INFORME EN DERECHO

RECURSO DE PROTECCIÓN

"Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros"

José Joaquín Ugarte Godoy

Profesor Titular Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín.

Profesor Derecho Constitucional y de Acciones y Recursos Constitucionales
Pontificia Universidad Católica de Chile

Diciembre, 2011

La Corporación Nacional del Cobre de Chile, en adelante "Codelco", con motivo del recurso de protección seguido ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado *"Corporación Nacional del Cobre de Chile con Inversiones Anglo American Sur S.A. y otros"* Rol C – 2.879-2011, nos ha solicitado emitir el presente informe en derecho.

El objetivo de este informe es analizar, en primer lugar, la entidad del derecho que reclama Codelco, efectuando una calificación jurídica del mismo desde una perspectiva civil y constitucional. A continuación, nos referiremos a aspectos esenciales del recurso de protección y su aplicación al caso concreto, en especial, en lo relativo a su admisibilidad. Para terminar, daremos nuestra opinión legal respecto de la procedencia de la acción de protección interpuesta por Codelco, en resguardo del legítimo ejercicio de su derecho de opción para adquirir el 49% de las acciones de Anglo American Sur S.A. (ex Compañía Minera Disputada de Las Condes S.A.)

I. ANTECEDENTES.

1.- Venta de la Disputada a Exxon Minerals Chile en 1978 y Derecho de Opción de Compra de Acciones de la Empresa Nacional de Minería.

Por escritura pública de fecha 24 de enero de 1978, otorgada ante el Notario de Santiago don Patricio Zaldívar Mackenna, la Empresa Nacional de Minería vendió a Exxon Minerals Chile, el 86% de las acciones de la Serie A emitidas de la Compañía Minera Disputada de las Condes S.A. (la "Disputada"). Asimismo, en dicho acto, Exxon Minerals Chile se obligó a comprar todas las acciones de la Disputada Serie B que se le pudiesen ofrecer dentro de un plazo determinado.

En la cláusula décima cuarta de la citada escritura, se estipuló lo siguiente: *"Exxon Minerals Chile Inc. otorga en este acto a la Empresa Nacional de Minería o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile que la Empresa Nacional de Minería podrá designar, el* ***derecho de comprar*** *acciones de Disputada a Exxon Minerals Chile Inc., hasta por un número máximo en tal forma que las acciones así compradas por la Empresa Nacional de Minería, cuando se sumen a las acciones de*

Disputada que posean personas distintas de Exxon Minerals Chile Inc., o cualquier afiliada a Exxon Corporation, no exceda del cuarenta y nueve por ciento del total de las acciones existente a la fecha de compra" (destacado es nuestro).

En la misma cláusula décimo cuarta, se estableció que la Empresa Nacional de Minería podría hacer uso de su derecho de compra dentro de un plazo de ciento veinte días, contados desde que Exxon Minerals Chile le notificara que había completado sus estudios de factibilidad y adoptado las acciones para llevar adelante su proyecto de expansión de la Disputada.

En el número tercero de la cláusula décimo cuarta, se lee lo siguiente: *"Si la Empresa Nacional de Minería 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 que precede, dentro de treinta días siguiente al primero de enero del año que corresponde al tercer año de cada uno de los períodos de tres años consecutivos siguientes al año dentro del cual la Empresa Nacional de Minería declinó ejercitar su opción prevista en el párrafo segundo precedente".*

En el número cuarto de la misma cláusula, se dice: *"Si la Empresa Nacional de Minería no ejercita su derecho dentro de cincuenta años de la fecha de este contrato, la Empresa Nacional de Minería perderá su derecho por incumplimiento y deberá pagar a Exxon Minerals Chile, la suma de mil dólares".*

2.- Conflicto entre la Empresa Nacional de Minería y Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited y su Transacción.

2.1. En octubre de 2001, las sociedades Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited notificaron a la Empresa Nacional de Minería que la Disputada había pasado a ser una sociedad de responsabilidad limitada. Lo anterior, a juicio de las primeras, tenía como efecto que la opción de compra de la Empresa Nacional de Minería pactada en el Convenio de 24 de enero de 1978 ya no

"resultaba aplicable"[1], por cuanto no existían acciones donde ejercerla, sino, únicamente, derechos sociales.

Lo anterior fue seguido de una serie de actuaciones de Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited, entre octubre de 2001 y junio de 2002 –en pleno proceso de licitación para la venta de su participación en la Disputada- cuyo objetivo fue ignorar el derecho de compra antes aludido.

2.2. Con fecha 7 de junio de 2002, la Empresa Nacional de Minería demandó a Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited, solicitando, entre otras, se declarara judicialmente:

(i) La vigencia y plena certeza del derecho de opción de compra de la Empresa Nacional de Minería de hasta el 49% de la propiedad de la Disputada;

(ii) Que el derecho a ejercer dicha opción de compra obliga, afecta y empece a quienes Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited transfieran sus derechos en dicha sociedad; y

(iii) Que Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited deben indemnizar a la Empresa Nacional de Minería por la mora en su deber legal y contractual de reconocer el derecho de compra antes aludido.

2.3. Por su parte, Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited demandaron reconvencionalmente a la Empresa Nacional de Minería, solicitando el pago de una indemnización de perjuicios, por lo que ellos denominaron, el ejercicio abusivo del derecho por parte de esta última.

Según las demandantes reconvencionales, **(i)** el derecho de compra alegado por la Empresa Nacional de Minería carecía de exigibilidad, conforme a la cláusula décimo cuarta del Convenio de 24 de enero de 1978; **(ii)** era de público conocimiento la mala situación financiera de la Empresa Nacional de Minería, lo cual determinaba que fuera imposible para ella el ejercicio de este derecho de compra; y **(iii)** que al pretender el reconocimiento del derecho de compra antes aludido, y que éste se traspase a futuros

[1] En noviembre de ese mismo año, Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited reiteran esta posición, señalando que por "cortesía" invitaban a la Empresa Nacional de Minería a participar en la licitación para la compra de la Disputa.

compradores de la Disputada, la Empresa Nacional de Minería sólo estaría entrabando el proceso de venta de esta compañía a Anglo American, forzándolas a pagarles una suma de dinero.

2.4. Por escritura pública de fecha 13 de noviembre de 2002, otorgada ante el Notario de Santiago don José Musalen Saffie, la Empresa Nacional de Minería, por una parte, y por la otra, Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited, celebraron un **contrato de transacción**, cuyas disposiciones relevantes son las siguientes.

(i) Se deja constancia que con esta misma fecha se vendió la Disputada a Inversiones Anglo America Dos Limitada y Anglo America Chile Dos Limitada;

(ii) Se deja constancia que con esa misma fecha se celebró un convenio que interpretó y modificó el derecho de compra de la Empresa Nacional de Minería con las nuevas dueñas de la Disputada, a saber, Anglo American Dos Limitada e Inversiones Anglo American Chile Dos Limitada;

(iii) Se reconoce el derecho de la Empresa Nacional de Minería a ejercer la opción de compra de acciones de la Disputada hasta por el 49% por ciento de sus acciones, conforme la cláusula décimo cuarta del Convenio de 24 de enero de 1978;

(iv) Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited pagaron a la Empresa Nacional de Minería, por concepto de indemnización, la suma de USD 250.000; y

(v) Todas las partes se desistieron de sus respectivas acciones judiciales.

3. Venta de la Disputada a Inversiones Anglo America Dos Limitada y Anglo America Chile Dos Limitada.

Por escritura pública de fecha 13 de noviembre de 2002, otorgada ante el Notario de Santiago don José Musalen Saffie, Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited **vendieron el cien por ciento de la**

Disputada a Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada.

Dicha escritura pública hace expresa referencia al contrato denominado *"Agreement for Sale and Purchase of Ownership Interest of Compañía Minera Disputada de las Condes Limitada and Inmobiliaria CMD Limitada"*. En este contrato, las partes pactaron todas y cada una de las condiciones de venta de la Disputada.

Cabe hacer presente, que en la cláusula definiciones de este contrato, se deja constancia de lo siguiente: *"ENAMI Share Purchase Right" means the right of ENAMI to purchase equity interest of CMD* (Compañía Minera Disputada Las Condes Limitada) *in the ENAMI Purchase Agreement"*.

O sea, se le reconoce a la Empresa Nacional de Minería un derecho de compra sobre parte del interés social de la Disputada, lo que ciertamente no fue entendido en este contrato como una mera expectativa.

4.- El Convenio de 2002 subscrito por la Empresa Nacional de Minería con Anglo American Dos Ltda. e Inversiones Anglo American Chile Dos Ltda.

4.1. Por escritura pública de fecha 13 de noviembre de 2002, otorgada ante el Notario de Santiago don José Musalen Saffie, Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada, como únicas socias de Disputada, y Anglo American plc, como dueña indirectamente del ciento por ciento de las acciones de las dos compañías anteriores, por una parte, y por la otra la Empresa Nacional de Minería, interpretaron y modificaron el Convenio del 24 de enero del año 1978 a que se refiere el acápite 1.- anterior, en lo relativo a la opción de compra ahí descrita. Las estipulaciones de éste nuevo pacto, en lo que ahora interesa, fueron las siguientes:

(i) Donde el contrato de 24 de enero de 1978 hablaba de "acciones" de la Disputada, habría que entender, en adelante, interés social, para cubrir el caso en que Disputada dejara de ser una sociedad por acciones;

(ii) Que la Empresa Nacional de Minería *"puede ejercer su* ***derecho de compra*** *dentro de los treinta día 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"* (destacado es nuestro);

(iii) Que Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada, y la sociedad Anglo American plc, de la cual aquellas son filiales, *"se obligan a que Disputada proporcione a la Empresa Nacional de Minería,* ***con una anticipación de cinco meses a cada una de las fechas fijadas en el número cinco de esta cláusula tercera****, los estados financieros auditados del año inmediatamente anterior y un cálculo del valor de Disputada al treinta uno de diciembre del año inmediatamente anterior preparado por Anglo American plc, el cual será meramente referencial y no obligará a la empresa Nacional de Minería ni a Anglo American plc, ni a Inversiones Anglo American Dos Limitada ni Anglo American Chile Dos Limitada, junto con los antecedentes* ***contables y financieros suficientes de Disputada respecto de períodos posteriores a la fecha de éste convenio que requiere razonablemente la empresa Nacional de Minería para efectuar los cálculo del valor del interés social o acciones que tiene derecho a comprar"*** (número doce de la cláusula tercera);

(iv) Que Anglo American plc, Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada se obligaban para con la Empresa Nacional de Minería a notificar a ésta de la transferencia que hiciesen de su interés social en Disputada, haciéndole entrega dentro de treinta días, de los actos o contratos correspondientes (número trece de la cláusula tercera);

(v) Que si la Empresa Nacional de Minería ejercía su derecho a comprar en un momento que la Disputada no tuviese la forma de sociedad anónima, Inversiones Anglo American Dos Limitada y Anglo American Chile Dos Limitada la transformarían para darle esa forma societaria dentro de sesenta días, tras lo cual harían a la Empresa Nacional de Minería la transferencia de las acciones respectivas (cláusula cuarta);y

(vi) Que el Convenio se regiría por las leyes chilenas, y que las partes se sometían exclusivamente a la jurisdicción de los Tribunales Chilenos con competencia para la ciudad de Santiago de Chile.

4.2. Debe tenerse en cuenta, para los efectos que analizaremos más adelante, que a partir de este Convenio, queda claro que Anglo American fue parte de la transacción descrita en el literal 2.- anterior. Lo anterior, significa: **(i)** Que Anglo American conoció del conflicto entre la Empresa Nacional de Minería y los anteriores dueños de la Disputada, el cual nace precisamente de la negativa a reconocer la vigencia y certeza del derecho de opción de compra antes aludido; **(ii)** Que las partes condicionaron la adquisición de la Disputada a la celebración de este Convenio; y **(iii)** Que Anglo American estuvo dispuesta a reconocer este derecho de opción de compra de la Empresa Nacional de Minería sobre el 49% de la Disputada.

5.- Designación de Codelco por la Empresa Nacional de Minería como beneficiaria de la Opción de Compra de hasta un 49% de la Disputada.

Por escritura pública de 18 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría de Santiago de Don José Musalen Saffie, usando de la facultad que le confería la cláusula décimo cuarta del Convenio de 1978 de designar como beneficiaría del derecho de opción de compra de acciones de la Disputada a otra entidad que perteneciese en su totalidad al Estado de Chile, la Empresa Nacional de Minería nombró a Codelco para que fuese ella la titular del derecho a comprar las acciones de la Disputada..

Codelco aceptó la designación, y se obligó a pagar a la Empresa Nacional de Minería, como retribución, la suma a todo evento de USD175.000.000, dentro del plazo de seis años. También se estableció la posibilidad de que esa suma se pudiese pagar mediante una participación accionaría de la Disputada.

La designación de Codelco por la Empresa Nacional de Minería fue oportunamente comunicada a Anglo American Sur S.A. (ex Disputada), Inversiones Anglo American Dos Limitada, Anglo American Chile Dos Limitada y Anglo American plc. Nadie objetó esta designación.

6.- Etapa Contractual de Estudio de los Antecedentes por Codelco para poder ejercer su Derecho de Compra correspondiente en enero de 2012. Remisión de los antecedentes por Anglo American Sur con fecha 29 de julio de 2011.

Como ya se mencionó, Anglo American Sur (ex Disputada) tenía que proporcionar a Codelco, en virtud de la cláusula tercera número duodécimo del Convenio de 2002, con anticipación de cinco meses al primero de enero del dos mil doce, los estados financieros del año inmediatamente anterior, y un cálculo estimativo o referencial del valor de Anglo America Sur al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, y otros antecedentes que pudiesen requerir razonablemente *"para efectuar los cálculos del valor del interés social o acciones"* que tenía derecho a comprar.

En cumplimiento de este deber, el 29 de julio de 2011 Anglo American Sur remitió los antecedentes que debía mandar a Codelco, y aún otros, que no era obligatorio remitir, y también envío las estimaciones del valor del 49% de las acciones de Anglo American Sur, según las dos alternativas con arreglo a las cuales podía establecerse.

7.- Negociación Anglo American y Codelco para adquirir Opción de Compra.

Iniciado el período contractual de cinco meses previo al mes de enero de 2012, Anglo American ofreció a Codelco comprar su derecho de opción compra. Lo anterior consta en carta de 9 de agosto de 2011, remitida a Codelco por Inversiones Anglo American Sur S.A., y Clarent Sarl (esta carta que se acompañó al expediente de protección).

Es importante, para los fines del presente informe, dejar constancia de que las empresas Anglo American hablan de ***"alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio en relación a la cesión por parte de la Corporación del Cobre de su <u>derecho de adquirir hasta el 49%</u> de las acciones emitidas por Anglo American Sur, a una empresa relacionada a Anglo American PLC"*** (destacado es nuestro).

En los últimos párrafos de esta carta, Anglo American señala: ***"A objeto de mayor certeza, se deja expresamente establecido que el presente documento <u>no limitará ni afectará en modo alguno el derecho de Codelco para ejercer la Opción ni para desarrollar las acciones que estime necesarias o convenientes para estar en</u>***

condiciones de ejercerla, debiendo Codelco mantener en todo caso estricta confidencialidad el precio o valor económico que se le ofrezca por Anglo American o el que eventualmente Codelco proponga a Anglo American por la Cesión de la Opción, durante el período de vigencia antes indicado (...) ***"Anglo American espera tener un proceso constructivo para llegar a un término satisfactorio de las negociaciones"*** (destacado es nuestro).

O sea, se le reconoce a Codelco un derecho de ejercer la opción, y no una mera expectativa. Se ofrece a Codelco entrar en negociaciones respecto de su derecho de Opción, incluso más, Anglo American se obliga a no limitar o afectar, de modo alguno, este derecho, durante el período de cinco meses previos a enero de 2012..

8.- Decisión de Codelco de ejercer su derecho, su comunicación a Anglo American Sur S.A., y respuesta.

El 12 de octubre del año en curso, Codelco anunció públicamente que había obtenido financiamiento para la compra de las acciones de Anglo American Sur. El día siguiente, comunicó a Anglo American Sur y a Anglo American plc que había obtenido financiamiento para la adquisición del 49% de las acciones en referencia, y que había decidido que ejercería su derecho de compra.

Con fecha 19 de octubre de 2011, Anglo American Sur envió su respuesta a esta comunicación, observando que no producía *"efecto alguno en ese momento"*. También se refirió a los procedimientos destinados a concretar el ejercicio del derecho de Codelco.

Posteriormente, en sesión de directorio de fecha 27 de octubre de 2011, Codelco acordó ejercer el derecho de compra del 49% de las acciones de Anglo American Sur, facultando a su Presidente Ejecutivo para que por sí o mediante los apoderados que él designe, adopte las medidas necesarias y convenientes para el ejercicio de este derecho de compra.

Con fecha 28 de octubre del mismo año, se comunicó como hecho esencial este acuerdo de directorio a la Superintendencia de Valores y Seguros.

9.- Venta del 24,5% de las acciones de Anglo American Sur a un Tercero.

9.1. Sorpresivamente, por escritura pública de 9 de noviembre de 2011, otorgada ante el Notario de Santiago don Raúl Iván Perry, Anglo American vendió a MC Resource Developmet Ltd. 3.983.890 de sus acciones en Anglo American Sur (ex Disputada), equivalentes al 24,5% del total de acciones de esta compañía, por un precio total de USD 5.390.000.000 (cinco mil trescientos noventa millones de dólares de los Estados Unidos de Norte América).

Se deja constancia en la cláusula sexta de esta escritura pública, que la compradora extinguió su obligación de pago del precio de compraventa, subscribiendo un pagaré a la orden del vendedor con arreglo a leyes extranjeras, produciéndose novación. También se hace constar la entrega al comprador del título de las acciones. Se hace referencia a un acuerdo privado entre partes -*Share Purchase Agreement*-, y se dice que el domicilio y la jurisdicción para los efectos del contrato serán los establecidos en el mencionado acuerdo privado, el que además servirá para la interpretación del contrato de venta, y prevalecerá sobre él en caso de discrepancia.

9.2. **Para las autoridades de Anglo American, lo vendido fue la mitad del 49% de las acciones de Anglo American Sur que Codelco tenía derecho a comprar**. En efecto, en el comunicado de prensa emitido el 9 de noviembre de 2011, en que Anglo American informa al público de la operación realizada, se lee lo siguiente: *"Esta transacción cumple totalmente con lo que señala el convenio entre Anglo American, algunas de sus afiliadas y Codelco, que expresamente contempla la eventualidad de que Anglo American venda sus acciones en Anglo American Sur [ex Disputada] en cualquier momento previo a la fecha en la cual la opción puede ser ejercida y por lo tanto ya no sea dueña del ciento por ciento de las acciones de Anglo American sur. En tal eventualidad, el porcentaje de acción de Anglo American sur sobre las cuales Codelco puede ejercer su opción es reducido en el porcentaje de acciones que no son propiedad de Anglo American al momento del ejercicio. La opción sólo puede ser ejercida durante el mes de enero de cada tres años hasta enero de 2027".*

10.- Amenaza de Venta a Terceros del Resto de lo que según Anglo American Codelco tiene derecho a comprar, o incluso, todo el remanente de las acciones de Anglo American en Anglo American Sur.

La máxima ejecutiva de Anglo American, su presidenta Cynthia Carroll, declaró al Diario la Segunda el último 9 de noviembre, según se lee en el ejemplar del día siguiente: ***"somos libres de vender cualquier porcentaje de las acciones de Anglo American Sur, en cualquier momento. Hemos evaluado y seguiremos evaluando alternativas".*** Lo anterior, sumado a una serie de declaraciones y actuaciones irrefutables, que permiten concluir que existe una amenaza real y sería que Anglo American venda este remanente de acciones.

Incluso más, la sola oposición de Anglo American a la orden de no innovar que le impone la obligación de no vender el resto de las acciones de Anglo American Sur, es prueba suficiente de su real intención de enajenar dicha participación accionaria. Nótese, además, que ha sido Anglo American, al fundar su argumento de extemporaneidad del recurso de protección en análisis, la que ha reconocido que siempre existió en ella la voluntad de enajenar las acciones que correspondían al derecho de opciòn de compra de Codelco.

11.- El Recurso de Protección entablado por Codelco.

Teniendo en consideración la venta de un 24,5% de las acciones en Anglo American Sur (ex Disputada), las declaraciones de las autoridades de Anglo American de que ese porcentaje se rebajaría del que tiene derecho a comprar Codelco, así como también, de que seguirían vendiendo cualquier porcentaje de sus acciones en Anglo American Sur, Codelco interpuso un recurso de protección en contra de Anglo American plc, Inversiones Anglo American Sur S.A. y Clarent Sarl, con el objeto de evitar que en la práctica resultase burlado su derecho de compra de dichas acciones.

Codelco funda lo anterior, en que la actuación de las recurridas importaría una gravísima afectación a su propiedad sobre el derecho de adquirir hasta el 49% del interés social en Anglo American Sur. Lo anterior, toda vez que las recurridas están desarrollando una estrategia cuya puesta en obra privaría a Codelco de su legítimo

derecho a concretar su opción de compra. *"Anglo American* -dice el recurso- *se apartó del imperio del derecho por la vía de vender un 24,5% de Anglo American Sur a Mitsubishi Corporation, afirmando que en virtud de ello el derecho de compra de la Corporación de Cobre de Chile quedaba reducido del 49% al 24,5% de la propiedad de Anglo American Sur S.A.".*

Asimismo, sostiene Codelco que *"iniciada la primera etapa de la operación con la entrega de la información sobre el número o porcentajes de acciones sobre las cuales puede ejercerse el derecho de compra, y el precio determinado conforme al contrato, el deudor de la obligación* (Anglo American) *está inhibido de disponer de la cosa que puede ser objeto de la opción"* (página 10 del líbelo). Añade Codelco que ella *"es titular de la propiedad sobre una cosa incorporal consistente en el derecho de opción, esto es, el derecho comprar una porción de interés social en la Sociedad Anglo American sur S.A.; porción que quedó determinada al contar del veintinueve de julio de dos mil once, fecha en la cual Anglo American entrega el cálculo estimativo del precio del 49% de las acciones emitida por Anglo American Sur S.A. que la Corporación del Cobre de Chile tiene derecho a comprar".*

Continúa Codelco señalando que su indubitada propiedad sobre el derecho de compra de las acciones, está siendo amagada por la amenaza de desaparición de su objeto. En consecuencia, se estaría afectando el derecho de propiedad que le garantiza la Constitución a Codelco.

Además, continúa la recurrente, sus contrarias habrían desplegado una conducta que importaría hacerse justicia por su propia mano, decidiendo, por sí y ante sí, sobre el alcance y contenido del derecho de Codelco.

Por último, alega la recurrente, que la conducta de las recurridas quebranta su derecho a desarrollar una actividad económica legítima.

