

Santiago, siete de julio del año dos mil cinco.

Vistos:

En estos autos rol N°4261-04 los reclamantes, don Luis Fernando Mackenna Echaurren y don Eduardo Jesús Gardella Brusco, dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó la de primera instancia, pronunciada por el Quinto Juzgado Civil de esta misma ciudad.

Este último fallo acogió las demandas de reclamación interpuestas por dichas personas al tenor del artículo 30 del Decreto Ley N°3538, que Crea la Superintendencia de Valores y Seguros. En segundo grado se dispuso, en cambio, el rechazo de sus respectivas acciones, entabladas contra la aludida Superintendencia, con la finalidad de impugnar las Resoluciones Exentas números 351 y 371 dictadas por dicha entidad con fechas 21 de Noviembre y 17 de diciembre, ambas del año 1997.

Mediante la primera de dichas resoluciones se impuso a don Luis Mackenna una multa de cuatrocientas mil unidades de fomento, equivalentes en pesos al momento de su solución. Por medio de la segunda se sancionó a don Eduardo Gardella con multa de ciento veinte mil unidades de fomento, también en su equivalente en pesos al momento de su solución.

Asimismo, los reclamantes don José Roberto Yuraszeck Troncoso, Marcos Zylberberg Klos, Arsenio Alberto Molina Alcalde, y Marcelo Brito León, también dedujeron recursos de casación en la forma y en el

fondo, contra la misma sentencia, en cuanto revocó la de primer grado, desechando la demanda intentada contra las Resoluciones de la entidad ya señalada, que impusieron las siguientes multas administrativas:

A don José Yuraszeck Troncoso, por un monto de seiscientos cincuenta mil unidades de fomento, equivalentes en pesos al momento de su solución;

A don Marcos Zylberberg, también por seiscientos cincuenta mil unidades de fomento, equivalentes en pesos al momento de su solución;

A don Arsenio Molina Alcalde, por doscientas mil unidades de fomento, en su equivalencia en pesos al momento de su solución; y

A don Marcelo Brito León, por doscientas mil unidades de fomento, con igual equivalencia.

Se trajeron los autos en relación

Considerando:

A) En cuanto al recurso de casación en la forma entablado a fs.2255, por don Luis Fernando Mackenna Echaurren y Eduardo Jesús Gardella Brusco:

1º) Que el referido recurso de nulidad formal se funda en la causal del artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 160 del mismo Código, y acusa al fallo de segundo grado de haber incurrido en el vicio de ultra petita, en su modalidad de "extra petita", por haberse extendido a puntos no sometidos al conocimiento y decisión del tribunal, al apartarse del mérito del proceso, el que estaría fijado por el marco de las resoluciones reclamadas, mediante las que se les formuló cargos y se les sancionó ciertas conductas allí descritas; en cambio la sentencia se extendió a otras, respecto a las cuales no se les formularon cargos, ni sirvieron de fundamento a la Resolución reclamada;

2º) Que los recurrentes manifiestan que en el reclamo, entablado según el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto Ley N°3.538, solicitaron que se dejaran sin efecto dichas resoluciones, entre otras razones, por no ser efectivas las infracciones que se les

atribuyeron;

3º) Que a continuación, y fundando la causal esgrimida, el recurso se refiere al contenido de diversos considerandos del fallo impugnado; aludiendo al que lleva el número 34º, que en términos generales se refiere a lo dispuesto en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 42 de la Ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, que describen conductas que estima ajenas a los cargos formulados; al considerando 41º, en el que se afirma que don Luis Mackenna habría confesado haber antepuesto su interés de accionista de la serie B al de Director de las Compañías CHISPAS; y a los considerandos 47º y 48º en los que se les imputan otras conductas sobre

las que tampoco se les formularon cargos ni se les multó;

4º) Que luego se sostiene que estos nuevos cargos imputados por el fallo, no fueron objeto de la controversia, ni sometidos al conocimiento de la Corte, por lo que, al aparecer en la sentencia impugnada no pudieron defenderse a su respecto;

5º) Que los recurrentes agregan que el vicio de casación de forma les ocasionará un perjuicio sólo subsanable con la invalidación del fallo de segundo grado, toda vez que se produjo en considerandos resolutivos que, en su contexto, forman parte de lo dispositivo; porque, sostienen, la fundamentación del fallo es el conjunto de sus considerandos y no de algunos aislados, lo que los lleva a concluir que, de no haber existido la extra petita, el tribunal habría resuelto de forma diversa;

6º) Que, para analizar este primer recurso de nulidad de forma, de los dos entablados en autos, conviene precisar, para despejar y acotar debidamente el asunto, que el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil es una disposición programática, que no reviste la naturaleza de norma decisoria litis, ya que consagra un principio general y lógico, cual es el que las sentencias judiciales deben pronunciarse conforme al mérito del proceso;

7º) Que los fundamentos esgrimidos en el recurso, por sí solos no constituyen el vicio que se denuncia, si las mayores argumentaciones que se viertan en el fallo, más allá de las que fueron materia de la controversia misma, no se reflejan en lo decisorio, esto es, si la

sentencia no se extiende a puntos no sometidos a juicio por las partes.

En efecto, si el alejamiento del mérito del proceso por parte de la sentencia se produce en sus motivaciones, pero no se refleja en la parte decisoria, no concurrirá dicha falencia en la resolución, la que podrá ser tachada o calificada como técnicamente incorrecta o imperfecta, o incluso carente de razones porque pudiera haber motivos contradictorios que se anularían entre sí, lo que daría lugar a otra causal de nulidad, pero no podrá ser catalogada como viciada de nulidad de forma y ser casada por la causa invocada;

8º) Que, en el presente caso, para determinar la efectividad de la acusación que se ha formulado sobre este punto, esto es, que los jueces del fondo resolvieron sobre cuestiones que no fueron sometidas a su decisión, es preciso analizar tanto las pretensiones de los recurrentes, como las de la contraparte, y ciertamente la decisión respectiva.

Según ha quedado previamente expuesto, los recurrentes de casación fueron sancionados por la Superintendencia de Valores y Seguros, mediante sendas resoluciones, previamente individualizadas, por haber estimado dicha entidad que incurrieron en una serie de conductas, las que fueron resumidas en el propio recurso y constan del texto de las resoluciones pertinentes;

9º) Que el recurso que se analiza efectúa una transcripción de los cargos que habrían motivado las sanciones, señalando que se sancionó a los reclamantes por considerar que incurrieron en las siguientes conductas: ??múltiples y evidentes conflictos de interés envueltos en la compleja negociación llevada a efecto con? EE ...(Endesa España)... no informó oportunamente a los órganos sociales respectivos el interés que tenía, ni se inhibió o excusó en aquellos actos que favorecían sus intereses, así como tampoco se abstuvo en las ocasiones que correspondía o solicitó, en su caso, autorización para celebrar aquellos actos?.

? ...confundió sus intereses particulares con los de las sociedades en las que se desempeñaba como director o presidente, en violación a su

deber de observar las normas de proteger los intereses de tales sociedades".

??no empleó en el ejercicio de sus correspondientes funciones, a lo menos, el cuidado y la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios";

10°) Que en el recurso se señala que además, en la sentencia recurrida, se le formularon otros cargos, a saber: ?se hace mención, entre otros, a proponer modificac

iones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios, presentar cuentas irregulares, informaciones falsas, en general, practica r actos ilegales o contrarios a los estatutos?; ?En el Considerando 41°, ? se expresa que durante el procedimiento administrativo Luis Fernando Mackenna ?habría confesado? haber antepuesto su interés de accionista de la serie B al de Director de las compañías Chispas?; ?En el Considerado 47°... Lo que se reprochó de indebido a los reclamantes fue haber encubierto, bajo la forma de pago del precio de las acciones serie B de las Chispas, la retribución por los compromisos asumidos con EE? Eso era lo censurable y reprochable y no las preferencias de las acciones serie B"; y ?En el considerando 48° se refiere a: i) comprometer el ejercicio de nuestros cargos directivos ... al servicio y en interés de solo (sic) uno de los accionistas, como contraprestación al pago de parte del precio; ii) comprometer el ejercicio de nuestros cargos directivos al obligarnos anticipadamente a obrar de un modo previamente acordado con EE en retribución al pago del precio de las acciones?;

11°) Que, en el presente caso, los recurrentes reclamaron de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto Ley N°3.538 de 23 de diciembre de 1980, esto es, en juicio sumario, y en la sección principal de los respectivos libelos, de la aplicación de las multas y, en subsidio, ambos objetaron el monto de las mismas y solicitaron su rebaja.

Es así como la petición del reclamo de don Luis Mackenna consistió en que se deje sin efecto ?la Resolución Exenta N°351 de 21 de noviembre de 1997 de la Superintendencia de Valores y Seguros, en

todas sus partes y, por lo mismo, la multa que se me aplica en ella?. Además, pidió ¿En subsidio, que se rebaje la multa aplicada a la suma de 1.000 unidades de fomento, o a la suma que SS. estime ajustada a derecho, en atención a las características y efectos de la supuesta infracción?.

En la contestación, la Superintendencia mencionada solicitó que ¿en definitiva sea rechazada la demanda en todas y cada una de sus partes, con expresa condenación en costas?. Por consiguiente, la controversia quedó definida por los términos de la reclamación y la petición formulada por la Superintendencia;

12°) Que la demanda o reclamo de don Eduardo Jesús Gardella Brusco, se planteó en forma similar a la ya aludida con las precisiones propias de su caso, esto es, pidió dejar sin efecto la resolución que le afecta, que lleva el número 371, y planteó además, la misma petición subsidiaria de rebaja de la sanción, en el sentido de que se la reemplazara por la de censura, o bien por la suma que el tribunal estimare ajustada a derecho.

La contestación de esta demanda, en su petitorio, que es la que interesa para estos efectos, planteó igualmente el rechazo de la misma en todas y cada una de sus partes, con expresa condenación en costas;

13°) Que en la casación de forma, según se ha explicado, se acusó a la sentencia de segundo grado de extenderse en infracciones o conductas respecto de las que no se formularon cargos, que no están contenidas ni sirvieron de fundamento para la dictación de las resoluciones reclamadas ¿cuya impugnación y reclamación es el objeto del pleito?.

Afirman los recurrentes sobre este particular, como se ha visto, y se reitera para los efectos de su análisis, que la sentencia ¿en innumerables partes formula cargos y se extiende sobre hechos o situaciones que jamás nos ha imputado la resolución sancionatoria?. Luego menciona y analiza los considerandos 34°, 41°, 47° y 48°, como también quedó dicho, para sostener que ¿no se nos ha multado por los referidos cargos, sino por otros, que son los referidos en las

Resoluciones Exentas ya señaladas?.

Señalan textualmente que "Estos nuevos cargos no han sido objeto de controversia, no han sido sometidos al conocimiento de VS. Itma., y sólo han aparecido en la sentencia cuya nulidad solicitamos?;

14º) Que de lo que se ha consignado, queda en evidencia que el vicio que se imputa a la sentencia de segundo grado, mediante la casación formal que se analiza, se funda en un defecto que se hace radicar en ciertas consideraciones a las cuales ella se extiende, pero no lo sitúa en la parte decisoria, cuya mayor o menor extensión, de acuerdo a los términos de la controversia es lo que la norma invocada sanciona.

Así, las consideraciones destacadas por el recurso, tienen el carácter de simples reflexiones de los jueces de segundo grado, que si bien pudieron exceder del marco en el cual la defensa de los reclamantes ha pretendido que se deben encuadrar, no constituyen ni pueden configurar la causal en examen, puesto que lo que, está vedado a los jueces es otorgar más de lo pedido, o extender "la decisión" a puntos no sometidos a la consideración del tribunal, lo que no dice relación con las reflexiones o argumentos vertidos;

15º) Que conviene precisar, para los efectos del recurso, que las sanciones de multa respecto de las que se reclamó no fueron impuestas por la sentencia impugnada, como parece ser el predicamento del recurso, sino que por la Superintendencia de Valores y Seguros, mediante las Resoluciones reclamadas, y de acuerdo a sus facultades, punto este último que quedó firme, toda vez que la sentencia de primer grado, por resolución no impugnada rechazó la alegación de los reclamantes en el sentido de que la Superintendencia carecería en este caso de facultades para sancionar administrativamente. Por consiguiente, lo que hizo el fallo atacado fue pronunciarse sobre las reclamaciones entabladas, las que rechazó;

16º) Que, en efecto, mediante la reclamación establecida en el artículo 30 del D.L. N°3.538, se faculta a los afectados para impugnar la Resolución sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros, sea en lo tocante al fondo mismo del asunto, o bien respecto

de la entidad de la sanción; y lo que se ha de decidir por los jueces del fondo es si se acepta el reclamo en forma total, caso en el cual la multa y resolución serán dejadas sin efecto; o en forma parcial, evento en el cual podrá ser rebajada o sustituida la sanción, o finalmente, podrán concluir que todo lo anterior se desestima, de acuerdo a lo solicitado por el o los reclamantes;

17º) Que como se dijo, el fallo impugnado, en su parte resolutive que contiene diversas determinaciones, se limitó, en lo pertinente a revocar el fallo de primer grado, en cuanto por su sección también resolutive número 9, había acogido las reclamaciones interpuestas, y en su lugar declaró ¿que dichas reclamaciones quedan rechazadas? y ¿que se confirman en todas sus partes las aludidas Resoluciones Exentas N°s 351, 352, 353, de 21 de noviembre de 1997, y N°s 371, 372 y 373 de 17 de diciembre de 1997?. Finalmente, se condenó a los reclamantes al pago de las costas;

18º) Que, como se advierte, lo resolutive de la sentencia impugnada no se aparta del mérito del proceso, en cuanto se ciñe a lo previsto y decidido por la Superintendencia de Valores y Seguros en la Resolución reclamada, y a las reclamaciones formuladas; ni tampoco resuelve sobre materias no sometidas a la decisión del tribunal, por lo que no cabe más que concluir que no concurre la causal de nulidad formal alegada;

19º) Que por lo razonado, el primer recurso de casación en la forma a que se refiere el fundamento 1º, no puede prosperar y debe ser desestimado, ya que los supuestos vicios de que adolecería el fallo, que según los recurrentes detectaron en algunas de sus consideraciones, no configuran la causal alegada;

B) En cuanto al recurso de casación en el fondo del primer otrosí de fs.2255.

20º) Que, además del recurso de casación formal se interpuso recurso de casación en el fondo por los mismos recurrentes contra la sentencia de segunda instancia, que como se precisó, revocó la de primera y rechazó la reclamación entablada respecto de las Resoluciones Exentas números 351 y 371, denunciando que se incurrió en varios

errores de derecho, por infracción a diversas normas legales.

En primer lugar, mediante esta casación se acusa al fallo de haber incurrido en infracción a las leyes reguladoras de la prueba, dando este carácter a los artículos 1698 inciso 1º y 2º, 1700 y 1713, del Código Civil; y 341 del Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar, se denunció la infracción de leyes procesales decisorias litis?, catalogando de tal el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil.

