

ACTA Nº 56.

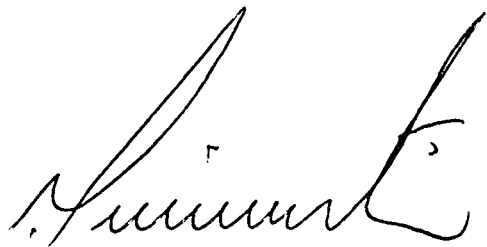
SECRETO

--En Santiago, a veintiocho días del mes de diciembre de 1973, siendo las 11.10 horas, se reúne la Junta en Sesión Secreta para tratar las siguientes materias:

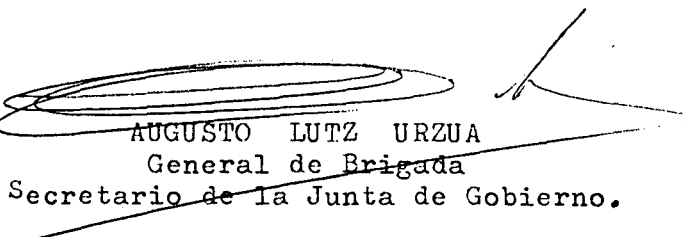
Se recibe en audiencia al señor Julio Philippi, a los Ministros de Relaciones Exteriores, Economía, Minería y Hacienda y al Vicepresidente de CODELCO.

El señor Philippi expone a la Junta el estudio jurídico que está realizando, y que aún no ha terminado, sobre los procedimientos empleados en la nacionalización del cobre, las expropiaciones y las indemnizaciones a las compañías de la gran minería, como, asimismo, respecto de los impuestos que dichas empresas adeudarían al Estado.

--Se levanta la sesión siendo las 13.30 horas.



AUGUSTO PINOCHET UGARTE
General de Ejército
Presidente de la Junta de Gobierno.



AUGUSTO LUTZ URZUA
General de Brigada
Secretario de la Junta de Gobierno.

EXPOSICION DEL SEÑOR JULIO PHILIPPI A LA
JUNTA DE GOBIERNO, REALIZADA EL 28-12-73.

He tenido necesidad, inevitablemente, de un cierto tiempo para entrar en algo que sabía, por la Universidad y el conocimiento general que uno tiene en estas materias, y que llevaba una serie de cuestiones jurídicas y técnicas financieras envueltas.

Así fue. Aunque no perdí un minuto, todavía no puedo estar en condiciones de tener un cuadro completo y seguro de todo lo que hay, porque existen algunas materias y algunos aspectos en los cuales incluso no se dispone todavía de la documentación adecuada.

He hablado con Fernando hace dos o tres días, y le hice presente que podría haber alguna extrañeza, y con razón desde el punto de vista de la H. Junta, de que yo todavía no diera señales de vida, aunque vivo he estado, pero que podría sí ya hacer una aproximación al problema que implica, en el fondo, unas ciertas determinaciones provisorias acerca de la línea que podemos seguir. Digo "provisorias", porque yo mismo tengo todavía que comprobar muchos aspectos de esas hipótesis, especialmente oyendo -- lo que todavía no he hecho-- los aspectos propiamente técnicos y los aspectos financieros del asunto cuyas cifras bases se conocen.

Por ahora, yo me he movido más bien en el problema jurídico, porque este problema me pareció desde el comienzo --y así se ha confirmado-- que era un problema extraordinariamente grave para el país por las consecuencias económicas que tiene; pero es un problema que está encuadrado y encerrado en problemas jurídicos de Derecho Constitucional, de Derecho Constitucional, de Derecho interno chileno, no sólo constitucional, sino que Procesal y Derecho de Minas, y de Derecho Internacional. Y, además, está repercutiendo, a través del Derecho Internacional, en relación al derecho nacional de países extranjeros. Voy a explicarme.

Nadie puede poner en duda el derecho perfectamente legítimo de Chile de nacionalizar riquezas. De modo que está absolutamente fuera de toda duda y de toda discusión el derecho de Chile a haber nacionalizado el cobre. Ni siquiera las compañías afectadas han discutido ese derecho, porque no habrían sacado nada con discutirlo, porque, especialmente a lo largo del siglo veinte y a raíz de las dos grandes guerras, los sistemas de nacionalización fueron cobrando cada vez más importancia y casi no hay países, incluso los occidentales, que en alguna oportunidad no hayan hecho alguna nacionalización. No hay que olvidar que después de la Segunda Guerra Mundial, Francia nacionalizó la Renault y la nacionalizó sin indemnización alguna, estimándose en ese caso que la nacionalización era una sanción por la actitud colaboracionista que se

SECRETATO .//

le imputó a la Renault durante la ocupación alemana. De modo que el hecho de la nacionalización está absolutamente fuera de toda duda.