Concretando los fundamentos en el petitorio del recurso, dice Codelco que las actuaciones arbitrarias e ilegales en que han incurrido las recurridas, son las siguientes:

(i) Haber enajenado el 24,5% del interés social de Anglo American Sur S.A., afirmando que ello reduce el derecho de compra de Codelco desde el 49% del interés social al 24,5%; y

(ii) Manifestar una voluntad firme y decidida de vender *"cualquier porcentaje de las acciones de Anglo American Sur, en cualquier momento"*.

Codelco termina solicitando a la I. Corte de Apelaciones de Santiago que adopte las providencia necesarias para restablecer el imperio del derecho y darle la debida protección a Codelco, *"decretando que las recurridas deberán abstenerse de incurrir en cualquier negociación o actuación que vaya en detrimento del derecho de compra de que es titular la Corporación del Cobre"*.[2]

12.- Los Argumentos esgrimidos por las Recurridas en el Recurso de Protección solicitando su rechazo.

En cuanto al fondo de la pretensión de la Codelco, las recurridas han manifestado, tanto en su oposición a la orden de no innovar, como en sus informes, que el recurso de protección deber rechazado, en todas sus partes, por las siguientes razones:

(i) La acción de protección intentada por Codelco importa un grave atentado al Estado de Derecho que impera en el país, que podría dar lugar a una actuación abusiva de la recurrente y de otras autoridades gubernamentales.

(ii) La opción de compra de Codelco sólo puede ejercerse a partir del 2 de enero de 2012, y *"no de otra manera"*, según resulta del número quinto de la cláusula tercera del Convenio de 2002. En este sentido, las recurridas señalan que el período contractual de información, que comprende los cinco meses anteriores al primero de

[2] Codelco también pidió, en un otrosí de su líbelo de protección, se decretase orden de no innovar, con el objeto de impedir que las recurridas, directa o indirectamente, celebrasen o ejecutasen cualquier acto o contrato que implicase modificar la propiedad o el número de sus acciones en Anglo American Sur S.A., quedándole prohibido desde ya grabar o enajenar sus acciones a cualquier persona o entidad distinta de Codelco. Esta orden de no innovar fue concebida.

enero del año 2012, no es apto para ejercer la opción, de manera tal que la declaración de Codelco en ese período de su intención de comprar las acciones en cuestión, no pudo privar a las recurridas de su derecho de venderlas libremente a terceros;

(iii) Que Codelco sólo puede ejercer su opción de compra en la medida en que las recurridas no hayan enajenado, en todo o parte, el 49% del interés social o de las acciones de Anglo American Sur (ex Disputada). Así las cosas, Codelco no tenía al momento de recurrir de protección, ni tiene ahora, ni tendrá hasta el momento de ejercer la opción, si las recurridas dejan de vender alguna de sus acciones en que la pueda hacer efectiva, otra cosa que una mera expectativa; y que por lo mismo, no tiene derecho alguno susceptible de ser amparado mediante el recurso de protección;

(iv) Codelco ha iniciado en sede de protección una disputa artificial sobre la interpretación de determinadas cláusulas contractuales, cuyo tenor univoco se habría interpretado de mutuo acuerdo entre las partes;

A juicio de Anglo American, aunque existiera una base real para una disputa contractual, lo cual las recurridas niegan, la jurisprudencia y doctrina uniformes están contestes en que el recurso de protección no es un medio idóneo para plantear y resolver controversias de este tipo. Según las recurridas, tanto la jurisprudencia y doctrina uniformes están contestes en que la interpretación de cláusulas contractuales no puede ser materia de un recurso de protección;

(v) Codelco carece de un derecho de compra de acciones de Anglo American Sur, pues tal derecho sólo nace una vez que se ha ejercido la opción contractual, lo cual podría tener lugar, únicamente, en los plazos y condiciones estipuladas en los contratos;

(vi) Las actuaciones de las recurridas, al vender acciones de Anglo American Sur, no afectan el derecho constitucional de Codelco a no ser juzgado por comisiones especiales, ni tampoco, su libertad económica.

(vii) Finalmente, se señala por una de las recurridas, que el recurso de protección en estudio sería extemporáneo, por cuanto, Codelco habría tenido conocimiento de la intención de Anglo American de vender el 49% de las acciones de Anglo American

Sur a un tercero en una fecha anterior a los 30 días de su interposición, como señala el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de protección de las garantías constitucionales, lo cual determinaría su extemporaneidad. No obstante lo anterior, no queda claro, porque no se señala, la fecha exacta en que Codelco habría tenido conocimiento de dicha intención, lo cual, a juicio de las recurridas, determinaría la extemporaneidad del recurso de protección.

II.- DERECHO DE COMPRA DE CODELCO Y SU DERECHO A IMPEDIR QUE LA CONTRAPARTE ENAJENE A TERCEROS LAS ACCIONES COMPROMETIDAS.

Se ha consultado primeramente a los subscritos, acerca de la razón que asiste a Codelco en el recurso de protección, en lo que respecta al derecho reclamado. Con este objetivo, analizaremos:

(a) Cuál es el carácter y alcance del derecho conferido a Codelco; y

(b) Si durante el período contractual de cinco meses destinado a que Codelco pueda estudiar los antecedentes y calcular el valor de las acciones que tiene derecho a comprar, Anglo American ha podido y puede enajenar a terceros dichas acciones.

1.- El Contrato que confirió a la Empresa Nacional de Minería y confiere ahora a Codelco, el derecho de comprar hasta un 49% de las acciones de la ex - Disputada, puede calificarse como una promesa unilateral de venta, o como un contrato de opción.

1.1. El contrato de que tratamos se celebró bajo el imperio del antiguo Código de Minería, es decir, el aprobado por el Decreto Ley N.° 488, de 24-VIII-1932. Este Código no contemplaba el "contrato de opción", puesto que esta figura fue introducida en nuestro Derecho por el artículo 169, inciso final, del actual Código de Minería de

1983. Al menos no la contemplaba nominativamente, y como algo distinto de la promesa unilateral de venta, a la que algunos autores la asimilan, considerándola equivalente.

Según el Código de 1983, el contrato de opción consta de una oferta irrevocable de venta, formulada por escritura pública, relativa a una concesión minera o a una cuota o parte material de ella, a acciones de sociedades regidas por el Código de Minería, o a cualquier otro derecho regulado especialmente en el mismo, y de una aceptación de esa oferta, otorgada también por escritura pública. Producida la aceptación, queda formado el contrato de compraventa.

El profesor Juan Luis Ossa Bulnes explica este contrato diciendo: *"En general, la opción es un contrato preparatorio en que el oferente propone al beneficiario, de manera unilateral e irrevocable, un contrato definitivo que especifica en todas sus partes y que se perfeccionará sin más trámite en el evento de que el beneficiario opte, en tiempo y forma, por aceptarlo". "La opción es, así, una oferta irrevocable de contrato elevada a la categoría de convención, en que el beneficiario de la oferta se limita a tomar conocimiento de ella y se reserva el derecho de aceptarla o rechazarla dentro de un lapso determinado o determinable. Si se da la aceptación, el contrato definitivo ofrecido queda perfeccionado sin necesidad de un nuevo consentimiento del oferente". "Por ello, de la opción no deriva obligación alguna de celebrar otro contrato, y el beneficiario no necesita requerir ni obligar al oferente a prestar nuevamente su consentimiento para el contrato proyectado".*[3]

Por otra parte, la promesa unilateral de venta, que también contempla el actual Código de Minería, es aquélla en que quien ha de ser vendedor se obliga a vender, sin que quede obligada a comprar la contraparte.

La diferencia entre ambas figuras consiste en que de la promesa unilateral de venta emana la obligación de celebrar el contrato de venta, para el candidato a vendedor, y si la otra parte decide en definitiva comprar, el resultado será que ambas partes tendrán la obligación de proceder a celebrar un nuevo contrato: el de compraventa. En cambio, como ya se dijo, si la opción es aceptada mediante la escritura pública que la ley prevé,

[3] Tratado de Derecho de Minería, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2007, t. II, pág. 550.

como lo que se ha aceptado es una oferta, queda ya formado el contrato definitivo o contrato de compraventa, y por tanto, no hay que celebrar ningún nuevo contrato.[4]

1.2. El antiguo Código de Minería, como ha quedado dicho, no contemplaba el contrato de opción. Sin embargo, hay que advertir que los abogados de minas solían llamar contrato de opción al contrato de promesa unilateral de venta, que dicho Código reguló expresamente para los casos en que tuviese por objeto una pertenencia minera o parte alícuota de ella, acciones en una sociedad minera, y en general, cualquier otro derecho regido especialmente por el citado Código.

Por otra parte, hemos de hacer constar que don Luis Claro Solar, partidario de la validez de la promesa unilateral de contrato bilateral, en la polémica relativa a si el Código Civil permite ese contrato preparatorio o no, da, entre otros argumentos, el de que sería esa promesa una **oferta en que el oferente se obligaría a esperar**, con arreglo al artículo 99 del Código de Comercio. De modo que puede entenderse que este ilustre autor viene a identificar en la práctica promesa unilateral de contrato bilateral con contrato de opción (t. XI, N.° 1211, pág. 715). El profesor don Guillermo Pumpin, en su memoria intitulada *"El contrato de opción"*, identifica dicha figura con el contrato de promesa unilateral; pero distingue el contrato de opción de la oferta con compromiso de esperar respuesta, por cuanto esta oferta se extinguiría por la muerte del proponente con arreglo al artículo 101 del Código de Comercio.[5]

1.3. En vista de lo expuesto, **el contrato que nos ocupa puede calificarse como de promesa unilateral de venta.**

El artículo 76 del Código de Minería, vigente a la época de celebrarse la Convención de 24 de enero de 1978, contemplaba la promesa unilateral de venta respecto de las acciones "en una sociedad minera". Dichas sociedades podían también ser anónimas comunes, según el artículo 171 del propio Código.

---

[4] Juan Luis Ossa Bulnes, op. y t. cit, pág. 550.
[5] Guillermo Pumpin Belloni, "El contrato de opción", Biblioteca jurídica de la Universidad Católica de Chile, vol. XX, Santiago, 1955, pág. 20.

Contra este argumento, podría señalarse que se había entendido que las acciones en sociedades mineras de que hablaba el artículo 76 de dicho código, habían de ser de una sociedad contractual minera, de aquellas contempladas en el artículo 172 del citado cuerpo legal. Así lo sostenían el profesor Julio Ruiz Bourgeois[6] y el Profesor Juan Luis Ossa Bulnes[7]. Las razones que daban eran las siguientes:

(i) El objeto del legislador fue crear una institución que diera a los interesados la posibilidad de realizar reconocimientos previos a la compraventa, lo que no se habría justificado respecto de una sociedad anónima corriente que fuese dueña de una mina;

(ii) El artículo 76, inciso segundo, del Código de Minería, en relación con el artículo 153 del Reglamento del Código de Minería, permitía inscribir las promesas unilaterales de venta para que fuesen oponibles a terceros, sólo tratándose de sociedades regidas por el Código de Minería, y

(iii) La intención fundamental del legislador fue referirse a derechos regidos especialmente por el Código de Minería (Julio Ruiz, loc. cit.).

Pero a estos argumentos, que se opondrían a que la promesa unilateral de venta se aplicaría a una sociedad anónima minera, como era a la época la Disputada, puede replicarse:

(a) Que en ningún caso es claro que las acciones en sociedades mineras de que hablaba el artículo 76 del Código de Minería de la época, no hayan podido ser también de sociedades anónimas regidas por el derecho común;

(b) Muchos y muy importantes autores **han sido partidarios de la doctrina de que según las solas reglas del Código Civil, el contrato unilateral de promesa es válido**, pudiendo citarse ante todo a Claro Solar, según lo visto más arriba, el que da múltiples y convincentes argumentos (loc. cit.); a don Leopoldo Urrutia (Eugenio Valenzuela, algunas opiniones de don Leopoldo Urrutia, pág. 421, memoria inédita, Santiago, 1959, citada por Fueyo, Derecho Civil, t. V, Los contratos en particular y demás fuentes, volumen II, Contratos preparatorios, vol. II, t. II, Imprenta Universo, 1963, pág. 103; y

[6] Instituciones de Derecho Minero, Editorial Jurídica de Chile, 1949, t. II, págs. 67 y 68.
[7] Los contratos preparatorios en el derecho de minería, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

también el artículo de don Leopoldo Urrutia, "Promesa unilateral de venta o de compra. Estudio crítico de una sentencia de casación en el fondo", Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XVI, sec. Derecho, pág. 1); a Enrique Rodríguez (El contrato unilateral de promesa y la promesa como declaración unilateral de voluntad, pág. 25, Editorial Universitaria, Santiago, 1959, citado por Fueyo, op., t., y vol. cit., t. cit., pág. 104); a Manuel Jara Cristi, y varios otros autores que trae Fueyo (op., t., y vol. cit., t. cit., pág. 112); al propio Fueyo (op., t., y vol. cit., t. cit., pág. 100 y siguientes), y al profesor René Abeliuk. (El contrato de promesa, 1971, Santiago, Editores López-Vivnacos, pág. 37, N.° 1282).

(c) Adicionalmente, hay que añadir que la jurisprudencia tuvo un vuelco muy importante cuando la E. Corte Suprema aceptó la validez de esta figura jurídica, en un célebre fallo de cinco de septiembre de 1972, redactado por el ministro don Ramiro Méndez.[8]

Por todo lo expuesto, entendemos que el contrato materia del presente informe puede calificarse de promesa unilateral de venta.

1.4. A mayor abundamiento, entendemos que el contrato que otorga a la Corporación del Cobre el derecho de comprar las acciones de Anglo American Sur, ex Disputada, también podría calificarse como contrato de opción. De hecho, así lo llamaron las partes en todo momento, y no hay en el texto razones que impidan interpretarlo en el sentido de que aceptando Codelco comprar, no esté ya formado el consentimiento y formado el contrato definitivo, precisamente por aplicación de los principios generales de nuestro derecho civil, y entre ellos, de la norma del artículo 99 del Código de Comercio, aplicable en materia civil.

Además puede sostenerse que a la época en que se celebró este contrato, el de opción, tal como lo concibe el actual Código de Minería en su artículo 169, podía también celebrase. En efecto, el profesor Juan Luis Ossa decía en su ya citada memoria, que a su juicio el contrato de opción estaba contemplado ya por el artículo 76 del antiguo Código de Minería, en cuanto sus incisos segundo y tercero eran tan generales que podían aplicarse también, en una interpretación extensiva, al contrato de opción (N.°

[8] Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LIX, pág. 326.

35, pág. 43).- **Además, ya vimos que Claro Solar justificaba la validez de la promesa unilateral de contrato bilateral con el artículo 99 del Código de Comercio, en cuanto éste permite la oferta irrevocable con compromiso de espera, que es en lo que en el fondo consiste el contrato de opción, tal como lo concibe el art. 169 del nuevo Código de Minería.**

1.5. Lo que es claro, en todo caso, es que para decidir sobre el recurso de protección no es necesario que la recurrente se pronuncie por una u otra calificación, ni tampoco que lo haga la I. Corte de Apelaciones en su fallo, pues para los efectos de esta acción cautelar de rango constitucional, basta con que sea claro que hay un derecho susceptible de ampararse por esta vía, y que el titular del mismo lo vea amenazado, menoscabado o entorpecido por un acto arbitrario o ilegal de otra persona.

Incluso, siendo discutible y no necesaria la calificación, podría estimarse que es impropia en este momento, y que ha de reservarse para la sentencia que recaiga en el juicio ordinario que pueda tener lugar más adelante, en el cual, por lo demás, tampoco es necesario que el actor califique el contrato, bastando con que exponga los hechos jurídicos que le sirven de causa de pedir, o que plantee una calificación en subsidio de otra, según viere en su momento convenir a su derecho.

En vista, pues, de que el contrato materia del presente informe es susceptible de la doble calificación que hemos dicho, y de que no nos pronunciaremos por ninguna de las dos alternativas, si bien preferimos la de la promesa unilateral, proseguiremos el informe refiriéndonos siempre a las dos posibilidades.

2.- La Facultad de las Promitentes Vendedoras u oferentes de opción, de vender acciones que formen parte del 49% designado en el Contrato, y sus límites.

2.1. Es efectivo que se desprende del contrato de promesa unilateral de venta, o de opción, que las promitentes u oferentes de opción, han podido vender acciones que formen parte del 49% designado en el contrato. Ello se desprende, ante todo, de la

parte de la cláusula décimo cuarta del Convenio de 1978 contenida en la parte inicial, que dice que se concede a la Empresa Nacional de Minería, o a otra entidad que pertenezca en su totalidad al Estado de Chile, y que ella designe, *"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 la Empresa Nacional de Minería cuando se sumen a las acciones de Disputada que posean personas distintas de Exxon Minerals Chile Inc., o cualquier afiliada a Exxon Corporation, no excedan del cuarenta y nueve por ciento del total de las acciones existentes a la fecha de la compra(...)".*

O sea, si Exxon vendía acciones, se entendía que lo hacía con cargo al 49% destinado en principio para la Empresa Nacional de Minería, y no con cargo a su 51%. Esta interpretación se confirma con la apertura de nuevas oportunidades cada tres años, dentro de los cincuenta siguientes a la fecha de la escritura, pues sería absurdo pensar que entre una y otra oportunidad dispuesta para la Empresa Nacional de Minería, y no obstante la no aceptación de ésta, pero restando otras, Exxon no pudiese vender.

2.2. El Convenio del año 2002, confirma esta interpretación. **Pero esta facultad de vender tenía y tiene dos límites.**

(a) El primer límite resulta de que es impensable una promesa de venta, o una opción de compra, en que antes de la aceptación, el promitente vendedor pueda enajenar todas las cosas a que la promesa u opción se refiere: sería un absurdo jurídico, carecería de sentido, no obligaría a nada, en la práctica, que es todo lo contrario de aquello en lo que consiste un contrato.

Además, tanto en el Convenio de 1978 como en el Convenio de 2002, se dice que, si dentro de los cincuenta años antes referidos, la Empresa Nacional de Minería no ha decidido comprar, queda extinguido su derecho por incumplimiento, y pagará una multa de mil dólares, lo que evidencia que había un interés de Exxon, y luego de sus sucesoras, en que la Empresa Nacional de Minería aceptara la promesa, o la opción, y se llegara al contrato definitivo, lo que obviamente suponía que las promitentes vendedoras u oferentes de opción tenían que reservar para el caso de que Exxon aceptara un porcentaje significativo de las acciones de la ex Disputada.

(b) El segundo límite de la facultad de vender se verá en el apartado subsiguiente, y deriva de la existencia del período contractual de información de cinco meses previo al mes de enero en que puede aceptarse la promesa o la opción, tal como lo ha alegado con mucho acierto Codelco en su recurso de protección.

3.- El Contrato de Promesa o de Opción en examen es complejo y se descompone en otras varias promesas u opciones: una para cada oportunidad que se da a Codelco de exigir la venta, cada cual con su objeto propio, que es la parte del 49% de las acciones existente en esa ocasión.

Del hecho de que las promitentes vendedoras u oferentes de opción tengan la facultad de vender con cargo al 49% comprometido en principio con Codelco - con los límites señalados más arriba-, lo que se traduce en que en cada ocasión puede haber disponible para Codelco una parte distinta del 49%, o bien el entero; y no pudiendo racionalmente un contrato tener objeto cambiante; **se sigue que el contrato en examen es complejo y se descompone en varias promesas, u opciones, una para cada oportunidad que tenga la Corporación del Cobre de exigir la venta**.

Todas estas promesas u opciones en que se descompone la promesa u opción matriz, son unilaterales, y obligan a las promitentes vendedoras u oferentes a vender el 49% de las acciones, o la parte de ese porcentaje que les quede. Codelco, por su parte, puede exigir en los treinta días siguientes al primero de cada mes de enero previsto en el contrato, el cumplimiento de la correspondiente promesa, u opción, pudiendo comprar todo o parte del porcentaje según lo estime pertinente.

Para cada contrato hay un período previo al respectivo mes de enero, constituido por los cinco meses anteriores, dispuesto para que Codelco pueda estudiar los antecedentes y calcular el valor de las acciones que va a comprar, según la información que está obligada a proporcionarle antes de iniciarse dichos cinco meses, Anglo American Sur, ex Disputada.

4.- Las promitentes vendedoras u oferentes de opción no pudieron ni pueden lícitamente vender acciones que formen parte del 49% designado en la convención durante el período contractual de cinco meses concedido a Codelco.

4.1. *Eso es así, en primer lugar, porque el beneficiario de una promesa u opción de compra tiene derecho a exigir la venta, y en virtud de ésta, lo tendrá a exigir la tradición de la cosa, y por tanto tiene derecho a que la contraparte no enajene la cosa a que se refiere ese contrato preparatorio.*

La pretensión de las recurridas de que ellas pueden vender acciones en cualquier momento, con cargo al 49% comprometido con Codelco, hasta que se ejerza por ésta el derecho de comprar, es conceptualmente impresentable y absurda, porque no puede concebirse que el obligado por un contrato de promesa o por una opción, tenga en su mano hacer desaparecer el objeto del contrato definitivo a su arbitrio.

¿Hasta qué momento pueden vender a terceros las promitentes vendedoras u oferentes, ya que tienen la facultad de hacerlo?

Podría pensarse que hasta antes del primer día en que la beneficiaria de la promesa u opción puede pedir que se haga efectiva. Sin embargo, **no es esa la respuesta correcta en este caso**. La respuesta correcta es que las promitentes vendedoras u oferentes no pueden vender a terceros sino hasta antes de iniciarse el período de cinco meses previo al mes de enero de cada uno de los años en que puede ejercerse el derecho de compra.

La razón es que al iniciarse ese período de cinco meses, entra en vigor la promesa de venta, o la opción, propia de ese período, de las varias en que se descompone la promesa u opción matriz; y queda determinado su objeto, que pasa a ser la venta, o la integración de la compra mediante la opción, del número de acciones de la ex Disputada que tengan en ese momento las promitentes vendedoras u oferentes.- Ese número equivalía en este caso, al 49% íntegro, como aparece de la sección sobre antecedentes.

4.2. Derecho a exigir la venta o a completarla con la aceptación de la oferta, ejerciendo la opción, y derecho a que no se enajene la cosa a que se refiere el contrato preparatorio. Consiguiente ilicitud de la enajenación

4.2.1 El derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo de venta, es un derecho personal o de crédito -no una mera expectativa-, y si bien no recae directamente sobre las acciones comprometidas, sí recae sobre ellas mediatamente, en cuanto que al cumplirse el derecho emanado de la promesa de venta mediante el otorgamiento de este contrato definitivo, nace necesariamente el derecho personal o de crédito a la tradición de las acciones en referencia, que serán la cosa comprada.

Y ocurre, en consecuencia, que el derecho del promitente comprador excluye la licitud de la enajenación a terceros de aquello que ha de ser materia de la venta prometida, en este caso, las acciones en discusión.