En tercer término, el recurso de nulidad de fondo alude a la transgresión de las normas relativas a las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros, como órgano del Estado, invocando en este capítulo como vulnerados, los artículos 3, 27, 28 y 29 del D.L. N°3.538; y 6 y 7 de la Constitución Política del Estado (sic).

Finalmente, se denunció la vulneración de leyes que regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas?. Sobre este particular, el recurso advierte que la sentencia infringe los artículos 39 inciso 3º, 41, 42 números 1, 3, 4, 6 y 7 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, en su texto vigente a la época de los hechos, en relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil; y 19, números 24 y 26 de la Constitución Política, en relación con los artículos 1560, 1561 y 1562 del Código Civil;

21º) Que respecto a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, que incluye los artículos 1698, incisos 1º y 2º, 1700 y 1713 del Código Civil; y 341 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes hacen presente que la sentencia recurrida, en su considerando décimo sexto letra b) da por establecido, en primer término, que la carga probatoria, para desvirtuar las Resoluciones N°351 y N°371, ha correspondido exclusivamente a los reclamantes, y, en segundo lugar, atribuye a dichas resoluciones, como asimismo a cualquiera otra dictada por la Superintendencia, una presunción de verdad y autenticidad por tratarse de instrumento público o auténtico;

22º) Que lo anterior, añaden, no se ajusta a la correcta interpretación

de las normas legales invocadas, ya que ¿corresponde a las partes acreditar los hechos que sirven de fundamento a sus alegaciones...?, por lo que ¿debe ser el mérito de las actuaciones judiciales el que determine la carga de la prueba en el caso particular y su distribución entre las partes...?.

Sostienen que en el caso de autos, dada la formulación de cargos efectuada por la Superintendencia, sobre actuaciones que importarían conflicto de intereses, es a ella a quien, de acuerdo con el auto de prueba, correspondía acreditar los hechos positivos que sustentaron la sanción, correspondiendo a los reclamantes contrarrestarlos, ante la imposibilidad de probar hechos negativos, que no son ni pueden ser objeto de prueba;

23°) Que el referido considerando 16° letra b), argumentan, infringe también el artículo 1700 del Código Civil, al atribuir a las resoluciones de la Superintendencia, junto con el efecto de alterar el onus probandi, un valor probatorio que no tienen conforme a la ley.

Según dicho precepto, los instrumentos públicos o auténticos hacen plena fe sólo en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones contenidas en ellos.

Tampoco constituyen presunción de la verdad de sus declaraciones, como se afirma en la sentencia, y menos a la fecha en que se dictaron, en que no estaba vigente el inciso final del artículo 3° de la Ley N°19.880, que estableció las bases de los procedimientos administrativos, la que sólo fue publicada en el Diario Oficial el 29 de Mayo del año 2003, cuando ya se había expedido la sentencia de primera instancia;

24°) Que haciendo mención al considerando 44° del fallo impugnado, los recurrentes afirman que por lo allí sostenido se infringe el inciso 2° del artículo 1698 del Código Civil, y también el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto pondera y analiza el informe emitido por don José María Eyzaguirre como elemento probatorio determinante d

e la existencia de diversas ilicitudes por parte de los gestores claves, entre los cuales ellos se encontraban.

Tal ponderación, indican, importa considerar como evidencia un informe en derecho que no puede constituir una prueba legal, de aquellas reguladas y tratadas en los aludidos artículos, en los que se establecen taxativamente los medios de prueba que se pueden hacer valer en juicio, ya que sólo en el artículo 228 del Código de Procedimiento referido, se alude a los informes en derecho, sin que éstos tengan la calidad de medio de prueba.

Es así que, como resultado de esta infracción o error de derecho, se admitió un medio probatorio no señalado en la ley, para acreditar los hechos fundantes de la Resoluciones impugnadas;

25°) Que el recurso denuncia también como infringido el artículo 1713 del Código Civil, al relacionar el contenido de la norma con lo que se afirma en el considerando N°41° de la sentencia en lo que se dice que Luis Fernando Mackenna habría confesado haber antepuesto su interés de accionista de la serie B al de Director de las compañías CHISPAS, habría reconocido haber omitido deberes con la compañía, con lo cual da por acreditado el conflicto de intereses y las infracciones que se le imputaron en la Resolución N° 351.

El error de derecho, señalan se produce, al considerar y ponderar esa declaración como la confesión a que se refiere el citado artículo 1713, puesto que esta norma exige que la confesión se haya prestado en juicio, y sólo produce plena fe y permite dar por acreditado un hecho cuando de su mérito se desprenda un hecho personal del confesante, que reconozca haber incurrido en las infracciones imputadas, lo que no ocurre en la especie.

En efecto, se continúa argumentando en el recurso, Luis Fernando Mackenna no concurrió al tribunal a absolver posiciones, ni fue citado al juicio para ello, por lo que la declaración a que la sentencia se refiere no es una confesión en juicio como lo exige la ley, puesto que ella se prestó en el procedimiento administrativo, como se constata en el citado considerando, declaración en la que, por lo demás, el reclamante no reconoció ni confesó haber cometido las infracciones que se le imputaron en la Resolución N°351. Por tal razón, al dar por acreditadas las infracciones que se le atribuyen mediante una

pretendida confesión, se violaron las leyes reguladoras de la prueba, al cambiar y alterar los hechos.

26º) Que explicando la forma como el primer error de derecho denunciado influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, precisa que, de no haberse producido tales yerros, se habría determinado legalmente la parte a quien correspondía la carga de la prueba en relación con los hechos, porque el haber atribuido a los reclamantes el peso de la prueba, importó no acceder a la demanda, como lo dejó consignado la Corte, al afirmar que a su juicio ?...no han satisfecho (los demandantes) de un modo que conduzca a acoger la reclamaciones y a privar de su eficacia jurídica lo actuado por dicha institución? (sic).

Por otra parte, si se hubiese ponderado adecuadamente el valor probatorio de las resoluciones reclamadas, no atribuyendo a su contenido una presunción de veracidad o autenticidad que no tienen; si no se hubiese considerado como confesión de parte, la declaración prestada extrajudicialmente por Luis Fernando Mackenna ante la Superintendencia; y si al informe en derecho emitido por el abogado don José María Eyzaguirre de la Huerta no se le hubiera otorgado el mérito de medio de prueba, el fallo no habría podido concluir ni hubiera podido dar por establecidas las infracciones y los cargos formulados en las Resoluciones reclamadas, y los supuestos en que ellos se basaron, de modo tal que de no haber existido tales yerros, la sentencia recurrida habría confirmado la de primer grado;

27º) Que, en segundo lugar, la primera de las dos casaciones de fondo entabladas analiza lo que denomina ?infracciones de leyes procesales decisoria litis?, y expresa que e la sentencia comete error de derecho al infringir una ley de esa característica, en cuanto a que con arreglo a ella debe también resolverse el juicio.

Señala que se impugnaron las Resoluciones números 351 y 371, no sólo por no ser efectivos los fundamentos de hecho y de derecho en que se basaron, sino que también por argumentaciones, entre otros tópicos, de carácter legal, relativas a los elementos constitutivos de un

verdadero conflicto de intereses, al ámbito de aplicación de los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, a los supuestos que ella exige, y a la petición subsidiaria de rebaja de la multa aplicada.

Continúa argumentando que, de acuerdo con el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias deben pronunciarse conforme al mérito del proceso, y la recurrida no se pronunció sobre múltiples aspectos planteados, a los cuales no dio valor e ignoró, añadiendo que tal situación permite estimar que la sentencia de autos no se dictó conforme al mérito del proceso, lo que importa infracción de ley al ignorarse el aludido artículo 160 que, para estos efectos-dice-, es decisorio litis;

28º) Que el recurso manifiesta que el error de derecho referido influyó en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse considerado el mérito del proceso, la resolución habría sido otra, y habría tomado en cuenta los aspectos, análisis y pruebas aportadas, que acreditan y justifican la inexistencia de las infracciones fundantes de las Resoluciones reclamadas;

29º) Que, a continuación, el recurso aborda lo que llama infracciones relativas a las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros, y expresa que la sentencia infringió los artículos, 3, 27, 28 y 29 del D.L. Nº3.538, vigente al 21 de Noviembre de 1997, al interpretarlos y aplicarlos erróneamente en la solución del conflicto, actuando al margen de su competencia y sancionando a los recurrentes por supuestas conductas constitutivas de conflicto de interés. Por lo tanto, la Superintendencia actuó fuera de la competencia que le confieren la Constitución y las leyes, e infringió los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, que sanciona su contravención con nulidad, porque se arrogó la facultad de sancionar a accionistas, sin estar autorizada para ello.

Al explicar cómo se produjeron las infracciones denunciadas, señala que conforme al artículo 3º del citado cuerpo legal, corresponde a la Superintendencia la superior fiscalización de ?... e) Las sociedades anónimas y las en comanditas por acciones que la ley sujeta a su

vigilancia..."; y de "...g) Cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que la presente ley u otras leyes así le encomienden".

Según el artículo 27, las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación de una o más de las sanciones que la citada norma enumera.

Las sanciones de censura y multa podrán ser aplicadas tanto a la sociedad, como a los directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuenta o liquidadores según lo determine la Superintendencia.

Por su parte, el artículo 28 prescribe en lo pertinente que "Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan ? podrán ser objeto de la aplicación por ésta ? de una o más de las siguientes sanciones:

- 1) Censura.
- 2) Multa a beneficio fiscal...

"Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán ser aplicadas a la sociedad, empresa, entidad, personas jurídicas o naturales, administradores o representantes según lo determine la Superintendencia".

Por último, el artículo 29 establece que la Superintendencia, a su elección, podrá fijar el monto de la multa de acuerdo a los límites establecidos en los artículos anteriores o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular;

30º) Que la casación de fondo expresa que de la interpretación correcta y armónica de dichos preceptos se desprende que la Superintendencia tiene la fiscalización superior de las sociedades anónimas y/o en comandita por acciones que la ley del ramo sujeta a su vigilancia y las demás a que se refiere la letra g) del artículo 3º,

siendo las únicas que pueden ser objeto de las sanciones o apremios que, según los artículos 27, 28 y 29 citados puede aplicar.

Explica que las sanciones a que se refiere el artículo 27 se pueden imponer a la sociedad fiscalizada, que incurrió en la infracción, y a los directores, gerentes y dependientes de la misma.

Las sanciones del artículo 28 se aplican ?a los que, no siendo sociedades anónimas sujetas a su fiscalización, se encuentren sujetos a la fiscalización de la SVS y cuando ellos incurran personalmente en infracciones?.

Concluye de lo expuesto, que la Superintendencia no está facultada para sancionar a los accionistas de dichas sociedades, como tampoco por conflictos entre accionistas, como son los supuestos conflictos de interés que constituyen los cargos formulados, para lo cual, indica, basta leer el considerando N°23 de la Resolución que establece que la sanción se formula por múltiples y evidentes conflictos de interés;

31º) Que el error de derecho referido influyó, según argumenta, en lo dispositivo del fallo ya que de haberse aplicado correctamente los preceptos señalados, se habría resuelto la improcedencia de las multas impuestas, por tratarse de situaciones constitutivas de conflictos entre accionistas, como son los supuestos conflictos de interés formulados como cargos; y se habría confirmado la resolución de primer grado, que había dejado sin efecto las multas;

32º) Que, a continuación, el recurso se refiere a las infracciones relativas a las disposiciones que regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas, afirmando que se vulneraron los artículos 39 inciso 3º, 41, 42 N°1, 3, 4, 6 y 7 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, en su texto vigente a la época de los hechos, en relación con los artículos 1560, 1561 y 1562 del Código Civil.

Expresa que la sentencia interpreta erradamente el artículo 42 N°6 de la Ley N°18.046, incurriendo en infracción de ley, porque con ello se genera una limitación al derecho de dominio de los recurrentes, no contemplada en la Ley, infringiendo los artículos 582 y 583 del Código Civil, que establecen el derecho de dominio en sus diversas formas, como asimismo la garantía constitucional contenida en el artículo 19,

números 24 y 26 de la Constitución Política de la República, que garantiza y asegura el derecho de propiedad en todas sus formas; 33º) Que sostiene su afirmación, expresando que es un hecho de la causa que los recurrentes eran indirectamente propietarios de un paquete de acciones de la "Serie B" y de la "Serie A" de las sociedades CHISPAS, y que asimismo, desempeñaban diversas funciones en las mismas sociedades, en ENERSIS o en sus filiales. Cualquiera de ellos, dice, podía disponer libremente de sus derechos en la sociedad en que participaba (sociedades en comandita propietarias de ambas series de acciones de las CHISPAS), y no obstante, según la sentencia, era aplicable la prohibición establecida en el artículo 42 N°6 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, lo que no es efectivo, porque no concurren los supuestos de esa norma;

34º) Que explicando el aludido aserto, el recurso manifiesta que ENDESA ESPAÑA pretendía adquirir el "control fáctico y precario" de ENERSIS, control que era de dominio de los "gestores claves", entre los cuales se encontraban los recurrentes, y que para tal efecto se celebraron los contratos de "compraventa de acciones", "de promesa de venta de acciones" y de "gestión", entre los reclamantes y ELESUR S.A., filial de ENDESA ESPAÑA.

Hace presente que ninguno de los recurrentes concurrió a celebrar el contrato de "Alianza Estratégica" entre ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, hecho este último que no es considerado por la sentencia recurrida.

Por consiguiente, se señala, que si la intención de Endesa España era adquirir el "control fáctico y precario" de Enersis, de que en parte eran titulares los recurrentes, no se pudo violar la prohibición del aludido artículo 42 N°6, porque el bien sobre que recayó la negociación pertenecía a los "gestores claves" y no a las sociedades CHISPAS;

35º) Que en efecto, aducen los recurrentes, la disposición citada prohíbe en su numeral 6) a los directores, en este caso se entiende de las CHISPAS "Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que

tuvieran conocimiento en razón de sus cargos?.

Por lo tanto, concluyen, era imposible incurrir en esa conducta porque el control fáctico de ENERSIS, objetivo de ENDESA ESPAÑA, no era de propiedad de las CHISPAS, sino de los "gestores claves".

No se había propuesto la adquisición de acciones de ENERSIS, que eran de dominio de las CHISPAS, y aunque así hubiese sido, no se habría logrado el objetivo, ya que las sociedades CHISPAS sólo detentaban un porcentaje accionario de ENERSIS insuficiente para controlar esta sociedad, en virtud de sus propios Estatutos.

Así, la toma de control práctico y efectivo, objetivo perseguido por ENDESA ESPAÑA, no fue ni pudo ser una oportunidad comercial de las sociedades CHISPAS de la que los recurrentes se hubieran apropiado, ni que con su actuación se hubiere seguido, además, un perjuicio para la sociedad, como lo exige la norma infringida por el fallo;

36º) Que a continuación se indica que la sentencia interpreta con error de derecho el artículo 39, inciso 3º de la Ley N°18.046, por cuanto intenta configurar un supuesto "conflicto de interés mal resuelto", único cargo formulado por la Superintendencia en sus Resoluciones.

Dicho precepto dispone que "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".

