

# Controversia CODELCO y Anglo American: Dejar que las Instituciones Funcionen

**La controversia de las últimas semanas entre CODELCO y Anglo ha puesto en el foco la importancia de que nuestra institucionalidad funcione adecuada y normalmente para garantizar un buen clima de negocios. Ello implica que el Gobierno tiene un rol claro que cumplir: ejecutar y hacer ejecutar leyes y no transformarse en una de las partes en disputa. Porque al final del día, si el Gobierno de Chile deja de lado su rol de árbitro y pasa a ser jugador, los que en realidad pierden son todos los chilenos.**

### En esta edición:

Controversia CODELCO y  
Anglo American: Dejar que las  
Instituciones Funcionen

Reajuste Empleados Públicos  
2011: ¿En Pedir no  
Hay Engaño?

Controversia ha generado la operación por la cual la empresa inglesa Anglo American plc (“Anglo”) vendió a la empresa japonesa Mitsubishi Corporation (“Mitsubishi”) un 24,5% de su participación en Anglo American Sur S.A. (“AAS”) en US\$ 5,39 billones, valorizando el 100% de AAS en US\$ 22.000 billones.

Como sabemos, la operación se produce en un contexto particular: la existencia de un contrato vigente entre CODELCO y Anglo, que establece la forma y condiciones bajo las cuales CODELCO puede ejercer un derecho de opción hasta por el 49% del interés social<sup>1</sup> de AAS. La estatal le habría adelantado, en enero pasado, a Anglo que estaba estudiando ejercer dicha opción, lo que se habría convertido en un hecho -según CODELCO- al cerrarse las tratativas entre la cuprera chilena y otra compañía japonesa, Mitsui & Co. (Mitsui) para el financiamiento del ejercicio de la opción.

A pesar de que se trata de un asunto jurídico muy complejo –lo que ha llevado a las partes a contratar los servicios de importantes estudios jurídicos para evaluar aspectos societarios, corporativos, tributarios, civiles, constitucionales y hasta penales- se trata, al final del día, de una controversia entre dos empresas. Olvidar esta sencilla, pero fundamental cuestión puede tener consecuencias negativas para Chile desde las más diversas aristas: políticas, institucionales, económicas, etc.

## La controversia jurídica

Los contratos más relevantes conocidos por la opinión pública en esta materia son dos: el contrato de 1978 en que ENAMI vende a Exxon el 86,58% de las acciones de la compañía Disputada de Las Condes y el convenio de 2002 (junto con una transacción) en virtud del cual, habiendo adquirido Anglo la propiedad de Exxon, se complementa e interpreta el primero. El problema surge precisamente de la interpretación de determinadas cláusulas de los contratos, específicamente en lo que se refiere al derecho de opción de compra de ENAMI (hoy en manos de CODELCO<sup>2</sup>), al monto total de acciones sobre el cual se puede ejercer la opción<sup>3</sup>, (denominado “interés social”) y a la forma y tiempo en que puede ejercerse la misma.

Anglo ha señalado que no existe en los convenios impedimento para vender su participación en AAS y que los contratos se han puesto en el escenario de que esta venta ocurriese, salvaguardando siempre el 24,5% de los derechos para CODELCO. La inexistencia en los contratos de una cláusula de no enajenar y el principio de libre circulación de los bienes serían parte de los argumentos que le permitirían sostener esta posición.

Por su parte, CODELCO ha sostenido que sobre la base del principio de ejecución de buena fe de los contratos, una vez conocida por Anglo la intención de CODELCO de ejercer la opción y el porcentaje de acciones sobre el cual se materializaría (49%), ésta debía haberse abstenido de transferir la propiedad en el tiempo que media entre esta notificación de voluntad de CODELCO y el mes en el cual se debe concretar la opción.

Así, el debate jurídico se concentra en aquellas cosas que el contrato contempla u omite y que, conforme a lo acordado por las partes, debe ser resuelto por los tribunales ordinarios de Santiago. Hoy, más que una discusión de lato conocimiento sobre el fondo del asunto, lo que se discute en tribunales es el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago presentado por CODELCO –acción que busca garantizar derechos de carácter constitucional–, que fue acogido a tramitación conjuntamente con la orden de no innovar solicitada, con el objetivo de “paralizar” la venta referida de la participación de Anglo en AAS a Mitsubishi. Pendiente la presentación de los contra argumentos por parte de Anglo a la Corte de Apelaciones y la decisión de ésta, la disputa permanece abierta.