Lo mismo hay que decir, *mutatis mutandis,* del derecho que nace de la opción de compra, porque el optante o beneficiario de dicha opción está más cerca de la compraventa que el promitente comprador, desde que basta su aceptación para que la compraventa quede perfeccionada: el beneficiario de la opción u optante tiene pues, un derecho personal o de crédito a que si acepta, se le tenga por comprador, con todos los derechos de tal, entre ellos y como el principal, el **derecho a la tradición de la cosa**.

4.2.2. Algunos suelen confundirse al respecto –dicho sea con el debido respeto-: sostienen que el promitente vendedor podría disponer libremente de la cosa a que se refiere la promesa, enajenándola o gravándola con hipotecas, servidumbres, etc. Es lo que dice Alessandri (Compraventa, N.° 2152, pág. 1305), quien argumenta diciendo que si una cosa vendida puede venderse a otra persona, según la regla del artículo 1817 del Código Civil, con mayor razón una que sólo es materia de una simple promesa de venta. Añade Alessandri, citando un fallo de la Corte de Tacna, que el promitente comprador no tiene ningún derecho sobre la cosa, sino una mera expectativa de adquirir su dominio (loc. cit.).

También se confunde a este respecto Abeliuk, quien expresa: *"Por la promesa el prometiente enajenante no queda inhibido para disponer de la cosa prometida como*

lo estime conveniente, aunque se someta a prohibiciones voluntarias; ello constituirá una posible infracción al contrato, que en nada afecta la adquisición del tercero, a menos que medie una prohibición judicial de celebrar actos y contratos" (op. cit., N.° 1315, págs. 79 y 80).

En la misma confusión incurre Fueyo, quien expresa a propósito del contrato de opción: *"Si la opción se relaciona con la venta de una cosa o la constitución o transferencia de cualquier derecho real, por otro título, el promitente conserva sus derechos sobre la cosa objeto de la opción, y aún más, su libre decisión de transferir a otro, aunque sea en perjuicio del optante, con la salvedad del deber de indemnizar conforme a las reglas comunes"* (op., t. y vol. cit., t. II., pág. 53).

Lo que ha pasado inadvertido a los citados autores, es que un acto jurídico puede ser válido pero ilícito. En el caso en estudio, no hay duda de que la enajenación hecha a un tercero será ilícita, porque toda infracción de un contrato lo es. Y si va a ser ilícita, es porque el beneficiario de la promesa de venta u opción tiene el derecho preciso a que el promitente no enajene la cosa a un tercero. Y precisamente la comisión de actos ilícitos no constituye una defensa idónea para justificar una conducta, pues ello equivaldría al aprovechamiento del propio dolo.

4.2.3. En el caso de la cosa vendida a una persona, que puede válidamente venderse a otra, prevaleciendo la segunda venta si va seguida de entrega, y no así la otra, caso que pone Alessandri para sostener que el promitente vendedor, *a fortiori*, puede libremente disponer de la cosa a que se refiere la promesa de venta, hay algo que el artículo 1817 del Código Civil no dice, pero que es obvio, a saber, que el vendedor tiene que indemnizar de los perjuicios al primer comprador, al cual pretirió indebidamente, faltando al contrato que con él tenía celebrado.

Esta es una verdad que nadie podría discutir, y que además aparece de la historia de la ley, pues Bello cita como fuente del artículo 1817, en nota al artículo 2003 del proyecto de 1853, la ley 50 del título V de la Partida V, que establece expresamente la responsabilidad por perjuicios para con el comprador al cual se ha dejado su contrato incumplido. Dice esta ley así: *"Ley L.- Del ome [hombre] que vende la cosa dos vegadas [veces] a dos omes en tiempos departidos [distintos] cual dellos la deve aver [tener]". "Un cosa vendiendo un ome dos vezes a dos omes en tiempos departidos, si*

aquel a quien la vendio primeramente, passa a la tenencia de la cosa e paga el precio: esse la debe aver e non el otro. Pero tenudo [obligado] es el vendedor de tornar [devolver] el precio a aquel que la vendio a postremas [con posterioridad], si lo avie recebido ***con todos los daños e los menoscabos que le viniveron por razon de tal venta, porque lo fizo engañosamente.*** *Otrosi dezimos que si el postrimero [último] passase a la tenencia e a la posesión, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenudo de tornar el precio, si lo avia recebido con los daños e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador".*

4.3. *La obligación de las promitentes vendedoras u oferentes de no enajenar resulta, a mayor abundamiento, de los términos del número doce de la cláusula tercera del Convenio de 2002.*

Ello es así porque en el número duodécimo de la cláusula tercera del Convenio de 2002, tal como se consignó precedentemente, se estipuló que las promitentes vendedoras u oferentes quedaban obligadas a que Anglo American Sur proporcionase a la beneficiaria de la promesa u opción, con una anticipación de cinco meses a cada mes de enero previsto para el ejercicio del derecho de aceptar la promesa de venta, o la opción, los estados financieros y otros antecedentes para que esta última pudiese *"efectuar los cálculos del valor del interés social o acciones que tiene derecho a comprar".*

Mal podría la beneficiaria de la promesa u opción hacer el cálculo del valor del interés o acciones que tiene derecho a comprar, si el porcentaje del interés, o el número de las acciones no estuviesen desde ya fijos, es decir, desde el inicio del período de cinco meses y hasta el último día del mes de enero siguiente en que puede ejercerse el derecho de compra. En otras palabras, para poder calcular el valor de lo que va a comprar, es sobradamente obvio que Codelco tiene que saber con certeza qué es lo que va a comprar: cuántas acciones puede exigir que se le vendan.

Además, la cláusula dice que la beneficiaria de la promesa ha de poder calcular el valor del interés social o acciones "***que tiene derecho a comprar***". En esta última oración se habla del derecho a comprar como de algo ya actual, o sea ***en acto*** o perfeccionado. Pero nadie tiene derecho a algo indeterminado por la sencilla razón de

que la obligación correlativa sería entonces también indeterminada, y es un principio de derecho que nadie puede estar obligado a algo indeterminado.

4.4. La prohibición de enajenar resulta también del precepto de que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

4.4.1 El artículo 1546 de nuestro Código Civil dispone: *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"*. De esta norma, se sigue para nuestro caso la conclusión de que aun si no existieran las razones tomadas del texto del contrato alegadas en el apartado precedente, de todas maneras las promitentes vendedoras u oferentes de opción tendrían, impuesta implícitamente por la convención, la obligación precisa de no enajenar las acciones durante el referido período de cinco meses. Ello porque:

(i) No tendría sentido que las promitentes vendedoras u oferentes proporcionasen antecedentes para estudiar un contrato que en definitiva puede llegar a no tener lugar, o a tenerlo en forma muy distinta de la que se hubiera podido pensar: sería un contrasentido, y hasta un escarnio, reñido con la dignidad del Derecho y de la beneficiaria de la promesa, o de la opción, y también con la de las promitentes vendedoras, pues nadie puede decorosa y honestamente hacer un planteamiento semejante, y

(ii) Además, se supone que en el período de cinco meses la beneficiaria de la promesa u opción tendrá que ver si le conviene aceptarla, y conseguir el financiamiento necesario para ello -lo que atendida la magnitud del negocio es impensable que pueda hacerse en los treinta días de enero previstos para el ejercicio del derecho de compra-, y ninguna de estas cosas puede tener lugar si el número de acciones ofrecidas no se entiende ya determinado como aquél que tienen las promitentes vendedoras u oferentes en el momento inmediatamente anterior a la iniciación del referido período de cinco meses.[9]

[9] Ahondando en el alcance del precepto de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, hemos de decir que él está tomado de los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés, y que, como explica Claro Solar (t. XI, N.°s

4.4.2 Sobre **interpretación de buena fe, y sobre obligaciones no pactadas expresamente que produce un contrato** existe abundante jurisprudencia.

(a) Con fecha 29 de abril de 2003, la I. Corte de Apelaciones de Santiago resolvió por unanimidad, citando a Luis Diez-Picazo y a Jorge López Santa María: *"9.2.Que, en segundo lugar, la interpretación de los contratos debe hacerse siguiendo, entre otras bases, la buena fe, principio general del derecho. De acuerdo a esto, los contratos deben interpretarse presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas, y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u obscuridades. Tal principio implica asimismo que el contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuye sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas"* (redacción del abogado integrante, señor Luis Bates Hidalgo)[10]. Este considerando fue mantenido por la E. Corte Suprema con fecha veintitrés de marzo de dos mil cuatro.

En el mismo sentido, la I. Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 13 de julio de 2000, resolvió que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, entendiendo por tal *"la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivados de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente"* (considerando trece)[11].

1.046 y 1.047, págs. 496-497), la expresión *"de buena fe"* proviene de la antigua distinción romana entre los contratos de buena fe y los de derecho estricto. Según el derecho romano, eran de derecho estricto los contratos que daban acciones de esa clase, en que el juez estatuía según las reglas del derecho puro; y eran de buena fe aquéllos que daban acciones de ese género, en que el juez atendía a los dictados de la equidad, o en que la observación de la equidad constituía ella misma una regla de derecho. Posteriormente se entendió que los contratos unilaterales eran los de derecho estricto, y los bilaterales los de buena fe. Así lo dice Escriche, quien añade que es contrato de buena fe, *"el que se extiende aun a cosas sobre las que no se han explicado los contrayentes... y en que el juez puede desechar todo lo que se opone a la razón, a la equidad o a la intención presunta de las partes"*. Hoy -dice Claro Solar- todos los contratos son interpretados de buena fe.

[10] www.lexisnexis.cl. Número identificador de Lexis Nexis 29891.

[11] www.lexisnexis.cl. Número identificador de Lexis Nexis 22139.

(b) La I. Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda resolvió, con fecha 4 de marzo de 1988, a propósito de la compraventa de una parcela a un asignatario de la Corporación de la Reforma Agraria, que la obligación estipulada en la promesa previa, de que el comprador pagase, como parte del precio, la deuda del parcelero para con la Corporación mencionada, fue justamente omitida por el mandatario que ambas partes habían designado para celebrar el contrato definitivo en nombre del promitente vendedor, si el comprador resultó obligado de todas maneras por una ley posterior, el DL 3.262 de 1980, a pagar esa deuda. El considerando respectivo dice: *"C.10° Que conforme al artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, sin apego a la letra rigurosa de ellos, ni a un derecho estricto. Ninguno de los contratantes debe asilarse en su literalidad inflexible para dar menos ni para exigir más, arbitrariamente, al influjo de un interés propio y mezquino; antes bien, debe dejarse expresar al contrato ampliamente su contenido. Ni debe dejar de atenderse a factores extraliteralidad que pudieran fundarse en la naturaleza del pacto, en la costumbre o en la ley"* (redacción del abogado integrante, señor Fernando Fueyo L.).[12]

Casos en que los tribunales han declarado existir obligaciones no pactadas expresamente, podemos citar los que siguen:

(i) Demanda de indemnización de perjuicios contra un vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar un microbús vendido. Si bien se había hecho la tradición del vehículo, el tribunal del fondo estimó incumplida la obligación de entregar, porque el vendedor no había pagado impuestos que debía al Fisco, lo que impidió al comprador obtener el certificado de término de giro y la autorización administrativa para poder trabajar el microbús en la locomoción colectiva. Por lo anterior, el comprador estuvo ciento sesenta y nueve días sin poder explotar el vehículo, y debió pagar los impuestos adeudados por el vendedor al Fisco. La demanda indemnizatoria fue acogida en primera y segunda instancia; la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo, considerando: *"5° Que el pago de los impuestos a que estaba obligado el vendedor por la explotación del vehículo que vendió, era una obligación de dar, frente al Fisco, acreedor de esos impuestos, pero su omisión significó un incumplimiento de la obligación de entregar la especie vendida en el momento convenido y en forma completa, con todo lo inherente a ella para servir al fin a que*

[12] RDJ, t. LXXXV, sec. 2ª, p. 9 y ss.

estaba destinada y que era el motivo que indujo al comprador a adquirirla, de acuerdo con lo que establecen los artículos 1828 y 1546 del C. Civil".[13]

(ii) Entrega de parte no mencionada de una cosecha. *"Aunque el tenor literal de la cláusula de un contrato diga que la obligación de una parte respecto de la otra es entregar en la era la mitad del trigo que se coseche de determinada siembra, debe considerarse que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a lo que emana precisamente de la naturaleza de la obligación. Al estipularse en el contrato aludido que el trigo sería cosechado a medias, debe entenderse que el producto de la cosecha se distribuirá por mitad entre los contratantes, y que también es producto de una cosecha de trigo la paja que queda en la era"* (C. Santiago, 14 de septiembre de 1879, Gaceta de los Tribunales 1879, N.° 1.439, p. 996 (C. 1° y 2°, respecto de cuarta petición de la demanda).[14]

Lo expuesto precedentemente, también lo encontramos en la Jurisprudencia francesa. Baudry Lacantinérie y Barde traen dos casos, por vía de ejemplo, en que los tribunales franceses habían declarado obligaciones no pactadas expresamente: uno fue el de un comisionista de una casa comercial al que después de muchos años de desempeño se revocó el mandato. Los tribunales le reconocieron derecho a una indemnización a pesar de que el mandante puede siempre revocar el mandato a su arbitrio, pues entendieron que la obligación del mandante, en este caso, emanaba de la equidad, aplicando el artículo 1135 del Código Civil francés. El segundo caso citado es el de un notario que compró el oficio de otro -según se puede hacer en Francia-, y que no quedaba habilitado para postular a él si no renunciaba a la notaría que ya tenía, presentando un sucesor. Los tribunales declararon que estaba en falta respecto del vendedor a quien había comprado el último oficio por no haber cumplido la obligación implícita de renunciar en un breve plazo al primer oficio y de buscar un sucesor rápidamente, y de pedir un precio no muy elevado para poder encontrarlo.[15]

[13] Fallos del Mes, N.° 173, p. 31.
[14] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes complementarias, tomo V, p 247, 3ª ed., 1997.
[15] Ed. 1906, t. XI, n° 343.

5.- El derecho de Codelco debe poder hacerse efectivo sobre el 49%, con prescindencia de lo ya enajenado por las promitentes vendedoras u oferentes.

La afirmación del epígrafe se demuestra considerando que si bien es verdad que fue el espíritu del contrato de promesa u opción que Anglo American conservaran el cincuenta y uno por ciento de las acciones de la disputada, no es menos cierto que si han enajenado acciones en el período en que no les era lícito hacerlo, según lo visto más arriba, ello no puede ir en detrimento de los derechos de la beneficiaria de la promesa, o de la opción, y tendrá, por lo tanto, que perjudicar a Anglo American, ya que nadie puede liberarse de sus obligaciones por su sola voluntad, y se trata de una obligación de un género limitado, del que quedan individuos para cumplir en poder del deudor. Por consiguiente, sólo cabe concluir entonces que la venta de acciones dentro del período de cinco meses a que nos venimos refiriendo lo será con cargo al 51% antes citado y no con cargo a aquellas objeto del derecho de Codelco.

6.- Refutación de los argumentos de las Recurridas relativos a la Entidad del Derecho Reclamado.

6.1. *Respecto al argumento de que la opción sólo podía ejercerse a partir del 2 de enero de 2012, y "no de otra manera".-* Este argumento carece de toda importancia, porque Codelco, tal como se afirma en el recurso de protección, no ha pretendido ni pretende ejercer materialmente la opción antes de esa época. Lo que sostiene, que es muy distinto, es que las promitentes vendedoras u oferentes no pueden vender acciones comprometidas desde que empieza la primera etapa de la operación, esto es, el período contractual de cinco meses previo al mes de enero, destinado a que la beneficiaria de la promesa calcule el valor de las acciones que tiene derecho a comprar; obtenga el financiamiento necesario y las autorizaciones correspondientes.

La venta ya realizada, y aquellas con que se amenaza, y que podrían comprender todas las acciones de la ex Disputada, en la medida en que no dejen a salvo el 49% íntegro que estaba a disposición de Codelco antes de iniciarse el período de cinco meses, son ilícitas.

6.2. *Respecto al argumento de que las promitentes vendedoras podían vender durante el período de cinco meses que tenía la beneficiaria para calcular el valor de lo que tenía derecho a comprar.* Este argumento está refutado en el numeral 4 anterior.

6.3. *Respecto al argumento de que Codelco sólo podría ejercer su derecho de compra en la medida en que las recurridas no hubieran enajenado previamente todo o parte del cuarenta y nueve por ciento designado en el contrato.* Este argumento también está refutado en el numeral 4.- anterior.

6.4. *Respecto al argumento de que Codelco no tenía ni tiene más que una expectativa de derecho.* Este argumento constituye un severo error, pues según se demostró en los numerales 1 a 3 precedentes, lo que tiene Codelco es el derecho personal o de crédito derivado de cada promesa u opción parcial en que se descompone la promesa u opción matriz, a exigir la venta o tradición, respectivamente, del 49% designado en el contrato, o del porcentaje total de acciones que quedasen disponibles para Codelco cinco meses antes del respectivo mes de enero. **Obviamente, la posibilidad de que las promitentes vendedoras u oferentes de la opción falten a sus compromisos, no transforma los derechos respectivos en meras expectativas.**

Codelco tiene, en consecuencia, un derecho de dominio sobre un crédito que conduce necesariamente a adquirir las acciones, y la enajenación indebida de las mismas, que imposibilita o dificulta la adquisición del dominio de ellas, lesiona el derecho de dominio sobre el crédito que debe conducir a esa adquisición, por justicia -no por limosna, ni por suerte-, y por lo tanto, la protección constitucional del dominio sobre dicho crédito mediante recurso de protección, se extiende a impedir la enajenación ilícita de tales acciones en fraude del derecho de Codelco.

Si sostuviéramos -como lo hace la recurrida- que aquel que tiene un derecho emanado de una promesa unilateral de venta, o de una opción de compra, sólo tiene una mera expectativa de adquirir acciones, habría que concluir que da lo mismo celebrar la promesa o el contrato de opción que no celebrarlo, pues en ambos casos se contaría sólo con una mera expectativa.

6.5. *Respecto al argumento de que en el período de cinco meses previo al mes de enero de 2012 no pudo quedar fijado el número o porcentaje de acciones, porque la*

promesa de venta, o la opción de compra, sólo se refería a las acciones existentes a la fecha de la venta. Este argumento se refuta así: Interpretando de buena fe la expresión *"fecha de la venta"*, y no al pie de la letra, hay que leer *"época de la venta"*, considerando en ella el período de cinco meses, lo que resulta, por lo demás, de todo lo razonado precedentemente, y de la necesidad de hacer una interpretación conforme con la naturaleza del contrato, y que salve su eficacia y la armonía de sus cláusulas.

6.6. Respecto al argumento de que no podría haber una prohibición contractual de vender en el período compuesto por los cinco meses previos y el mes de enero siguiente, porque las cláusulas de no enajenar son nulas. Este argumento se refuta así: Quienes lo plantean confunden dos cosas completamente distintas, a saber: I°) la obligación de no enajenar a un tercero la cosa vendida o prometida vender a determinada persona, para poder cumplirle a ésta la obligación de entregar, en el caso de la venta, o de venderle con posibilidad real de entrega en el caso de la promesa, y II°) la cláusula de no enajenar o prohibición voluntaria de enajenar que se suele convenir cuando el contrato de por sí no obliga a no enajenar; o poner por el testador cuando su disposición no veda una enajenación. Veamos ambas figuras:

I°) Quien ha vendido un cuerpo cierto a alguien, contrae una obligación de dar, la que contiene la de conservar el cuerpo cierto hasta el momento de la entrega, como lo establece el artículo 1548 del Código Civil, y se atenta contra la obligación de conservar el cuerpo cierto hasta la entrega, también con actos jurídicos, "como si por ejemplo el deudor que no ha entregado la cosa, la enajena a otra persona" (Abeliuk, Obligaciones, 5ª ed., t. I, n.° 352, pág. 376). En el mismo sentido enseña Peñailillo, quien dice que el deudor infringe la obligación de conservar la cosa cuando la enajena, o constituye sobre ella un derecho real limitado (Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. Resolución por incumplimiento, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 2003, pág. 233).

Lo mismo sucede cuando se ha prometido vender un cuerpo cierto o conferido opción de compra, por idéntica razón: si la promesa o la opción ha de desembocar por intrínseca necesidad en la venta, con su obligación de entregar, la cosa objeto del contrato preparatorio debe ser conservada, y por tanto no puede enajenarse a un tercero.

Y todo esto vale no sólo para las obligaciones de especie o cuerpo cierto, sino también para las de género limitado, cuando el deudor es dueño de los individuos de ese género comprometidos mediante la venta o el contrato de promesa o de opción.

La obligación de no enajenar que se produce en estos casos es consecuencia esencial de la obligación de dar engendrada por la venta, o de la obligación de celebrar el contrato prometido o de cumplir el de opción, según el caso, y siendo inherente a ella, no necesita pactarse, ni puede tampoco eliminarse por acuerdo de las partes. Esta obligación de no enajenar no obedece, pues, a lo que se denomina en la teoría del derecho de dominio "cláusula de no enajenar", o "prohibición voluntaria de enajenar";

II°) La llamada cláusula de no enajenar, o prohibición voluntaria de disponer o de enajenar, en cambio, es el pacto contractual, o la imposición por el testador, de una prohibición de enajenar ahí donde por la naturaleza de las cosas no hay impedimento para hacerlo, y ésta es la diferencia esencial con el establecimiento implícito de la prohibición de enajenar que resulta necesariamente, y no puede no resultar, de una obligación de dar un cuerpo cierto, o de dar individuos de un género limitado, o de un contrato preparatorio de esa obligación de dar.

La ley autoriza a veces las cláusulas de no enajenar, que son siempre extrínsecas o accidentales respecto del pacto, o de la disposición testamentaria, es decir, no requeridas por su contenido esencial; y así lo hace con el constituyente de un fideicomiso, para mejor proteger la expectativa del fideicomisario, permitiéndole prohibir la enajenación de la cosa que ha de ser materia de la propiedad fiduciaria (art. 751, C. Civil); y lo mismo se dispone para el usufructo (art. 793); y permite la ley prohibir la enajenación de las cosas donadas (art. 1432, n.° 1°). En otros casos la ley prohíbe expresamente las cláusulas de no enajenar: respecto de los legados, cuando la enajenación no comprometa derechos de terceros (art. 1126); respecto de la cosa arrendada (art. 1964); respecto de la finca acensuada (art. 2031) y respecto de la cosa hipotecada (art. 2415).

La doctrina, en general, estima que es un principio del Código Civil, el de que son nulas por entrabar la libre circulación de los bienes, las prohibiciones voluntarias de enajenar, salvo en los casos en que la misma ley las autorice (Claro Solar, t. VII°, n.° 291, págs. 339-340; Luis Vicuña Suárez, De la facultad de enajenar y de su

prohibición impuesta por el contrato, Imprenta San Roque, Valparaíso, 1928, págs. 125-162; Pescio, Manual de Derecho Civil, t. III, n.° 644, pág. 312). La jurisprudencia francesa ha terminado por declarar válidas las llamadas cláusulas de no enajenar relativas, que serían las limitadas por un plazo y fundadas en interés legítimo (Planiol, Traité Élémentaire, 7ª ed., t. II, n.°s 2343 y ss.). Entre nosotros las aceptan Alessandri Besa (Nulidad y Rescisión, n°s 190-191) y don Avelino León (El Objeto, 2ª ed., págs. 129 y ss.).