La sentencia sostiene que infringieron esta norma, lo que es imposible pues en sus calidades de Directores de la sociedades CHISPAS no tomaron acuerdo en relación con el "traspaso de control a Endesa España", por ser imposible que tomaran un acuerdo respecto de algo que la sociedad de la cual eran Directores no tenía;

37º) Que el recurso agrega que la venta de las acciones que eran directa o indirectamente de propiedad de los gestores claves, entre los que se encuentran los recurrentes en la sociedad, no es ni puede considerarse comprendida en la norma citada, ya que dicha venta no importa un acuerdo del Directorio de la sociedad.

Tampoco implicaba deber de informar en los términos del actual artículo 54 de la Ley del Mercado de Valores -modificado por la Ley Nº19.705- que impone un deber de informar no vigente a la época de los hechos. Ninguno de los recurrentes faltó al deber que a la fecha la ley imponía a los Directores; y en tales circunstancias, añade, no puede fundarse un conflicto de interés en esa norma, atendidos los hechos establecidos en autos, sin cometer error de derecho al aplicarla indebidamente;

38º) Que los reclamantes precisan que la sentencia también les imputa infracción del artículo 42 números 1, 3, 4 y 7 de la Ley Nº18.046, incurriendo en error de derecho.

Explican que el artículo 42 Nº1 establece que "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".

Agregan que ninguno de ellos incurrió en alguna de las acciones tipificadas en dicho precepto. Nunca adoptaron un acuerdo en orden a emitir valores o decidieron una política que pudiera afectar el interés social de las CHISPAS.

Lo que ocurre, dicen, es que la sentencia pretende hacerlos aparecer infringiendo esta norma, por sus actuaciones como gestores clave en la negociación de la venta de sus acciones a ENDESA ESPAÑA, toda vez que no la habrían informado al Directorio; pretendiendo realmente exigir una conducta a la que no estaban obligados, y tal es así que ese deber de información fue introducido en la legislación en el mes de Diciembre del año 2000, en que se modificó el texto del artículo 54 de la Ley de Valores;

39º) Que refiriéndose a la infracción del numeral 3 del texto legal ya mencionado, en cuanto establece que "Los directores no podrán:...3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuenta o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar información falsa y ocultar información", reiteran lo que al respecto señalaron en el recurso de casación de forma, al fundamentar la causal de extra petita,

y hacen presente que este cargo sólo se consideró en la sentencia definitiva, ya que no fue formulado durante el juicio por la Superintendencia de Valores y Seguros ni por su defensa, por lo que no tuvieron oportunidad de defenderse a su respecto.

Insisten en que la regulación de información está contenida en el artículo 54 de la Ley de Mercado de Valores vigente a la época de los hechos, conforme a la cual no tenían el deber de informar la venta de las acciones y el contrato de "gestión?;

40º) Que el recurso se refiere, luego, al aludido artículo 42 N°4, que establece que "Los directores no podrán:...4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales", reiterando que no existe en autos, ni en el proceso administrativo previo, prueba sobre esta infracción, la que no forma parte de la formulación de los cargos de la Superintendencia. Agrega que los comparecientes dieron cumplimiento a las obligaciones que les imponía el artículo 54 de la Ley N°18.045 vigente;

41º) Que, en cuanto al artículo 42 N°7, que establece que "Los directores no podrán:...7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de sus cargos para obtener ventajas indebidas para si o para terceros relacionados en perjuicio del interés social", manifiestan que esta disposición se refiere a conductas ilegales o uso malicioso de sus cargos en perjuicio de la sociedad, conductas en las que no incurrieron, por el contrario, la suscripción de los contratos de compraventa de acciones serie B, promesa de compraventa de las mismas acciones y de gestión, son actos lícitos o legales, debiendo recordarse que ninguno de ellos suscribió el contrato de alianza estratégica, el que sólo fue suscrito por ENDESA ESPAÑA y ENERSIS;

42º) Que la interpretación ajena al espíritu y texto del contrato de gestión que efectúa la sentencia infringe, también, según los recurrentes, los artículos 1560, 1561 y 1562 del Código Civil, que regulan la interpretación de los contratos, puesto que, con ello se le da un sentido distinto del que pueda producir sus claros y convenientes efectos dando por establecido un supuesto, futuro e incierto perjuicio al

interés social de ENERSIS.

43º) Que los recurrentes se refieren, por último, al artículo 41 inciso 1º de la Ley N°18.046, que establece que "Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables?".

Advierten que no han incurrido en las infracciones o prohibiciones que describe esa norma, y contrariamente a lo que señala el fallo recurrido, el precepto requiere perjuicio para su aplicación, como se desprende de su lectura, por lo que

se ha incurrido en un error de derecho en su aplicación;

44º) Que al explicar la influencia que los errores de derecho denunciados han tenido en lo dispositivo del fallo, expresan, que de haberse aplicado correctamente las normas infringidas, la sentencia habría resuelto en forma distinta a como lo hizo. Precisa, que el empleo correcto de las reglas de las sociedades anónimas denunciadas como quebrantadas, habría llevado a la conclusión que los recurrentes no incurrieron en ninguna de las infracciones señaladas, al negociar y suscribir los contratos de compraventa de las acciones serie B, el contrato de promesa de venta de las mismas acciones, y el contrato de gestión.

Del mismo modo, si se hubieran aplicado conforme a derecho las disposiciones que regulan el derecho de dominio, tanto las legales como las constitucionales, interpretándolas sin error de derecho, la sentencia habría resuelto que los contratos de compraventa y el de promesa de compraventa ya señalados, no importaron infringir las estipulaciones de la Ley N°18.046.

Finalmente, de haber aplicado correctamente las normas sobre interpretación de los contratos, se habría decidido que el contrato de gestión no importó una infracción a las mismas normas, en especial si se tiene presente que dicho contrato fue resciliado;

45º) Que iniciando el estudio del recurso de nulidad de fondo deducido a fs.2255, cabe recordar que el primer error de derecho

denunciado, alude a las disposiciones legales reguladoras de la prueba, y se vincula, primeramente, con determinadas afirmaciones contenidas en el motivo décimo sexto del fallo impugnado, en su letra b).

Al revisar tal considerando, se aprecia que en su letra b), se aludió textualmente a "la presunción de verdad y de autenticidad que corresponde asignar a las resoluciones tanto sancionadoras como de todo orden expedidas por la Superintendencia de Valores y Seguros, desde que se trata de instrumentos públicos o auténticos emitidos dentro de las facultades legales que a dicha Superintendencia ha conferido la ley que regula sus funciones y atribuciones. En consecuencia, corresponde y ha correspondido a quienes impugnan la falta de verdad o de mérito de esas resoluciones el soportar en autos la carga de la prueba, lo que los reclamantes aquí no han satisfecho de un modo que conduzca a acoger las reclamaciones y a privar de su eficacia jurídica a lo actuado por dicha Institución";

46º) Que, tal como se indicó anteriormente, se dice por los recurrentes que, en primer lugar, lo aseverado importa asignar la carga de la prueba a los reclamantes, lo que estiman errado, ya que en su concepto la entidad sancionadora debía acreditar "los hechos positivos que sustentan su actuar... correspondiendo a esta parte (los recurrentes) contrarrestarlos?.

En segundo término, se reprocha que se haya afirmado que las resoluciones reclamadas tengan la calidad de instrumento público o auténtico y que de ellas emane una presunción de verdad y autenticidad, y al respecto se invocaron como transgredidos los artículos 1698 y 1700 del Código Civil;

47º) Que en el mismo capítulo, se cuestionó el fallo impugnado por el hecho de que en su motivo 44 haya analizado y ponderado un informe en derecho "como elemento probatorio determinante de la existencia de diversas ilicitudes graves por parte de los gestores claves...?". Con ello, indican, el tribunal habría considerado una prueba no contemplada ni en el inciso 2º del referido artículo 1698 ni en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil;

48º) Que sobre esta primera materia, infracción a las leyes reguladoras de la prueba, es preciso remitirse a lo que reiteradamente ha expresado esta Corte Suprema en el sentido de que las leyes reguladoras de la prueba son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento, de manera que , para que se produzca infracción de tales disposiciones es necesario que se haya incurrido en error de derecho en su aplicación;

49º) Que, como se adelantó, y bajo la denominación de leyes reguladoras de la prueba, en el recurso en estudio se mencionaron los artículos 1698, 1700 y 1713 del Código Civil, y 341 del Código de Procedimiento Civil.

El primero de los artículos es una disposición de general aplicación, que alude a la carga de la prueba de las obligaciones o su extinción.

El mismo precepto, y el artículo 341 también mencionado, enuncian los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio.

Así el artículo 1698 del Código Civil dispone que "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, ...e inspección personal del juez".

El artículo 1700 del mismo Código dispone, a su vez, que "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino en contra de los declarantes".

El artículo 1713 trata de la confesión en juicio, detallando la forma como ha de prestarse por alguna de las partes, para que haga plena fe contra ella.

Finalmente, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, es un catálogo de los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio, refiriéndose a los instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones;

50º) Que la primera argumentación sobre esta materia se relaciona,

como se ha dicho, con el motivo décimo sexto del fallo impugnado, en el cual se afirma que las resoluciones de la Superintendencia del ramo poseen una presunción de verdad y autenticidad, y que la carga de la prueba ha correspondido a quienes pretendan impugnarlas.

En cuanto a este asunto, no cabe sino concordar con la defensa de los reclamantes en cuanto a la circunstancia de que la redacción de dicho motivo es, sin lugar a dudas, muy desafortunada, porque aún cuando lo que se dice, en el fondo corresponde a la realidad, la idea no fue expresada adecuadamente.

No concuerda esta Corte, sin embargo, con el alcance e importancia que los recurrentes asignan a las expresiones referidas;

51º) Que, en efecto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1699 del Código Civil, instrumento público o auténtico ¿es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario...?;

52º) Que las resoluciones que se han reclamado, como igualmente otras resoluciones que pudieren emanar de la misma Superintendencia o de otras autoridades administrativas, incluso judiciales constituyen, sin lugar a dudas, documentos o instrumentos públicos.

Puede agregarse que la misma calidad tiene la presente sentencia, y el expediente todo.

No obstante, la confusión del fallo, y al que ha asignado la defensa una importancia irreal, deriva del hecho de que la noción de instrumento público referida a ciertas actuaciones oficiales de órganos de la Administración del Estado, o de los Tribunales de Justicia es muy diversa de la idea de instrumento público como medio probatorio.

En efecto, las resoluciones sancionadoras, que son las que interesan para efectos del presente análisis, siendo en su materialidad instrumentos públicos, no constituyen, sin embargo, un medio de prueba del presente proceso, de tal manera que no procede otorgarles presunción de verdad y de autenticidad en función de dicha categoría de documentos públicos, como equivocadamente afirmaron los jueces del fondo.

Esto es, las resoluciones impugnadas no tienen valor o mérito

probatorio, ni fueron agregados a los autos en esa calidad jurídica;

53º) Que la afirmación contenida en el considerando de que se trata que, como se dijo, es incorrecta, supone también un errado entendimiento de la naturaleza jurídica de

las resoluciones que se han impugnado, y también del presente procedimiento, a cuyo esclarecimiento, por cierto, no ayuda el recurso que se analiza.

Como se dijo, las resoluciones reclamadas no son un medio de prueba del presente procedimiento, sino que constituyen únicamente, en su materialidad, un documento público que se limita a dar cuenta de una actuación administrativa, y que contiene una decisión adoptada por un órgano de la misma naturaleza, luego de terminado un procedimiento de indagación, también administrativo. Dicha decisión es la que se ha cuestionado a través del procedimiento iniciado en autos, mediante el ejercicio de las acciones a que ya se ha hecho referencia;

54º) Que, ampliando lo anteriormente expresado y para advertir lo poco afortunado de lo que sobre esta materia se razonó por los jueces de segundo grado, cabe agregar que el objetivo del presente procedimiento especial, previsto como ya se indicó, en el artículo 30 del D.L. N°3.538, es precisamente el de impugnar la correspondiente decisión, contenida materialmente en las resoluciones de que se hizo mención reiteradamente, sea en su totalidad, sea en cuanto a la entidad de las multas, y ello ocurre del mismo modo como los razonamientos y determinaciones de esta Corte se contienen o exteriorizan a través de la presente sentencia, que extendida en la forma prevista por la ley pasa a ser un instrumento público, pero no entendido como medio probatorio.

Por lo tanto, la idea de fondo de la Corte de Apelaciones es efectiva, en cuanto a que las resoluciones entrañan un contenido verdadero y de autenticidad. Pero esto debe entenderse en el sentido de que es verdadero en cuanto fue expedido por la autoridad del caso y que contiene su determinación, adoptada como corolario de un procedimiento administrativo previo; y es auténtico en cuanto las

resoluciones reclamadas fueron efectivamente expedidas por la Superintendencia de Valores y Seguros, y contienen la verdadera decisión que sobre la materia en estudio adoptó la autoridad administrativa;

55º) Que lo que en realidad ocurre entonces, y donde estriba la equivocación que se ha observado, es que la impugnación de las resoluciones, constitutivas de sendos actos administrativos contenidos en su materialidad en instrumentos públicos, constituye el objetivo principal del juicio de reclamación, y ello presupone que, en concepto de la autoridad que las expidió, los sancionados incurrieron en conductas reprochables, a tal grado que los hizo merecedores de sanción, siendo tal la materia que los jueces a cargo de la tramitación del juicio de reclamo deben abordar.

Dicha circunstancia constituye la base del juicio de reclamo, pues los reclamantes se han alzado judicialmente contra las respectivas resoluciones, y han perseguido demostrar la ineffectividad de los cargos, o la desproporción de las multas aplicadas, todo lo cual consta en tales instrumentos.

De esta manera, la existencia de las resoluciones y de los cargos que en ellas se contiene, constituyen la base de todo el presente procedimiento y, desde que se pretende impugnarlas en su totalidad o en cuanto a la entidad de las multas, resulta obvio que ello presupone la existencia de los cargos que se contienen, materialmente, en los documentos de que se trata;

56º) Que las resoluciones reclamadas constituyen, así, la expresión, exteriorización o materialización de la labor intelectual del propio Superintendente del ramo, que luego de practicar una indagación administrativa, ha debido tomar una determinación, mediante una labor similar a la que lleva a cabo un juez, y que, atendida la naturaleza de ser un procedimiento escrito, ha debido consignarla en un documento que le dé materialidad, para que pueda ser conocida por los interesados.

