. Aun así, JP Morgan recomienda llegar a un acuerdo directo con Anglo porque, entre otras cosas, así hay “un menor riesgo de que Anglo disminuya el porcentaje del derecho de Enami por debajo del 49%” (Fernando Paulsen, “¿Dónde está la champaña?, El Post, 13/11/2011 en: <http://elpost.cl/content/%C2%BFd%C3%B3nde-est%C3%A1-la-champa%C3%B1>). El documento puede encontrarse, a partir del vínculo incluido en la publicación, en: [https://docs.google.com/document/d/1QK3F8TdbAwt9dcsD7VvjWqtaA\\_ZmFcSxawMoFZdKMq4/edit?pli=1#](https://docs.google.com/document/d/1QK3F8TdbAwt9dcsD7VvjWqtaA_ZmFcSxawMoFZdKMq4/edit?pli=1#).

23.- Copia de Diario Financiero, del día 15 de noviembre de 2011, titulado “Vamos a defendernos legalmente para obligarlos a vender el 49%”, en la que Diego Hernández, en entrevista señaló: *“Vamos a defendernos legalmente para obligarlos a vendernos el 49% en las condiciones pactadas. Hay diversas*

*posibilidades. No las vamos a analizar aquí todas las alternativas, pero sí las estamos estudiando todas”.*

24.- Copia del diario Estrategia, del día 17 de noviembre de 2011, titulado “No tiene ningún asidero llevar conflicto con Anglo a tribunales extranjeros”, en la que Diego Hernández, en entrevista señaló: *“Si ellos nos quieren vender el 49% no va a haber ningún problema, si ellos no nos venden el 49%, ahí se inician otras acciones legales, por el hecho de que ellos, a nuestro criterio, no estarían cumpliendo con los contratos establecidos”.*

25.- Copia de comunicación de Hecho Esencial de Codelco a la Superintendencia de Valores y Seguros, fechada el 12 de octubre de 2011, relativa al “Contrato de Crédito” celebrado con Mitsui & Co. Ltd., en la que el Presidente Ejecutivo de la Minera Estatal, Diego Hernández indica que “Codelco puede ejercer la Opción de Compra dentro de los 30 días siguientes al primero de enero de determinados años. La próxima ventana de ejercicio de la Opción de Compra se producirá dentro de los 30 días siguientes al 1 de enero de 2012”.

B. CD con archivos de audio:

Archivo número 1: Copia de audio de Conferencia de prensa dada por el Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, el día 11 de noviembre de 2011, quien luego de ser preguntado por el periodista respecto: de si había tenido indicios antes de la fecha de la venta de Anglo American se encontraba negociando la venta de las acciones respondió, en el minuto 38:56, lo siguiente:

*“Sí, tuvimos indicios y por eso nosotros nos anticipamos y ejercimos la opción. Anunciamos que íbamos a ejercer la opción y comunicamos formalmente eso”.*

Archivo número 2: Copia de audio de Entrevista al Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, el día 16 de noviembre de 2011, a *CNN Chile* el que en el minuto 02:58 señaló que en el mes de enero de 2011 mantuvo una conversación informal con la CEO de Anglo American, en la cual le manifestó que Codelco estaba:

*“Estudiando la opción y que teníamos tres alternativas. Una que era no ejercer y esperar en una futura oportunidad, la otra era venderles a ellos la opción y la tercera, era ejercer la opción. Ella me planteó sus argumentos y sus argumentos básicamente eran que contractualmente no estaban*

obligados a entregarnos ningún tipo de información –lo que es efectivo–, ella podía vender el 49% cuando quisieran.

**¿O sea se lo anunció?**

Sí, sí, naturalmente. Esas son condiciones del contrato.

**¿Esas son condiciones del contrato?**

Las condiciones del contrato dicen que ellos pueden vender, pero no pueden vender cuando nosotros ejercemos la opción. Eso es otra cosa y eso es lo que están intentando hacer ahora”.