Con lo expuesto queda completamente en claro que resulta sobremanera absurdo, pretender justificar una supuesta libertad de enajenar a un tercero la cosa vendida o prometida vender –libertad que sería inmoral-, con la doctrina de la nulidad de las prohibiciones voluntarias de enajenar.

Los dos restantes argumentos, relativos a la supuesta improcedencia del recurso de protección, ya están refutados con todo lo dicho más arriba, y a ello nos remitimos, a lo que se dirá en los capítulos siguientes, relativos a la procedencia del recurso de protección.

7.- De los medios jurídicos de que dispone el promitente comprador o el beneficiario de una opción de compra para hacer efectivo su derecho a que la contraparte no enajene la cosa a un tercero. El Recurso de Protección.

7.1. El artículo 1492 del Código Civil nos dice que el acreedor condicional puede impetrar providencias conservativas mientras la condición está pendiente. El beneficiario de la promesa de venta, o de la opción de compra, es mucho más que un acreedor condicional, pues es titular de un derecho de crédito puro y simple, si bien la cosa a que se refiere su promesa o su opción no le es debida de un modo inmediato, sino mediante el otorgamiento de la venta que tiene derecho a exigir, o a integrar con su aceptación, si de la opción se trata.

Por consiguiente, podremos aplicar *a fortiori* la regla que establece el derecho auxiliar del acreedor condicional a impetrar providencias conservativas

7.2. Conviene, entonces, ver cuáles son estas providencias conservativas, y cómo pueden procesalmente impetrarse. El príncipe de nuestros jurisconsultos, don Luis Claro Solar, dice al respecto: *"Las providencias conservativas del derecho son todos los actos encaminados a asegurar el ejercicio futuro del derecho que se trata de cautelar, sin constituir el ejercicio actual del mismo derecho. El secuestro,* ***la prohibición de ejecutar actos y contratos relativos a la cosa condicionalmente debida****, el nombramiento de interventor... y los demás que según las circunstancias puede el juez autorizar, como la intervención como parte coadyuvante o excluyente en un juicio seguido contra el deudor condicional que puede hacer peligrar la ejecución de la obligación condicional, una vez cumplida la condición, se cuentan entre dichas providencias conservativas".*[16]

Antes ha dicho Claro Solar: *"(...) Respecto del acreedor condicional en virtud de una convención que él ha celebrado con el deudor que se obligó a su respecto bajo condición suspensiva, el derecho a las providencias conservativas que le reconoce el art. 1492, tiene una base más sólida, porque es acreedor en virtud de un contrato que el deudor no puede dejar sin efecto por su sola voluntad..."* (loc. cit.).

Codelco puede, pues, impetrar providencias conservativas recurriendo al recurso de protección, sobre cuya procedencia, atendida la materia de que se trata, nos extenderemos en la próxima sección.

III.- LA PROPIEDAD DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE COMPRA DE CODELCO RESPECTO DE LAS ACCIONES COMPROMETIDAS.

1.- Regulación General de la Propiedad sobre los Derechos Personales.

1.1. El artículo 19 N° 24 la Constitución asegura a todas las personas el derecho de propiedad *"en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"*, puntualizando, que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir,

[16] Cita Claro Solar en apoyo de lo que dice a Pothier, Obligaciones N.° 222; Demante y Colmet de Santerre, t. V, N.° 99 y 99 bis, etc. (t. X, N.° 120, pág. 126).

usar, gozar y disponer de ella, y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Añade aquel numeral, esta vez en su inciso 3°, que nadie puede ser privado, en caso alguno, de su derecho de propiedad, del bien sobre el cual recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de un acto expropiatorio dictado y acordado en el ejercicio de una habilitación legal previa, en los términos que señala la Constitución, previo pago de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado.

1.2. El Constituyente fue especialmente claro al manifestar que el derecho de propiedad debe ser entendido de manera amplia, como todo aquello que forma parte del patrimonio de una persona. Intentando definir el concepto de propiedad que encierra el artículo 19 N° 24, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución dejó constancia de lo anterior, afirmando: *"Existe derecho de propiedad siempre que se tenga un poder sobre una cosa corporal o incorporal que permita al titular aprovecharse (...) de todas las utilidades y ventajas que pueda reportar conforme a su naturaleza, para lo cual* ***son indiferentes las características que jurídicamente pudiera tener****"*[17](destacado es nuestro). Lo expuesto, es ratificado durante toda la discusión de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, en forma reiterada, especialmente por los comisionados Enrique Ortúzar E. y José María Eyzaguirre García de la Huerta (Ver Folios 143, 269, 376, 522 y 529 de los Anales Fidedignos).[18]

En concordancia con lo anterior, el ex Presidente del E. Tribunal Constitucional, don José Luis Cea Egaña, ratificando la existencia de propiedad sobre los derechos personales, deja constancia de lo siguiente: *"Manifestamos nuestra discrepancia con la doctrina que aún resiste la amplitud de la propiedad, fundada en concepciones tradicionales y que no son coherentes con las sólidas razones que justifican la visión*

[17] Ver. Folio 143. Folio 527, El comisionado Enrique Evans, aclarando lo anterior, señala lo siguiente: *"Se pretende que todo aquello que ha sido adquirido conforme al ordenamiento jurídico y que forme parte del patrimonio de cada chileno esté amparado por la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución"* En Folio 277. Por su parte, el comisionado Silva Bascuñan, expuso que el derecho de propiedad se extiende a *"todo beneficio de carácter patrimonial, ya sea el derecho real de dominio sobre cosas muebles e inmuebles, sobre derechos reales y personales, sobre cosas corporales e incorporales y sobre cualquier tipo de beneficios patrimoniales"*.Subrayado es nuestro.

[18] Ver intervenciones de los comisionados Sr. Ortúzar E. (folio 376, 522), Silva Bascuñán (folios 262, 524), Díez (folio 279), de don José María Eyzaguirre G-H. (folios 143, 269, 529).

amplia (de la misma)".[19] [20] Incluso más, la E. Corte Suprema ha señalado que existe propiedad amparada constitucionalmente sobre el ***"derecho a perseverar en el convenio"***, a fin de que el contrato se cumpla y ejecute como estaba pactado.[21] Lo expuesto, es ratificado, una vez más, por el E. Tribunal Constitucional, al declarar que hay propiedad sobre el precio establecido en un contrato, así como también, respecto de las prestaciones pactadas en el mismo.[22] [23]

1.3. Esta visión amplia sobre la garantía constitucional de la propiedad se ha impuesto en el derecho constitucional comparado, incluso a falta de norma expresa que extienda la protección a los derechos personales (o en donde existe norma legal que restringe la propiedad sólo a las cosas corporales). Tal es el caso de Alemania y Argentina, donde se ha resuelto que la protección de la propiedad debe ser amplia, extendiéndose también a los derechos personales y patrimoniales en general.[24] [25]

2.- Protección Constitucional al Derecho de Propiedad de Codelco sobre la Opción de Compra del 49% de Anglo American Sur.

2.1. Como explicamos, la Constitución ampara la propiedad sin distinción alguna, lo que ciertamente incluye las cosas incorporales. Los derechos personales son cosas

[19] Cea Egaña, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno", t. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, pág. 524. Destacado es nuestro.

[20] Lo mismo, han sostenido nuestros tribunales superiores de justicia, al señalar que no es posible restringir la aplicación del artículo 19 N° 24, por cuanto *"(...) dicho concepto debe estimarse comprensivo, también, a bienes inmateriales diversos, como sucede con simples relaciones de hecho o situaciones de trascendencia económica, entre las que la doctrina civilista incluye, por ejemplo, el crédito de un comerciante, la clientela de un establecimiento mercantil, etc."*Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 1989. Gaceta Jurídica N° 114, pág. 41.

[21] RDJ, t. LXXXV, 2° parte, secc. 5°, cons. 11.

[22] Sentencias rol 505-2006, cons. 16°; rol 506-2006, cons. 16°.

[23] En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que: *"Esta Magistratura no desconoce que a raíz de haberse asegurado el derecho de propiedad sobre bienes incorporales, primero a través de la jurisprudencia y luego por medio del precepto constitucional aludido, se han producido efectos que han generado una cantidad abundante de debates y críticas, particularmente entre los cultores del derecho civil. No le corresponde a esta Magistratura resolver ninguno de esos debates ni referirse a ninguna de esas críticas. El texto de la Constitución es claro y su sentido inequívoco: la Constitución asegura el derecho de propiedad sobre bienes incorporales y a ello debe atenerse esta Magistratura para resolver este caso"* (cons. 15, rol 506-2006). En el mismo sentido, rol 505-2006.

[24] Vid. Barros Bourie, Enrique. "El Recurso de Protección como Medio de Amparo de los Contratos", en "Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri", Editorial Jurídica Conosur Ltda., año 1996, pág. 326. Jana L., Andrés y Marín G., Juan Carlos. Op. cit., pág. 37.

[25] *"(...) el estatuto del dominio se inicia con lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, en toda la extensión de aquel precepto, y no a partir de los artículos 582 y 583 del Código Civil, los cuales complementan y regulan, pero sin posibilidad alguna de alterar y menos restringir, la preceptiva fundamental"* (Fernández G., Miguel Ángel. "Fundamentos Constitucionales del Derecho de los Contratos: Intangibilidad, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe", Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de Los Andes, N° 6, año 2002, pág. 26).

incorporales. Siendo así, al ser los contratos fuente de derechos personales, los derechos que emanan de éstos se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad.[26] Así lo ha reconocido expresamente E. Corte Suprema y el E. Tribunal Constitucional, al señalar expresamente que existe propiedad sobre los derechos personales.[27] Tan evidente es lo anterior, que la doctrina ha señalado que: *"No cabe duda de que los derechos que emanan de los contratos son bienes incorporales constitucionalmente protegidos por el artículo 19 N° 24 (...). No hay duda en cuanto a que el derecho de propiedad, que se asegura a todas las personas en la Constitución, ampara los derechos personales que emanan de los contratos".*[28]

En el caso en análisis, como ya expusimos, **Codelco tiene el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo de venta o derechamente la tradición de hasta el 49% de Anglo American Sur**. No puede existir, entonces, discusión de que este derecho personal, del cual es titular Codelco, está amparado en la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 de la Constitución.[29]

2.2. Los derechos contractuales, en cuanto derechos personales, tienen una entidad jurídica propia (son entes jurídicos autónomos). Su **naturaleza es esencialmente patrimonial,**[30] susceptibles de valoración[31], transferibles y transmisibles[32], incluso susceptibles de constituir otros derechos personales sobre los mismos (arrendamiento). Estos derechos son, también, oponibles a terceros[33] (tal como lo reconoce el legislador[34]) y sólo pueden ser limitados u objeto de expropiación de acuerdo con las causales establecidas por la Constitución.[35] [36]

---

[26] Jana L., Andrés y Marín G., Juan Carlos. Op. cit., pág. 21, concluyen lo mismo, en base al siguiente raciocinio: "".

[27] A modo de ejemplo, sentencia rol N° 207, cons. 54; y sentencia rol 505-2006, cons. 15°; sentencia rol 506-2006, cons. 15°; Sentencia rol 505-2006, capítulo V, especialmente en sus considerandos 17 y 19. En el mismo sentido, sentencia rol 506-2006; Excma. Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XLVI, secc. 1°, pág. 891.

[28] Fernández G., Miguel Ángel. Op. cit., págs. 26 y 25. Lo destacado y subrayado es nuestro.

[29] En palabras del Excmo. Tribunal Constitucional, se establece un "único estatuto de protección" del derecho de propiedad. Sentencia rol 506-2006, cons. 17°.

[30] Barros Bourie, Enrique. Op. cit., pág. 324.

[31] Idem, pág. 324.

[32] Los artículos 1901 y ss. del Código Civil regulan la cesión de créditos personales.

[33] Esta situación está expresamente recogida en el artículo 4, letra f) de la Ley 20.169, que Regula la Competencia Desleal. Ésta sanciona como actos de competencia desleal *"Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor"*.

[34] Jana L., Andrés y Marín G., Juan Carlos. Op. cit., pág. 48.

[35] Ver fallos del Excmo. Tribunal Constitucional, roles 505-2006 (cons. 17, 18 y 19) y 506-2006 (cons. 17, 18 y 19).

[36] Por esta razón, coincidimos con el profesor Miguel Ángel Fernández, en el sentido de que el artículo 19 N° 24 *"confiere cobertura y blindaje jurídico" "a las relaciones contractuales habidas entre las partes" o, desde otra perspectiva, a los derechos que para ellas emanan como consecuencia de dichas relaciones*" Fernández G., Miguel Ángel. Op. cit., pág. 25. Lo destacado y subrayado es nuestro.

Lo anterior nos permite concluir que el derecho de Codelco – no mera expectativa- de comprar hasta el 49% de las acciones de Anglo American Sur, forma parte de su patrimonio[37], al cual las mismas recurridas, en el año 2008, le asignaron un valor de USD 175.000.000 (ciento setenta y cinco millones de Dólares de los Estados Unidos de América), según se reconoce en la página 47 del informe de su informe. Ello se ve reafirmado, plenamente y sin lugar a duda alguna, en la carta de confidencialidad suscrita entre las recurridas y Codelco el 9 de agosto de 2011, en la que las partes acuerdan negociar el precio al cual Codelco podría venderle su derecho de compra a Anglo American.

De esta manera, la llamada "opción" de Codelco, ha sido entendida por las recurridas, como un derecho susceptible de integrar su patrimonio, valorizable y ciertamente transferible. De lo contrario, no se explica como alguien ofrece sideral suma por algo que ahora sólo considera una mera expectativa.

De lo expuesto, se sigue, que la garantía constitucional de Codelco se traduce, en palabras de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en una **protección a la integridad patrimonial,**[38] lo que justifica la interposición de medidas cautelares cuando el ejercicio de un derecho personal, como sucede en el caso en estudio, puede hacerse ilusorio por la actuación de las recurridas.

2.3. Surge aquí la pregunta, cuándo se radicó este derecho en el patrimonio de Codelco.

En la Historia Fidedigna de la Constitución se dejó expresamente establecido cuándo se radica un derecho personal en el patrimonio de una persona, mediante la intervención del Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, don José María Eyzaguirre García de la Huerta. Este destacado jurista expresó lo siguiente:

---

[37] Ver folio 527, intervención del Comisionado Sr. Evans.

[38] Fuentes Olmos, Jessica. "El Derecho de Propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia. Recursos de Protección e Inaplicabilidad 1981-1996", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001, pág. 142. Ver Folio 143 de la Historia del artículo 19 N° 24 de la Constitución.

"celebrado el contrato, los derechos que crea quedan amparados por el derecho de propiedad".[39]

Lo expuesto ha sido corroborado por el E. Tribunal Constitucional y nuestros tribunales superiores de justicia, los cuales han entendido que los derechos contractuales se integran al patrimonio de la persona, **desde el momento en que se perfecciona el contrato,**[40] es decir, desde que las partes prestan su consentimiento, en los actos consensuales; desde que se entrega la cosa, en los reales; y desde que se cumplen las formalidades, en los negocios solemnes.[41] Por ejemplo, el E. Tribunal Constitucional ha señalado, que *"desde el momento en que los inversionistas (...) celebraron sus contratos de adquisición de acciones (...) adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones (...)".*[42]

Por lo anterior, afirmamos que el derecho de Codelco se radicó en su patrimonio en virtud del Convenio del 2008, cuando la Empresa Nacional de Minería le cedió este derecho a un precio determinado. Desde ese momento, el derecho se radicó en el patrimonio de Codelco, independientemente de cuándo este derecho personal iba a ser exigible.

2.4. Desde un punto de vista constitucional, **es completamente irrelevante si los contratos están llamados a producir sus efectos o a ser ejecutados en un momento posterior al perfeccionamiento del contrato** (*Vg.* contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida), **porque en todos esos casos, el derecho a obtener los beneficios o ventajas respectivas ya ingresó al patrimonio del contratante.** Así lo reitera el E. Tribunal Constitucional, al señalar *"(...) los derechos adquiridos son las consecuencias de un hecho idóneo para producirlas bajo el imperio de la ley durante el cual el hecho se ha realizado y* ***que si bien no se hicieron valer bajo ella,*** *entraron*

[39] Folio 243 de la Historia del artículo 19 N° 24. Si bien en ese punto de la sesión respectiva estaban tratando el derecho de propiedad sobre los derechos nacidos de los contratos leyes, la conclusión debe ser la misma respecto de cualquier otro contrato y en ese espíritu realizó su intervención el presidente de la Subcomisión de Propiedad de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sr. Eyzaguirre.
[40] Los contratos son hechos idóneos para adquirir derechos (artículos 1437 y 1438 del Código Civil). Ver fallos rol 505-06 y 506-06 del Excmo. Tribunal Constitucional (cons. 17° y 19°). Excma. Corte Suprema, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXV, secc. 1°, pág. 392 (cons. 8°).
[41] Artículo 1443 del Código Civil.
[42] Excmo. Tribunal Constitucional, fallo rol N° 207, cons. 51°. Ver, en el mismo sentido, cons. 63° y 66° de la misma sentencia.

sin embargo durante aquel tiempo a formar parte del patrimonio del individuo". [43] Así, también, lo ha entendido la E. Corte Suprema, al sentenciar que *"la prohibición constitucional a que acaba de aludirse sólo tiene aplicación cuando la propiedad se encuentra debidamente constituida, esto es, cuando se trata de derechos adquiridos, referentes al dominio, entendiéndose por tales, según lo ha determinado la jurisprudencia, 'aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado, y que ha entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de una persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente una época ulterior (...)"*[44] (destacado es nuestro).

Aquí es claro, el derecho existe y está radicado en su patrimonio. Cosa distinta es cuando puede hacerse exigible.

2.5. La Subcomisión de Reforma Constitucional, en lo que refiere al Derecho de Propiedad, analizando los derechos personales, efectuó una clara distinción entre **derecho personal en sí mismo y el objeto sobre el cual recae**. Lo anterior, significa, que el derecho personal de Codelco a exigir la venta de las acciones (ya radicado en su patrimonio) es una cosa, y otra distinta, es el objeto sobre el cual recae este derecho. En este caso, el objeto es el número de acciones de Anglo American Sur comprometidas y su precio. [45]

Existe propiedad (y nuestra Constitución lo garantiza), respecto del derecho personal de Codelco a exigir la venta o la tradición de las acciones de Anglo American Sur (dependiendo si se trata de una promesa o una opción), independientemente cuando sea exigible este derecho. Por esta razón, Codelco tiene radicado en su patrimonio el derecho a exigir el otorgamiento del contrato definitivo de venta o la tradición de las acciones a las recurridas. Este derecho es personal -no una mera expectativa.

---

[43] Excmo. Tribunal Constitucional. Sentencia rol N° 207, con. 65 (énfasis agregado).

[44] Excma. Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XLVI, secc. 1°, pág. 891 considerando 18°. En el mismo sentido, Excma. Corte Suprema, RDJ, t. LXXXV, 2° parte, secc. 5°, cons. 11; I. Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 23 de diciembre de 2004, N° Legal Publishing 31767.

[45] Folio 529. El Presidente de esta Subcomisión, don José María Eyzaguirre García de la Huerta, aclara lo anterior, señalando: *"En los bienes incorporales se puede distinguir clarísimamente entre el derecho y el bien. Por ejemplo, dice, el derecho que recae sobre un crédito, es el típico caso del derecho de propiedad sobre una cosa incorporal; el derecho sobre un crédito, el derecho a cobrarle a alguien una suma determinada. Una cosa es el derecho que se tiene sobre el crédito, de usar, gozar y disponer de él y otra cosa es el objeto que es el crédito mismo".*

2.6. Cometen un grave error los profesores Nogueira y Colombo, informando en derecho en favor de Anglo American, cuando califican jurídicamente el derecho de Codelco como una mera expectativa. La mera expectativa, como lo ha resuelto la E. Corte Suprema, es algo esencialmente eventual, una simple esperanza de adquirir un derecho.[46] Sin embargo, en el caso en estudio, existe y ha existido un derecho de Codelco, el cual nació del Convenio de 2008, cuando se adquiere el mismo de la Empresa Nacional de Minería. Desde ese momento, se encuentra este derecho radicado en el patrimonio de Codelco, independientemente su calificación jurídica.[47]

De esta manea, porque es un derecho, Codelco pagó a la Empresa Nacional de Minería por la cesión del mismo; porque es un derecho, Anglo American ofreció pagar por éste USD 175.000.000 (ciento setenta y cinco millones de dólares de Estados Unidos de América) en el año 2008; incluso más, porque es un derecho, Anglo American ofrece negociar su compra en la carta de 9 de agosto de 2011, y más claro aún, porque es un derecho en esa misma carta Anglo American aclara que ***"no limitará ni afectará en modo alguno el derecho de Codelco para ejercer la Opción ni para desarrollar las acciones que estime necesarias o convenientes para estar en condiciones de ejercerla"*** . De hecho, los profesores Nogueira y Colombo hablan varias veces del "derecho" de Codelco, refiriéndose al derecho personal que tiene esta Corporación a exigir la venta o tradición de hasta el 49% de las acciones de Anglo American Sur (i.e. caso Nogueira ver numeral 3 de sus conclusiones);

Por esta razón, nos extraña profundamente que dos connotados profesores, Nogueira y Colombo, constitucionalita y procesalista, respectivamente, confundan en sus informes los conceptos derecho personal, con su exigibilidad y objeto. Es más, nos extraña, sobretodo el hecho que ninguno de ellos se haya referido a la carta de 9 de agosto de 2011, en donde Anglo American reconoce expresamente la existencia de un derecho de Codelco.

2.7. Finalmente, aún en el evento que el derecho de Codelco fuera una mera expectativa -que no lo es, ya que es propiamente un derecho personal- yerran las

[46] Corte Suprema, 14 agosto de 1980, R. 1977, sec. 3ª , p. 17.
[47] Ver pie página número 8.

recurridas y sus informantes en derecho, cuando afirman que las meras expectativas no son susceptibles de protección. Incluso, su afirmación va contra el texto expreso de la ley, que en el inciso 3° del artículo 1472 del Código Civil, reconoce el derecho del acreedor condicional a ***"impetrar durante dicho intervalo*** (pendiente la condición) ***las providencias conservativas necesarias"***

La acción de protección es la manifestación misma de las facultades conservativas de nuestros tribunales de alzada, razón por la cual, el **recurso de protección es perfectamente admisible tratándose del amparo de este tipo de situaciones jurídicas (meras expectativas).** La inobservación de esta protección, es una violación al artículo 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que establece el principio *"pro homine"*, en el sentido que la interpretación de los derechos constitucionales siempre debe ser extensiva, en cuanto a su contenido, y restrictiva, en cuanto a sus limitaciones.