El problema está, y así está reconocido por la famosa Resolución Nº 1.803, de 1962, de las Naciones Unidas, que tantas veces se ha citado, que consagra el derecho de los países a nacionalizar sus riquezas básicas, y agrega que "con la correspondiente indemnización, de acuerdo con el derecho nacional y derecho internacional". El problema, por lo tanto, no está en absoluto en la nacionalización. No se puede plantear problema de ninguna especie al respecto. Por lo demás, a nadie se le puede pasar por la mente que la nacionalización puede ser revista ni volver atrás. Lo digo para no tener que volver a este aspecto.

La cuestión está, en realidad, en el problema de la indemnización.

Cuando los constituyentes, o el Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo, al hacerse la reforma de 1971, contemplaron las disposiciones transitorias en la Constitución, que es el artículo 17, transitorio, para nacionalizar las empresas del cobre, crearon todo un sistema jurídico tendiente a determinar la indemnización. Con ese objeto, fijaron en la Constitución desde ciertas reglas fundamentales hasta reglas de procedimientos.

Reglas fundamentales establecidas en la Constitución. La indemnización se calcula sobre el valor de libros y no sobre el valor de la empresa en marcha.

Otra regla fundamental: no se indemniza el valor de las minas; o sea, no se les pone precio a las minas porque se estima que las minas son y han sido siempre propiedad del Estado y que lo único que había sobre ellas en favor de los particulares era una concesión de exploración y de explotación; pero el mineral que está "in situ" --en el suelo-- sigue siendo del Estado.

En seguida, en materia de valor de libros, la Constitución determina algunos otros principios, como es la posibilidad de descontar el valor de libros bienes que se encuentren en mal estado, en una norma que tiene gran importancia en el caso de la Kennecott, por la cual el valor de libros se retrotrae al 31 de diciembre de 1964, eliminándose todas las revalorizaciones que entretanto hayan podido producirse en los activos. Vamos a ver que esa regla va a repercutir en modo muy importante en el caso de la Kennecott.

En seguida, está la famosa regla, tan debatida, sobre las utilidades excesivas, en el sentido de que se puede descontar de la indemnización una partida por utilidades excesivas, con efecto retroactivo de 15 años; y la misma Constitución da ciertas pautas obligatorias para el Presidente de la República, por las cuales puede guiarse para determinar el monto de la utilidad excesiva que estime conveniente deducir.

.//

SECRETO

Esto, en cuanto a las reglas más importantes de indemnización, luego de las consecuencias que voy a explicar en dos palabras en un momento más y el procedimiento que la Constitución establece.

Perdonen que esté diciendo cosas que quizás todos ustedes saben, pero conviene recordarlas para ubicarse en el conjunto.

Es el Contralor el que debía fijar la indemnización y, para fijar la indemnización, el Presidente de la República debía fijar, por decreto, el monto de la partida por utilidades excesivas que debía descontarse.

Hay otras reglas, dos reglas más, que van a jugar mucho en el problema que hoy día está pendiente.

Una de ellas es el derecho del Estado chileno, el expropiante, a deducir de la indemnización debida a las compañías cuyos bienes se estaban expropiando, impuestos, deudas de previsión u otras deudas para con el sector público. Ese derecho a deducir estas partidas puede operar, de acuerdo con la regla constitucional, en dos oportunidades: o bien se descuentan esas partidas en el cálculo de la indemnización --cosa que no se hizo--, o bien pueden descontarse más adelante, del pago de las cuotas de indemnización a plazo. Existe la doble posibilidad. La primera no se empleó, de modo que la cuestión de posibles impuestos y otras deudas de las empresas cuyos bienes fueron nacionalizados está en relación al posible descuento de las cuotas, de las cuotas de indemnización, si es que hay alguna por pagar

El otro problema sumamente complicado, porque, por desgracia, la redacción del texto constitucional es muy defectuosa y suscita una gran cantidad de dificultades en su interpretación --la prueba son las dos resoluciones que ha dictado el Tribunal Especial del Cobre--, son largas resoluciones sobre algunas materias secundarias y que han necesitado un análisis muy complejo de los textos para lograr coordinar las distintas ideas que están expresadas en forma un cierto desordenada dentro del artículo 17.

