INFORME SOBRE:

LA VULNERACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO CELEBRADO ENTRE CORFO Y SQM

CONTRATO DE ASESORIA EXTERNA

A

SENADORA YASNA PROVOSTE CAMPILLAY

AUTOR DEL INFORME:

ABOGADO LUIS EDUARDO THAYER MOREL

INFORME SOBRE LA VULNERACIÓN DEL ACUERDO CONCILIATORIO CELEBRADO ENTRE CORFO Y SQM

1. El Ex Vicepresidente de CORFO, Eduardo Bitrán, denunció al Directorio de SQM, haber vulnerado el Acuerdo Conciliatorio suscrito -en enero de 2018- entre Corporación que dirigía y dicha sociedad anónima. El fundamento de la denuncia fue la designación del señor Julio Ponce Lerou y a su hermano Eugenio en calidad de "asesores estratégicos" de mismo Directorio, a pesar de la existencia de la estipulación esencial que aquel acuerdo establece: ***"El actual Controlador Julio Ponce Lerou y sus relacionados hasta el segundo grado de consanguineidad no podrán ser directores, ni ejecutivos de SQM y sus filiales".***

2. El fundamento de SQM con el propósito de sostener la legitimidad de tal designación se manifestó con la exhibición pública de un mail -fechado el 15 de diciembre de 2017, esto es, en plena época de discusión de los alcances del Acuerdo Conciliatorio- mediante el cual don Eduardo Bitrán señalaba al abogado externo de CORFO, don Felipe Bulnes: ***"La restricción de Ponce y familia también aplica a SQM salar y la gerencia general de SQM y de SQM salar y cualquier cargo ejecutivo. Sólo pueden ser asesores de la Compañía si así lo estiman"***.

3. Con estos antecedentes de hecho la controversia que se presenta, hoy día, es determinar si la limitación o prohibición a Julio Ponce

Lerou y su familia en orden a integrar los directorios y/o en cargos ejecutivos en SQM y sociedades relacionadas, alcanza a cualquier participación, injerencia o influencia –directa o indirecta- en la dirección, administración y/o gestión de tales empresas.

4. Desde esta perspectiva -en opinión de quien suscribe este informe- la contratación de los hermanos Ponce Lerou como ***"asesores estratégicos del directorio"***, obviamente, significa una vulneración del Acuerdo Conciliatorio CORFO-SQM, por cuanto el Directorio de toda sociedad anónima constituye el órgano esencial y exclusivo de la administración de la Empresa. Éste no tiene otra función o tarea que no sea, única y precisamente, la dirección o administración de la empresa. Y actúa de manera autónoma y soberana, inclusive, de la respectiva Junta de Accionistas, aunque haya sido "elegido" por ésta.

5. Las normas legales en que se sostienen la conclusión del numeral precedente están contenidas principalmente en los siguientes artículos de la ley de sociedad anónima y que se reproducen a continuación, en lo pertinente:

   - ***ARTICULO 31º.*** *La administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas*.

   - ***ARTICULO 39º.*** *Las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida.*

Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron.

- ***ARTICULO 42º.-*** *Los directores* ***no podrán****:*

  1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados;

  2) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y

  3) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social O usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social. Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que, además, deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio

6. Pues bien, a la luz de lo expresado y normas reproducidas, es evidente que **"cualquier" asesoría al directorio de una sociedad anónima -por mínima que sea- involucra una injerencia en la**

administración. Resulta indiscutible que lo es cuando la asesoría es definida como ***"estratégica".*** Y reviste, por decir lo menos, un ***"acto abusivo****",* si tal asesoría es prestada por un socio controlador que elije tres directores y que, además, declara que su asesoría será ***"gratuita", porque si le va bien a SQM, también, le va bien a él"***.

7. De este modo, la restricción al señor Julio Ponce Lerou y su familia, acordada en entre CORFO y SQM en términos de que *"no podrán ser directores ni ejecutivos de SQM y sus filiales",* es violentada evidentemente con su ***"contratación gratuita en calidad asesor estratégico del Directorio"***.

8. Es comprensible que muchas personas entiendan las palabras del mail de don Eduardo Bitrán *("sólo pueden ser* ***asesores de la compañía*** *si así lo estiman")* como una aceptación a que el señor Julio Ponce Lerou y su hermano puedan ser ***"asesores del directorio"***, pero ello, sin duda, al tenor de las normas de interpretación de los contratos, resulta antitético (contrario) con el acuerdo celebrado sobre este punto entre CORFO y SQM.