Sólo por dar un ejemplo, numerosos son los fallos internacionales en donde se protege la integridad patrimonial de los hijos póstumos. Estos gozan de un germen de derecho sobre la herencia de su progenitor, a la cual entraran con propiedad, cuando adquieran existencia legal.

3.- La Protección de la Propiedad de Codelco sobre Opción de Compra de hasta el 49% de Anglo American Sur se extiende a su ejercicio.

3.1. El derecho de propiedad sobre los derechos personales resulta vulnerado cuando se afecta la titularidad del acreedor sobre el mismo derecho.[48] Sin embargo, también se vulnera la propiedad, cuando se altera, se afecta o se hace más gravoso su ejercicio.

El "ejercicio" de un derecho consiste en la realización de las acciones –de cualquier naturaleza- para las cuales el derecho faculta.[49] Por lo mismo, considerando que los derechos son para ejercerse, también **se entiende vulnerado el derecho de propiedad sobre derechos personales, cuando se impide, se hace ilusorio, se limita o se**

[48] Jana L., Andrés y Marín G., Juan Carlos. Op. cit., pág. 36.
[49] Ver, a modo de ejemplo, el artículo 925 del Código Civil.

dificulta ilegítimamente el "ejercicio" de dicho derecho[50], así como también, cuando se deterioran o suprimen las facultades del acreedor[51].

3.2. En este sentido, nuestros tribunales superiores de justicia han resuelto que se vulnera el derecho de propiedad sobre derechos personales, y procede, por tanto, acoger un Recurso de Protección, **cuando una de las partes contratantes realiza un acto que impide a la otra ejecutar el contrato** (derecho a ejecutar el contrato o a *"permanecer en la convención"*) y, en consecuencia, obtener los beneficios eventuales que ésta tuvo a la vista al contratar. [52]

En efecto, la E. Corte Suprema ha sostenido que un contratante tiene incorporadas a su patrimonio como cosas incorporales, *"el derecho a perseverar en el convenio de que se trata, por el tiempo estipulado"*, en términos que pueda *"obtener así los eventuales beneficios económicos provenientes del negocio contratado"*. Así, ha resuelto esta E. Corte Suprema, que es **ilegal la actuación del otro contratante, en la que se impide a su contraparte ejecutar efectivamente el contrato convenido**, razón por la cual, acogiendo un Recurso de Protección, dejó sin efecto el acto que impedía el ejercicio de dicho derecho.[53]

Del mismo modo, se ha fallado que se lesiona el derecho de propiedad y corresponde acoger un Recurso de Protección, **cuando uno de los contratantes impide al otro, ejercer los derechos nacidos de un contrato**, los cuales la contraparte estaba ejerciendo y se aprontaba a seguir ejerciendo sin perturbaciones ni amenazas.[54] Por otra parte, también se han acogido recursos de protección cuando se ***"ha intentado privar a la recurrente de los derechos que emanan del respectivo contrato"***, mediante actos que ***"anuncian o presagian un mal, que se traducen en que a la recurrente le será denegada la respectiva cobertura cuando formule*** **[en el futuro]** ***el respectivo requerimiento"***.[55]

Incluso más, en la historia fidedigna de la dictación del artículo 19 N° 24 quedó constancia de que se viola el derecho de propiedad –sobre derechos u otros bienes-

[50] Barros B., Enrique. Opc. cit., pág. 328.
[51] Excmo. Tribunal Constitucional, fallo rol N° 207, cons. 55°.
[52] Ver Fallos del Mes, N° 398, sent. 4, pág. 824; Microjuris MJJ9735; Gaceta Jurídica N° 93, pág. 39, cons. 7°; y Gaceta Jurídica N° 59, pág. 52 y ss., cons. 7° y 8°.
[53] Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXV, 2° parte, secc. 5° (cons. 11).
[54] Fallos del Mes, N° 325, sent. 8, pág. 849; y Fallos del Mes, N° 364, sent. 11, pág. 28.
[55] Legal Publishing N° 31767.

cuando por cualquier motivo ***"no se tiene acceso"*** al derecho; como ocurre cuando se hace imposible o ilusorio el ejercicio de los derechos contractuales.[56]

3.3. Pues bien, es un hecho de la causa que la venta a Mitsubishi del 24,5% de las acciones de Anglo American Sur el pasado 9 de noviembre, así como también, la amenaza de las recurridas de seguir vendiendo acciones de esta sociedad, **vulneran la propiedad de Codelco sobre su derecho personal a exigir la venta o tradición de hasta el 49% de las acciones de Anglo American Sur.** Efectivamente, en el caso en análisis, las recurridas han reconocido en sus propias declaraciones que la venta ya realizada a Mitsubishi, así como otras que amenazan consumar, tienen como resultado real y cierto que ellas afectan el derecho de compra de Codelco, al extremo de que tal derecho quede vacío de contenido, impidiéndole o perturbándola en su derecho a perseverar en el contrato y obtener los beneficios que tuvo en cuenta al momento de contratar. Lo expuesto, agravado por el hecho que las recurridas entraron a realizar estos actos, con el único afán de apoderarse de beneficios económicos que evidentemente pertenecen a Codelco, por ser ella la titular del derecho de compra.

4.- Pretensión de las Recurridas de vender acciones durante el período de cinco meses anterior a enero de 2012, atenta contra Derecho de Propiedad de Codelco sobre Opción de Compra de hasta el 49% de Anglo American Sur.

4.1. Como hemos señalado, resulta impensable que una promesa de venta, o una opción de compra, como hemos calificado jurídicamente el derecho de Codelco, implique, como lo sostienen las recurridas, la facultad del promitente vendedor de enajenar todas las cosas a que la promesa u opción se refería (acciones de Anglo American Sur). Como señalamos, sería un absurdo jurídico, carecería de sentido, y no obligaría a nada, todo lo contrario de aquello en lo que consiste un contrato.

4.2. La existencia del período contractual de información de cinco meses previo al mes de enero en que puede aceptarse materialmente la promesa o la opción, implica para las recurridas una **prohibición de venta de las acciones de Anglo American Sur a**

[56] Folio 532.

terceros durante dicho período, tal como lo ha alegado Codelco en su recurso de protección.[57]

En efecto, a nuestro juicio, a las recurridas les es lícito vender a terceros dichas acciones sólo hasta antes de iniciarse el período de cinco meses previo al mes de enero en que puede ejercerse el derecho de compra. Durante el período de cinco meses antes aludido, **queda fijado el objeto de la promesa u opción (número de acciones y precio)**, por ende, cualquier enajenación de acciones hace ilusorio o menoscaba el derecho personal de Codelco a exigir la transferencia de las mismas. **Nada obsta, en cambio, para que la venta de acciones se haga respecto del otro paquete que conserva Anglo (51%), pues tales acciones no son objeto del derecho de Codelco.**

4.3. Como hemos dicho, es una verdad que nadie podría discutir, y que además aparece de la historia de la ley, que la venta que pretenden tener derecho a realizar las recurridas sería ilícita, generando responsabilidades para el vendedor.

Una interpretación distinta no tendría sentido conforme al artículo 1562 del Código Civil, contrariamente a lo que señala el profesor Noguiera en su informe en derecho, más aún, teniendo en cuenta que las recurridas deben proporcionar antecedentes para que Codelco estudie el ejercicio de la opción durante dicho período, y así, quede determinado su objeto (número de acciones) y su precio. Nótese que en el período de cinco meses, Codelco tiene la posibilidad de analizar la conveniencia de la operación, ver su financiamiento, obtener las autorizaciones ministeriales de rigor, etc., todo lo cual requiere de importantes esfuerzos y tiempo, **razón más que suficiente para que no parezca justo, lícito ni razonable, que durante ese tiempo, lisa y llanamente, se enajenen estas acciones.**

4.4. Yerran las recurridas al señalar en su informe que esta prohibición de vender acciones, implícita en toda promesa u opción, y que rige durante todo el período de cinco meses en comento, vulneraría el principio de libre circulación de los bienes.

[57] A mayor abundamiento, el Contrato de 1978 y el Convenio de 2002 señalan que si dentro de los cincuenta años antes referidos, la Empresa Nacional de Minería no ha decidido comprar, queda extinguido su derecho por incumplimiento, y pagará una multa de mil dólares. Lo anterior, denotaba un interés de Exxon, y luego de sus sucesoras, en que la Empresa Nacional de Minería aceptara la promesa, o la opción, y se llegara al contrato definitivo.

Primero, porque existe un contrato de promesa u opción que supone esta prohibición. En efecto, es contradictorio el argumento de las recurridas que esta prohibición debe estar expresamente pactada. Las mismas recurridas han reconocido expresamente esta prohibición durante todo el mes de enero de 2012, pese a que no está expresamente pactada, reconociendo que la misma emana de la naturaleza de la obligación de Anglo American de celebrar el contrato prometido o de hacer la tradición de las acciones.

Segundo, es bien conocido que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede ser en perjuicio de los derechos de terceros, como precisamente sucedió en el caso de la venta de un 24,5% de las acciones de Anglo American Sur a Mitsubishi, lo cual, según han señalado las recurridas, sea realizó en perjuicio del derecho de Codelco.

4.5. Asimismo, yerran las recurridas y sus informantes en derecho, especialmente, el profesor Nogueira, cuando señalan que esta prohibición implícita de venta y que es parte de la naturaleza de todo contrato de promesa unilateral u opción, debiera estar expresamente contemplada en la ley. De lo contrario, sería una interpretación inconstitucional y contraria a lo que denominan el "*principio pro homine*".

En primer lugar, los pactos que limitan la transferencia de acciones son perfectamente lícitos y constitucionales. Incluso, tienen su reconocimiento legal en el artículo 14 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

En segundo lugar, este tipo de pactos se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad, en concordancia con las facultades inherentes al dominio, que permiten a su titular pactar contractualmente limitaciones a la facultad de disposición, como en el caso en estudio.

En tercer lugar, las limitaciones a las facultades y atributos del dominio a que se refiere el profesor Nogueira, cuando señala que deben ser establecidas por ley, son aquellas que son impuestas al titular del dominio en virtud de la función social de la propiedad. **No se refiere a acuerdos entre partes, como en el caso en cuestión, los que son perfectamente lícitos.**

Finalmente, en cuarto lugar, la aplicación del principio de "*pro homine*" en los términos planteados por el profesor Nogueira, también es un error. Este principio se aplica en favor de todo aquel que tiene un derecho público subjetivo, como es el dominio. Por esta razón, si a alguien es aplicable este principio interpretativo es a Codelco, porque en función del mismo, podría solicitar a las recurridas se abstengan de seguir realizando actos que atentan contra su derecho. Asimismo, este principio, que obliga a interpretar en forma extensiva la garantía, facilitaría aún más la discusión, por cuanto, en el análisis de este derecho, será obligatorio al tribunal de alzada extenderlo en favor de Codelco de la forma más amplia posible.

IV.- ASPECTOS ESENCIALES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN APLICABLES A LA DISCUSION.

1.- Introducción.

1.1. El Recurso de Protección es una acción constitucional de carácter cautelar, que tiene como objetivo prestar urgente, pronto y eficaz remedio a situaciones que, arbitraria o ilegalmente, afectan el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales.[58] Lo anterior, sin que esta acción sea excluyente de otras acciones jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico ha previsto para la tutela de los derechos del agraviado.

[58] Desde un comienzo la doctrina ha señalado que el Recurso de Protección es una acción jurisdiccional y no un recurso. Lo anterior por cuanto el Recurso de Protección sólo de manera excepcional podría impugnar resoluciones judiciales. Por esta razón, el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de la E. Corte Suprema de fecha 8 de junio de 2007, en su numeral primero habla de *"Recurso o Acción de Protección"*. En este sentido, destacados procesalistas han señalado que "*el recurso de protección es una acción que pone en movimiento la función jurisdiccional para la protección de un derecho indebidamente afectado y cuya característica fundamental es "ser un instrumento cautelar destinado a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales específicamente conservadoras de los tribunales de justicia, es decir, de aquellas que tienen precisamente por objeto la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas de un modo más directo o inmediato*" Lira Herrera, Sergio. El Recurso de Protección. Naturaleza jurídica, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Impreso por Alborada S.A. 1990. Pág. 69-70.
Ver también Castro Poblete, Felipe. "*El Recurso de Protección y el Cumplimiento Forzado de Contratos*". Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Año 2000. Pág. 17 y siguientes.

1.2. La doctrina ha tomado los elementos contenidos en el artículo 20 de la Constitución y ha ensayado algunas definiciones del Recurso de Protección.[59] La mayoría de estas definiciones recalcan, de manera especial, algunas de estas características. Tal es el caso de la definición formulada por uno de sus creadores, el profesor Eduardo Soto Kloss, quien destaca la rapidez, prontitud y urgencia del Recurso de Protección, definiéndolo como el "*remedio pronto y eficaz para prestar inmediato amparo al afectado, cada vez que una garantía de libertad o de derecho fundamental esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones ilegales o arbitrarios de una autoridad o de particulares (...) que deja intactas las acciones y recursos que el ordenamiento jurídico (general o especial) haya previsto como tutela de los derechos del agraviado*".[60]

Por su parte, la definición del profesor Lautaro Ríos, destaca la informalidad de esta acción constitucional, al definirla como el mecanismo "*instaurado por la Constitución, cuyo* ***carácter informal y sumarísimo,*** *permite al afectado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales –que le agravien en el legítimo ejercicio de cualquiera de los derechos que su artículo 20 especifica, para recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual queda habilitada para decretar las medidas que estime necesarias con el fin de establecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*"[61]

1.3. Otros autores han abordado el Recurso de Protección haciendo hincapié en su **naturaleza cautelar**. Así, el Profesor Miguel Otero ha dicho que se trata de una "*acción cautelar cuyo objeto es impetrar de la Corte de Apelaciones respectiva el cumplimiento del mandato constitucional de servir de guardián de los derechos garantizados constitucionalmente*".[62] El mismo enfoque se aprecia en una reciente definición que han elaborado los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana,

---

[59] El profesor Humberto Nogueira Alcalá ha señalado que la acción constitucional de protección es "*el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo de uno o más de sus derechos fundamentales explicitados en el artículo 20 de la Constitución, ya sea mediante amenaza, perturbación o privación a través de un acto u omisión ilegal o arbitraria por instituciones públicas, autoridades o personas naturales o jurídicas, a que a través de la tutela jurisdiccional del Estado, desarrollada por la Corte de Apelaciones respectiva, se restablezca en forma rápida y eficaz, la vigencia normal del ordenamiento jurídico y el ejercicio de los derecho de la persona afectada.*" Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Librotecnia. Tercera edición. Tomo I. Pág. 305.

[60] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 14.

[61] Ríos Álvarez, Lautaro. La Acción Constitucional de Protección en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Estudios Constitucionales, segundo semestre, año/vol. 5, número 002. Centro de estudios Constitucionales. Pág. 38.

[62] Otero Lathrop. Miguel. El Recurso de Protección. Fines, requisitos y naturaleza jurídica. Revista de Derecho Publico Nos 21/22. Pág. 222.

quienes califican el Recurso de Protección como una *"acción cautelar autónoma"* [63] *"(...) que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente providencias que juzguen necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección (...)"*. [64]

1.4. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia también ha ensayado algunas definiciones del Recurso de Protección, incorporando todos los elementos antes señalados. Así, la E. Corte Suprema, en sus más recientes fallos, ha señalado que el Recurso de Protección constituye, jurídicamente, una acción destinada a amparar el ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en el artículo 20 inciso primero de la Constitución, mediante la adopción de medidas de resguardo ante actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, amenacen o perturben alguno de estos atributos esenciales de la persona humana.[65]

2.- Recurso de Protección como una Vía Expedita, Rápida y Urgente para el Resguardo de Derechos Fundamentales.

2.1. Más allá de los requisitos de procedencia del Recurso de Protección, a estas alturas, resulta pacífico para la doctrina y la jurisprudencia nacional, que este mecanismo jurisdiccional es esencialmente una vía expedita, rápida y urgente para el resguardo de ciertos derechos fundamentales.

Estas características del Recurso de Protección están expresamente consagradas en la Constitución, desde el momento que el artículo 20 inciso primero señala, textualmente, que la corte de apelaciones respectiva ***"adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho"***.[66]

---

[63] Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. Los Recurso Procesales. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 2010. Pág. 406

[64] Mosquera Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián. Los Recurso Procesales. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 2010. Pág. 405

[65] Corte Suprema. Fallo de13 de enero de 2011. Nº Legal Publishing Nº 47551.

[66] Muchas disposiciones del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección responden a los mismos principios. Por ejemplo, el número 2 autoriza que la presentación del Recurso de Protección sea "por escrito en papel simple, aún por telégrafo o telex"; el número 3 establece que, una vez admitido a tramitación este recurso, la Corte de Apelaciones deberá ordenar al recurrido "por la vía que estime más rápida y efectiva", que evacue el respectivo informe; entre otras disposiciones.

Estas características del Recurso de Protección han estado presentes desde su concepción original. En efecto, esta acción constitucional, desde sus inicios, fue definida por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como un "*mecanismo expedito para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado*".[67]

La doctrina nacional, por su parte, ha recalcado los principios antes mencionados, señalando que esta acción constitucional tiene por objeto, ser un mecanismo o medio "*expedito y eficaz para que el afectado obtenga inmediata protección del derecho constitucionalmente garantizado*".[68] Incluso más, algunos autores destacan, como parte de la fisonomía de esta acción constitucional, "*la urgencia o premura en solucionar la cuestión planteada a fin de evitar la consumación de un daño que se teme pueda ocurrir*"[69].

Nuestra más importante jurisprudencia ha confirmado estas características. En varios fallos, nuestra E. Corte Suprema ha señalado, expresamente, que el objetivo del Recurso de Protección es dar una urgente y eficaz solución al quebrantamiento del legítimo ejercicio de derechos preestablecidos.[70] Incluso más, en varias oportunidades la E. Corte Suprema ha calificado esta acción constitucional como un **procedimiento de urgencia.**[71]

2.2. Pues bien, conocida la posición de Anglo American, en el sentido que se encontraría habilitada para vender el otro 24,5% de las acciones de Anglo American Sur en donde se puede hacer efectivo el derecho de Codelco, e incluso todo el resto de sus acciones, **resulta evidente que en la especie existe una amenaza real de que estas acciones se vendan, desapareciendo el objeto de la opción de Codelco,** sea que se entienda que el derecho de compra de la Corporación sólo puede ejercerse quedando a salvo un 51% a las promitentes vendedoras u oferentes, incluso después de

[67] Actas Oficiales Comisión Estudio Nueva Constitución: Memorando con las Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución, reproducido en el acta correspondiente a sesión18ª. Celebrada el 22 de noviembre de 1973. Pág. 25.
[68] Otero Lathrop. Miguel. El Recurso de Protección. Fines, requisitos y naturaleza jurídica. Revista de Derecho Publico Nos 21/22.
[69] Jana Linetzky, Andrés y Marín González, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 1996. Pág. 87.
[70] Fallo de 21 de septiembre de 2009. Legal Publishing N° 45.567.
[71] Ver, por ejemplo, fallos de la Corte Suprema de: 24 de junio de 2010, N° Legal Publishing N° 44.911; 27 de enero de 2010, N° Legal Publishing 43.171; 19 de enero de 2010, N° Legal Publishing 43.318.

la venta a Mitsubishi, como ellas lo pretenden, o sea que se entienda que después de esa venta no rige aquella limitación.

En razón de lo anterior, la Constitución garantiza a Codelco su legítimo derecho para requerir al tribunal de alzada respectivo, urgente, pronto y eficaz remedio a esta situación, arbitraria o ilegal, que puede dejar sin contenido su derecho al momento de poder ejercitarlo. Lo expuesto, habida consideración, además, que ha sido la propia Codelco la que ha dejado en claro públicamente que la discusión de fondo, sobre el sentido y alcance de esta opción, será materia de un juicio de lato conocimiento, asegurándose, de este modo, la correcta ponderación de los derechos e intereses reclamados por ambas partes en disputa.

Adicionalmente, lo expuesto es absolutamente coincidente con lo señalado por la E. Corte Suprema, que como dijimos, ha calificado la acción de protección como un **procedimiento de urgencia, cuya finalidad es *"evitar la consumación de un daño que se teme pueda ocurrir*"**, quedando claro, de las propias declaraciones de Anglo American, que de no mediar este procedimiento cautelar, ciertamente se produciría.

3.- Consecuencias del Carácter Urgente del Recurso de Protección.

3.1. Se equivocan, radicalmente, tanto las recurridas como sus informantes en derecho, cuando sostienen, reiteradamente, que el recurso de protección en estudio sería improcedente, toda vez que la recurrente no contaría con derechos "*indubitados*"[72] y que, por el contrario, estos serían "*disputados*".

En primer lugar, como ya expusimos, el derecho de la recurrente es objetivamente indubitado, pues deriva de una promesa u opción de compra no discutida, cuyo objeto quedó fijado antes del 1° de agosto de 2011, según cláusula contractual que estipulaba que antes de ese día se mandasen a Codelco los antecedentes necesarios para calcular el valor de lo que ella iba a comprar –información que las recurridas remitieron indicando nominativamente los dos valores posibles del 49% -, siendo obvio que a partir de ese momento el objeto no podía enajenarse a terceros, mientras no expirase el

[72] Ver, por ejemplo, página 42, página 48, etc. de Informe en Derecho de Profesor Juan Colombo C.

período de ejercicio del derecho de compra constituido por el mes de enero siguiente. Nada puede ser más claro, y resulta incomprensible que las recurridas lo discutan.

En segundo lugar, hay que decir que para que un derecho sea indubitado, debe serlo **objetivamente**, no por el sólo hecho que las recurridas de protección lo discuta después de haberlo quebrantado para poder justificar su atropello en el informe del recurso. De ser tan simple, no existirían nunca derechos indubitados. Sería tan absurdo como reclamar la entidad del derecho, para que el mismo sea disputado, y de esta forma, se rechace una acción de protección.

En tercer lugar, aún cuando en teoría pudieran existir dudas sobre la determinación y fijeza del derecho de Codelco a partir del inicio del período de cinco meses previo al mes de enero en que puede ejercerse la facultad de compra –lo cual negamos-, hay una certeza moral –no relativa a lo racional sino a lo razonable- de que el objeto quedó fijado entonces, y el amparo de los derechos se basa en certezas morales –en lo más razonable- y no en certezas absolutas, que sólo son propias del campo de las matemáticas.

Ello es así, con mucho mayor razón en un procedimiento cautelar, que deja expeditas a las recurridas sus acciones y excepciones ordinarias. Lo expuesto, más aún si se tiene en cuenta que en caso de rechazarse el recurso de protección interpuesto por Codelco, el daño de a ésta sería mucho mayor que el que podría causarse a las recurridas por una prohibición temporal de disponer de las acciones de Anglo American Sur, mientras puedan promoverse y resolverse los juicios ordinarios del caso.