Es lo mismo que sucede con la dictación de un fallo judicial, expedido luego de haberse incoado el proceso respectivo, y que contiene el fruto

de la labor intelectual del juez o jueces, que se exterioriza en la sentenc

ia y en la decisión o determinación que contiene, en cuanto a decidir el pleito o cuestión de que se trata;

57º) Que, por lo tanto, no puede ponerse en duda la existencia de los cargos, por lo que la defensa de las personas castigadas por la autoridad administrativa se ha debido centrar, precisamente, en demostrar que esos cargos no son efectivos, o que ellos son de menor gravedad que la que les fuera asignada por dicha autoridad, en términos de que los reclamantes o no son merecedores de sanción, o son acreedores de una pena de menor gravedad;

58º) Que, en resumen, para recapitular en torno a lo expresado, hay que decir que resulta efectivo que las Resoluciones reclamadas constituyen instrumentos públicos, que entrañan por lo tanto veracidad, pero no como medio de prueba de algún hecho del juicio, pues no conforman un elemento probatorio, de modo que esta Corte, sobre la base de todo lo que se ha manifestado, sólo puede estimar poco afortunadas las expresiones de los jueces de segundo grado sobre este particular, pero en ningún caso vulneratorias de las disposiciones legales que ya se indicaron, por todo lo ya dicho;

59º) Que la segunda parte de la imputación del recurso sobre la materia que se viene desarrollando, dice relación con la carga de la prueba.

El inciso 1º del artículo 1698 del Código Civil establece que ?Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta?.

En el presente procedimiento de reclamación por aplicación de multas de parte de la Superintendencia de valores y seguros, que según lo dispone el artículo 30 inciso 3º del Decreto Ley N°3.538, se resuelve en un juicio sumario. El ente fiscalizador en uso de sus atribuciones, formula cargos y aplica sanciones, de modo que en el juicio sumario en que se ventila la reclamación corresponde a la parte afectada con la sanción, desvirtuar los cargos o demostrar que las conductas imputadas no transgreden la normativa que le es aplicable, toda vez que, quien reclama es el que pretende alterar la situación jurídica

existente;

60º) Que, por lo expuesto, el planteamiento del recurso de nulidad de fondo, en orden a que los reclamantes no están sujetos a la carga de la prueba para desvirtuar los cargos consignados en las resoluciones impugnadas, constituye una errada concepción de la verdadera naturaleza jurídica del juicio de reclamo, establecido precisamente para que los afectados pongan en discusión las conductas atribuidas y rindan las pruebas tendientes a desvirtuarlas;

61º) Que la autoridad administrativa acompañó numerosos antecedentes al proceso, según da cuenta la sentencia de primer grado, de lo que se infiere que si bien los jueces no expresaron las ideas previas de un modo más comprensible y menos equívoco, no han infringido las normas invocadas y que se denominaron por los recurrentes de nulidad de fondo, como leyes reguladoras de la prueba;

62º) Que, también como una sección del primer capítulo de la casación, se ha impugnado el fallo de segundo grado en lo tocante a la ponderación y análisis de un informe en derecho, señalando como infringidos los artículos 1698 inciso 2º del Código Civil y 341 del Código de Enjuiciamiento del ramo, disposiciones que no consideran este tipo de informes como medio de prueba.

Efectivamente, en el considerando 44 del citado fallo, se hace referencia a un Informe en derecho que se dice fue preparado a petición del propio Directorio de ENERSIS, y en el que se imputa a los reclamantes diversas ilicitudes graves, según allí se expresa, y evacuado por el profesor José María Eyzaguirre. En ese considerando se consigna en forma extensa el contenido del informe, en términos textuales, es decir entre comillas; y en lo que pareciera ser una suerte de conclusión, a su respecto, se dice en la parte final de tal motivo lo siguiente: "En definitiva, el contrato de gestión no sólo pretendía regular la permanencia de los reclamantes en el Grupo Enersis. Más allá de ello, su otorgamiento, unido al contrato de promesa de compraventa del 49% de acciones serie B de las Chispas, importó la ejecución de conductas contrarias a los deberes de

lealtad, obediencia y diligencia que a los reclamantes les eran exigibles, al comprometer el ejercicio de sus cargos en defensa del interés de EE como nuevo accionista mayoritario de Enersis?.

Debe aclararse que en dicho considerando se complementaron las reflexiones contenidas en el fallo sobre el denominado contrato de gestión;

63º) Que en el artículo 228 del Código de Enjuiciamiento en lo Civil, así como también en el artículo 805 del mismo texto legal, en este último caso a propósito del recurso de casación-, se faculta en el primero, al tribunal para que, a petición de parte, se mande informar en derecho; y en el segundo, a las mismas partes para presentar un informe en derecho. Jurídicamente y en general, tal como lo indica el recurso, el informe en derecho no es un medio de prueba, porque las evidencias o probanzas deben referirse o recaer sobre los hechos, eventos o circunstancias fácticas de importancia en el proceso.

El derecho, como se sabe no puede ser objeto de prueba, salvo cuando se trate de legislación de países extranjeros. A este respecto, no debe olvidarse que el artículo 8º del Código Civil discurre sobre este particular en el sentido de que "Nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia?", lo que importa una presunción de derecho de su conocimiento de la ley.

Corroborar lo expuesto el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil que manda recibir la causa a prueba si hay controversia sobre los hechos.

El informe en derecho de que se trata se limitó al análisis de los contratos celebrados en su relación con la Ley de Sociedades Anónimas, los Estatutos de ENERSIS y las normas impartidas por la Superintendencia, obteniendo de ese análisis determinadas conclusiones que los jueces del fondo asumieron en el contexto de las probanzas que obran en el proceso, y no como un medio de prueba en sí mismo como se reprocha;

64º) Que, en efecto, no debe olvidarse que los informes en derecho reflejan la opinión de algún jurista o profesor destacado, sobre determinados puntos legales, con los que se pretende ilustrar a los

jueces, quienes pueden o no considerarlos, por lo que cabe descartar la acusación de que el aludido informe haya sido utilizado como medio de prueba, por la cita que de él hicieron los jueces de segundo grado en el análisis efectuado sobre el denominado contrato de gestión, y para ilustrar el mismo análisis, por lo que no se ha producido la infracción denunciada;

65º) Que, además, siempre en el marco de este primer error de derecho, relativo a las que se denominaron leyes reguladoras de la prueba, se cuestionó que en el considerando 41º del fallo impugnado se afirmara que uno de los reclamantes habría confesado determinadas circunstancias. Se plantea que la confesión que tiene valor es la que se presta en juicio, en las condiciones que se indican y se invoca el artículo 1713 del Código Civil referido precisamente a dicho medio de prueba, y se concluye que al dar por acreditado lo supuestamente confesado en sede administrativa, ¿se han violado las leyes reguladoras de la prueba cambiando y alterando de este modo los hechos?;

66º) Que, el artículo 1713 del Código Civil, dispone textualmente y en lo pertinente: "La confesión que alguno hiciere en juicio por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella...?.

La confesión como medio de prueba, de aquellos contenidos en los artículos 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil, es la que se provoca en juicio y, como tal está rodeada de determinadas formalidades procesales en cuanto a cómo se produce y a sus efectos, en el párrafo 4 del Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil;

67º) Que en el caso de la especie, cabe precisar, remitiéndonos al considerando Nº41 del fallo impugnado, que en él se dice lo siguiente ¿han sido... los mismos reclamantes los que, en sus respectivas calidades de directores y/o gerentes de las sociedades...han reconocido haber omitido sus deberes para con las compañías en las cuales ocupaban cargos ejecutivos, como lo eran, entre otros, el de

informar...?. Luego advierte que ?Así lo han confesado al contestar las preguntas que les fueron formuladas en el curso de la investigación administrativa seguida por la SVS y que rola acompañada a estos autos a fojas 1494 de la causa Gorbella con SVS...?, enseguida, la sentencia pasa revista en dicho motivo a los contenidos de tal indagación, para concluir que: ?De este modo, han sido los propios reclamantes los que han confesado haber antepuesto su interés de accionistas serie B al de director de las compañías Chispas, vulnerando aquél propósito legal... que... los obligaba a proceder del modo contrario...?, para luego razonar sobre la protección de los valores y principios que encerrarían los preceptos legales denunciados como infringidos;

68º) Que, de lo brevemente expuesto y del contexto del fallo se desprende que la infracción que se analiza tampoco es efectiva, y constituye tan solo una errada apreciación de lo que expresaron los jueces del fondo.

En efecto, no debe olvidarse que, como ya previamente se consignó, la finalidad del juicio de reclamación consiste en impugnar la aplicación de las multas o el monto de las mismas. Dichas multas están contenidas, en el caso de la especie, en las resoluciones ya individualizadas, las que como también se dijo, fueron el corolario de una investigación administrativa llevada a cabo por la Superintendencia de Valores y Seguros.

Como se trata de impugnar estas actuaciones, resulta comprensible y plenamente justificado que el fallo aluda a los antecedentes contenidos en dicha investigación, desde que existe una vinculación directa entre ella y el presente juicio de reclamo, y el obrar de dicha manera no significa necesariamente que, a la mera mención de antecedentes del mismo, se le dé la fuerza y alcance de la confesión de que trata el artículo 1713 del Código Civil, reglada como se ha visto en el citado párrafo del Código de Procedimiento del ramo.

En consecuencia no se ha vulnerado el aludido artículo 1713 del Código Civil, conforme fuera denunciado, puesto que a la citada referencia no se le ha asignado el valor de plena prueba en la causa;

69º) Que, en el segundo capítulo, la casación de fondo que se analiza denuncia la infracción de leyes procesales decisorio litis. Sin embargo, en esta sección únicamente se invoca el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que las sentencias deben pronunciarse necesariamente, conforme al mérito del proceso, y se dice que la sentencia recurrida no se pronunció sobre múltiples aspectos planteados a propósito de la controversia, a los cuales no dio valor alguno, ignorándolos por completo.

El referido precepto efectivamente prescribe que "Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso...";

70º) Que, para analizar esta denuncia, conviene recordar que las leyes denominadas decisorio litis son aquellas que influyen sustancialmente en lo decidido en la sentencia, esto es, aquellas con arreglo a las cuales se pronuncia la misma; en oposición a normas legales ordenatorio litis, cuya finalidad es determinar la tramitación del proceso.

Dentro de este marco, y de las breves y elementales nociones previamente esbozadas, se advierte inmediatamente que el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil carece de la categoría de ley decisorio litis que se le atribuye en el presente caso, ya que no es ella la que determina la decisión del asunto;

71º) Que, en efecto, dicha disposición, de acuerdo con lo ya manifestado, es una norma de carácter programático, que se limita a enunciar determinados principios básicos de orden procesal; constituye, por lo tanto, una regla de ordenación que debería ser observada aun si dicho precepto no la contuviera;

72º) Que en todo caso, la circunstancia de que la sentencia que se impugna no haya abordado determinadas materias -las que tampoco han sido especificadas al fundamentar esta causal- no significa que los jueces se hayan apartado del mérito del proceso, como se ha postulado; y en todo caso, tal circunstancia no podría servir de fundamento a una casación en el fondo, sino en la forma por la causal del artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil, que dados los fundamentos expuestos, no pudo esgrimirse en este procedimiento,

atendida la naturaleza del negocio, como lo prescribe el artículo 768 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 766 inciso 2° del mismo Código;

73°) Que, por otra parte, no debe olvidarse que, según el artículo 170 N°4 del Código de enjuiciamiento en lo civil, las sentencias deben contener las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; esto es, las que basan la decisión, y no necesariamente aquellas que carecen de incidencia en la misma; como tampoco puede olvidarse que los jueces del fondo son soberanos en la apreciación de la prueba y en la fijación de los hechos que sustentan lo resuelto;

74°) Que, por último, procediendo el rechazo de esta causal de impugnación, cabe recordar además que las cuestiones de forma deben plantearse de acuerdo a su naturaleza jurídica, sin que puedan convertirse en vicios de fondo a voluntad de las partes;

75°) Que, seguidamente, en el tercer capítulo de casación de fondo, se denuncian ?Infracciones relativas a las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros?, y específicamente la de los artículos 3, 27, 28 y 29 del D.L. N°3548, cuerpo legal que creó dicha entidad, por cuanto se habría hecho una errónea interpretación y aplicación de las citadas normas legales en la resolución del conflicto, violentando ?de paso las normas establecidas en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado? (sic).

Estiman los recurrentes que la señalada Superintendencia no está facultada para sancionar a los accionistas de las sociedades anónimas y/o en comandita por acciones, ya que sólo puede hacerlo respecto de dichas sociedades. Además, habría actuado al margen de su competencia, al sancionar a los accionistas recurrentes por supuestas conductas constitutivas de conflictos de interés; por lo que actuó fuera de la competencia conferida por la Constitución y las leyes, infringiendo los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, que sanciona dicha contravención con la nulidad;

76°) Que una primera consideración sobre esta materia apunta a la violación que se denuncia respecto a los artículos 6 y 7 de la

Constitución Política de la República, infracción que de producirse, da lugar a un juicio de nulidad de derecho público, juicio que no iniciaron los recurrentes, optando por impugnar lo actuado por la Superintendencia, al tenor del artículo 30 del D.L. N° 3.538, en lo relativo a la aplicación de las sanciones o de su monto, y cuestionando, en este procedimiento, sus facultades sancionatorias respecto a los accionistas de las sociedades bajo su fiscalización, antes que postular por la incompetencia del organismo actuante, impugnada, ahora por la vía de una casación de fondo.

El hecho de formular un reclamo respecto de la multa aplicada y subsidiariamente del monto de la misma, de acuerdo al procedimiento de que trata el artículo 30 ya mencionado presupone, desde ya, reconocer implícitamente la competencia de la Superintendencia. Por lo demás, la reclamación del monto de la sanción resulta diametralmente contradictoria con sostener la falta de competencia del organismo sancionador. Se trata pues, de alegaciones o peticiones incompatibles, y por lo tanto inadmisibles en un recurso de casación por tratarse de argumentos contradictorios o subsidiarios;

77º) Que respecto a la normativa legal relativa al Decreto Ley N° 3.548, impugnada en est

e capítulo del recurso, hay que señalar que el texto de dichas disposiciones mencionado en la casación por los recurrentes es el siguiente:

Según el artículo 3º, corresponde a la Superintendencia la superior fiscalización de "... e) Las sociedades anónimas y las en comandita por acciones que la ley sujeta a su vigilancia..."; y "g) Cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que la presente ley u otras leyes así le encomienden".

De acuerdo con el artículo 27, "Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de una o más de las siguientes sanciones:

1) Censura.

2) Multa a beneficio fiscal hasta por un monto global por sociedad equivalente a mil unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado?.

?Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a la sociedad, directores; gerentes, dependientes o inspectores de cuenta o liquidadores según lo determine la Superintendencia...".

El artículo 28, señala que "Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan ... podrán ser objeto de la aplicación por ésta ... de una o más de las siguientes sanciones:

1) Censura.

2) Multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 1.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo expresado...".

"Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán ser aplicadas a la sociedad, empresa, entidad, personas jurídicas o naturales, administradores o representantes según lo determine la Superintendencia".

El artículo 29 establece que ?No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular?;

78º) Que el artículo 4º del mismo texto legal otorga a dicha institución una atribución mucho más amplia, ya que expresa que ?Corresponderá a la Superintendencia velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y, sin perjuicio de las facultades que éstos

le otorguen, está investida de las siguientes atribuciones generales...?. Luego efectúa una extensa enumeración, que no es de utilidad reproducir;

79º) Que, sobre la base de lo anterior, y de los preceptos invocados por los recurrentes, resulta difícil sostener que, en su calidad de personas naturales, no puedan ser sancionados por la Superintendencia, porque en verdad no lo fueron únicamente en calidad de tales, sino que porque actuaron en virtud de los cargos y posiciones que ocupaban en las empresas de que se trata, como ha quedado sentado en la sentencia impugnada.