Archivo número 3: Copia de audio de Entrevista concedida por el Ministro de Obras Públicas señor Laurence Golborne, al programa “Teletrece AM”, el día 18 de noviembre de 2011, quien, en el minuto 06:47, consultado por los periodistas explicó algunos detalles de la estrategia del Gobierno y Codelco para realizar el bloqueo.

*“Este es un proyecto que se inició hace más de un año, porque levantar más de seis mil millones de dólares para ejercer una opción, requiere una aprobación del Ministerio de Hacienda, requiere una aprobación del Ministerio de Minería y, por lo tanto, nosotros nos enteramos de los planes de Codelco y trabajamos en las ideas con ellos. Aquí se discutieron planes A, B, C y se analizaron todas las alternativas de que podía ocurrir y efectivamente, podía ocurrir que Codelco ejerciera su opción o no ejerciera su opción y Anglo vendiera para evitar el ejercicio de esa opción. Era una alternativa y en lo personal, yo pensé que iban a vender el 49%, pero vendieron sólo el 24,5. Vamos a ver qué dicen los tribunales y ojalá que Codelco defienda íntegramente su derecho.*

***Pero es interesante lo que usted dice. Usted cuando fue Ministro de Minería, ¿había previsto este escenario, que en el fondo Anglo American se apurara en vender algo para tener menos pérdidas en el caso que llegara la fecha en que Codelco podía comprar?***

*O sea, aquí hay un tema bien de fondo Montserrat. La pregunta es: si Anglo American puede o no vender estas acciones y cuándo puede venderlas o no. Eso es lo que los tribunales van a tener que determinar...*

***Pero yo le pregunté otra cosa: Ustedes en Codelco, ¿habían visto que este escenario podía ocurrir entonces?***

Por supuesto, era una alternativa bastante lógica. Es sólo analizar el contrato y decir si: ¿Anglo American puede vender esta opción? Es parte del análisis. La respuesta de Codelco...

**Entonces, ¿Por qué tanta sorpresa cuando se supo que Mitsubishi había comprado este porcentaje?**

A ver, no hay sorpresa. Le insisto. Este tema estaba considerado entre las opciones y usted ve que inmediatamente, se pusieron en los tribunales los recursos legales para impedir la venta del saldo de lo que Anglo American tiene. Esta situación era un escenario que se podía dar y Codelco tiene las herramientas para defender su posición.

Archivo número 4: Copia de audio de Entrevista que el Senador Carlos Cantero, concedió al programa “Justo a tiempo” de Radio Agricultura, el día 11 de noviembre de 2011, señalando en el minuto 04:50, lo siguiente:

*“Yo estaba informado de lo que se estaba haciendo, y estaba desde el primer minuto enterado que había alto riesgo en esta operación y fundamentalmente por que se tenía sospecha de que Anglo American podría actuar de la manera de que actuó. Chile tiene un contrato que además era de público conocimiento no era nada reservado ni secreto de tal manera que Chile hizo lo que tenía que hacer, manifestó interés en que en esta ocasión iba a hacer uso de la franquicia que le establecía este derecho preferente”.*

Archivo número 5: Copia de audio de declaración dada por el Ministro Vocero de Gobierno, en el programa “ADN Hoy” de Radio ADN, el día 11 de noviembre de 2011, quien en el minuto 00:46 señaló:

*“El Gobierno está estudiando [...] las acciones que se pueden desarrollar en el ámbito político o diplomático, para efectos de poder representar el hecho que sentimos que no ha habido una acción o conducta que nos parezca que se esté dando cumplimiento íntegro y de buena fe a un contrato que se tenía con la principal empresa del estado como es Codelco”.*

Archivo número 6: Copia de audio de Declaración del Ministro Vocero de Gobierno, en el programa “El Diario de Cooperativa”, de Radio Cooperativa, el día 21 de noviembre, en el minuto 02:01, señaló:

*“El gobierno también va a estar atento a ejercer distintos tipos de acciones, político, diplomático, judicial, para efectos de que quede una cosa muy clara: el gobierno de Chile va a garantizar y va a hacer todo lo que esté a su alcance por defender el interés del Estado de Chile y para poder impedir de que no se de cumplimiento a un contrato que el gobierno considera absolutamente legítimo.”*