3.2. La urgencia que está implícita en todo Recurso de Protección, naturalmente, eximen a esta acción constitucional de ciertas exigencias formales y de fondo que tienen otras actuaciones jurisdiccionales. La más relevante, la **eximen de la necesidad de probar, fehacientemente, la existencia y contenido de su derecho**. Lo expuesto, con dos claras implicancias:

- El Recurso de Protección tiene pretensiones restringidas, en el sentido que se busca que se mantenga el *status quo,* **sin pretender que se resuelva una situación jurídica de fondo**, lo cual, ciertamente, es materia de un

procedimiento de lato conocimiento (como expresamente lo ha señalado Codelco); y

- Para que sea procedente la acción constitucional de protección, **no se requiere certeza absoluta del derecho reclamado**, que aunque en el caso en cuestión existe, entendemos que las recurridas en esta instancia lo han negado.

Veamos con más detalle estas características.

Desde un comienzo se entendió que por su carácter urgente y expedito el Recurso de Protección no está llamado a fijar derechos permanentes en favor de las partes[73] sino que "*lisa y llanamente (...) restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado*".[74] Así, por lo demás, se reconoce en el artículo 20 inciso primero de la Constitución, al disponer que esta acción, es sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

La doctrina también ha reconocido este aspecto del Recurso de Protección de forma unánime. Por ejemplo, el profesor Humberto Nogueira Alcalá enseña que "*el proceso de protección, no fue creado para sustituir los procesos ordinarios o sumarios ya existentes, sino como una acción rápida y eficaz de tutela de los derechos esenciales de la personas,* ***por tanto no excluye el uso complementario o subsidiario posterior de cualquier otra acción que franquee el ordenamiento jurídico, considerando la situación específica o concreta en que se encuentre quien demanda protección jurisdiccional en Chile, lo que le da uno de los rasgos originales más significativos***"[75](destacado es nuestro).

Por su parte, el ex Senador y miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, don Sergio Diez U., ha dicho que "*este recurso no tiene otro objetivo que mantener el statu quo vigente en cuanto a los derechos, impidiendo acciones de hecho que alteren ese orden público*". En virtud de lo anterior, concluye este autor, "*el recurso de protección no pretende consagrar derechos patrimoniales; tampoco sus*

[73] RDJ, Tomo LXXXVIII, 2ª parte, sección V, Pág. 44.
[74] Enrique Ortúzar en Actas Comisión Estudio Nueva Constitución. Sesión 214.
[75] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Librotecnia. Tercera edición. Tomo I. Pág. 311.

fallos pueden producir efectos respecto de quien es el titular de determinado derecho, porque para eso existen otras acciones e instancias judiciales que irán al fondo del recurso"[76].

En esta mima línea, el profesor José Luís Cea Egaña explica que, aún cuando se deduzca acción de protección, siempre "***quedan a salvo las otras acciones y recursos existentes siendo el de protección compatible con todos ellos***".[77]

3.3. Por otra parte, el mismo **carácter urgente y expedito del Recurso de Protección hace imposible exigir que se acredite la certeza jurídica de los derechos que invoca el recurrente. Al contrario, basta con que el recurrente dé cuenta, aún en forma eventual e hipotética, de la existencia de los derechos cuya protección pretende.**

Lo expuesto, ha sido confirmado por nuestra doctrina. Por ejemplo, don Sergio Lira H., apoyado en fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, señala lo siguiente: "*Numerosos fallos han precisado que la naturaleza de este instituto no mira exclusiva y restrictivamente a tutelar derechos patrimoniales, ni que estos sean de carácter indiscutible e incuestionable, toda vez que para ello existen numerosas acciones del ordenamiento procesal. En otras palabras, la sentencia pronunciada en la protección no excluye debatir en un juicio posterior los derechos de dominio que invoque el accionante o recurrido*".[78]

Por su parte, el profesor Eduardo Aldunate Lizana señala que, aún cuando los tribunales acojan el Recurso de Protección y restablezcan el imperio del derecho, ello **no implica pronunciarse sobre la vigencia inmediata de un derecho constitucional**, sino, solamente, un pronunciamiento sobre la situación de este individuo y su derecho. Según este académico de la Universidad Católica de Valparaíso "*esto adquiere especial relevancia como argumento para la disciplina del recurso de protección, ya que remite a la jurisdicción del tribunal no a un examen de*

[76] Diez Urzúa, Sergio. Personas y Valores. Su Protección Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición 1999. Pág. 274.
[77] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 637.
[78] Lira Herrera, Sergio. El Recurso de Protección. Naturaleza jurídica, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Impreso por Alborada S.A. 1990. Pág. 107. Destacados nuestros.

fondo sobre la vigencia final del derecho amagado, sino sobre la forma en que se produce una perturbación, privación o amenaza del mismo y la situación en que debe quedar el titular del mismo para defenderlo".[79]

Del mismo modo, los profesores Andrés Jana y Juan Carlos Marín son de la opinión que, debido a la urgencia y premura que caracteriza al Recurso de Protección, "*en ellos el tribunal no dispone de los medios para agotar el conocimiento del asunto, no habiendo una etapa probatoria que permita sopesar todos los antecedentes de hecho y derecho que inciden en la causa*".[80]

3.4. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha venido señalado lo siguiente: "*Si bien lo que se trata de reparar con urgencia es una irregularidad contra el orden jurídico establecido* ***no se trata de que el derecho patrimonial que se pretende proteger sea de carácter indiscutible e incuestionable****, como tampoco de que el fallo que se pueda dictar acogiendo el recurso produzca efectos para decidir quien es el verdadero titular de un determinado derecho, y allí están las acciones judiciales pertinentes que deben impetrarse para una decisión definitiva*"[81] (destacado es nuestro)

En otro fallo, la E. Corte Suprema señaló que el Recurso de Protección es "*un recurso expedito, rápido, que debe resolver con premura una irregularidad contra el orden jurídico establecido.* ***No se trata en consecuencia, de que el derecho patrimonial que se pretende proteger sea de carácter indiscutible e incuestionable****, como tampoco de que el fallo que se pueda dictar, acogiendo el recurso, produzca efectos para decidir quién es el verdadero titular de un derecho determinado".* En este mismo fallo, la E. Corte Suprema concluye: *"Lo que se controvierte en el recurso de protección son* ***situaciones esencialmente fácticas****, que como ya se dijo alteran el orden jurídico, de modo que aquellas cuestiones que miren a decisiones de fondo tienen expedita la vía judicial mediante el ejercicio de las acciones que procedan*"[82] (destacado es nuestro).

---

[79] Aldunate Lizana, Eduardo. La protección al Acecho: Las Consecuencias del Abandono de las Reglas de la Interpretación Constitucional en el ámbito del Recurso de Protección. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XX. 1999. Página 238. Destacados nuestros

[80] Jana Linetzky, Andrés y Marín González, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 1996. Pág. 88

[81] RDJ T. LXXXI N°2, 2ª parte., sección 5ta., Pág. 178.

[82] Sentencia Corte Suprema de 7 de julio de 1980, publicada en Fallos del Mes N° 260, página 202. Citada por fallo de la misma corte de 15 de diciembre de 2008. En Legal Publishing N° 29.184

3.5. En virtud de lo expuesto, el **hecho de que Anglo American niegue o desconozca la entidad del derecho de opción de Codelco, para adquirir el 49% de las acciones de Anglo American Sur, no determina, bajo ninguna perspectiva, que el recurso de protección, por esa sola circunstancia, sea inadmisible o deba ser declarado improcedente.** Lo anterior, sería una mirada simplista y equivocada, descontextualizada a través de numerosa jurisprudencia que se cita por las recurridas en forma errada y efectista.

A mayor abundamiento, la recurrida en su informe, aludiendo a una serie de fallos en materia de interpretación, elude lo más importante. La acción de protección en estudio, **no pretende una interpretación contractual**, únicamente, busca el resguardo de un derecho constitucional cuyo contenido y alcance será definido en un juicio de lato conocimiento.

4.- Tutela Cautelar en el Recurso de Protección y su Aplicación al Caso Concreto.

4.1. Distingue el profesor Chiovenda una especie particular de medidas cautelares, las **"medidas provisionales de cautela"**, las cuales *"responden a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico; si ese daño era en realidad inminente (...)"*. Para este distinguido jurista, estas medidas de urgencia, en ningún caso, pretenden la resolución del conflicto, sino que únicamente evitar el daño. Por lo mismo, ***"no permiten sino un examen evidentemente superficial"***. [83]

Para el profesor Francisco Carnelutti, la finalidad de lo que denomina el "proveimiento cautelar" **no consiste en darle la razón o negársela a uno u otro de los litigantes**. Lo anterior, dado que estas medidas *"(...) no tienen por finalidad remediar la lesión de una pretensión; por el contrario, mediante él se trata de crear un estado jurídico provisional, que dura hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso*

[83] Chiovenda, José. Principios del Derecho Procesal Civil. Editorial Reus, Madrid. 1922. Tomo I Pág. 260 a 263.

ejecutivo. En virtud del proceso cautelar, la res no es iudicata, sino arreglada de modo que pueda esperar el juicio".[84]

4.2. Para el profesor José Luís Cea Egaña, el futuro del derecho se halla, principalmente, en su carácter cautelar o preventivo. Para este jurista, la prevención busca que el derecho se anticipe y no sólo reaccione frente al acto u omisión injusta. A su juicio, se requiere de *"sujetos diligentes pero, por supuesto, acciones que les abren la posibilidad de proceder con carácter preventivo".*

Para este profesor, la oportunidad en que se acude a la Magistratura es esencial para la certeza o seguridad jurídica que se reclama. Por esta razón, para el profesor Cea, la amenaza al ejercicio legítimo de un derecho amerita el inicio de una labor jurisdiccional de ***"prevención, anticipación o adelantamiento en la protección del derecho (...) que debe ser seguida de la correspondiente reacción judicial",***[85] que es precisamente lo que ha intentado Codelco mediante la interposición del recurso de protección que analizamos.

4.3. El **Recurso de Protección en análisis, ciertamente obedece a estas características.** Existe un legitimo "temor a un daño", que es la venta del otro 24,5%, o de todo el resto, de las acciones de Anglo American Sur a un tercero con cargo al derecho de compra de Codelco. Lo expuesto, porque, una y otra vez, Anglo American ha manifestado su real interés de vender la mitad que queda del 49% a que tiene derecho Codelco, y ha agregado que puede vender cualquier porcentaje, afirmando coetáneamente que la venta ya realizada así como las que amenaza consumar tienen como efecto disminuir o eventualmente hacer desaparecer el objeto del derecho de Codelco.

El daño, además, es inminente, por cuanto, si se procede a su venta y posteriormente en juicio de lato conocimiento se reconoce el derecho de compra de Codelco, el mismo no podrá ejercerse, a menos que Anglo American conserve un número de acciones que

[84] Carnelutti, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Tomo I. Pág.387.
[85] Cea Egaña, José Luís. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Págs. 635.

permitan su cumplimiento, o que se inicien complicados y muy largos procesos para recuperar las acciones de los terceros adquirentes, si han estado de mala fe.

Por consiguiente, lo único que efectivamente ***"remueve el peligro de este daño inminente"***, habida consideración de que el derecho de Codelco ya ha nacido, desde la época de celebración del contrato quedando determinado su contenido específico para la ventana de enero de 2012 a contar del 29 de julio de 2011, pero aún no es exigible, es la acción de protección que se analiza, la que al mismo tiempo, resguarda el legítimo interés de las partes de discutir la entidad de este derecho en un procedimiento de lato conocimiento.

4.4. A continuación, nos abocamos a dilucidar aspectos esenciales del Recurso de Protección, en cuanto una manifestación concreta de la jurisdicción cautelar en nuestro Derecho, que dan cuenta del **legítimo proceder de Codelco mediante la interposición de un recurso de protección**, con el objeto de evitar un daño inminente que haría ilusorio el ejercicio de su derecho.

Desde sus orígenes el Recurso de Protección ha tenido una naturaleza cautelar. Ya en la exposición de motivos del proyecto de 1972, antecedente directo del Recurso de Protección, quedó en evidencia su naturaleza cautelar, por cuanto el mismo tenía por objeto evitar daños irreparables al afectado, *"sin perjuicio"* de las acciones civiles o criminales ante los tribunales que corresponda, a que dé lugar el acto u omisión arbitrario o ilegal.[86]

Para el profesor Miguel Otero, el Recurso de Protección es claramente una acción cautelar de origen constitucional, que protege a los individuos, mediante ciertas providencias que evitan los efectos del acto arbitrario o ilegal.[87] Siguiendo esta línea, Sergio Lira H. señala que el Recurso de Protección, en cuanto mecanismo cautelar,

[86] Exposición de motivos de proyecto de ley, citado por fallo de Recurso de Protección Rol 404-1986. Corte de Apelaciones de Santiago, 1987. Gaceta Jurídica N° 79, Págs. 49 y ss.
[87] Gaceta, N° 40, octubre 1983, Pág. 45. En el mismo sentido, Gaceta, N° 47, mayo de 1984, Pág. 47. Ambas citadas por Jana Linetzky, Andrés y Marín González, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 1996. Pág. 76.

también es jurisdiccional, como una manifestación de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia.[88]

La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, desde un comienzo, se ha pronunciado en el sentido antes expuesto, reconociendo la jurisdicción cautelar del Recurso de Protección. Un fallo emblemático fue el de I. Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual se señaló lo siguiente: *"(...) como expresa don Eduardo Soto Kloss (...) el presidente de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, don Enrique Ortúzar Escobar, señala que el Recurso de Protección, es un* ***procedimiento de emergencia por decirlo así, que tiene por objeto lisa y llanamente mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado****, restablecer el imperio del derecho que ha sido afectado. La Corte Suprema en fallo (...) anota que este* ***recurso no tiene otro objeto que mantener el statu quo*** *vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo acciones de facto que alteren el orden jurídico mientras no se decida por voluntad de los propios contradictores o por sentencia judicial ejecutoriada a quien corresponde el derecho (...) Que de acuerdo con lo expresado no es difícil reconocer la principal naturaleza jurídica del instituto en estudio. Se trata de una acción cautelar, debiendo concebirse en conformidad a lo expresado por Piero Calamandrei (introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares), "como una anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva encaminada a prevenir el daño que pudiere provenir del retardo de la misma". Por su parte, Chiovenda (instituciones de Derecho Procesal Civil), escribe que la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas, Conocimiento, Conservación, Ejecución y que en la conservación, como en el caso de las acciones aseguradoras (cautelares), se trata de proveer con urgencia el* ***mantenimiento del "statu quo"*** [destacado original en texto de Chiovenda], *como modo de asegurar la futura satisfacción después de su declaración"*[89]

4.5. Debe tenerse en consideración que lo intentado por Codelco, mediante el recurso de protección en análisis, es una **procedimiento de emergencia**, que tiene por objeto, lisa y llanamente, mientras se discute ante la justicia ordinaria en forma lata el problema planteado, **mantener el statu quo vigente**, impidiendo acciones de facto de

[88] Lira Herrera, Sergio. El Recurso de Protección. Naturaleza jurídica, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Impreso por Alborada S.A. 1990. Pág. 72.
[89] Recurso de Protección Rol 404-1986. Corte de Apelaciones de Santiago, 1987. Gaceta Jurídica N° 79, Págs.49.

Anglo American que alteren el orden jurídico. Todo, mientras no se decida por voluntad de los propios contradictores o por sentencia judicial ejecutoriada a quien corresponde el derecho discutido por las recurridas.

Por esta razón, somos de la opinión que el profesor Colombo, en su informe en derecho agregado al proceso y argumentando respecto de la supuesta improcedencia del recurso en este caso, comete un error, al afirmar como requisito o "*filtro*"[90] del recurso de protección que el asunto planteado "*no debe ser un litigio propio de un juicio de lato conocimiento*". Lo expuesto, porque en ningún caso Codelco ha pretendido plantear, en sede de protección, materias de lato conocimiento.

4.6. Ahora bien, como lo hacen presente las recurridas en su informe, existe cierta doctrina que niega que el Recuso de Protección tenga una naturaleza cautelar. Se funda esta escuela en que los procesos cautelares son siempre instrumentales y accesorios a otros procesos, en cambio, el Recurso de Protección, sería siempre una acción autónoma.[91] Señalan, en concreto, que el Recurso de Protección "*no constituye una medida cautelar respecto de otra acción sino un procedimiento de urgencia, autónomo, que, atendida su naturaleza, está marcado, sin embargo por la provisionalidad*".[92]

A nuestro juicio esta posición es errada. Si bien no negamos la naturaleza autónoma del Recurso de Protección, estimamos que esto último no puede privar a esta institución de una sus principales características, como la urgencia, anticipación, protección del *statu quo*, garantía de actuación futura, remoción de daños inminentes, etc., todas las cuales participan, precisamente, de la naturaleza cautelar o de previsión al daño. Es más, negar esta característica sería, a nuestro juicio, desconocer el texto expreso del artículo 20 inciso primero de la Constitución, el cual habla expresamente de **"amenazas"** al ejercicio legítimo de un derecho.

---

[90] Ver página 48 de Informe en Derecho de Profesor Juan Colombo C.
[91] Jana Linetzky, Andrés y Marín González, Juan Carlos. Recurso de Protección y Contratos. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 1996. Pág. 81 y siguientes.
[92] Barros Bourie, Enrique. El recurso de Protección como Medio de Amparo de los Contratos. Instituciones Modernas de Derecho Civil, Libro homenaje al profesor Fernando Fueyo. Editorial Jurídica ConoSur Ltda.. 1996. Pág. 334.

Nótese, como lo ha fallado el E. Tribunal Constitucional, que el recurso de protección es una expresión de las facultades conservativas de los tribunales de justicia, facultad que no tiene en nuestro ordenamiento jurídico otra limitación que la prevista en materia de estados de excepción constitucional.[93]

Por tanto, creemos, al igual que el profesor Francisco Zúñiga, que el Recurso de Protección "*configura una acción-proceso de naturaleza cautelar, pero autónoma, no instrumental o accesoria de un proceso de declaración o de ejecución definitivo*",[94] y que en el caso es análisis, es plenamente procedente, para mantener el status quo e impedir que el objeto sobre el cual se reclama el derecho de Codelco desaparezca.

5.- Procedencia del Recurso de Protección en Materias Contractuales.

5.1. Como hemos expuesto, el carácter urgente de todo Recurso de Protección exime al recurrente de la necesidad de probar fehacientemente la existencia y contenido de su derecho. Lo expuesto, como dijimos, tiene dos implicancias inmediatas:

- El Recurso de Protección busca que se mantenga el *status quo,* sin pretender que se resuelva una situación jurídica de fondo. Por expresa disposición constitucional, siempre quedan a salvo las otras acciones y recursos existentes, siendo el de protección compatible con todos ellos; y

- Para que sea procedente la acción constitucional de protección, no se requiere certeza absoluta del derecho reclamado. En efecto, su carácter urgente y expedito hace imposible exigir que se acredite con un nivel de certeza jurídica los derechos que invoca el recurrente. El Recurso de Protección, como han señalado nuestros tribunales superiores de justicia, no mira que los derechos invocados sean de carácter indiscutible e incuestionable. Lo anterior, porque la sentencia de protección no excluye debatir el asunto en un juicio posterior de fondo.

[93] Considerando 2° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el día 24 de marzo de 1992; reproducida en LXXXIX *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 2° parte, sección V, pp. 25.
[94] Zuñiga Urbina, Francisco. Recurso de Protección y Contencioso Administrativo". Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 202, 1997, pág107.

Lo expuesto determina que el Recurso de Protección sea perfectamente compatible con acciones de carácter contractual de lato conocimiento.

5.2. A continuación nos referiremos, con cierto detalle, a algunos casos de protección en materia contractual, declarados admisibles y acogidos, sin perjuicios de otros ya mencionados en el capítulo III en relación con la propiedad sobre los derechos personales que emanan de relaciones contractuales.

Lo expuesto, con el objetivo de demostrar que es errado el argumento de las recurridas, en el sentido de que no serían admisibles discusiones sobre contratos en materia de protección. Lo anterior, no sólo desde la perspectiva del texto Constitucional, que señala expresamente que esta acción es "***sin perjuicio***" de otras que pueda hacer valer el agraviado, sino que también, desde la perspectiva de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. Veamos.

5.3. Un primer caso se refiere a un contrato de arriendo, en donde el arrendador, *de facto*, impidió el ingreso a la propiedad a proveedores del arrendatario.[95]. Analizado lo anterior, el tribunal de alzada señaló lo siguiente: *"7° Que, del contrato de arrendamiento en referencia surgen para la arrendataria los derechos personales inherentes a esta convención, entre los que se encuentran los que tienden al goce de la cosa material de ella, derechos éstos de carácter incorporal sobre los cuales existe "una especie de propiedad", como lo prescribe el artículo 583 del Código Civil y que, por ende, quedan amparados bajo la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrada en el artículo 19, N° 24 de nuestra Carta Fundamental."*

En otro caso, existía una relación contractual de seguro de prestaciones médicas entre una compañía de seguros y un contratante. Cuando el asegurado requirió el cobro de determinados beneficios, la compañía de seguros se negó al pago de los mismos, fundándose únicamente en el tenor literal del contrato.[96] En este caso, la I. Corte de

[95] *Durán, Rosa con Director del Hospital Carlos Van Buren*: Corte de Apelaciones de Valparaíso. 14 de enero de 1988. En VERGUGO, PAMELA: El recurso de protección en la jurisprudencia. 1988. Pag. 222.
[96] *Viviani, María del Carmen con Compañía Chilena Consolidada Seguros de vida*: Corte de Apelaciones de Santiago. 23 de diciembre de 2004. Consultado en www.legalpublishing.cl, N° Legal Publishing: 31767

Apelaciones de Santiago resolvió lo siguiente: "*4°. Que la actitud de la parte recurrente de rechazar la cobertura solicitada, fundándose únicamente en el tenor literal del contrato, sin efectuar un análisis exhaustivo de los antecedentes médicos que se le proporcionaron y que dan cuenta de las patologías que sufre la recurrente, resulta, a la luz de los mismos, precipitada, no razonable y arbitraria. 5°. Que, en consecuencia, la compañía de seguros ha incurrido en un acto arbitrario que conculca la garantía consagrada en el artículo 19 número 24 de la Constitución política de la República, esto es, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, por cuanto se ha intentado privar a la recurrente de los derechos que emanan del respectivo contrato de seguro y que se habían incorporado a su patrimonio*"

5.4. También existe abundante jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, que han resuelto que los derechos que se han adquirido mediante acuerdos de voluntades entre las partes, no pueden ser desconocidos u omitidos por la mera voluntad (incluso eventualmente justificada) de la contraparte o un tercero. Veamos algunos casos relevantes:

Una sociedad compró un predio con el fin de ejercer la actividad económica de explotación forestal. [97] Una vez realizada la compraventa, el vendedor se negó a suscribir el "Plan de manejo" de las obras que pretendía realizar la recurrente, el cual era requisito esencial para el desarrollo de la actividad. Por ello, se presentó contra el vendedor un recurso de protección, con el objeto de que la corte respectiva le forzara a suscribir el documento señalado. Al efecto, la I. Corte de Apelaciones sentenció lo siguiente: "*8°.- Que la negativa del señor Luís Alberto Ossandón Valdés de negarse a suscribir el "Plan de Manejo" que debe ser presentado a CONAF constituye una actitud arbitraria, puesto que con su actuar priva a la Sociedad recurrente de uno de los atributos que son propios al derecho de dominio y, concretamente, de la facultad de disposición (...) vulnerando de esta forma la norma constitucional establecida en el artículo 19, N° 24 (...)*".