La segunda materia a que quiero referirme y que es bien delicada, es la intención que el contribuyente tuvo, el legislador tuvo, de rever las compras, o, más bien, las ventas que las empresas americanas habían hecho del 51% de las acciones de las distintas sociedades, salvo en el caso de Andina, que adquirió 30%, y me parece que Exótica tiene también una proporción de 30%.

Esa operación se hizo en su tiempo sobre valores en que se pusieron de acuerdo las partes y generaron el traspaso de las acciones a CODELCO y, por otro lado, la firma de pagarés o documentos correspondientes al precio por parte del comprador que era CODELCO.

En la reforma constitucional se redactaron algunos incisos que son particularmente difíciles, por no tener bien claras las ideas y bien ordenadas, a través de los cuales se quiso volver atrás todo aquello y decir que el precio de compra del 51% de las acciones debiera, en definitiva, reverse y ajustarse a la indemnización que resultare por el total de la empresa al

-4

S E C R E T O

aplicar la nacionalización. En otros términos, poniendo un ejemplo: si cuando se vendieron las acciones de las compañías se estimó el activo, pongamos una cifra cualquiera, en 100 millones de dólares; se vendió el 51% de las acciones y el precio de compra fueron 51 millones de dólares. Si efectuada la nacionalización y llevado a término el proceso de indemnización resultare que esa compañía obtiene sólo 50 millones, como indemnización por el valor total, los 51 millones del precio de compra de las acciones deberán bajarse a la mitad, o sea a 25 millones y medio de dólares. Y la otra consecuencia: si la estimación global de la indemnización a esa compañía minera mixta llegare a cero o menos cero, el 51% de cero o menos cero es cero.

De modo que, en definitiva, la redacción señalada está dirigida a rever el precio de compra de la primera etapa de la nacionalización, lo que se llamó la "nacionalización pactada", que consistió en comprar el paquete de 51%.

Junto con estas compras, en algunos casos había un contrato de promesa de compra del 49%, y estos contratos de promesa los anuló la reforma constitucional.

Por último, otra norma importante de destacar aquí es la competencia general del Tribunal del Cobre, en virtud de la letra i) del artículo, para conocer de todas las cuestiones que puedan suscitarse. Esa regla tiene mucha importancia en el impasse que se produjo. Sin lugar a dudas, la elaboración de esta norma, a mi modo de ver, constituye una disposición aceptable desde el punto de vista del Derecho Internacional, porque consigna la idea de una indemnización y contempla las reglas para fijarla. Podría criticársele a este precepto, desde el punto de vista del Derecho Internacional --pero me parece que sería una crítica bastante secundaria--, que, al crear el Tribunal, la intención del Ejecutivo habría sido que, en definitiva, el expropiante manejara el monto de la indemnización, porque excluyó de este procedimiento a los tribunales ordinarios y a la Corte Suprema, es decir del proceso de fijación de la indemnización, creando un Tribunal que estaba compuesto por el Director de Impuestos Internos --fiscal--; el Presidente del Banco Central, designación personal del Presidente de la República; un representante del Tribunal Constitucional, en el cual también había mayoría de votos del Jefe del Estado; un Ministro de la Corte Suprema, y un Ministro de la Corte de Apelaciones, designados por las respectivas Cortes. De modo que podría criticarse a la fórmula contemplada en la Constitución esa composición del Tribunal.

Por desgracia, los hechos que sucedieron más tarde confirmaron que la fórmula era mala en cuanto a la composición del Tribunal y en cuanto al procedimiento, porque han llevado al embotellamiento que generó el problema en que estamos.