Archivo número 7: Copia de audio de Entrevista concedida por el Diputado Felipe Ward, Presidente de la Comisión de Minería, en el programa “El Diario de Cooperativa”, de Radio Cooperativa, el día 12 de noviembre, quien, en el minuto 02:17, señaló:

*“Anglo American y Codelco sabían perfectamente cuáles son sus derechos, acá hay muchos millones de dólares involucrados, y en mi opinión, este es un acto de matonaje comercial, y yo creo que hay que defender a la empresa, no porque sea simplemente una empresa chilena, sean los intereses del Estado, sino porque además está la legalidad vigente, está el Estado de Derecho, y hay que recordar que este contrato fue suscrito en Chile, ratificado en Chile el 2002; por tanto rige la ley chilena y la jurisdicción chilena, así que Angloamerican en Chile se las va a tener que ver con todos los chilenos.”*

Archivo número 8: Copia de audio de Declaración del Diputado, Sergio Aguiló, concedida al programa “El Diario de Cooperativa”, de Radio Cooperativa, el día 15 de noviembre, quien, en el minuto 03:42, señaló:

*“Anglo American ha transgredido disposiciones del derecho internacional y disposiciones de la ley interna de nuestro país y ha lesionado gravemente el interés nacional, gravemente el interés de la más importante empresa estatal de nuestra nación cual es Codelco y desde ese punto de vista los parlamentarios que suscribimos este manifiesto entendemos que es en virtud de las normativas constitucionales y legales chilenas, pero también de acuerdo al orden internacional vigente, imprescindible que el Estado Chileno proceda a nacionalizar los yacimientos y las inversiones que la empresa Anglo American tiene en nuestro país”.*

Archivo número 9: Copia de audio de Entrevista concedida por el Presidente del Senado, Guido Girardi, al programa “El Diario de Cooperativa”, de Radio Cooperativa, el día 22 de noviembre, quien en el minuto 00:20 señaló:

*“Lo que hay es un fraude al Estado de Chile por parte de Angloamerican y eso no lo vamos a aceptar y lo que nosotros vamos a plantear en el Congreso, en el Senado una sesión especial para analizar a fondo las consecuencias de esto y la necesidad de eventualmente revisar los marcos regulatorios que permiten y sustentan esta actividad porque evidentemente queda demostrado que aquí hay falencias, hay vacíos, hay debilidades, estas empresas pagan pocos impuestos, tiene utilidades multimillonarias, dañan el medio ambiente a más encima no quieren cumplir”.*

Archivo número 10: Copia de audio a Entrevista concedida por el Presidente del Senado, Guido Girardi, al programa “ADN Noticias”, de Radio ADN Chile, el día 19 de noviembre en el minuto 02:16, señaló:

*“Nosotros lo primero que vamos a pedir es oficio de fiscalización a todas las actividades mineras donde Anglo American esté incumpliendo la normativa ambiental, y vamos a iniciar una comisión investigadora con [...] para investigar todas las actividades mineras que no cumplen con la ley ambiental en Chile”.*

Archivo número 11: Copia de audio de Entrevista concedida por el Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, en el programa de televisión “Tolerancia Cero” el día 20 de noviembre, quien en el minuto 16:57 en la que respondió de la siguiente forma a la pregunta sobre por qué el contrato no previó una especie de “black-out” en el tiempo previo al de ejercicio de la opción:

*“Este es un contrato que tiene una duración de 50 años (...) Es muy difícil que un contrato para 50 años pueda entrar en todos, todos los detalles”.*

Archivo número 12: Copia de audio de Entrevista al Ministro de Obras Públicas Laurance Golborne, en el programa “Teletrece AM”, el día 18 de noviembre, en la que en el minuto 06:47 señaló:

*“Este es un proyecto que se inició hace más de un año, porque levantar más de seis mil millones de dólares para ejercer una opción, requiere una aprobación del Ministerio de Hacienda, requiere una aprobación del Ministerio de Minería y, por lo tanto, nosotros nos enteramos de los planes de Codelco y trabajamos en las ideas con ellos. Aquí se discutieron planes A, B, C y se analizaron todas las alternativas de que podía ocurrir y efectivamente, podía ocurrir que Codelco ejerciera su opción o no ejerciera su opción y*

Anglo vendiera para evitar el ejercicio de esa opción. Era una alternativa y en lo personal, yo pensé que iban a vender el 49%, pero vendieron sólo el 24,5. Vamos a ver qué dicen los tribunales y ojalá que Codelco defienda íntegramente su derecho [...]

**Pero yo le pregunté otra cosa: Ustedes en Codelco, ¿habían visto que este escenario podía ocurrir entonces?**

Por supuesto, era una alternativa bastante lógica. Es sólo analizar el contrato y decir si: ¿Anglo American puede vender esta opción? Es parte del análisis. La respuesta de Codelco...

**Entonces, ¿Por qué tanta sorpresa cuando se supo que Mitsubishi había comprado este porcentaje?**

A ver, no hay sorpresa. Le insisto. Este tema estaba considerado entre las opciones y usted ve que inmediatamente, se pusieron en los tribunales los recursos legales para impedir la venta del saldo de lo que Anglo American tiene. Esta situación era un escenario que se podía dar y Codelco tiene las herramientas para defender su posición”.

Archivo número 13: Copia de audio de Entrevista concedida por el Presidente Ejecutivo de Codelco, Diego Hernández, el día 16 de noviembre de 2011 concedida a CNN Chile, en la que en el minuto 00:49 declaró lo siguiente:

– **¿Pero usted dice que hay mala fe?**

Hay una interpretación equivocada del contrato para bloquear el derecho que nosotros tenemos.

– **¿O sea se está actuando de mala fe y no de buena fe?**

Están actuando de mala fe en la interpretación [del contrato].

Archivo número 14: Copia de audio de Entrevista concedida a Diego Hernández, en el programa Tolerancia Cero, el día 20 de noviembre de 2011, en la que en el minuto 29:19 indicó detalles de la negociación que tuvo lugar este año entre Anglo American y Codelco en torno a la posibilidad de que aquella comprara la opción. En el mes de agosto de 2011, es decir, cuando según el recurso de autos el ejercicio de la opción por parte de Codelco ya se había iniciado, se desarrollaban conversaciones sobre las que el señor Hernández relata lo siguiente:

*“Ellos [Anglo American] hicieron una oferta con validez hasta una cierta fecha. Yo les contesté, en esa fecha, les dije: mira dame dos semanas más.*

*Al final me dieron dos semanas más y cuando se venció el plazo (...) les dije: mire, no”.*

Archivo numero 15: Copia de audio de Entrevista concedida por Tomás Keller a Radio Cooperativa, el día 11 de noviembre de 2011, quien en el minuto 10:53 señaló:

*“Respecto a Mitsubishi, nosotros no tenemos ninguna relación contractual con Mitsubishi pero obviamente si en el proceso legal establecemos no cierto que Mitsubishi también está actuando perjudicando los intereses de Codelco obviamente que también van a estar involucrados en las acciones legales que vamos a iniciar”.*

A S.S. ltma. respetuosamente pido: tenerlos por acompañados, con citación.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Esta parte reitera su expresa reserva de derechos como inversionista extranjero bajo los tratados internacionales aplicables y especialmente bajo el *“Acuerdo entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”*, suscrito en Santiago el 8 de enero de 1996 y que entró en vigor y es ley de la República desde el 21 de abril de 1997.

También esta parte hace expresa reserva de los demás derechos y acciones que le asisten en relación con los hechos objeto de estos autos, incluyendo sin limitaciones aquellos tendientes a resarcirse de los perjuicios ocasionados por Codelco mediante la orden de no innovar obtenida en autos.

A S.S. ltma. respetuosamente pido: tenerlo presente.