[97] Celulosa Arauco y Constitución S.A. con Ossandón Valdés, Alberto: *Corte de apelaciones de Santiago,* 30 *de diciembre de* 1985. *Consultado en* www.microjuris.cl, *código de identificación* RDJ6453

En otro caso similar, se recurrió de protección en contra de la empresa Soquimich S.A. por negarse ésta a pagar un seguro de vida del cual era beneficiario el recurrente. La empresa se rehusó aduciendo que el recurrente habría incluido un párrafo no original a una declaración jurada.[98] El tribunal razona, descartando lo afirmado por la recurrida, señalando lo siguiente: *"8. (...) que el derecho del beneficiario del seguro,* ***reconocido e inclusive valorizado por la sociedad deudora del mismo, ingresó al patrimonio del recurrente y no constituye una mera expectativa****, como equivocadamente lo sostienen los recurridos, sino que por el contrario es un bien incorporal sobre el que también puede ejercerse dominio, en la forma que lo reconoce y declara el artículo 583, del Código Civil y que la Constitución Política de la República de Chile eleva a la categoría de un derecho constitucional, en el numeral 24 del artículo 19 de su texto y que puede ser amparado por el recurso de protección, creado en el artículo 20, del mismo Estatuto Fundamental"* (destacado es nuestro).

En otro caso relativo a la perturbación en el ejercicio de derechos contractuales, relativa al manejo de una concesión de casino contratada con Bomberos de Chile, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió lo siguiente: *"7°) Que, en consecuencia, existiendo un contrato vigente, los hechos de que se reclaman en este recurso son al menos ilegales, y han vulnerado indebidamente el derecho de propiedad que sobre el bien incorporal de la concesión para la explotación del Casino legitima su tenencia por parte del recurrente (...)".*[99]

5.5. Ahora bien, sin duda alguna, los casos más emblemáticos, y por cierto, numerosos, en materia de recursos de protección en temas contractuales, son los relativos a las prestaciones y alzas de precio de las instituciones de salud previsional ("Isapres"). Su número alcanza a más de quince mil, cantidad que sirve para desvirtuar la errada afirmación de las recurridas, en el sentido que la posición que niega lugar a este tipo de recursos en materia contractual seria cierta, uniforme y contundente (página 27 de su informe). Como se puede apreciar, ni siquiera es mayoritaria su posición.

---

[98] *González, Francisco Reinaldo con Soquimich S.A. y otro*: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 16 de septiembre 1992. Consultado en www.microjuris.cl, código de identificación RDJ2464

[99] *Álvarez Pozo, Guillermo con Schuftan Schwed, Andrés*: Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 2010. Consultado en www.microjuris.cl, código de identificación MJJ25001

El primer caso elegido para ejemplificar este conjunto de sentencias, es un recurso de protección interpuesto por una usuaria de la Isapre recurrida, la que se negó a rembolsar los costos de ciertos exámenes médicos en virtud, según ella, de que la recurrente no había declarado las preexistencias que afectaban actualmente su estado de salud. [100] La sentencia expone que la supuesta preexistencia no tiene necesariamente relación con la enfermedad de que padece la recurrente, y señala en lo esencial que *"la circunstancia de que se haya establecido el arbitraje para resolver esta clase de asuntos, no le quita competencia a la Corte de Apelaciones para conocer del recurso de protección, pues éste constituye un procedimiento de carácter constitucional que tiene por objeto conocer en forma urgente y excepcional en caso de haberse incurrido en la violación de garantías fundamentales, que en este caso, es el derecho de propiedad, que se estima amagado por una acción arbitraria e ilegal. Existe urgencia en resolver este conflicto y hay un derecho evidente y no seriamente controvertible que hace plenamente procedente esta acción"*

En otra sentencia, la I. Corte de Apelaciones de Santiago señaló: *"9º) (...) el actuar de la recurrida ha sido ilegal en la medida que vulnera lo prescrito en el artículo 1545 del Código Civil (...) violando la garantía constitucional consagrada en el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho de gozar de todos los beneficios y prestaciones que emanan de su contrato de salud previsional y en las condiciones pactadas. Lo anterior, conduce necesariamente a acoger el presente recurso.* [101]

5.6. Especialmente interesante es la mención explícita al artículo 1545 del Código Civil como fundamento de la violación al derecho de propiedad, ya que con ello se fortalece la idea de que las situaciones de incumplimiento de los contratos son atentatorias contra derechos fundamentales, pudiendo ser amparadas mediante el Recurso de Protección.[102] Lo anterior, lo que es plenamente atingente al caso

---

[100] *Villalobos Toledo con Isapre Aetna*: Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de julio de 1998. Consultado en www.legalpublishing.cl, N° Legal Publishing: 15448. Confirmada por la Corte Suprema con fecha 18 de agosto de 1998

[101] *Tchernitchin con Colmena Golden Cross*: Corte de apelaciones de Santiago, 29 de abril de 2005, en GJ 2005, N° 300, pag. 53. Consultado en www.legalpublishing.cl.

[102] Muchas otras sentencias relativas a este tema se pronuncian a favor de los derechos contractuales de los afiliados a las ISAPRES. Respecto de esto, véase:
Rodrigo con Colmena Golden Cross: *Corte de apelaciones de Santiago,* 21 de abril de 1989, *en GJ 1989, N° 107. Consultado en* www.legalpublishing.cl.

analizado, más aún cuando la actuación de las recurridas (incumplimiento contractual) pueden llegar a hacer ilusorio y dejar sin contenido el derecho de Codelco. Véase el siguiente considerando de la Corte de Apelaciones de Temuco, confirmado por la E. Corte Suprema.

> *"Que dicha arbitrariedad importa conculcar la garantía del derecho de propiedad, por cuanto implica para el actor una disminución concreta y efectiva de su patrimonio al tener que soportar una injustificada mayor carga económica derivada de la infundada elevación del costo de su plan de salud por una decisión unilateral de la recurrida y que por otra parte,* ***las actuaciones de la Isapre hacen ilusorio el derecho de opción tanto del recurrente como demás beneficiarios, puesto que si las referidas exclusiones conducen a que se haga excesivamente gravosa la afiliación, puede el interesado ser constreñido a incorporarse al sistema estatal de salud.*** *"* [103] (destacado es nuestro).

V.- ACTOS ARBITRARIOS E ILEGALES DE LAS RECURRIDAS EN PRIVACIÓN Y AMENAZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE CODELCO.

Habiendo quedado claramente establecido en el capítulos anteriores el contenido y alcance del derecho de compra de Codelco sobre el 49% de las acciones de Anglo American Sur, tanto desde su perspectiva civil, como constitucional, a continuación nos referiremos a los actos arbitrarios e ilegales en que han incurrido las recurridas, en perjuicio y amenaza del legitimo ejercicio del derecho de propiedad de la recurrente.

Salvo Oviedo con Isapre Banmédica S.A.: Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de enero de 1994.Consultado en www.microjuris.cl, código de identificación RDJ1959
Vivaldi Queirolo, Aulio con Isapre Más Vida S.A.: Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de septiembre de 1991. *Consultado en* www.microjuris.cl, *código de identificación* RDJ6453
Bullemore Gallardo con Isapre Vida Tres S.A: Corte Suprema, 16 de Agosto de 1990. Consultado en www.microjuris.cl, código de identificación RDJ4443
[103] *Loyola Lopez, Archibaldo con Cruz Blanca S.A.:* Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de septiembre de 2009. Consultado en www.microjuris.cl. Código de identificación MJJ21478

1.- Arbitrariedad e Ilegalidad.

Se ha dicho que los actos arbitrarios o ilegales que autorizan a la interposición de un Recurso de Protección. pueden ser "*a) las vías de hecho; y b) el desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible*"[104] Analizados separadamente, podemos sostener lo siguiente.

En principio, ilegal es, según el profesor José Luis Cea, aquello que es "*contrario al derecho en el sentido estricto o positivo, al ordenamiento positivo oficial y vigente*"[105]. Don Eduardo Soto Kloss, conceptualiza lo ilegal en forma más amplia, señalando que la ilegalidad es "*el campo donde se ha violado, infringido o vulnerado el Derecho en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica*"[106]. Nuestra jurisprudencia ha señalado que el acto es ilegal, "***cuando es contrario a derecho, o, más técnicamente, cuando no se respeta o se infringe una norma jurídica***".[107]

De este modo, aparece como más o menos pacífico que quien vulnera de cualquier forma una ley -lo que evidentemente incluye, por ejemplo, a las normas que rigen los contratos, como los artículos 1545 y 1546 del Código Civil que consagran el principio del *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe en la ejecución de los contratos- actúa en forma ilegal y su actividad podrá ser denunciada mediante un Recurso de Protección.

Arbitrariedad, a su turno, es definida como aquello "*contrario a la justicia, injusto, irracional, prejuiciado, desproporcionado para el fin querido, guiado o motivado por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad*"[108].

---

[104] Paillás, Enrique. El recurso de Protección Ante el Derecho Comparado. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición Actualizada. 2002. Pág. 105.
[105] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 634 .
[106] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 190.
[107] Almada, Rubén D. con Fernández Laurent, Roberto E: Corte de Apelaciones de Coyhaique, 26 de noviembre de 2008. Consultado en www.microjuris.cl Código de identificación MJJ18838
[108] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 633- 634.

El profesor Soto Kloss señala que lo arbitrario es aquello que se realiza de modo "*caprichoso, inmotivado o con motivaciones ajenas a las previstas en la ley*".[109]. Por su parte, el profesor Sergio Diez ha dicho que lo arbitrario es lo "*injusto, motivado en un acto irracional, contrario a la justicia y a la razón*".[110]

Así explicado, el concepto de arbitrario es tan *antijurídico*[111] como el de ilegal, sin embargo, no requiere se infrinja necesariamente una norma del ordenamiento positivo. Según el profesor Nogueira Alcalá "*la ilegalidad puede ser clara o evidente, indudablemente o producto de una interpretación irracional o errónea, en cuyo caso estamos en presencia de una arbitrariedad*".[112]

2.- Privación y Amenaza en el Legítimo Ejercicio de un Derecho Constitucional.

A pesar de que el Constituyente no dejó muy en claro durante la génesis del artículo 20 de la Constitución que se entendía o debía entenderse por Privación y Amenaza de un derecho,[113] la doctrina tradicional ha ensayado algunas nociones de estos conceptos en relación con la procedencia del Recurso de Protección.

Por **privación**, por ejemplo, el profesor Nogueira ha entendido "*la imposibilidad material total de ejercerlo*".[114] En la misma línea, el profesor Soto Kloss ha definido privación como "*despojar, cercenar, quitar, impedir de modo entero y total de uno de los derechos amparados en el recurso de protección*".[115]

La **amenaza** se refiere a un "*peligro de suceder algún mal, indicio de sobrevenir de modo inminente algo malo o desagradable, presagio de ser temer un mal*",[116] concepto este último que ha sido recogido por la E. Corte Suprema.[117]

---

[109] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 189.
[110] Diez Urzúa, Sergio. Personas y Valores. Su Protección Constitucional. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición 1999. Pág. 274.
[111] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 188.
[112] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Librotecnia. Tercera edición. Tomo I. Pág. 328.
[113] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 44.
[114] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Librotecnia. Tercera edición. Tomo I. Pág. 329.
[115] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 91.
[116] Soto Kloss, Eduardo. El Recurso de Protección. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Pág. 83.

El profesor Nogueira dice que son amenazas aquellas "*que impiden el goce pacífico del derecho ante la inminencia de la perturbación o privación del mismo*"[118]. El profesor Cea Egaña, por su parte, define amenaza como "*la conducta de hecho o palabra que, de modo inequívoco, da a entender a quien la recibe, la inminencia de sufrir un daño o un mal grave*".[119].

En materia de amenazas **no se requiere certeza de que el daño ocurrirá**. ¿Quién podría tenerla? Ello, en primer lugar, porque si así ocurre no estaríamos en presencia de amenazas sino derechamente de perturbaciones. Adicionalmente, el Recurso de Protección, por su carácter urgente y cautelar, no requiere de demasiadas certezas para operar. Estamos, más bien, frente a un peligro o una inminencia propiamente tal.

3.- Ilegalidades y Arbitrariedades que se dan en el Caso Analizado.

3.1. Según ya explicamos, ilegal es aquello "*contrario al derecho en el sentido estricto o positivo, al ordenamiento positivo oficial y vigente*".[120] Existe, sin embargo, abundante jurisprudencia que confirma que la trasgresión a un contrato implicaría una violación al 1545 del Código Civil, y por ende, una actuación ilegal por violación al principio del ***pacta sunt servanda.***

Por ejemplo, la I. Corte de Apelaciones de Santiago señaló lo siguiente: "*Se vulneran las estipulaciones del contrato cuando en el mismo se pactó que las dificultades que se produzcan serán conocidas y resuelta por la justicia ordinaria y en el caso, ha sido el propio acreedor quien ha calificado el incumplimiento y la terminación anticipada, en circunstancias que ello corresponde al juez, según reza el propio contrato y lo*

---

[117] Ver por ejemplo, fallos de la Corte Suprema de: 1 de agosto de 2007. Legal Publihing N° 36.925.; 21 de marzo de 1996, Número Legal Publishing 22.560; etc.
[118] Nogueira Alcalá, Humberto. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Librotecnia. Tercera edición. Tomo I. Pág. 329.
[119] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Págs. 635.
[120] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 634 .

dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, tornándose el acto ilegal, por ser contrario a la ley (...)". [121]

3.2. Adicionalmente, también se ha estimado que la actuación de las recurridas puede ser ilegal, por violación del **principio de la buena fe** consagrado en el artículo 1546 del Código Civil. En efecto, la interpretación de los contratos debe hacerse de buena fe. De acuerdo a este principio general de derecho, los contratos deben interpretarse presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas, y no buscando confusiones deliberadas u oscuridades. Tal principio implica, asimismo, que el contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuye sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas, la conciencia de cumplir los derechos y obligaciones derivadas de los contratos con rectitud, honradez, leal y honestamente, de un modo legítimo y consciente.

3.3. Si bien es correcto que el espíritu del Convenio de 1978 y luego del Convenio de 2002, fue promitentes vendedoras u oferentes (Anglo American) conservara el 51% de las acciones de Anglo American Sur, no es menos cierto que si han enajenado acciones en el período en que no les era lícito hacerlo, según lo visto en el capítulo II anterior, ello **no puede ir en detrimento de los derechos de la beneficiaria de la promesa u opción (Codelco)**, y tendrá, por lo tanto, que perjudicar a las promitentes vendedoras u oferentes, ya que nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

En efecto, en juicio de lato conocimiento, las recurridas podrían ser obligadas, y estimamos que así debiera ser, a vender el 49% de las acciones de Anglo American Sur, incorporando acciones que en un principio no estaban en el paquete original del 49% ofertado.

---

[121] *Nutrifast Ltda. c/ Instituto Profesional Escuela Moderna De Música Ltda.:* Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de octubre de 2007 Consultado en www.microjuris.cl. Código de identificación MJJ15817.

3.4. Adicionalmente, según expusimos con claridad en el capítulo II de este informe en derecho, resulta meridianamente claro que las **recurridas han realizado una serie de conductas tendientes a dejar sin efecto, o hacer desaparecer, el objeto de la promesa de venta u opción de la cual emanan derechos personales a favor de Codelco (acciones de Anglo American Sur).** Lo anterior, con el solo objetivo de hacerse de un beneficio económico, en desmedro de los intereses de Codelco. Dicha actuación, de suyo, viola el espíritu y letra de los acuerdos suscritos entre las partes, constituyéndose en una infracción al artículo 1545 del Código Civil, así como también, un atentado a la buena fe que debe imperar en los contratos, conforme al artículo 1546 del mismo Código.

3.5. Por su parte, se entiende por arbitrariedad aquello "*contrario a la justicia, injusto, irracional, prejuiciado, desproporcionado para el fin querido, guiado o motivado por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro del valor y la equidad*"[122].

A continuación hacemos referencia a alguna de las actuaciones arbitrarias de las recurridas que constan en el proceso.

- La máxima ejecutiva de Anglo American, Sra. Cynthia Carroll, negó de plano el derecho de Codelco a comprar acciones de Anglo American Sur. Expresamente señaló: "***No vamos a vender el 49% de Anglo Sur (ex Disputada) a Codelco***". Lo anterior, demuestra que ni siquiera existió voluntad de respetar el 24,5% que a su juicio podría haber ofrecido a Codelco. Es más, se concluye a partir de esta afirmación, que existe el riesgo real y serio que dicho porcentaje de acciones desaparezca en manos de un tercero.

- Esta misma ejecutiva señaló que "***en el caso particular de la opción, cualquier cosa que resolvamos ya no forma parte del 49% original, por lo tanto, en enero Codelco sólo podrá ejercer la opción sobre el resto***". Lo anterior, en clara alusión a que desconoce y rechaza el derecho de Codelco a comprar acciones de Anglo American Sur.

[122] Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. Pág. 633- 634.

- A mayor abundamiento, las recurridas han dado muestras claras de querer hacer desaparecer las acciones donde Codelco podría ejercer su opción. En efecto, ejecutivos de Anglo American han señalado que "***Somos libres de vender cualquier porcentaje de las acciones de Anglo American Sur, en cualquier momento. Hemos evaluado y seguiremos evaluando alternativas***", ***y todavía no hemos resuelto lo que vamos a hacer con el otro 24,5%. No vamos a decir ya si lo vamos a vender a una tercera parte".***

- La férrea oposición de las recurridas a la orden de no innovar decretada en autos de protección, así como, sus informes evacuados en el mismo proceso, dan cuenta de la intención real de Anglo American de vender el 24,5% restante de las acciones de Anglo American Sur cuya opción pertenece a Codelco. Sino fuese así, habría bastado que se hubieran allanado a la acción de protección.

- **Nótese la contrariedad de Anglo American, por una parte, señala que esta discusión es materia de un juicio de lato conocimiento, en donde ambas partes expondrán sus argumentos, y por la otra, hace lo posible para vender dichas acciones, a fin de llegar al mentado litigio con las acciones de Anglo American vendidas a un tercero.**

- Adicionalmente, ha sido la propia CEO de Anglo American, la que ha señalado públicamente lo siguiente: "***voy a reunirme con inversionistas, tengo muchos inversionistas que están ansiosos por escuchar en que estamos***", y "( )... ***hay otras terceras partes que están interesadas en hablar con nosotros. Voy a dejarlo así."***

- Otra muestra de la conducta arbitraria sostenida por las recurridas, es que el Presidente del Área "Cobre" de Anglo American, don John Mackenzie, frente a la pregunta de si habría nuevas ventas (adicionales a las efectuadas a Mitsubishi) antes de enero de 2012, declaró: ***"continuamos evaluando las alternativas para maximizar el valor para nuestros accionistas".***

- En línea con lo anterior, resulta increíble que Anglo American desconozca el derecho de Codelco, cuando, como hemos señalado, ya ha ofrecido comprar el

mismo, al menos, en dos oportunidades, por sumas siderales de dinero. Incluso más, ha reconocido expresamente (carta del 9 de agosto de 2011), que no interferirá ni limitaría el ejercicio de esta opción por parte de Codelco.

4.- Privación y Amenazas que afectan al Legítimo ejercicio del Derecho de Propiedad de Codelco.

4.1. La máxima ejecutiva de Anglo American, la señora Cynthia Carroll, declaró al Diario la Segunda el último 9 de noviembre, según se lee en el ejemplar del día siguiente: ***"somos libres de vender cualquier porcentaje de las acciones de Anglo American Sur, en cualquier momento. Hemos evaluado y seguiremos evaluando alternativas"***. Esta misma ejecutiva, señaló al Diario Financiero que ***"todavía no hemos resuelto lo que vamos a hacer con el otro 24,5%. No vamos a decir ya si lo vamos a vender a una tercera parte. Estamos diciendo 'veamos si hay posibilidad para un diálogo abierto'. Podemos crear una situación donde todos ganen".*** Adicionalmente, algunos ejecutivos de Anglo American han sido enfáticos al manifestar su firme y decidida voluntad de vender ***"cualquier porcentaje de las acciones de Anglo American Sur, en cualquier momento"***.

Lo anterior, sumado a una serie de declaraciones y actuaciones irrefutables, alguna de las cuales mencionamos en el numeral 3.- anterior, que permiten concluir que **existe una amenaza real y sería** que Anglo American venda el 24,5% de las acciones de Anglo American Sur antes referido, o aún todas las acciones que le quedan.

4.2. La amenaza antes denunciada se encuentra precedida de una serie de actos que constituyen, claramente, una privación al legítimo ejercicio del derecho de propiedad de Codelco sobre su derecho a compra de hasta el 49% de las acciones de Anglo American Sur. Si bien esta actuación no es parte del libelo de protección analizado, la misma sirve para ilustrar la conducta de las recurridas.

Específicamente, nos referimos al hecho de haber enajenado el 24,5% del interés social de Anglo American Sur S.A. a Mitsubishi, afirmando que ellos reducen el

derecho de compra de Codelco a un 24,5%, de manera unilateral e inconsulta. Lo anterior, sin duda, constituiría una **privación** de dominio en perjuicio de Codelco, si prosperara la tesis de que esa enajenación fue con cargo a lo destinado a Codelco, por cuanto el derecho de compra de ésta se vería mermado por esa acción, lo cual sólo se evitaría si el juez, en juicio de lato conocimiento, ordenase a las recurridas transferir el total de las acciones originalmente comprometidas a Codelco (49% de Anglo American Sur).

4.3. Se equivocan las recurridas, cuando señalan que la venta de las acciones de Anglo American Sur no causan un daño real a Codelco, en la medida que la venta sea realizada con anterioridad a enero de 2012.

Primero, su error se funda en negar el derecho de Codelco a las mismas, lo cual no tiene asidero alguno, según expusimos en los capítulos II y III anteriores. Es más, esta afirmación niega el carácter ilícito que tendría enajenar esas acciones, burlando el derecho de Codelco, durante el período de cinco meses que precede a enero de 2012.