S E C R E T O

¿Qué sucedió? Se aplicó la disposición y se siguió el procedimiento. El Contralor fijó las indemnizaciones de acuerdo con las pautas que la Constitución le señala y requirió del Presidente de la República que comunicara si iba a rebajar o no utilidades excesivas. Lo hizo el Primer Mandatario en virtud de un decreto que fijó para las compañías ciertas cantidades por utilidades excesivas que debían rebajarse de la indemnización. Hecho ya el cálculo puramente mecánico de él, el Contralor tuvo que resolver todas las demás partidas, pero en esto se limitó a restar las cantidades que señaló el decreto. Y resultó que las dos compañías importantes, la Anaconda y la Kennecott, quedaron con cifras negativas. Era tan alta la cantidad que se rebajó, que quedaron con cifras negativas. Esto suscitó ya la cuestión de inmediato, y las compañías afectadas --me refiero a las dos grandes; las otras tienen tratos distintos-- reclamaron ante el Tribunal del Cobre. No deseo recargar mi exposición, de manera que si me alargó mucho, por favor deténgame, mi General; sobre todo, si repito cosas que ustedes saben. Por otro lado, considero útil volver a estas ideas básicas, porque sólo así se entiende dónde estamos. Como decía, las compañías reclamaron ante el Tribunal del Cobre, apelaron, o reclamaron más bien dicho, aunque la Constitución habla de apelación, lo que no es efectivo. Repito: las compañías reclamaron ante el Tribunal del Cobre de las liquidaciones del Contralor. Este tampoco había aceptado todos los castigos y todas las rebajas que el Fisco había pedido que se contemplaran. En realidad, lo que el Contralor rebajó, de lo pedido por el Fisco, eran partidas relativamente pequeñas dentro del volumen; pero, en cambio, las rebajas hechas a las compañías eran fuertes y éstas apelaron.

En ese momento se planteó una cuestión previa en el Tribunal del Cobre: Si ese Tribunal podía, por la vía de esta apelación, el conocer o no de la fijación de las utilidades excesivas. Y allí, en mi opinión personal, se cometió un enorme error inexplicable: que la mayoría de votos que tenía el Ejecutivo movió al Tribunal del Cobre a declararse incompetente para conocer del problema de las utilidades excesivas. Entonces, ¿qué pasó? Si no eran tan grandes las restas por utilidades excesivas, aunque se hubieran visto en el Tribunal del Cobre las apelaciones de las compañías y aunque hubieran tenido razón en todos los puntos, de todos modos quedaban bajo cero.

Entonces, me he encontrado con algo que yo ignoraba y que me ha sorprendido mucho, que es lo que hace delicado el problema y, por otro lado, da una posibilidad jurídica de salida: que no se han resuelto nunca los reclamos; o sea, que están pendientes ante el Tribunal del Cobre los reclamos del Fisco y de las compañías. Porque, claro, cuando las compañías vieron que el Tribunal se negaba a revisar el aspecto resta por utilidades excesivas,

dijeron: "Qué más hacemos. No vamos a seguir litigando cuando aunque ganemos el litigio, como este punto no me lo mueven, quedamos de todos modos bajo cero". Y ahí se produjo el impasse. Y este impasse produjo lo que en derecho internacional se llama la "denegación de justicia. En verdad, el mecanismo que la Constitución contempló para que se fijara una indemnización embotelló en un momento determinado y quedó todo detenido.

A consecuencias de esto, de inmediato, especialmente la Kennecott, que es la más agresiva y la más difícil aparentemente de las dos, demandó en Europa ante tribunales franceses, suecos, italianos y alemanes. ¿Qué demandó? ¿Y por qué pudo demandar? Esto parece un poco complicado para quienes no conocen el mecanismo del derecho internacional y el juego del derecho internacional con el derecho nacional. Cuando se produce un caso que interese al derecho internacional en materia de expropiaciones, el problema puede ser llevado al Foro Internacional. Pero para ser llevado al foro internacional, sólo puede llegar a él, a un tribunal internacional o al Tribunal de La Haya, por Gobiernos fundamentalmente. O sea, si el Gobierno de las compañías o de la empresa afectada por la expropiación estima que han vulnerado el derecho internacional, porque no le han fijado indemnización o porque en el proceso de fijación de indemnización la cuestión se embotella y se produce lo que se denomina "denegación de justicia", esa empresa puede pedir protección diplomática a su Gobierno. Si éste le da protección diplomática, se va a trabar una cuestión diplomática de Gobierno a Gobierno. Y esta cuestión diplomática de Gobierno podría resolverse: o por negociaciones directas; o por conciliación de un tercer Estado; o por algún recurso arbitral, o, si hay tratados que obligan, se puede recurrir al Tribunal Internacional de La Haya, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