Cabe destacar que en el mismo recurso se declara que "los comparecientes éramos indirectamente propietarios de un paquete de acciones. Asimismo, desempeñábamos diversas funciones en las mismas sociedades, en Enersis o en sus filiales" (fs.2263), reconociendo de tal manera la dualidad de calidades, y que los puso en situación de actuar del modo como se les reprocha;

80º) Que, consecuentemente, se trata de una postura, la relativa al tercer capítulo de la casación que se analiza, que no resulta posible de aceptar ya que los propios reclamantes

, dedujeron las acciones de reclamación, en contra de lo resuelto por la Superintendencia, resoluciones en que se expresó que "ante los múltiples y evidentes conflictos de interés envueltos en la compleja negociación llevada a efecto, entre otros, por el señor... con EE y de que se ha dado cuenta en los considerandos precedentes, éste no informó oportunamente a los órganos sociales respectivos el interés que tenía, ni se inhibió o excusó en aquellos actos que favorecían sus intereses, así como tampoco se abstuvo en las ocasiones que correspondía o solicitó, en su caso, autorización para celebrar aquellos actos y contratos. De esta forma, confundió sus intereses particulares con los de las sociedades en las que se desempeñaba como...(directores, gerentes o presidentes según el caso), en violación a su deber de observar las normas de proteger, con sus actuaciones, los intereses de tales sociedades. En consecuencia, respecto a la sociedad de su representación o en aquellas en que era ...(director o

presidente, según el caso), no empleó en el ejercicio de sus correspondientes funciones, a lo menos, el cuidado y la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios?.

Aún más, en primer grado y como se desarrollará más adelante, el tribunal rechazó en forma expresa la alegación de carencia de potestad sancionatoria de la Superintendencia, en una decisión que quedó a firme pues a su respecto los interesados no se alzaron, no obstante que por ello sufrieron un efectivo perjuicio o agravio procesal. Por lo tanto, no ha resultado posible renovar ahora esta cuestión, sosteniendo que se habría cometido error de derecho en el fallo de segundo grado, ya que los jueces de dicha instancia no estuvieron en situación de violentar una normativa que no les fue puesta en el tapete de la discusión; conclusión que se encuentra, por lo demás, avalada por todo lo ya expresado en los considerandos precedentes en lo relativo a este capítulo de la casación;

81º) Que, por lo tanto, tampoco es posible postular que la Superintendencia actuó al margen de su competencia y que la sentencia de segundo grado, al confirmar las resoluciones reclamadas, haya vulnerado los preceptos enunciados, puesto que los mismos reclamantes, al utilizar la herramienta jurídica contenida en el artículo 30 del D.L. N°3.538 para reclamar de la imposición de las multas y, en subsidio, del monto de las mismas, reconocieron explícitamente las facultades sancionadoras de la tantas veces aludida entidad fiscalizadora; y ésta por su parte, tenía las facultades que la ley le ha entregado para poner coto precisamente a actuaciones como las que se reprocharon por medio de las Resoluciones Exentas reclamadas;

82º) Que el último de los capítulos de la casación alude a la infracción de diversas disposiciones de la Ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, en relación con determinados preceptos del Código Civil. Se dice que se interpreta en forma errónea el artículo 42 N°6 de dicho texto legal, que prescribe que ?Los directores no podrán: ... 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieran conocimiento en razón de sus cargos?.

Se esmera la defensa en demostrar que no fue posible incurrir en esa conducta pues el control fáctico no era de propiedad de las CHISPAS, sino de los gestores claves, y por otras circunstancias que constituyen, en verdad, situaciones de hecho, que no pueden ventilarse a través de un recurso de casación de fondo, pues son propias de una apelación; 83º) Que se dice en este cuarto capítulo, que la sentencia al interpretar en forma errónea la norma aludida en el motivo que precede, incurrió además en una limitación al derecho de dominio de los recurrentes, vulnerando los artículos 582 y 583 del Código Civil, además de un precepto constitucional.

Sobre este particular, hay que recordar que la sentencia puede razonar o reflexionar en diversos sentidos, lo que fo

rma parte de las consideraciones que el tribunal de segundo grado pudo hacer, como una forma de reforzar sus argumentaciones y lo ha efectuado, sin lugar a dudas, porque en la sección expositiva de la resolución sancionadora se mencionan las normas de la citada Ley;

84º) Que las infracciones por las que se sancionó a los reclamantes dicen relación con la investigación de una serie de hechos complejos y conexos, que involucraron a todos ellos, y que corresponden, entre otros, a lo relacionado a la compra de acciones de diversas empresas, detalladas en las respectivas resoluciones, actos y contratos que involucran, entre otras, a ENERSIS S.A. y sus filiales. Los reclamantes desempeñaban diversos cargos en las varias empresas de que se trata.

En las Resoluciones se dejó constancia de que todos los contratos se encuentran conectados con una unidad de propósito, cual era posibilitar a EE a través de la filial de ELESUR S.A., obtener el control de las CHISPAS y, a por vía de ellas y de sus filiales, de un modo similar al que detentaban los denominados gestores claves, mediante el esquema de control que se define. Además, lograr la compra y venta de acciones series A y B de las CHISPAS, de que eran titulares directa o indirectamente, además de las condiciones para su permanencia en cargos y posiciones en el grupo ENERSIS y en EE, y obtener el pago del precio contingente aplazado por las acciones serie B de las

CHISPAS.

Se dice que los contratos mencionados forman parte de una compleja y sofisticada negociación en la cual unos son determinantes para la celebración de los otros, estando la eficacia de éstos condicionada a la de aquéllos.

Se expresa que en atención a los diversos cargos y calidades en que actuaron los reclamantes, enfrentaron varios conflictos de interés, infringiendo las normas que los regulan.

Todos ellos, según los cargos de la resolución sancionatoria, fueron resueltos indebidamente, privilegiando calidades personales ?interés personal ha de entenderse- por sobre los deberes que les imponían los cargos.

En suma, las conclusiones a que llegó la Superintendencia en las respectivas Resoluciones, pueden resumirse en que los recurrentes se aprovecharon de la posición en que se encontraban en razón de sus cargos, para participar en diversas operaciones, privilegiando sus intereses propios y particulares por sobre los de las empresas a que pertenecían, incurriendo, en diversas acciones y omisiones, tendientes todas ellas a favorecer sus respectivas posiciones personales por sobre los intereses sociales de las empresas comprometidas.

Los jueces de segundo grado, ponderando los antecedentes, rechazaron las excusas de los recurrentes, sin que con ello hayan podido infringir la ley del modo como se les ha imputado, puesto que al desechar los reclamos se atuvieron a los hechos establecidos y a los cargos formulados, todo lo cual es propio de los jueces de la instancia, y no resulta susceptible de ser revisado por medio de una casación; tampoco merece reproche la calificación jurídica en que enmarcaron las conductas;

85º) Que, por otra parte, no resulta cierto que se vulnere el derecho de dominio de los reclamantes, con relación a los paquetes accionarios de que eran dueños, pues en esa calidad podían disponer de ellos, tal como lo postulan. Sin embargo, ese acto de disposición se programó en el marco de un conjunto de acciones, que se adoptaron privilegiando sus propios intereses por sobre los de las sociedades a

las que debían, al menos, lealtad, conforme quedó sentado como hecho de la causa, según ya se dejó dicho;

86°) Que los reclamantes han debido orientar sus defensas en orden a demostrar la inexistencia de los cargos formulados por la Superintendencia en las respectivas Resoluciones.

No habiéndolo logrado, sus alegaciones en torno a la casación, necesariamente, deben relacionarse con las cuestiones verdaderamente relevantes contenidas en el fallo impugnado, y en el cual se estableció que las conductas de

los reclamantes no se apegaron a la legislación que les era aplicable;

87°) Que, en mérito de lo anterior, no se ha producido la supuesta transgresión de las ?normas que regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas?; por lo demás, si se analiza dicho recurso, se observa que se acusa al fallo de interpretación errónea e incluso, antojadiza de tales normas. Sin embargo, no se invocan como transgredidas las disposiciones sobre hermenéutica contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, lo que resulta básico cuando se hace una imputación de tal naturaleza;

88°) Que, por otra parte, es sabido que la interpretación errónea o equivocada de la ley debe decir relación con los hechos establecidos en la respectiva sentencia. Sobre este particular, hay que recordar que la defensa admitió, a propósito de la casación formal, que no pudo probar hechos a los que atribuyó la naturaleza de negativos, lo que ahora trae a colación este tribunal para concluir que, si no probó hechos contrarios a los contenidos en las resoluciones impugnadas, que hubieran podido ser fijados como tales por los jueces del fondo, según propio reconocimiento de la defensa en la casación, no existe la posibilidad de errónea aplicación de ley.

En efecto, el yerro necesariamente debe referirse a la interpretación que se hace sobre determinado hecho o suceso de la causa, sobre los cuales se ha aplicado la ley o el derecho. Sólo en ese evento el tribunal de casación podrá determinar si el derecho fue aplicado en forma correcta o incorrecta, a los hechos establecidos por ellos;

89°) Que, por lo brevemente expresado, no parece necesario pasar

revista a la normativa invocada en el último capítulo de la casación de fondo, habida cuenta de lo que se ha expresado, esto es, que la errada interpretación de ley que se imputa a la sentencia se relaciona con hechos que se afirman sólo en la casación, y a este respecto ya se dijo que la argumentación en torno a hechos es propia de la apelación, más no del presente recurso, y las alegaciones que éste contiene son simplemente teóricas, pero que no logran alterar las conclusiones a que llegaron los jueces del fondo, por sensatas que aquellas pudieran parecer. Todo lo cual es sin perjuicio de lo que se dirá a este respecto, al analizar el segundo recurso de nulidad de fondo deducido en autos, en el que se da por infringido la misma categoría de normas;

C) En cuanto al recurso de casación en la forma de fs.2267.

90º) Que, asimismo, en lo principal de la presentación de fs.2267, la defensa de los actores José Yuraszeck Troncoso, Marcos Zylberberg Klos, Arsenio Molina Alcalde y Marcelo Brito León, dedujo también recurso de casación en la forma respecto de la sentencia de segunda instancia, a la que acusa, al igual como lo hiciera la casación formal ya analizada, de haberse pronunciado ultra petita, extendiéndose a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. Invoca la causal de nulidad formal del N°4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Expresa: ¿en estos autos, la Superintendencia de Valores y Seguros aplicó a mis representados sendas multas, por montos que, en la práctica, sobrepasan el 100% del interés que ellos sustentaban en la operación en que les cupo intervenir. Lo anterior ocurre porque la operación impugnada fue realizada por varias sociedades en que los sancionados sólo poseían una parte de los derechos sociales y la Superintendencia de Valores y Seguros no extendió las multas a dichas sociedades. Del modo indicado, una negociación ejecutada por mandato, se imputa (indebidamente, a juicio de esta defensa) íntegramente a los reclamantes?;

91º) Que, el aludido recurso afirma que las sanciones se basaron, según las Resoluciones, en la existencia de un conflicto de interés mal resuelto, imputándose a los reclamantes que, al enfrentar sus

calidades de ejecutivos de ENERSIS y directores de las sociedades "Las CHISPAS", privilegiaron su interés personal por sobre el de los accionistas.

Este e

s, dice, el único reparo formulado y sobre el cual versó el juicio, lo que se evidencia de la lectura de las resoluciones, dictadas en ejercicio de lo que denomina "su limitada potestad punitiva"; y expresa que el administrado sólo debe hacerse cargo de la conducta infraccional que le atribuye la autoridad que le sanciona;

92º) Que, seguidamente, los recurrentes explican que dedujeron reclamaciones según el procedimiento establecido en el artículo 30 inciso 2º del D.L. N°3.538, acogidas por sentencia de primera instancia, pero revocada en segundo grado, en decisión fundada en cuestiones que no fueron materia de la controversia, ni parte del reproche formulado por la Superintendencia y que motivó las sanciones, pues ellas se fundaron en un único cargo relativo a la existencia de "conflictos de interés mal resuelto", al enajenarse un paquete accionario, y celebrar un contrato sobre la permanencia de los ejecutivos claves en los cargos de administración que detentaban desde hacía años en ENERSIS, lo cual no debía alterarse por el cambio de controlador de esta empresa;

93º) Que el fallo recurrido, según afirman, se extendió a materias que no fueron objeto de ese reproche de la Superintendencia ni del proceso. Las multas aplicadas se mantuvieron y, en lo decisorio (considerando 48 letra a) el fallo se funda en lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 42 de la Ley sobre Sociedades Anónimas. El primero dispone que "Los directores no podrán: ...3) inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información".

En relación con esta norma, señala que nadie reprochó a los reclamantes, haber inducido a las personas mencionadas, ni la autoridad ni su defensa judicial, por lo que el cargo es ajeno a la controversia y a las circunstancias que motivaron el juicio;

94º) Que, a continuación, el recurso reproduce el N°4 del precepto aludido que prescribe: "Los directores no podrán: ...4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales?, añadiendo que tampoco se menciona en los cargos imputados a los "gestores clave" de ENERSIS, haber omitido información esencial, concepto definido en la Ley sobre Mercado de Valores, N°18.045, en sus artículos 9 y 10, como "aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión". Dichas normas permiten conocer lo que conforma una información esencial, y también quien está obligado a proporcionarla.

Manifiesta que la Superintendencia imputa a los reclamantes haber ocultado información relativa a negocios u operaciones particulares, pero no extendió el cargo a la falta de divulgación de un "hecho esencial" reservado para la sociedad y sólo excepcionalmente a los accionistas (artículo 54 de la Ley N°18.045 vigente en Agosto de 1997), no existiendo algún antecedente de que haya sido parte de la controversia una cuestión como la resuelta por la Corte;

95º) Que el recurso añade que, como el cargo formulado en segunda instancia no fue hecho valer por la Superintendencia, los reclamantes no pudieron defenderse a su respecto, pues no formó parte de la discusión, lo que se evidencia del análisis del auto de prueba, que recoge la controversia, según el cual los hechos controvertidos fueron los que detalla, contenidos en las letras a) a II). En ninguno de los hechos pormenorizados, expresión del litigio, y que surgen del reclamo y de la contestación de la Superintendencia, teniendo el carácter de sustanciales, pertinentes y controvertidos, se cita la posibilidad de que los reclamantes hayan inducido a gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, a presentar informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales. Tampoco existe imputación en orden a que los sancionados hayan presentado a los accionistas cuentas irregulares, informaci

ones falsas u ocultado información esencial de la sociedad;

96º) Que el recurso precisa que en este punto el fallo impugnado incurrió en ultra petita, al extenderse a un asunto que no fue objeto de la discusión, ni de las acciones, ni de las excepciones y defensas de las partes, sin que el tribunal pueda obrar de oficio. Añade que no se trata de una cuestión de mero derecho, en que el tribunal pueda actuar aplicando las normas que juzgue adecuadas para resolver la litis o relativas a la interpretación de las normas jurídicas, lo que corresponde a la esencia de la actividad jurisdiccional;

97º) Que luego agrega que el hecho de extenderse la sentencia a cuestiones no sometidas a su decisión, le permitió razonar al margen de la contienda, y justificar la decisión sin dar a los reclamantes la posibilidad de formular y probar sus descargos.