Segundo, se equivocan las recurridas al señalar que en el evento de que Codelco tuviera un derecho, el daño causado por la venta de las acciones habría de ser reparado mediante la correspondiente indemnización de perjuicios, declarada en juicio de lato conocimiento, en donde se declarase su infracción contractual. Su error consiste en desconocer el carácter eminentemente cautelar del recurso de protección, que precisamente busca anticiparse a este tipo de daños, previniéndolos. Es más, aún cuando la indemnización fuera totalmente reparatoria para Codelco, ese tipo de argumentos contrarían su legítimo derecho, reconocido en la Constitución, de accionar para evitar ese daño, por existir una amenaza real de ocurrencia del mismo, como precisamente sucede en el caso analizado.

VI.- CONCLUSIONES.

Todo lo expuesto y razonado hasta aquí permite a los subscritos arribar a las siguientes conclusiones:

a) Aspecto Civil

Iª) El contrato que otorga a Codelco el derecho de comprar hasta un 49% de las acciones de Anglo American Sur, puede calificarse, bien como promesa unilateral de venta, bien como contrato de opción;

IIª) El contrato de promesa o de opción en examen se descompone en otras varias promesas u opciones: una para cada oportunidad que se da a Codelco de exigir la venta, cada cual con su objeto propio, que es todo el cuarenta y nueve por ciento designado en el contrato, o bien, la parte de ese porcentaje que quede sin vender en esa ocasión;

IIIª) Las promitentes vendedoras u oferentes de la opción no pudieron ni pueden lícitamente vender acciones que formen parte del 49% designado en la convención, durante el período contractual de cinco meses concedido a Codelco para calcular el valor de las acciones que tiene derecho a comprar; y el objeto del contrato particular de promesa u opción aplicable en esa época queda determinado al inicio de dicho período;

IVª) Esto es así porque el beneficiario de una promesa u opción de compra tiene derecho a exigir la venta o la tradición de la cosa, y por tanto tiene derecho a que la contraparte no enajene la cosa a que se refiere ese contrato preparatorio;

Vª) El derecho del beneficiario de la promesa de venta u opción de compra a exigir que la contraparte no enajene a un tercero la cosa a que se refiere ese contrato preparatorio, tiene como cosa correlativa la obligación de la contraparte de no enajenar ese objeto, la cual deriva de la esencia misma del compromiso contraído, por lo que no necesita pactarse, ni su pacto constituiría la cláusula de no enajenar;

VIª) Algunos autores se confunden a este respecto a raíz del precepto del artículo 1817 del Código Civil, que dispone que vendida separadamente una misma cosa a dos personas distintas, prevalece la segunda venta si ha sido seguida de tradición; precepto que los lleva a pensar que la segunda venta es lícita, y que la primera no lleva implícita una prohibición de hacerla;

VII^{a}) En realidad, la segunda venta si bien es válida salvo que el segundo comprador esté de mala fe, es siempre ilícita porque importa una infracción del primer contrato. Todo ello según consta por la Ley 50 del título V° de la Partida V^{a}, que Bello cita como fuente del artículo 1817, y además es de sentido común, e incluso obvio;

VIII^{a}) Otro tanto ocurre cuando el tercero a cual se enajenan las acciones está de mala fe, porque conoce o debió conocer de la prohibición y de los perjuicios causados al beneficiario del derecho u opción. En ese caso, el tercero es parte del acto ilícito, pudiendo demandarse la nulidad de la transferencia por causa ilícita;

IX^{a}) En la especie, por tanto, la venta de las acciones en referencia fue ilícita, y además, si la compradora estuvo de mala fe, esto es, si sabía que se estaba atropellando el contrato de promesa u opción de que es titular Codelco –lo que parece imposible que haya ignorado- fue absolutamente nula por causa ilícita consistente en el ánimo compartido de quebrantar el contrato previo de promesa de venta o de opción existente con Codelco, pues como lo enseña la mejor doctrina y jurisprudencia europeas, el móvil ilícito compartido por las dos partes de un contrato pasa a objetivarse, integrando la causa de éste, que pasa a ser ilícita.

X^{a}) La obligación del promitente vendedor, u oferente de la opción de compra, de no enajenar la cosa a un tercero, resultaría, en cualquier caso, del precepto del artículo 1546 del Código Civil, según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación;

XI^{a}) Además, la obligación de las promitentes vendedoras u oferentes de opción resulta del texto del Convenio de 2002, cláusula tercera, número duodécimo, en cuanto dispone que antes de iniciarse el período de cinco meses previo a cada mes de enero en que pueda ejercerse el derecho de compra, Anglo American Sur, ex Disputada, remita a Codelco los antecedentes que le permitan calcular el valor de las acciones que tiene derecho a comprar; pues no tendría sentido que se abriera entonces una etapa en orden a ese cálculo, si el número de las acciones que tiene derecho a comprar pudiera variar; y por otra parte, la existencia de un "derecho a comprar", presupone un objeto determinado;

XIIª) El beneficiario de la promesa de venta, o de la opción de compra, tiene un derecho adquirido y no una mera expectativa en orden a hacerse con la cosa materia del contrato preliminar, desde que tiene derecho a exigir la venta, y otorgada ésta, a exigir la tradición de la cosa, todo ello según una derivación de necesidad intrínseca, y no al azar, que es como pueden encontrar satisfacción las meras expectativas;

XIIIª) El beneficiario de la promesa de venta, o de la opción de compra tiene el dominio sobre el expresado derecho de crédito, derivado de ese precontrato, el que como cualquier derecho de dominio está amparado por la garantía constitucional de la propiedad;

XIVª) La conclusión de que las promitentes vendedoras u oferentes de opción de compra no pueden enajenar a terceros iniciado el período contractual de cinco meses previo a cada mes de enero en que puede ejercerse el derecho de compra, no importa afirmar que el período en que ese derecho puede ejercerse se extiende a los sobredichos cinco meses: el derecho de compra sólo puede ejercerse en el mes de enero; pero para que eso pueda llevarse a cabo, hay un período previo para el cálculo del valor de la cosa que se tiene derecho a comprar, y es propio de esa etapa que durante ella la cosa no se pueda enajenar por las promitentes vendedoras u oferentes, porque de lo contrario carecería de sentido la etapa de estudio y de preparación para el ejercicio del derecho de compra;

XVª) El 1° de agosto de 2011 comenzó a ser ilícita la enajenación de acciones para las promitentes vendedoras, por haber empezado entonces el período de cinco meses previo al mes de enero del año dos mil doce, mes en que puede ejercerse el derecho de compra según el contrato; y por lo tanto, en el día mencionado, quedó determinada la cantidad de acciones materia de la promesa u opción cuyo cumplimiento puede exigirse en enero de dos mil doce; y de esta forma, como las promitentes vendedoras conservaban intacto el cuarenta y nueve por ciento a que como límite máximo podía aspirar Codelco, ese porcentaje pasó a ser el objeto de la promesa u opción exigible a enero de dos mil doce;

XVIª) Así las cosas, las promitentes vendedoras, al querer enajenar la mitad del porcentaje destinado contractualmente a Codelco a la firma Mitsubishi, infringieron el contrato, pues no les era lícito hacer enajenación alguna que menoscabara el derecho

de compra de la Corporación del Cobre; y por su parte, Mitsubishi, al conocer de lo anterior, dejó de estar de buena fe;

XVII^{a}) El derecho de Codelco debe ahora poder hacerse efectivo sobre el total del 49%, con cargo a las acciones que las vendedoras reservaban para sí, con prescindencia de lo ya enajenado, porque las promitentes vendedoras u oferentes no han podido liberarse de su obligación por un hecho unilateral suyo, y menos si ha sido indebido, importando una evidente infracción del contrato y del principio de la buena fe;

XVIII^{a}) Codelco, según lo expuesto, tiene un derecho perfeccionado, y no una expectativa de derecho –figura que existe cuando concurre sólo alguno o algunos de los elementos que generan el derecho, pero no todos-, y mucho menos una mera expectativa, situación que se da cuando no concurre ninguno de los elementos que configuran el derecho; por lo cual Codelco tiene que poder impetrar, a *fortiori ratione* –con mayor razón- las providencias conservativas que dispone el artículo 1492 del Código Civil para los acreedores condicionales, que sólo tienen una expectativa de derecho; providencias conservativas entre las cuales señala Claro Solar la prohibición de celebrar actos y contratos relativos a la cosa debida bajo condición, lo que óptimamente puede pedirse mediante el recurso de protección;

b) Aspecto Constitucional

XIX^{a}) Los derechos personales o de crédito tienen entidad jurídica propia (son entes jurídicos autónomos), son de naturaleza esencialmente patrimonial y, por ende, son susceptibles de valoración y transferibles, formando parte del contenido activo del patrimonio, y son también, oponibles a terceros (tal como lo reconoce el legislador) y sólo pueden ser limitados u objeto de expropiación de acuerdo con las causales establecidas por la Constitución.

En el caso analizado, el derecho de Codelco a comprar hasta el 49% de las acciones de Anglo American Sur se radicó en su patrimonio, cuando la Empresa Nacional de Minería le cedió este derecho a un precio determinado. Lo anterior,

independientemente de la fecha en que Codelco puede ejercer su derecho a comprar dichas acciones. Tanto es así, que las recurridas reconocieron la existencia de este derecho y la imposibilidad de entorpecer su ejercicio por carta de fecha 9 de agosto de 2011. Tanto es así, también, que las mismas recurridas les asignaron el año 2008 un valor de USD 175.000.000 (ciento setenta y cinco millones de Dólares de los Estados Unidos de América), según se reconoce en la página 47 del informe de las recurridas. Incluso más, tanto es así, que las recurridas reconocieron este derecho al conocer de la disputa entre la Empresa Nacional de Minería y las antiguas dueñas de la Disputada respecto de este mismo derecho, teniendo clara injerencia en una transacción (13 de noviembre de 2002) que terminó con la clara aceptación de la vigencia y certeza de este derecho

XXª) Desde un punto de vista constitucional, es completamente irrelevante si la llamada "opción de compra" sólo puede ejercerse en un determinado momento, por cuanto ello sólo determina su exigibilidad, no así la existencia del derecho mismo. Se vulnera el derecho de propiedad sobre derechos personales, y procede, por tanto, acoger un Recurso de Protección, cuando una de las partes contratantes realiza actos que impiden a la otra ejecutar total o parcialmente el contrato (derecho a *"permanecer en la convención"*) y, en consecuencia, obtener los beneficios eventuales que ésta tuvo a la vista para contratar.

Es un hecho de la causa que la venta a Mitsubishi del 24,5% de las acciones de Anglo American Sur el pasado 9 de noviembre, así como también, la intención de las recurridas de seguir vendiendo acciones de esta sociedad, vulneran la propiedad de Codelco sobre su derecho personal a exigir la venta de hasta el cuarenta y nueve por ciento de las acciones de Anglo American Sur. Concretamente, con estas actuaciones, las recurridas están impidiendo a Codelco ejecutar su "opción", perseverar en el contrato y obtener los beneficios esperados.

XXIª) La existencia del período contractual de información de cinco meses previo al mes de enero en que puede aceptarse la promesa o ejercerse la opción, implica de por sí para las recurridas una prohibición de venta de las acciones de Anglo American Sur a terceros durante dicho período.

Esta prohibición, ciertamente, no vulnera el principio de libre circulación de los bienes. Primero, porque existe un contrato de promesa u opción que supone de por sí esta prohibición. Segundo, porque el ejercicio de los derechos fundamentales de Anglo American, en este caso, su propiedad sobre acciones de Anglo American Sur, no puede ser entendido ni utilizado en perjuicio de los derechos de Codelco.

En este caso, la venta de las acciones de Anglo American Sur a un tercero durante dicho período, como ya ocurrió respecto de un 24,5% y como se pretende ocurra respecto del resto de las acciones, se realizó en perjuicio de los derechos de Codelco, por ende, es ilegítima desde un punto de vista constitucional.

XXII^{a}) El Recurso de Protección es una acción constitucional de carácter cautelar, que tiene como objetivo prestar urgente, pronto y eficaz remedio a situaciones que, arbitraria o ilegalmente, afectan el legítimo ejercicio de ciertos derechos y garantías constitucionales. Lo anterior, sin que esta acción sea excluyente de otras acciones jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico ha previsto para la tutela de los derechos del agraviado. Se trata de un mecanismo expedito y eficaz para que el afectado obtenga inmediata protección del derecho constitucionalmente garantizado, llegando incluso a ser calificado de un procedimiento de urgencia.

Conocida la posición de Anglo American, en el sentido que se encontraría habilitado para vender el resto de sus acciones en Anglo American Sur, resulta evidente que en la especie existe una amenaza real de que desaparezca el objeto de los derechos de Codelco. En razón de lo anterior, la Constitución garantiza a Codelco su legítimo derecho para requerir al tribunal de alzada respectivo, urgente, pronto y eficaz remedio a esta situación, arbitraria o ilegal, que puede dejar sin contenido su derecho al momento de poder ejercitarlo.

Ello es así, con mucho mayor razón en un procedimiento cautelar como el analizado, que deja expeditas a las recurridas sus acciones y excepciones ordinarias. Lo expuesto, más aún si se tiene en cuenta que en caso de rechazarse el recurso de protección interpuesto por Codelco, el daño de a ésta sería mucho mayor que el que podría causarse a las recurridas por una prohibición temporal de disponer de las acciones de Anglo American Sur, mientras puedan promoverse y resolverse los juicios ordinarios del caso.

XXIIIª) Para decidir el recurso de protección no es necesario que la recurrente califique la naturaleza del derecho que tiene, ni tampoco que lo haga la I. Corte de Apelaciones en su fallo, pues para los efectos de esta acción cautelar de rango constitucional, basta con que sea claro que hay un derecho susceptible de ampararse por esta vía, y que el titular del mismo lo vea amenazado, menoscabado o entorpecido por un acto arbitrario o ilegal de otra persona, tal como ocurre en la especie.

La urgencia que importa la protección en el caso en cuestión, eximen a Codelco de la necesidad de producir una certeza absoluta de la existencia y contenido de su derecho. Nótese, que en este caso, dicha acción constitucional pretende mantener el *status quo,* dejando la discusión sobre el contenido y alcance del derecho de Codelco, a la discusión de fondo, en juicio de lato conocimiento.

Por lo anterior, para acoger la protección, el tribunal de alzada no requiere tener certeza absoluta del derecho reclamado. Al contrario, basta con que Codelco haya fundado razonablemente para un procedimiento de emergencia la existencia de los derechos cuya protección solicita. Así, la acción de protección en estudio no pretende una interpretación contractual, como erradamente lo postulan las recurridas, sino que únicamente busca el resguardo de un derecho constitucional cuyo contenido y alcance será definido en un juicio de fondo.

XXIVª) A juicio de estos informantes, además de ser procedente la acción de protección por las razones antes esgrimidas, en la especie hemos constatado actos ilegales y arbitrarios, que ciertamente determinan una amenaza cierta y real al derecho de compra de las acciones de Anglo American que legítimamente podrá ejercer Codelco. Concretamente, nos referimos a la intención de las empresas Anglo American de seguir vendiendo acciones objeto de la opción de Codelco, intención que siguen manteniendo, habida consideración de su absoluta oposición a la acción constitucional en estudio; y

XXVª) El argumento de la extemporaneidad del recurso de protección carece de fundamento y no es aplicable al caso en cuestión. Primero, porque resulta ser absolutamente indeterminado, toda vez que no se indica la fecha precisa en que Codelco habría tenido conocimiento cierto de las actuaciones que realizaría Anglo

American para perjudicar su derecho. Segundo, porque todas las actuaciones que dan cuenta de la amenaza cierta y real que Codelco ha expuesto en autos de protección, tuvieron lugar con posterioridad al 9 de noviembre de 2011, fecha en que Anglo American comunicó la venta a un tercero del 24,5% de las acciones de Anglo American Sur a las que tenía derecho Codelco. Tercero, por cuanto la amenaza cierta y real de que Anglo American venda el resto de las acciones objeto de la opción de Codelco, es un acto continuado en el tiempo. Existe sin solución de continuidad, por ende, no ha corrido plazo alguno para la interposición del recurso de protección en análisis.

XXVIª) De este modo, el recurso de protección es el procedimiento más a propósito para obtener medidas conservativas en un caso urgente, como el de que aquí se trata.

No se usa un recurso de protección para proteger el dominio de las acciones, que Codelco aún no tiene, sino para proteger el dominio de dicha Corporación sobre su derecho de crédito a obtener la venta que generará para ella el derecho a que se le haga la tradición de las acciones, hecha la cual pasará a ser dueña, precaviendo la burla de ese derecho de crédito a obtener la venta, que se proponen hacer las recurridas, y ya han comenzado a realizar, mediante la enajenación de las acciones a terceros, haciéndose de una diferencia pecuniaria que es el valor económico de la opción de compra.

José Joaquín Ugarte Godoy

José Joaquín Ugarte Godoy
Profesor Titular Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín
Profesor Derecho Constitucional y de Acciones y Recursos Constitucionales.
Pontificia Universidad Católica de Chile

INDICE

I. ANTECEDENTES 1

1.- Venta de la Disputada a Exxon Minerals Chile en 1978 y Derecho de Opción de Compra de Acciones de la Empresa Nacional de Minería. 1

2.- Conflicto entre la Empresa Nacional de Minería y Anguilla Chile Cooper Limited LLC y EXXONMOBIL Holding Latin America Limited y su Transacción. 2

3.- Venta de la Disputada a Inversiones Anglo America Dos Limitada y Anglo America Chile Dos Limitada. 4

4.- El Convenio de 2002 subscrito por la Empresa Nacional de Minería con Anglo American Dos Limitada e Inversiones Anglo American Chile Dos Limitada. 5

5.- Designación de Codelco por la Empresa Nacional de Minería como Beneficiaría de la Opción de Compra de hasta un 49% de la Disputada. 7

6.- Etapa Contractual de Estudio de los Antecedentes por Codelco para poder ejercer su Derecho de Compra correspondiente en enero de 2012. Remisión de los antecedentes por Anglo American Sur con fecha 29 de julio de 2011. 8

7.- Negociación Anglo American con Codelco para adquirir Opción de Compra. 8

8.- Decisión de Codelco de ejercer su derecho, su comunicación a Anglo American Sur S.A., y respuesta. 9

9.- Venta del 24,5% de las acciones de Anglo American Sur a un Tercero. 10

10.- Amenaza de Venta a Terceros el Resto de lo que según Anglo American, Codelco tiene derecho a comprar, o incluso, todo el remanente de las acciones de Anglo American en Anglo American Sur. 11

11.- El Recurso de Protección entablado por Codelco. 11

12.- Los Argumentos esgrimidos por las Recurridas en el Recurso de Protección solicitando su rechazo. 13

II.- DERECHO DE COMPRA DE CODELCO Y SU DERECHO A IMPEDIR QUE LA CONTRAPARTE ENAJENE A TERCEROS LAS ACCIONES COMPROMETIDAS. 15

1.- El Contrato que confirió a la Empresa Nacional de Minería y confiere ahora a Codelco, el derecho de comprar hasta un 49% de las acciones de la ex - Disputada, puede calificarse como una promesa unilateral de venta, o como un contrato de opción 15

2.- La Facultad de las Promitentes Vendedoras u oferentes de opción, de vender acciones que formen parte del 49% designado en el Contrato de Promesa, y sus límites. 20

3.- El Contrato de Promesa o de Opción en examen es complejo y se descompone en otras varias promesas u opciones: una para cada oportunidad que se da a Codelco de exigir la venta, cada cual con su objeto propio, que es la parte del 49% 22

las acciones existente en esa ocasión.

4.- Las promitentes vendedoras u oferentes de opción no pudieron ni pueden lícitamente vender acciones que formen parte del 49% designado en la convención durante el período contractual de cinco meses concedido a Codelco. **23**

4.1. Eso es así en primer lugar porque el beneficiario de una promesa u opción de compra tiene derecho a exigir la venta, y en virtud de ésta, lo tendrá a exigir la tradición de la cosa, y por tanto tiene derecho a que la contraparte no enajene la cosa a que se refiere ese contrato preparatorio **23**

4.2. Derecho a exigir la venta o a completarla con la aceptación de la oferta, ejerciendo la opción, y derecho a que no se enajene la cosa a que se refiere el contrato preparatorio **24**

4.3. La obligación de las promitentes vendedoras u oferentes de no enajenar resulta, a mayor abundamiento de los términos del número doce de la cláusula tercera del Convenio de 2002. **26**

4.4. La prohibición de enajenar resulta también del precepto de que los contratos deben ejecutarse de buena fe. **27**

5.- El derecho de Codelco debe poder hacerse efectivo sobre el 49% por ciento, con prescindencia de lo ya enajenado por las promitentes vendedoras u oferentes. **31**

6.- Refutación de los argumentos de las recurridas relativos a la Entidad del Derecho Reclamado. **31**

7.- De los medios jurídicos de que dispone el promitente comprador o el beneficiario de una opción de compra para hacer efectivo su derecho a que la contraparte no enajene la cosa a un tercero. El Recurso de Protección. **35**

III.- <u>LA PROPIEDAD DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE COMPRA DE CODELCO RESPECTO DE LAS ACCIONES COMPROMETIDAS</u>. **36**

1.- Regulación General de la Propiedad sobre los Derechos Personales. **36**

2.- Protección Constitucional al Derecho de Propiedad de Codelco sobre la Opción de Compra del 49% de Anglo American Sur. **38**

3.- La Protección de Propiedad de Codelco sobre su Opción de Compra de hasta el 49% de Anglo American Sur se extiende a su Ejercicio. **44**

4.- Pretensión de las Recurridas de vender acciones durante el período de cinco meses anterior a enero de 2010, atenta contra el Derecho de Propiedad de Codelco sobre su Opción de Compra de hasta el 49% por ciento de Anglo American Sur. **46**

IV.- <u>ASPECTOS ESENCIALES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN APLICABLES A LA DISCUSION</u>. **49**

1.- Introducción. **49**

2.- Recurso de Protección como una Vía Expedita, Rápida y Urgente para el Resguardo de Derechos Fundamentales. **51**

3.- Consecuencias del Carácter Urgente del Recurso de Protección. **53**

4.- Tutela Cautelar en el Recurso de Protección y su Aplicación al Caso Concreto. **58**

5.- Procedencia del Recurso de Protección en Materias Contractuales. **63**

V.- <u>ACTOS ARBITRARIOS E ILEGALES DE LAS RECURRIDAS EN PRIVACIÓN Y AMENAZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE CODELCO</u>. **68**

1.- Arbitrariedad e Ilegalidad. **69**

2.- Privación y Amenaza en el Legítimo Ejercicio de un Derecho Constitucional. **70**

3.- Ilegalidades y Arbitrariedades Aplicables al Caso Analizado. **71**

4.- Privación y Amenazas que afectan al Legítimo ejercicio del Derecho de Propiedad de Codelco. **75**

VI.- <u>CONCLUSIONES</u>. **76**

a) Aspecto Civil **77**

b) Aspecto Constitucional **80**

INDICE **85**