A handwritten signature in black ink, followed by a large, irregular, hand-drawn shape that appears to be a stamp or a signature flourish.

CA  
Informe  
Secretaría Criminal/Protección

Illma. Corte de Apelaciones de Santiago

Recurso de Protección

Ingreso Illma. Corte. Nº 21.879-2011

Acompaña informe en derecho del ex Presidente del Tribunal Constitucional don Juan Colombo Campbell que demuestra la manifiesta improcedencia de este recurso de protección y de la orden de no innovar decretada.

### Illma. Corte de Apelaciones de Santiago

Cristóbal Eyzaguirre Baeza, abogado, en representación de Inversiones Anglo American Sur S.A. (en adelante "Anglo American"), en autos sobre recurso de protección caratulados "**Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros**", Rol C Nº21.879-2011, a S.S. Illma. respetuosamente digo:

Acompaño a esta presentación informe en derecho preparado por el ex Presidente del Tribunal Constitucional don Juan Colombo Campbell que **demuestra la manifiesta improcedencia de este recurso de protección y de la orden de no innovar decretada**. Al respecto, dicho informe en derecho contiene las siguientes conclusiones:

**"1) Codelco tiene un derecho eventual, denominado por las partes opción de compra de acciones de la minera Disputada Las Condes Ltda., que emana de un convenio celebrado con el grupo que hoy es Anglo American, el que solo se activa a partir del 1º de enero de 2012 y hasta por el término de los 30 días siguientes.**

**2) Antes de esa fecha la opción no puede hacerse efectiva lo que no altera la propiedad de las acciones ni la facultad de disposición de Anglo American. Pretender sostener que existe una prohibición implícita de disposición, o que en un plazo distinto a los 30 días señalados precedentemente Anglo American se encontraría impedida de ejercer las facultades esenciales del dominio, atenta contra el texto expreso de los contratos pertinentes e infringe las garantías constitucionales de Anglo American, entre otras, la del artículo 19 N° 24.**

3) **En mi opinión Codelco no tiene derecho de propiedad sobre la opción de compra sino solamente un derecho emanado de un contrato cuya interpretación esta ya en discusión y que sólo una vez acordado o sentenciada su solución, fijará los derechos de las partes. Ello porque Codelco confunde su derecho a ejercer la opción con el objeto de la misma; y en particular desconoce su carácter eventual, y el acotado plazo de ejercicio, así definido por las propias partes en los contratos respectivos.**

4) **Los derechos emanados del convenio de venta de acciones carecen del derecho de activar la acción de protección que otorga la Constitución Política a los que tengan propiedad indubitada sobre cosas corporales o incorporales.**

**Con los antecedentes tenidos a la vista no se ha demostrado que tenga propiedad indubitada sobre una cosa, hecho que le corresponde probar a la actora de protección. De la lectura de los contratos respectivos, aparece que Codelco sólo tiene una mera expectativa.**

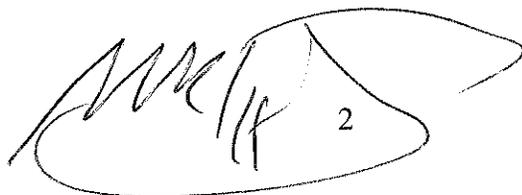
5) **La acción entablada no cumple con los presupuestos y parámetros constitucionales para ser acogida. La jurisprudencia sobre el Art. 19 N° 24 constitucional, así lo demuestra, por cuanto la naturaleza del conflicto sometido a conocimiento del tribunal es ajeno a la naturaleza cautelar de la acción de protección. La jurisprudencia sobre el Art. 20 así lo demuestra.**

6) **La orden de no innovar decretada no es coherente con la pretensión procesal de la recurrente y no cumple con el requisito de proporcionalidad en cuanto a los efectos que ella produce ya que incorpora tácitamente en los contratos una prohibición no acordada respecto de acciones de Anglo American.**

7) **En consecuencia debiera ser desestimada por el Tribunal Constitucional competente, la Corte de Apelaciones, ya que impide que Anglo American haga uso de sus legítimos derechos en su calidad de propietaria de las acciones”.**

**POR TANTO,**

**A S.S. Iltna. respetuosamente pido: tener por acompañado el informe en derecho señalado.**

A handwritten signature in black ink, followed by the number '2' written inside a hand-drawn oval shape.