Aduce que la causal invocada atenta contra el principio del debido proceso, ya que una parte queda en la indefensión y a merced de lo que se resuelva al margen de su mérito.

El error, añade, influyó sustancialmente en lo decisorio de la sentencia, que justifica su decisión en infracciones referidas a una negociación que califica de única e indivisible y, por lo mismo, aplica siete disposiciones que se encuadran en una acción unitaria imputada a todos los reclamantes. Al extender esta conducta a hechos que no fueron objeto de las resoluciones ni de la controversia, termina fundada en puntos no sometidos a la decisión del tribunal, desde que fueron los propios falladores los que resolvieron, -para calificar la procedencia de las sanciones aplicadas- que en la especie se trataría de una sola operación indivisible;

98º) Que el recurso agrega que si la sentencia parte del supuesto de una acción unitaria, cada uno de sus argumentos debe apreciarse en conjunto, condicionándose unos a otros, por lo que los hechos indebidamente incorporados a la decisión forman parte sustancial de la misma.

Hace presente que la apreciación de estos hechos está determinada por el contenido y alcance de la sentencia que consideró que deben apreciarse y juzgarse en conjunto tres contratos celebrados por los

reclamantes, compraventa de acciones, promesa de venta y contrato de gestión, y un contrato celebrado por terceros, distorsionando la correcta calificación de los hechos y extendiéndose a materias que no fueron objeto de la controversia.

Así, concluye, fue posible mantener multas de gran cuantía, que deberán ser canceladas con onerosos intereses;

99º) Que, como se puede advertir, el recurso de casación en la forma que se analiza, invoca la misma causal hecha valer en la casación formal ya analizada, esto es, la del artículo 768 N°4 del Código de Procedimiento Civil, que corresponde a la ultra petita, en su variable conocida como extra petita, consistente en extenderse el fallo a puntos no sometidos a la decisión del tribunal.

El fundamento de esta segunda nulidad de forma es el mismo que el ya estudiado, en cuanto la sentencia de segundo grado revocó la del primero, desechando las reclamaciones, pero sentando su determinación en cuestiones que no fueron materia de la controversia ni formaron parte del reproche que formuló la Superintendencia de Valores y Seguros a las cuatro personas en cuyo favor se ha deducido este recurso de casación, las que latamente expone, del modo como ha quedado expuesto;

100º) Que, como es natural, sobre esta casación el tribunal debe remitirse a lo ya expresado en relación con lo que se analizó en los primeros motivos de esta sentencia, pues siendo las alegaciones similares, las razones que ha de esgrimir esta Corte no pueden ser diversas.

En efecto, en la especie se ha reclamado, al tenor del artículo 30 del D.L. N°3.538 ?disposición legal que permite reclamar respecto de la aplicación de multas o del monto de las mismas-, contra cuatro resoluciones pronunciadas por la señalada entidad, que impusieron sendas multas a los recurrentes representados por el abogado que interpuso la c

asación en examen;

101º) Que, como ya se expuso, para que concurra la causal invocada no basta con que en una sentencia se efectúen razonamientos o se

esgriman argumentaciones que pudieran parecer extrañas o ser ajenas a la controversia, si ellas no tienen eco o no se reflejan en la parte decisoria o resolutoria, esto es en la sección del fallo donde se ha de radicar el vicio, por la extralimitación judicial.

Sin embargo, dicha situación en la especie no concurre, tal cual ha quedado dicho, puesto que la sentencia recurrida se limitó a revocar la de primer grado y a confirmar las Resoluciones Exentas reclamadas; 102º) Que, para continuar con el desarrollo de este asunto, cabe reiterar que la Superintendencia de Valores y Seguros expidió seis resoluciones sancionatorias y de ellas, las que interesan para efectos de este análisis son las siguientes: en primer lugar, la que lleva el número 352, que impuso a José Yurasceck Troncoso una multa de seiscientos cincuenta mil unidades de fomento, equivalentes en pesos al momento de su solución.

En segundo lugar, la Resolución N°353, que sancionó a Marcos Zylberberg Klos con una multa de seiscientos cincuenta mil unidades de fomento, equivalentes en pesos al momento de su solución.

Enseguida, la Resolución N°372, relativa a Arsenio Molina Alcalde, sancionado con doscientas cincuenta mil unidades de fomento, en su equivalente en pesos al momento del pago.

Finalmente, mediante la Resolución N°373 se sancionó a Marcelo Brito León al pago de una multa de doscientas mil unidades de fomento, en su equivalente en pesos al momento del pago;

103º) Que, como ya se dijo, las referidas personas dedujeron la reclamación a que se refiere el artículo 30 del D.L. N°3.538, la que se radicó en el Quinto Juzgado Civil de esta ciudad, pidiendo en las presentaciones pertinentes, en primer lugar, que se dejaran sin efecto las multas impuestas, y en forma subsidiaria, la rebaja de las sanciones.

En sus contestaciones, la Superintendencia en cuestión solicitó el rechazo de las demandas, tanto en sus peticiones principales como en las subsidiarias.

Cabe advertir que los reclamos y las contestaciones respectivas están contenidas en extensas presentaciones, y sólo se ha hecho mención a

sus petitorios, porque para efectos de determinar la existencia de la causal de nulidad formal invocada, ellos son fundamentales, ya que son los que determinan el objeto de la litis y, por lo tanto, la materia que debe ser objeto del proceso, esto es, probada y finalmente decidida, y con ella debe concordar la determinación judicial contenida en la respectiva sentencia, pero concretamente en su parte decisoria;

104º) Que , en el presente caso, los jueces han tenido opciones claramente definidas, ya que sólo han podido o acoger las demandas en su integridad, dejando en tal caso sin efecto las sanciones, o bien acoger las peticiones subsidiarias, rebajando las penas. Finalmente, la otra alternativa era desechar todas o algunas de las reclamaciones;

Es así como en primera instancia se acogieron los reclamos; sin embargo, apelada que fue la sentencia, la Corte de Apelaciones de esta ciudad, en un extenso fallo, revocó la decisión de primera instancia en cuanto se habían acogido los reclamos y los desestimó, condenando, además, a los reclamantes al pago de las costas;

105º) Que, en tales condiciones, habiendo absoluta concordancia entre lo pedido y lo resuelto, no resulta posible admitir la acusación formulada en orden a que la sentencia de segundo grado se haya extendido incurriendo en el vicio de ultra petita, en su variable de extra petita, porque la decisión adoptada es concordante con lo pedido por los cuatro reclamantes a que se refiere el recurso que se analiza.

Hay que precisar que la circunstancia denunciada, en orden a que el fallo impugnado se extiende a materias que no fueron objeto de cargos, las que se destacan y detallan con profusión, no tiene trascendencia, desde el momento que en lo decisorio, la sentencia confirmó las Resoluciones Exentas materia de la reclamación.

Por lo tanto, los hechos en que se funda el recurso de nulidad de forma, en el supuesto de ser efectivos -cuestión que no interesa indagar, por carecer de influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia-, podrían llevar a calificar al fallo como técnicamente incorrecto o de una falta de motivaciones o consideraciones de hecho o de derecho, lo que podría constituir otro defecto de orden formal, pero en caso alguno originar la causal que se invocó.

Los mayores argumentos sobre los cargos que fueron formulados por la entidad administrativa, se debieron sin lugar a dudas, al gran volumen del proceso, al que se aportaron antecedentes por todas las partes del juicio, lo que puso a los jueces del fondo en situación de contar con numerosos datos, que les permitieron razonar del modo como se les reprocha. Pero en lo medular y que es lo que interesa, hicieron alusión a los cargos formulados por la Superintendencia de que se trata, y desecharon las reclamaciones, y por consiguiente las pretensiones de los reclamantes;

106º) Que de acuerdo a lo razonado y concluido, esta segunda casación formal tampoco está en condiciones de prosperar, de manera que también debe ser desestimada;

D) En cuanto al recurso de casación de fondo interpuesto a fs.2276.

107º) Que el recurso del epígrafe denuncia la existencia de diversos motivos de nulidad de fondo. En primer lugar, denuncia la infracción de los artículos 3, 27 y 28 del Decreto Ley N°3.538, orgánico de la Superintendencia de Valores y Seguros, en relación a los artículos 2 y 3 de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, artículos 19, 20, 21, 22, 24, 582, 1445,1545, 1567 y 1810 del Código Civil, y artículos 39 inciso 3º, 42 N°1, 3, 4, 6 y 7, 41 inciso 1º, y 44, todos de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas.

Mediante tales infracciones, señala, la potestad punitiva de la Administración se extendió a actos y materias que no corresponden a la autoridad, pues la ley no las entregó a su competencia, transformándose el Superintendente de Valores y Seguros en una comisión especial, asumiendo el conocimiento de un conflicto que corresponde a los tribunales de justicia;

108º) Que el recurso explica que la autoridad administrativa es excepcionalmente titular de potestad punitiva sobre los actos de los administrados, en los casos expresamente establecidos en la ley; y en lo demás, dicha potestad corresponde a los tribunales de justicia. En el caso de autos, la autoridad recurrida carece de ella para poder resolver un conflicto entre accionistas de una sociedad anónima.

Fundamentando su aserto, expresa que el artículo 27 del Decreto Ley N°3.538 en su texto vigente a la fecha de los hechos dispone: que "Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones", entre las cuales se contempla la sanción de multa a beneficio fiscal(Nº2) hasta por 1.000 unidades de fomento, sanción que, conforme el artículo 29 del mismo cuerpo legal, puede llegar al 30% de la operación irregular.

Aduce que la citada norma extiende la potestad punitiva de la administración a las sociedades anónimas que incurren en las infracciones indicadas, lo que se evidencia, según dice, si se atiende a lo que prescribe el inciso 2º del artículo 27 en cuanto "Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a la sociedad, directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia".

Luego cita el artículo 28 de este mismo Decreto Ley, que establece que "Las pe

sonas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, pero sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracción a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones".

Entre ellas se contempla la multa a beneficio fiscal que, según el artículo 29, puede ser de hasta el 30% de la operación irregular; 109º) Que el recurso agrega que de dicha normativa se infiere que la autoridad sólo puede sancionar a las sociedades anónimas, a sus directores, gerentes, dependientes, inspectores de cuentas o

liquidadores, siempre que lo haga como consecuencia de una infracción por parte de la sociedad anónima (inciso 1° del artículo 27), puesto que el inciso 2° del artículo 27 del Decreto Ley N°3.538, alude en términos formales y explícitos a "las sanciones señaladas en los números 1) y 2)? que tienen como sujeto pasivo a la sociedad anónima. Asimismo, la referida potestad punitiva alcanza a las personas sujetas a la fiscalización o supervisión de la autoridad, en los términos señalados en la ley, lo que es consecuente con los principios informativos en la materia, ya que las normas aludidas determinan el universo al cual se extiende excepcionalmente tal potestad;

110°) Que los reclamantes señalan que las personas sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia están definidas en el artículo 3° del D.L. N°3.538, que expresa que "Corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros la superior fiscalización de: a) Las personas que emitan o intermedien valores de oferta pública; b) Las bolsas de valores mobiliarios y las operaciones bursátiles; c) Las asociaciones de agentes de valores y las operaciones sobre valores que éstos realicen; d) Los fondos mutuos y las sociedades que los administren; e) Las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones que la ley sujeta a su vigilancia; f) Las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar cualquiera sea su naturaleza y los negocios de éstas, y g) Cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que la presente ley u otras leyes así le encomienden".

Afirma que de esta norma surge que los accionistas de una sociedad anónima, por regla general, no están sujetos a la potestad punitiva de la Administración, y que los conflictos entre accionistas, como en este caso, deben ser resueltos por los Tribunales de Justicia, que ejercen la plenitud de la jurisdicción;

111°) Que luego añaden, que dichas disposiciones deben interpretarse a la luz de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que consagran el principio de legalidad, y de acuerdo con el segundo de ellos, inciso final, "Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la

ley señale".

Agrega que si no existe una disposición que expresamente confiera a la Superintendencia atribuciones para sancionar a los accionistas de una sociedad anónima, en razón de los actos ejecutados como tales en relación a otros accionistas, ésta no ha podido aplicar los castigos de que se reclama, lo que confirma el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado en cuanto dispone que "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico".

El artículo 3º del mismo cuerpo legal, que se refiere a los fines de la Administración del Estado, entiende que éstos se realizan a través del ejercicio de las atribuciones que confieren la Constitución y la ley a la autoridad.

El artículo 19 N°3 de la Constitución, por su parte, consagra el principio de que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta. Si la autoridad administrativa, invocando una potestad punitiva que no tiene, se avoca al conocimiento de una materia no comprendida entre sus facultades, se convierte en una comisión especial, y sus resoluciones carecen de validez. Agrega que a la citada normativa, se suma lo dispuesto en el artículo 73 de la Carta Política, ya que todo conflicto que se suscite entre accionistas, como en la especie, debe ser conocido y resuelto por los tribunales de justicia, cuya jurisdicción no puede ser invadida por la autoridad administrativa y avocarse al conocimiento de materias que son ajenas a sus facultades sancionadoras;

112º) Que se señalan también como infringidos los artículos 39 inciso 3º, 42 números 1, 3, 4, 6 y 7, 41 inciso 1º y 44 de la Ley N°18.046, que descansan sobre la hipótesis de limitar la potestad punitiva de la Administración a los actos y gestiones que las personas naturales ejecutan en el ejercicio de los cargos señalados en la ley, de

directores, gerentes y personas que hagan sus veces en una sociedad anónima. Respecto de los gerentes y de las personas que hagan sus veces, sólo son aplicables los artículos 41, 42 y 44.

El artículo 39 de esa ley se refiere a las funciones de director de una sociedad anónima; su artículo 41 a la forma en que los directores deben ejercer sus cargos y de la diligencia y cuidado que la ley les exige; el artículo 42, a las prohibiciones que pesan sobre los directores de sociedades anónimas; y el artículo 44, a los actos entre personas relacionadas y la sociedad anónima.

Afirma que ninguno de estos preceptos alude a los actos que, en ejercicio de sus derechos, ejecutan los accionistas, como ocurre con la transferencia o gravamen de sus acciones u otras análogas;

113º) Que seguidamente se remite a las normas sobre hermenéutica de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Desde esta perspectiva, alude el recurso, no ofrece duda que el sentido y alcance de las reglas citadas, interpretadas según su tenor literal, su espíritu, la coherencia y armonía entre las mismas, y los principios generales del derecho en que se inspiran, conducen a concluir que no existe disposición constitucional ni legal que permita a la Superintendencia conocer de los conflictos suscitados entre accionistas, a propósito de la enajenación de sus derechos u otros actos que ejecuten como titulares del dominio sobre su participación societaria;

114º) Que los recurrentes añaden que la sentencia vulnera, además, los artículos 19 N°24 de la Constitución Política y 582 del Código Civil, que establecen las facultades del dominio y, entre ellas, la de disponer libre y arbitrariamente de las cosas sobre que recae.