9. Al respecto cabe destacar que las normas de interpretación de los contratos son opuestas a las de la interpretación de la ley. Y es lógico que sea así, porque, en el caso de la ley, ésta rige para todo el mundo, se legisla en el Congreso donde se buscan las palabras precisas, según su significado RAE y, para que nadie quede sin conocerla, se publica en el Diario Oficial. Por eso, su primera

norma básica de interpretación es Artículo 19 Código Civil: ***“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu...".***

10. En cambio, cuando se trata de un contrato, las estipulaciones que lo rigen sólo afectan a las partes que lo suscriben y, por eso, muchas veces, se utilizan palabras o expresiones que son comunes, o que son propias de los contratantes, o que envuelven el sentido de lo que ellos quieren pactar, sin que ello, pueda importarle al resto del mundo, porque no le afecta. Por eso, la primera norma básica de interpretación es la del artículo 1560 del mismo Código Civil: ***"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"***.

11. Aquí es donde entra el principio de la buena fe, elemento esencial de todo contrato como lo establece el artículo 1546 del mismo Código Civil: ***“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”***.

12. En conocimiento, pues, de las citadas disposiciones y teniendo conciencia de lo que envuelven, constituye, un grave error y, muy probablemente, una la violación del principio de la buena fe, al menos, dos cosas:

a. usar la norma de interpretación de la ley para interpretar un contrato; y

b. Violentar la doctrina de los *"actos propios"* que es como una aplicar una "retroescavadora" a la buena fe. En palabras simples: Nadie puede hacer lo contrario a lo que pactó en un contrato. Sería como borrar con el codo lo que se escribió con la mano. O bien, como aprovecharse de su propio dolo.

13. De este modo, lo ya dicho no habilita, de manera alguna, para sostener con éxito que las expresiones de aquel referido mail fueron manifestación de la voluntad del Vicepresidente de Corfo en el sentido de que estaba consintiendo que el Sr. Ponce (y/o su hermano) podría ser ***"asesor estratégico del directorio"***, cuando la esencia de la cláusula contractual era prohibirle estar cerca de toda injerencia en la administración de la empresa. No se le impedía -sería absurdo e ilegal hacerlo- su participación en la junta de accionistas ni el desempeño de alguna tarea o asesoría en la Compañía, obviamente, ajena de la administración de la misma.

14. El consentimiento de las partes de excluirlo de la administración de SQM y sus filiales no puede, pues, ser burlado usando el burdo o grosero expediente de contratarlo en la condición ya señalada. No sólo por el engaño en sí, sino porque se violenta -como ya se dijo en el numeral 12- un principio esencial del derecho contenido en la llamada "doctrina de los actos propios" y que la E. Corte Suprema lo ha definido en una línea: ***"a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior***

conducta jurídica" *("venire contra factum proprium non valet")*. En efecto, este principio que surge de la buena fe, según vimos, y que es “la piedra angular” de todo contrato fue vulnerado por el Directorio de SQM y, especialmente por su Presidente, Alberto Salas, cuya designación fue consensuada en forma expresa por las partes del acuerdo conciliatorio. El debió entenderlo como lo hicieron todos los gremios empresariales.

CONCLUSIONES

15. Las consideraciones precedentes llevan a las siguientes conclusiones

I. **Desde el punto de vista legal**, esto es, de la aplicación de las normas de interpretación de los contratos, la designación de los señores Julio y Eugenio Ponce Lerou como asesores estratégicos de SQM constituye una vulneración del Acuerdo Conciliatorio suscrito entre CORFO y SQM.

II. **Desde el punto de vista ético**, la designación de los hermanos Ponce Lerou como asesores estratégicos del Directorio, constituye un acto de contumacia inaceptable, porque se reitera la violación de los principios de la ética pública en los que incurrió el señor Julio Ponce Lerou desde que, en tiempos de la dictadura militar y, siendo yerno del General Pinochet, se hizo de la propiedad de SQM mientras se desempeñaba como

Presidente del Directorio de la misma empresa que pertenecía al Estado de Chile.

III. Por un acto mínimo de decencia, el país no puede permitir que, después de la suscripción del Acuerdo Conciliatorio, el Directorio de SQM, a 5 meses de la vigencia del mismo, incurra en el despropósito de contratar a los hermanos Ponce Lerou, cuando el punto clave al final de la negociación era, precisamente, el alejamiento total de la administración de SQM, de Julio Ponce Lerou y su familia. Respecto de esta materia cabe destacar el reproche ético que formulan las entidades empresariales entre las que cabe destacar lo expresado en una declaración pública el Presidente de la SOFOFA, Bernardo Larraín Matte.

IV. Los antecedentes expuestos, las dificultades que ya se muestran en la ejecución y cumplimiento de buena fe del Acuerdo Conciliatorio, más el comportamiento histórico del Julio Ponce Lerou, dan pie no sólo para la designación de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, sino que, también, para la evaluación de las pérdidas y perjuicios sufridos por el Estado de Chile con ocasión de la privatización de SQM y el estudio de los antecedentes legales e históricos que permitan la recuperación por parte del Estado de las riquezas minerales arrendadas a SQM. La dignidad de Chile, además, así lo amerita.

Luis Eduardo Thayer Morel
Abogado