Secretaría Criminal/Protección

Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Recurso de Protección

Ingreso Itma. Corte. Nº 21.879-2011

Acompaña informe en derecho del jurista don René Abeliuk Manasevich que demuestra que Codelco carece del derecho que reclama y ha obrado de mala fe incurriendo en un muy grave incumplimiento de contrato.

### Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Cristóbal Eyzaguirre Baeza, abogado, en representación de Inversiones Anglo American Sur S.A. (en adelante "Anglo American"), en autos sobre recurso de protección caratulados "**Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros**", Rol C Nº21.879-2011, a S.S. Itma. respetuosamente digo:

Acompaño a esta presentación informe en derecho preparado por el destacado jurista y profesor de derecho civil don René Abeliuk Manasevich, ex abogado integrante de la Excma. Corte Suprema, y que demuestra que **Codelco carece del derecho que reclama y ha obrado de mala fe incurriendo en un muy grave incumplimiento de contrato**. Al respecto, entre otras, dicho informe en derecho contiene las siguientes conclusiones:

1º "[...] el contrato **está claro** en todas y cada una de las cláusulas, que la decisión, y por ende la compraventa, se efectúa **DE UNA SOLA MANERA** y es **entre el día 2 de enero y los 30 días posteriores**.

Al pretender que todo quedó sellado en fecha anterior, **se infringe en forma muy grave el contrato**, y además se iniciaron acciones judiciales congelatorias previas a esa fecha, **lo que es una infracción al contrato**".<sup>1</sup>

2º "Pero cuando de esto y otros hechos provocados por la anticipación misma de Codelco para actuar antes de lo convenido, se esgrime a continuación una clara vulneración del contrato, al determinar por si ante si, y sin acuerdo con su contraparte, que lo que puede comprar queda destinado meses antes de la

<sup>1</sup> Página 26 del informe.

*fecha señalada, y con el agregado todavía de que la frase “y no de otra manera” agregada a la fecha en que se produce la opción, no es Anglo American, la que no está de buena fe.*

*Es su contraparte [Codelco] la que desconoce el contrato”.<sup>2</sup>*

3° *“Lo que sí está claro es que no es Anglo American la que no está de buena fe.*

*Ella se ha atendido estrictamente a la ley del contrato, y su contraparte [Codelco] al otorgar efectos no previstos por las partes, la ley, ni las buenas costumbres, ni la buena fe a una actuación informativa, vulnera las disposiciones contractuales, hasta el punto de desconocer sus disposiciones más esenciales”.<sup>3</sup>*

4° *“Que la pretensión de recurrir a supuestas facultades de los jueces para alterar lo pactado, choca directamente con claras disposiciones constitucionales y legales como el art. 23 del Código Civil, que es bueno recordar a algunos colegas, y que, por estar en el título preliminar del Código, es aplicable a todo el derecho chileno.*

*“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación [...]”.<sup>4</sup>*

5° *“Ni siquiera se había discutido en el pasado, que yo sepa, lo que ahora se invoca: cláusulas de prohibiciones tácitas u obvias. La razón es muy simple: si existieran, harían imposible cualquier negocio en que no se diga expresamente que no hay prohibición”.<sup>5</sup>*

6° *“Si nuestros tribunales no aplican estrictamente el derecho, el daño que se hará a la buena fe, y a los negocios en nuestro país, sería incalculable”.<sup>6</sup>*

**POR TANTO,**

A S.S. Iltna. respetuosamente pido: tener por acompañado el informe en derecho señalado.



<sup>2</sup> Páginas 29 y 30 del informe.

<sup>3</sup> Página 30 del informe.

<sup>4</sup> Página 34 del informe.

<sup>5</sup> Página 38 del informe.

<sup>6</sup> Página 39 del informe.