Se violentan también los artículos 1445 y 1545 del Código Civil, que permiten celebrar todo tipo de contratos, sin más limitación que respetar las disposiciones prohibitivas y de orden público consagradas en la ley.

Se infringe el artículo 1810 del Código Civil, según el cual pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley; y el artículo 1567 del mismo Código, que define como modo de extinguir las obligaciones la resciliación o mutuo

disenso;

115º) Que en suma, afirman, se ha negado a los reclamantes el derecho de disponer libremente de sus bienes, y se les imputa responsabilidad en actos en que no han participado, o que no han producido efecto, o que han ejecutado en ejercicio de un derecho radicado en su patrimonio, y sobre el cual no existe prohibición, restricción o limitación.

Los actos y contratos que, según el fallo, constituyen una operación única e indivisible, están referidos a la compraventa de acciones del 51% de la "Serie B" de las sociedades CHISPAS, a la promesa de compraventa del 49% de la misma serie, y al

amado contrato de "gestión", en ninguno de los cuales los participantes, como consta de autos, actuaron representando a las sociedades, o comprometieron a aquéllas en que eran accionistas, como lo prueba el hecho de que ninguna de ellas sufrió alteración de su patrimonio o utilidades, o de su posición financiera;

116º) Que por lo demás, el contrato de gestión fue dejado sin efecto, en virtud de una resciliación, antes de que produjera sus efectos, y antes de que la Superintendencia iniciara investigación y aplicara las sanciones reclamadas, por lo que no puede sostenerse la competencia de dicha entidad si se trata de juzgar y calificar un acto legítimo de disposición de acciones realizado por su dueño, y amparado por la garantía del derecho de dominio.

En todo caso el contrato de gestión tenía por objeto proteger los intereses de ENERSIS frente a un nuevo controlador, que no llegó a serlo por efecto de la pérdida del esquema de control y lo estipulado sobre este particular, por lo que la sanción se aplicó por un acto al que se le atribuyó el carácter de una falta, sin serlo, y que al no haberse consumado, no existía jurídicamente, por lo que a lo más pudo constituir una tentativa civil no sancionada por la ley, que no produjo efectos, que no afectó ni a ENERSIS ni a las sociedades CHISPAS, por consiguiente no pudo alterar sus patrimonios ni sus órganos administrativos, y que no existía jurídicamente al momento de imponerse las multas;

117º) Que, por otra parte, se agrega, ninguna de las conductas contempladas en la Ley sobre Sociedades Anónimas puede configurarse en grado de tentativa, pues se trata de conductas objetivas que deben desplegarse, ya que son sus efectos los que el legislador procura evitar. De todos modos, cualquiera sea la forma como se califique el contrato de gestión, se llegará, según se indica, a la misma conclusión: no produjo efectos, se celebró para resguardar los intereses de ENERSIS y de las sociedades CHISPAS, y estaba subordinado a la subsistencia del esquema de control fáctico que se transfirió a ENDESA ESPAÑA.

Por lo tanto, concluyen, no puede atribuirse el Superintendente de Valores y Seguros facultades para juzgar esta negociación indicada como única e indivisible que se limitó a la celebración de actos jurídicos al amparo de la Constitución y las leyes;

118º) Que en relación al contrato de Alianza Estratégica celebrado entre ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, sostienen los recurrentes que Luis Fernando Mackenna, no tiene responsabilidad alguna, ya que en su calidad de Presidente de ENERSIS, se abstuvo de participar en el Directorio, invocando un interés relacionado, tanto en la sesión en que se aprobó como en la comisión establecida para la aprobación de transacciones entre partes consideradas relacionadas por el artículo 44 de la Ley N°18.046, que funcionaba en ENERSIS antes de que ella fuera instituida en la ley.

La Corte Suprema, añade, conoció de esta situación, dejando sin efecto, a su respecto, una multa aplicada por su negativa de pronunciarse sobre la "esencialidad" de la Alianza Estratégica, y lo que se ha resuelto quebranta una decisión de dicho Tribunal, de la que se desprende que no puede ser objeto de cargo por la celebración de esa Alianza.

Menos aún podría sostenerse que este acto configura, junto a los contratos de venta de acciones, promesa de venta y de gestión, una negociación ?única e indivisible?, como se afirma en la sentencia;

119º) Que los recurrentes Marcos Zylberberg, Arsenio Molina, Marcelo Brito y Eduardo Gardella, señala el recurso, no eran directores de

ENERSIS ni tenían injerencia en sus decisiones, ni les fue requerida una opinión, información o antecedente sobre la misma, por lo que no existe vinculación con la decisión de celebrar la Alianza Estratégica, siendo abusivo atribuirles participación en su aprobación y celebración, cometiéndose un error que fluye de lo que la misma sentencia considera para mantener las sanciones;

120º) Que, en cuanto a José Yuraszec

k, el recurso explica que la Alianza Estratégica sólo podía celebrarse previa aprobación por parte del Directorio de ENERSIS, de la que era Gerente General y, como tal, estaba obligado a ejecutar los actos que le encargaba el Directorio.

No existían intereses contrapuestos entre la transferencia del esquema fáctico de control del cual él participaba, y lo que se acordara en la Alianza Estratégica. Es más sus intereses estaban ligados a ENERSIS, por lo que habrían sido los intereses de esta última los que primaban al ejecutar el encargo del Directorio.

La exigencia prevista en el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente a la fecha de celebración de dicha Alianza, en cuanto a que ¿en este caso- el gerente general tuviera interés por sí o como representante de otra persona en el contrato, no concurría en la especie porque cualquiera que fueran los términos de la Alianza, no afectaba ni los intereses del señor Yuraszec ni los de la sociedad en que participaba como accionista de la Serie B de las sociedades CHISPAS.

Tampoco tenía un interés directo en el contrato, ya que sus derechos estaban radicados en las sociedades CHISPAS que, si bien eran accionistas de ENERSIS, no intervenían ni eran parte de esta convención. Por lo demás, los intereses que éste hubiera podido tener en este acto se habrían extinguido automáticamente junto con la celebración de la Alianza Estratégica, porque el mismo día, 2 de Agosto de 1997, transfirió el 51% de sus acciones y prometió transferir en condiciones determinadas, pero asociadas al éxito de ENERSIS, todos sus derechos en las sociedades CHISPAS;

121º) Que la situación descrita, señalan, no fue considerada por la

sentencia recurrida, la que se limita a reproducir las alegaciones de la Superintendencia, sin hacerse cargo de sus defensas.

Ha quedado demostrado, sostienen, que no hubo acto alguno de los gestores clave que lo fuera en calidad de directores de las sociedades CHISPAS o de ejecutivos de Enersis, pues se limitaron a disponer de su patrimonio mediante contratos privados en los que no era parte ninguna de las sociedades involucradas.

Por tal razón, la Superintendencia no tenía facultades para sancionar, ya que ellas sólo proceden cuando se trata de actos ejecutados por la sociedad, por sus directores, gerentes o personas que hagan sus veces, según el artículo 50 de la Ley N°18.046, en calidad de tales y en razón de un acto propio de la administración, pero no respecto de actos ejecutados por las mismas personas en calidad de accionistas directos o indirectos de una sociedad anónima;

122º) Que, por lo tanto se vulneraron principios de orden público y rango constitucional, afectando derechos fundamentales de los sancionados, ya que la Superintendencia obró como una comisión especial, arrogándose atribuciones que no le confieren ni la Constitución ni la ley, quebrantando de tal modo el principio de legalidad.

Los abusos en que incurrió dicha entidad van más lejos, ya que de acuerdo con el artículo 30 inciso 2º del Decreto Ley N°3.538, el afectado con la multa aplicada puede reclamar ante el Juez de Letras en lo Civil que corresponda, quien debe atenerse al mérito de los antecedentes que sirvieron a la autoridad para sancionar, ya que se trata de una revisión jurisdiccional de lo obrado por la autoridad administrativa, pero las multas se mantuvieron atendiendo a antecedentes posteriores, muchos de ellos producidos por la Superintendencia durante la secuela del juicio, por lo que primero se sancionó y después se justificó o intentó justificar la sanción, lo que, unido a la falta de atribuciones de la autoridad, implican un quebrantamiento del ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho, falta de atribuciones de la que no se hicieron cargo ni la sentencia de primera instancia ni la de segunda, no obstante haberse formulado en

la reclamación.

Si bien los recurrentes no reclamaron contra la sentencia de primera instancia, por esta circunstancia, lo fue, porque ese fallo dejó sin efecto las sanciones, y no porque aceptaran la competencia del ente administrativo, como se sostuvo en estrados;

123º) Que así se ha configurado una denegación de justicia, porque esta materia, que no ha sido resuelta constituye una de las defensas de que se han valido los sancionados, afectados por multas que, de mantenerse provocarían su ruina.

Manifiestan, además, que la Superintendencia del ramo carece de poder sancionador para multar a los accionistas de las sociedades CHISPAS, si ninguna de dichas sociedades ha incurrido en infracción a la ley, de los estatutos sociales, o de las instrucciones impartidas por el órgano contralor, ni los reclamantes han ejecutado actos de administración, supuesto necesario de las sanciones que imponen a los gerentes, directores y demás personeros de la sociedad.

Se violenta el marco constitucional y, para los efectos del recurso, las normas invocadas de la Ley N°18.575, del Decreto Ley N°3.538, de la Ley N°18.046 y del Código Civil;

124º) Que, seguidamente, el recurso explica la forma como el primer grupo de errores de derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, sosteniendo que si se hubieran aplicado las disposiciones citadas, especialmente los artículos 3, 27 y 28 del Decreto Ley N°3.538; 6, 7, 19 N°3 inciso 5º, y 73 de la Constitución Política de la República; 2 y 3 de la Ley N°18.575, y demás disposiciones invocadas de la Ley N°18.046, se habría concluido que la materia sometida a consideración de la Superintendencia de Valores y Seguros se refería a un conflicto entre accionistas de las sociedades CHISPAS y que ella escapa a la potestad punitiva de la Administración, y como que dicha potestad es excepcional, debe estar contemplada en una norma expresa y, en ausencia de ella, la autoridad carece de poder sancionador.

Por consiguiente se habría dejado sin efecto las sanciones por no tener la autoridad atribuciones para multar a los accionistas de una

sociedad anónima en razón de un conjunto de contratos celebrados en el ámbito de su patrimonio, sin afectar los intereses de la sociedad ni ejecutar un acto propio de administración social.

Asimismo, habría entendido que lo que llamó "negociación única e indivisible" sólo podía comprender los contratos de compraventa de acciones, promesa de compraventa y de gestión, ya que el contrato de Alianza Estratégica fue celebrado por ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, sin participación de los recurrentes, gestores clave, por lo cual la sanción se funda en la calificación de contratos privados, ejecutados en el ámbito de la administración del patrimonio personal, sobre los cuales la Superintendencia carece de potestad punitiva.

Finalmente, no debió considerar el llamado contrato de gestión, porque fue resciliado antes de la investigación administrativa y antes también, de que se produjeran los efectos que las partes le habían asignado, por lo que las multas se basan en actos inexistentes, dejados sin efecto por los presuntos infractores, ninguno de los cuales afectó los intereses de terceros ni de las sociedades comprometidas.

En síntesis, concluye, por la errónea aplicación de las disposiciones denunciadas, se revocó la sentencia de primera instancia y se restablecieron las multas, debiendo acogerse las reclamaciones por incompetencia de la autoridad administrativa para sancionar;

125º) Que, a continuación, el recurso aborda la segunda causal de casación de fondo, sosteniendo que se infringieron los artículos 39 inciso 3º, 42 Nº6, 42 números 1, 3, 4, y 7, 41 inciso 1º y 44 de la Ley Nº18.046 "en sus textos vigentes al momento de ocurrir los hechos que se reprochan", en relación a los artículos 19, 20, 21, 22, 24, 582, 583, 1445, 1545, 1560, 1563, 1564, 1567 y 1810 del Código Civil; 12 inciso 2º, 19, 30 y 31 de la Ley Nº18.046 y 3, 27, 28 del Decreto Ley Nº3.538, y 54 de la Ley Nº18.045 sobre Mercado de Valores;

126º) Que el recurso se refiere a lo que llama "el estatuto del dominio y de las restricciones y limitaciones

que contempla la ley en relación al ejercicio de las facultades que le son propias"; expresando que tal derecho está consagrado en los artículos 582 y 583 del Código Civil, que los actos de disposición

del dueño se realizan a través de los modos de transferir el dominio, los que deben estar precedidos por un título como compraventa, permuta, o dación en pago; y para efecto de gestar jurídicamente el título existe plena libertad, sin perjuicio de las exigencias del artículo 1445 del Código Civil relativas a la capacidad, al consentimiento y la inexistencia de vicios, a que el consentimiento no recaiga en un objeto ilícito, y que tenga causa lícita;

127º) Que una vez perfeccionado el acto o contrato, adquiere el carácter de ley para los contratantes, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 1545 del mismo Código, pudiendo quedar sin efecto sólo por causa legal o mutuo consentimiento.

Los artículos 1567 y 1810 del mismo Código, definen, el primero, la resciliación; y el segundo que autoriza vender todas las cosas corporales e incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley. El estatuto del dominio está fundado en la garantía constitucional del dominio, consagrado en el artículo 19 N°24 de la Carta Política, que asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, y establece que nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional;

128º) Que siguiendo en esta línea argumental, señala que respecto de las acciones de una sociedad anónima, el artículo 12 inciso 2º de la Ley N°18.046 priva a la sociedad de la facultad de pronunciarse sobre la transferencia de las acciones, estando obligada a registrar los traspasos que se cursen por los titulares de estos derechos. El artículo 19 de la misma Ley limita la responsabilidad de los accionistas al pago de sus acciones; el artículo 30 les obliga a ejercer sus derechos sociales respetando los derechos de la sociedad y los de los demás accionistas; y el artículo 31 confía la administración de la sociedad anónima a un directorio elegido por los accionistas.

Todo lo cual configura un estatuto especial fundado en el respeto del derecho de dominio que cada accionista tiene sobre su participación

en la sociedad, y que se expresa a través de la adquisición o suscripción de las acciones en que se divide su capital, por lo que de tal estatuto jurídico se desprende la conclusión que las restricciones al dominio son de derecho estricto, deben estar expresamente contempladas en la ley y aplicarse restrictivamente; sin extenderlas a situaciones no descritas explícita y formalmente en la norma jurídica; 129º) Que, sostiene, todas las disposiciones indicadas fueron infringidas en la sentencia, que aplicó una sanción expropiatoria a los reclamantes, a pesar de no existir restricción, limitación ni prohibición en la ley en relación a los actos ejecutados y la enajenación y disposición de sus bienes, consistentes en acciones de una sociedad anónima, el fallo se asila, al efecto, en razones de interés público reproduciendo los razonamientos de la Superintendencia, por los que pretende fundamentar la expoliación de derechos individuales amparados constitucionalmente.