## Reforma al gobierno corporativo de CODELCO (2009)

Hay elementos a considerar para evaluar el rol que debe jugar el Gobierno en esta materia. Uno de ellos es la reciente modificación al gobierno corporativo de CODELCO, realizada durante el Gobierno de la ex

Presidenta Michelle Bachelet (Ley Nº 20.392<sup>4</sup>). Dicha modificación legal, junto con implicar un esfuerzo por mejorar la administración de la empresa, maximizar su valor económico y hacer más eficiente su proceso productivo, tuvo su foco también en separar la propiedad de la empresa de su regulación, ya que ambos se confundían en el Estado de Chile.

Los ejes de esta reforma fueron tres principios fundamentales: excelencia, visión de Estado y transparencia<sup>5</sup>. Estos principios básicos fundaban y limitaban transversalmente toda la reforma. Por eso, se buscaron filtros para evitar la elección de cargos meramente políticos, o bien, requisitos mínimos de alto estándar de manera de asegurar la excelencia de las personas elegidas; las designaciones que debían tener presente una visión de largo plazo, más allá de la mayoría de turno, fiel reflejo de que se trata de una empresa de todos los chilenos. Asimismo, la representación minoritaria de los “titulares” de la empresa ejerce el rol de transparentar los acuerdos y medidas que la mayoría adopte, facilitando así su control jurídico, económico y político por parte de la ciudadanía. La fiscalización de la empresa, por su parte, también lo ejerce la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), ahora en calidad de permanente y no sujeto ya únicamente a la eventual emisión de bonos. Finalmente, destaca el que el directorio cuenta con las mismas facultades, atribuciones y responsabilidades que se establecen para dicho órgano en la Ley Nº 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y también las mismas inhabilidades e incompatibilidades de ésta, de manera de hacer simétrica la vara con que se miden este tipo de empresas. Sólo así se asegura darle real excelencia, independencia y transparencia a su órgano administrador que le permita competir en términos serios en el contexto mundial.

Eliminar la injerencia directa de los ministros de Minería y Hacienda en los asuntos de la empresa –y con ello la del Presidente de la República– era precisamente uno de los focos fundamentales de la reforma. En efecto, tras la implementación de los cambios, ambos ministros dejaron de integrar institucionalmente el directorio de la empresa<sup>6</sup>.

Corresponde, a la luz de esta institucionalidad, que los intereses de CODELCO sean defendidos, con toda la diligencia que el caso requiere, por el directorio y los principales ejecutivos de la empresa.

## **Rol del Gobierno**

En este contexto, resulta obvio que estamos ante una diferencia en la interpretación de un contrato –y los diversos documentos contractuales que lo complementan–, controversia de común ocurrencia en la vida de los negocios, salvo por el monto de la operación y el que CODELCO sea una de las partes involucradas. Esto último es curioso: CODELCO hace noticia en el mundo no por ser una empresa estatal –y que contaría así con una protección especial del Estado chileno–, sino por ser una empresa líder en

el mundo en materia minera, contraparte comercial respetada entonces en cualquier lugar del globo. Lo que no es aconsejable, entonces, es que CODELCO sea “respetada” en el mundo sobre la base del uso disuasivo del poder estatal.

Es esperable –aunque reprochable– que desde el mundo político algunos utilicen este incidente para buscar algún rédito sobre la base de slogans nacionalistas y chauvinistas. En los últimos días nos hemos encontrado ante peticiones de intervención legislativa de los contratos, nacionalización y otras por el estilo que, afortunadamente, abandonaron nuestra institucionalidad de manera definitiva con la aprobación de la Constitución de 1980. Sin embargo, es clave que el Gobierno no confunda su rol, olvidando principios fundamentales del Estado de Derecho, como la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en materia económica. El Gobierno de Chile debe comportarse como un árbitro neutral ante cualquier controversia entre empresas; este caso no es distinto, no importando la naturaleza jurídica de CODELCO. Se trata de dos personas jurídicas a las que la Constitución y las leyes les reconocen plenamente sus derechos, y a la hora de competir en el mercado, la igualdad de condiciones.

Porque al final del día, si el Gobierno de Chile deja de lado su rol de árbitro –velando por el cumplimiento de las leyes– y pasa a ser jugador, los que en realidad pierden son todos los chilenos. Precisamente porque en Chile existe un sólido Estado de Derecho es que empresas internacionales no sólo invierten con seguridad en nuestro país –aportando a su desarrollo económico y tecnológico, generando empleos, desarrollando diversas acciones de RSE y pagando impuestos–, sino que tienen la confianza de poder interpretar un contrato de manera abiertamente discrepante frente a CODELCO, arriesgando judicializar la diferencia y no temiendo –en principio– represalias estatales de ninguna naturaleza. En el fondo, hay confianza en nuestro sistema judicial independiente. Erosionar ese capital sería retroceder muchas décadas, hacia un estadio institucional al que no quisiésemos volver. Nuestra reputación e ingreso a la OCDE se prueba precisamente en estos casos.