Pero cuando se produce el delicado caso en que se pueda plantear infracción al derecho internacional, especialmente por denegación de justicia, hay otro aspecto, que es el que estamos experimentando ahora y en forma peligrosa. Y es el siguiente: de acuerdo con la jurisprudencia, yo diría casi uniforme -- en el fondo, es uniforme el principio-- de los países occidentales, cuando alguien reclama un bien que está dentro de la órbita territorial de ese país y prueba que fue privado de ese bien por una actuación de otro país que sea contraria al derecho internacional, el juez del país donde está el bien puede, recurriendo al principio de orden público interno, dar la protección. Los juicios que hay pendientes en Europa son de este tipo. La Kennecott, donde llega cobre, dice: "El cobre es mío" porque es inoponible el proceso chileno debido a que ha ido en contra del derecho internacional. Entonces, le pide al juez de Francia, de Suecia, de Alemania, de Italia, donde éste, le dice: "Señor, en virtud del orden público interno de su país, Ud. debe protegerme". Estos juicios están llenos de problemas y me costó muchos días ubicarme, porque en cada país son dis-

tintas las jurisprudencias, los precedentes, las doctrinas. Llama la atención que la Kennecott esté alegando dominio sobre el cobre, en circunstancias de que a lo sumo habría sido el 49% del cobre, porque ha vendido el 51% de las acciones. Ahí hay problemas para llenar una cadena jurídica durante un par de años. Ahí se discute todo. Se discute hasta el efecto de la expropiación en cuanto a si subsistieron o no subsistieron las sociedades mixtas, para qué efectos subsistieron, ... Hay toda clase de juicios. Esta es la razón de por qué tenemos juicios. Es este efecto indirecto de una supuesta infracción al derecho internacional; este efecto indirecto que se produce en el orden interno de un país.

Un caso bien típico de jurisprudencia que aclara mucho esto es el ejemplo de cuando la Unión Soviética nacionalizó las empresas navieras después de la Primera Guerra y se encontraba en puertos franceses una parte de la flota soviética mercante. Los accionistas de la sociedad nacionalizada sin indemnización plantearon a los tribunales franceses este mismo problema. Como la Unión Soviética exigió la entrega de los barcos al Gobierno francés, los accionistas de las compañías se presentaron a los tribunales franceses y dijeron: "No pueden ser entregados los barcos, porque estos están en territorio francés y el orden público francés exige que se respete el derecho internacional. Como no se lo ha respetado, no se entregan los barcos". Y así se resolvió: no se entregaron los barcos y éstos quedaron a disposición de los accionistas de las empresas expropiadas. En los casos de expropiaciones del estaño en Bolivia y en los casos de expropiaciones de petróleo y en muchos casos en la historia jurídica, especialmente del siglo XX, se plantearon problemas....

Además, hay una última cuestión --siempre voy a decir la última, y me voy a acordar de otra--; hay otra cuestión y es la relacionada con el trato jurídico de los pagarés que corresponden a la compra del 51% de las acciones. Ahí la cosa es más enredada si tomamos --y sólo me referiré a las compañías grandes, para no cargar con detalles, ya que las chicas siguen los mismos problemas, más o menos, salvo Cerro Corporation, que tiene fijada la indemnización en el Tribunal del Cobre y está aceptado eso. Hay el problema de los pagarés.

Cuando se compró el 51% de las acciones por CODELCO, se firmaron los pagarés por los precios, por los intereses y por los plazos que se convino. En el caso de la Kennecott, los pagarés fueron pagados todos al contado, pero con la condición de que la Kennecott prestaba al mismo momento los mismos 80 millones de dólares de la venta. De modo que lo que la Kennecott tiene en sus manos no son pagarés por saldos de precios de venta de las acciones, sino que son, lisa y llanamente, pagarés por préstamo. Y ahí viene una dificultad muy seria que no pudo sobreponerse a ella Eduardo Novoa: es que, con esta oscura redacción del artículo de la Constitución, no pudo

SECRETO .//

pescar, no encontró manera de atajar esos pagarés. La Kennecott dice: "Si esto no tiene nada que hacer con la expropiación. Yo presté la plata como pudo haberla prestado un Banco. A mí me pagaron al contado. A mí me deben los pagarés". Estos pagarés todavía se complicaron más, porque este crédito de 80 millones de la Kennecott estaba garantizado por el OPITZ, que es un organismo norteamericano oficial que da los seguros por expropiación. Y la OPITZ exigió con la Kennecott, cuando el Gobierno anterior del Presidente Allende se negó a pagar los pagarés. Recurrió la Kennecott a la OPITZ y ésta recogió todos los pagarés y los descontó en un consorcio bancario. De modo que estos pagarés están descontados, están en poder de Bancos y corresponden a un crédito que Kennecott dio.