## Conclusiones

La controversia entre CODELCO y Anglo por la venta de esta última de una parte de su participación en AAS ha puesto en el foco la importancia de que nuestra institucionalidad funcione adecuada y normalmente. Ello implica que las controversias jurídicas son legítimas y deben ser llevadas ante las instancias judiciales o arbitrales que corresponden; que como en cualquier ámbito de negocios, existe un amplio espacio para cooperación y negociación comercial, lo que es positivo, dado lo costoso que es judicializar las disputas; que los inversionistas internacionales compiten en

plano de igualdad con las empresas nacionales y que no deben temer represalias estatales cuando el jugador nacional es una empresa pública; y que el Gobierno tiene un rol claro que cumplir: ejecutar y hacer ejecutar las leyes y no transformarse en una de las partes en disputa. De hacerlo, pierde nuestra institucionalidad y pierden los chilenos.

---

<sup>1</sup> Este es un concepto incorporado mediante escritura el 13 de noviembre de 2002, otorgada en la notaría de Santiago de don José Musalem Saffie.

<sup>2</sup> Esta opción se otorgó a ENAMI u otra empresa que ésta designe pero que sea propiedad exclusiva del Estado de Chile

<sup>3</sup> Entre un 24,9 y un 49% de las acciones existentes según la distribución de la propiedad de Anglo American Sur (Disputada) a la fecha del ejercicio de la opción.

<sup>4</sup> Sobre esta materia, ver Libertad y Desarrollo. Temas Públicos Nº 1.036, 952 y 931 y “Nuevo gobierno corporativo para CODELCO”. Libertad y Desarrollo, Serie Informe Económico Nº 193, junio 2008.

<sup>5</sup> Con el concepto de “excelencia” se apuntaba a que CODELCO requería contar con un gobierno corporativo de personas altamente calificadas, que llevara a cabo una gestión eficiente y con claras orientaciones comerciales, en especial, si se considera el ambiente exigente y competitivo en que se desenvuelve. La “visión de Estado”, suponía dar por superada la idea que el dueño de CODELCO es el gobierno de turno. Se trata, en efecto, de una empresa *estatal*, y no gubernamental, que refleja que existen titulares (que somos todos los chilenos) de la propiedad de la empresa, donde el gobierno de turno refleja sólo al controlador del momento, o -por decirlo de alguna manera- quien ostenta la mayoría momentánea. Finalmente, mediante la “transparencia”, se apuntaba a avanzar en la observancia, por parte de CODELCO, de las mismas normas que son exigidas a las sociedades anónimas abiertas en materia de transparencia y entrega de información.

<sup>6</sup> En efecto, antes de la reforma, los objetivos de la administración y de los dueños no estaban alineados. El directorio de CODELCO estaba integrado por 7 miembros: los Ministros de Minería y Hacienda, tres directores designados por el Presidente de la República, un representante de la Confederación de Trabajadores del Cobre y un representante de la Asociación Nacional de Supervisores del Cobre (ANSCO). Esta configuración, donde la mayoría de los directores eran designados por el Presidente de la República o pertenecían al gobierno, hacía más difícil establecer estrategias de largo plazo que se mantengan en el tiempo, por la corta duración del gobierno corporativo, el que dependía fuertemente de variables políticas. De hecho, por ejemplo, el Ministro de Hacienda, como director de CODELCO, tenía como objetivo maximizar el valor de la empresa, no obstante, como Ministro de Hacienda, su objetivo es obtener los mayores aportes posibles de la empresa, para ser invertidos en programas de alta rentabilidad social. Después de la reforma, la Corporación es encabezada por un Directorio con 9 integrantes, designados de acuerdo a las reglas establecidas en la referida Ley Nº 20.392: tres directores nombrados directamente por el Presidente de la República; cuatro directores designados a partir de una quina seleccionada por el Consejo de la Alta Dirección Pública; un director escogido a partir de una quina presentada por la Federación de Trabajadores del Cobre (FTC), y un director elegido de una quina presentada, en conjunto, por la Federación de Supervisores del Cobre (FESUC) y la ANSCO.