Como resultado de lo expuesto se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar facultades discrecionales para configurar violaciones a principios informadores del ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es la del orden público económico, la que con contornos vagos e inciertos se esgrime por la autoridad como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquéllos;

130º) Que, a continuación, los recurrentes se refieren a lo que rotulan como "Errónea interpretación y aplicación de los artículos 42 N°6 y 44 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas", disposiciones que fueron interpretadas equivocadamente, generando una restricción al derecho de dominio de los reclamantes, no contemplada en el sistema legal.

Explican que eran indirectamente propietarios de las acciones de la "Serie B" y de un paquete de acciones de la "Serie A" de las sociedades CHISPAS, y paralelamente, desempeñaban diversas funciones en las mismas sociedades, en ENERSIS o en sus filiales. Cualquiera de ellos podía disponer libremente de sus derechos en la sociedad en que participaba (sociedades en comandita propias de

ambas series de acciones de las CHISPAS) salvo dos restricciones previstas en los artículos 42 N°6 y 44 de la Ley referida, citadas en la sentencia con carácter de decisoria litis. Sin embargo, esas disposiciones se infringieron porque no concurren los presupuestos de hecho para que ellas tengan efecto, ni tampoco los elementos normativos para describir la conducta reprochada;

131º) Que enseguida añaden que se estableció en la sentencia que ENDESA ESPAÑA, a través de ELESUR S.A., pretendía adquirir el control fáctico y precario de ENERSIS, y se reconoce que dicho control era de dominio de los gestores clave. Asimismo, se dio por establecido que para estos efectos se celebraron tres contratos entre los reclamantes y ELESUR S.A., de compraventa de acciones, de promesa de venta de acciones y de "gestión".

Según el fallo, estos contratos forman una negociación única e indivisible extendiéndola también a la Alianza Estratégica que ligaba a ENERSIS y ENDESA ESPAÑA; pero no se reparó que en la decisión de celebrarla y en su negociación no participaron Luis Fernando Mackenna, que se abstuvo de hacerlo, Marcos Zylberberg, Arsenio Molina, Marcelo Brito y Eduardo Gardella; por otra parte, José Yuraszeck, como Gerente General de ENERSIS, se limitó a cumplir el acuerdo del Directorio adoptado, por unanimidad respecto de sus términos sustanciales, sin generar reclamo de parte de ENERSIS, como consta del finiquito que la empresa les extendió cuando cesaron en sus cargos.

Estos hechos, dicen, constan del proceso, están acreditados en el fallo, pero no son mencionados en él;

132º) Que el recurso explica que si la intención de Endesa España era adquirir el control fáctico y precario de ENERSIS de que eran titulares los reclamantes, no se pudo violar la prohibición del artículo 42 N°6 de la Ley N°18.046 porque el bien sobre que recayó la negociación no pertenecía a las sociedades CHISPAS, sino a los gestores clave.

La norma en cuestión dispone: "Los directores (de las sociedades CHISPAS en este caso) no podrán: "6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las

oportunidades comerciales de que tuvieran conocimiento en razón de sus cargos?.

En el caso de autos, era jurídica y materialmente imposible quebrantar esta prohibición por las razones reconocidas en la sentencia, y que el recurso enumera;

133º) Que tampoco los reclamantes pudieron quebrantar el aludido artículo 42 N°6, ya que no concurre ninguno de los elementos normativos que conforman la hipótesis descrita. No existió una oportunidad comercial que los sancionados hayan arrebatado a las sociedades CHISPAS, ni se lesionó el interés social de estas compañías, ni se tuvo conocimiento del interés de ENDESA ESPAÑA de adquirir el esquema de control de Enersis con ocasión de los cargos que desempeñaban en los directorios de las sociedades CHISPAS, puesto que dichos cargos nada tienen que ver con el esquema de control;

134º) Que a continuación, manifiestan que no se advierte cómo se pudo aplicar esta disposición excepcional, que debe interpretarse restrictivamente, recalando que las normas que consagran prohibiciones o describen conductas objeto de sanciones administrativas están sujetas a la exigencia, al menos semejante, de la tipicidad en materia penal. El ilícito administrativo no puede quedar abierto, porque ello impl

icaría extender las facultades de la autoridad administrativa e interpretar por analogía normas que por su naturaleza deben aplicarse restrictivamente, y limitarse a la situación descrita, atendiendo a los elementos normativos contemplados en la ley, lo que es una garantía que ampara la autonomía privada, consagrada en los artículos 1445 y 1545 del Código Civil, y asegura el imperio del principio de que, en el campo del derecho privado, es lícito ejecutar todos los actos que no están expresamente prohibidos en la ley.

En consecuencia, indican, es un error jurídico aplicar la restricción del artículo 42 N°6 de la Ley N°18.046, al dominio que detentaban sobre el esquema de control fáctico, y sostener que los recurrentes aprovecharon una oportunidad comercial de las sociedades CHISPAS,

conocida en razón de su cargo, pues no existe el menor indicio en el proceso para alcanzar esa conclusión;

135º) Que tampoco se pudo contravenir el artículo 44 de la Ley Nº18.046, infracción que se limita a José Yuraszeck, porque esta norma se aplica en la sentencia para fundamentar un eventual conflicto de interés, cargo que es jurídicamente imposible. La disposición se refiere a los actos y contratos celebrados entre un personero de la sociedad, director, gerente o quien haga sus veces, con la sociedad anónima en que se desempeña.

El texto de la norma en lo que interesa es el siguiente: "Una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tenga interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado" (texto vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos que se juzgan).

En este caso, los contratos que se objetan, compraventa de acciones, promesa de compraventa y contrato de gestión, no se celebraron con ENERSIS ni con las sociedades CHISPAS. La Alianza Estratégica se acordó entre ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, previo acuerdo de sus respectivos directorios y en condiciones de equidad similares a las que prevalecían en el mercado, prueba de lo cual es que nadie en el proceso ha puesto en duda la utilidad del convenio, y que el fallo afirma, con reiteración que en esta operación no hubo perjuicio para ninguna de las personas que intervinieron.

La Alianza se trató en una comisión especialmente creada por el Directorio de ENERSIS para analizar los contratos entre partes relacionadas, de la que Luis Fernando Mackenna se marginó, como también del acuerdo adoptado por el Directorio de ENERSIS, por estimar que podía tener un interés relacionado. En cuanto a Marcos Zylberberg, Arsenio Molina, Marcelo Brito y Eduardo Gardella, no tuvieron participación alguna en esa convención;

136º) Que, en relación a José Yuraszeck, tampoco puede aplicarse el artículo 44 de la Ley Nº18.046 para configurar un eventual conflicto de

interés. En efecto, dice, los sentenciadores debieron considerar, pero omitieron las siguientes razones: i) El interés a que alude la referida disposición debe ser contrapuesto a la sociedad anónima en que se desempeña el director, gerente o persona que haga sus veces...; ii) La Alianza Estratégica no fue suscrita por una sociedad en que el señor Yuraszeck tuviera un interés contrapuesto al de ENERSIS. La circunstancia de ser él accionista indirecto de las CHISPAS, sociedad que a la vez era accionista de ENERSIS, lo identificaba con los intereses de esta última y no con los intereses de ENDESA E ESPAÑA. A la misma conclusión llevan los términos de los contratos de promesa de venta y de "gestión", en que las utilidades y beneficios de ENERSIS son los que se privilegian y protegen, todo ello analizado a propósito de los hechos establecidos en esta causa; iii) Si se considerara que los intereses del señor Yuraszeck surgen con ocasión del contrato de gestión, (lo que descartamos...), jurídicamente ello habría ocurrido simultáneamente con la enajenación de las acciones de la Serie A y B de las sociedades CHISPAS, ya que si bien estos contratos estaban sujetos a una condición suspensiva, ella operó con efecto retroactivo, de modo que al generarse un supuesto interés que comprometiera al señor Yuraszeck con ENDESA ESPAÑA, la "Alianza Estratégica" ya se había perfeccionado legalmente, siendo imposible configurar los intereses contrapuestos que dan lugar al conflicto de interés mal resuelto que sanciona la sentencia; iv) La "Alianza Estratégica" fue suscrita por José Yuraszeck previo acuerdo del Directorio, conforme las instrucciones impartidas por éste y conociendo los directores de ENERSIS la existencia de negociaciones entre los gestores clave y ENDESA ESPAÑA para transferir el ?esquema de control fáctico? que ejercían, lo cual se desprende, entre otros antecedentes, de la abstención del Presidente de ENERSIS para pronunciarse sobre ese contrato; v) Los intereses del Gerente General de ENERSIS eran los intereses de esta empresa, ya que de su éxito dependía el ?precio contingente aplazado? (precio pactado en el contrato de promesa de compraventa del 49% de las acciones de la "Serie B" de las

sociedades CHISPAS), que estaba sujeto en cuanto a su determinación al valor de las acciones de ENERSIS, a las utilidades que obtuviera entre 1997 y 2001 (US\$600 millones) y a la subsistencia del esquema de control precario que se enajenaba a los inversionistas españoles; vi) Finalmente, al igual como ocurrió con el "contrato de gestión", la Alianza Estratégica nunca llegó a producir efectos, puesto que fue sustituida antes que comenzara a regir, no obstante lo cual, el fallo recurrido razona sobre la base de que ésta fue lesiva para los intereses de ENERSIS?;

137º) Que el recurso añade que sin perjuicio de todo lo dicho y que reitera, cabe des tacar que la imputación que se contiene en el fallo en orden a que dicho contrato de Alianza Estratégica era lesivo para los intereses de ENERSIS, infringe las disposiciones legales sobre interpretación de los contratos, en particular los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, que obligan a estarse a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras, al sentido que mejor cuadre con la naturaleza y totalidad del contrato y a lo estipulado en otros contratos celebrados entre las mismas partes, especialmente si versan sobre la misma materia.

Reitera que la lectura del aludido contrato y la realidad enfrentada por ENERSIS, permiten concluir que la Alianza Estratégica tendía a proteger a Enersis, previniendo que las decisiones que hubiere podido adoptar ENDESA ESPAÑA, como nuevo controlador, no privilegiaran su interés en caso de haberse presentado un futuro conflicto entre ésta y ENERSIS;

138º) Que, luego, el recurso efectúa lo que llama "Análisis de la Alianza Estratégica celebrada entre ENDESA ESPAÑA y ENERSIS e intención de las partes y sentido y finalidad de la misma", análisis que omite la sentencia según indica, por lo que es necesario dejar sentada la intención de las partes al celebrar la Alianza Estratégica, fijar su sentido y demostrar que, con los elementos de prueba del proceso, se acredita que accedió, contra lo que señala el fallo, en beneficio de ENERSIS;

139º) Que es así como relaciona tal asunto con los Requerimientos

Financieros de ENERSIS, que hacia 1997 no contaba con recursos suficientes para participar en las privatizaciones del sector eléctrico latinoamericano, a lo que se sumaban las limitaciones extremas que había alcanzado el nivel de endeudamiento de ENERSIS, lo que hacía atractivo e imperativo contar con los recursos, que aportaría la Alianza Estratégica y que especifica.

Asimismo, la Alianza contemplaba la creación de un vehículo inversor común, "ENDESIS", a través del que se conduciría y canalizaría la expansión de las partes en América Latina. La participación en ENDESIS lo sería en un 55% para ENDESA ESPAÑA y un 45% para ENERSIS.

Adicionalmente al aumento de capital que se realizaría en ENERSIS, ENDESIS contaría con un capital de mil millones de dólares, suma de la que ENDESA ESPAÑA se comprometía a aportar un 55%.

Con la Alianza, ENERSIS contaría con recursos frescos por mil quinientos cincuenta millones de dólares, de los cuales sólo ENDESA ESPAÑA se comprometía a aportar US\$850 millones, en el momento en que ello se requería, permitiendo respaldar con ellos la obtención de nuevos créditos sin poner en riesgo los niveles de endeudamiento y de clasificación financiera de las compañías; todo lo que se encuentra establecido en el proceso como hechos que no fueron objeto de controversia;

140º) Que siguiendo con su análisis el recurso aborda lo que titula "En relación con la protección de ENERSIS ante su nuevo controlador?", y expresa que el examen de los contratos revela que diversas cláusulas tenían por finalidad establecer limitaciones o contrapesos al nuevo controlador, pero en términos que fueran eficaces; procurando, para el mejor interés de ENERSIS y sus accionistas, que los máximos ejecutivos gozaran de la independencia necesaria en su relación con ENDESA ESPAÑA.

Para dicho efecto se contemplaba la intervención de los gestores claves, grupo de ejecutivos que entonces, ejerciendo el control de hecho del Grupo, gozaba de la confianza de los accionistas nacionales

y extranjeros de la Compañía.

La participación de los gestores clave se regulaba en el Contrato de Gestión suscrito entre éstos y ENDESA ESPAÑA, y no en el texto mismo de la Alianza Estratégica entre ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, resguardando así que sus estipulaciones no fueran fácilmente modificadas o dejadas sin efecto por ENDESA ESPAÑA como nuevo controlador;

141º) Que luego, el recurso se remite a los ¿Riesgos existentes y objetivos buscados?; en primer lugar, a impedir que ENDESA ESPAÑA se apropiara, en su beneficio, de un proyecto que ENERSIS tuviere interés en desarrollar a través de la alianza, ya que como controlador de ENERSIS, hubiera podido imponer la mayoría en el directorio, en contra de su participación en algún proyecto y en segundo lugar, a evitar que ENDESA ESPAÑA pudiese obligar a ENERSIS a participar en proyectos que no le fueran rentables;

142º) Que, continuando el análisis, se refieren a lo que llaman ¿Formas de asegurar la protección de ENERSIS?, remitiéndose, en primer lugar al origen e integración del Comité que decidiría sobre las inversiones a efectuar en el marco de la Alianza Estratégica, que por acuerdo del Directorio de ENERSIS de fecha 30 de julio de 1997 que autorizaba la celebración de la Alianza Estratégica, y como ella misma previno, el directorio de ENERSIS, que era el vehículo inversor de la Alianza Estratégica, estaría integrado por igual número de miembros designados por ENDESA ESPAÑA y por ENERSIS.

El Contrato de Gestión, en el cual no era parte ENERSIS, se presentaba como el medio idóneo para salvaguardar la integración paritaria en el Directorio de ENERSIS, ya que ENDESA ESPAÑA tenía como contraparte en aquel contrato a los gestores clave y no a ENERSIS, su futura controlada.

Por tal motivo, en el contrato se convino que el Comité a cargo de determinar las inversiones de ENERSIS, en lo que decía relación con aquellos representantes que correspondieran a ENERSIS, estaría integrado por gestores clave;

143º) Que, en segundo lugar, se alude a la regulación del derecho de

veto sobre nuevos proyectos, sobre lo que expresa que se pretendía, impedir que ENDESA ESPAÑA se apropiara en su beneficio, de un proyecto que ENERSIS tuviera interés en desarrollar a través de la alianza.

Para lograr este objetivo, se estipuló en la Alianza Estratégica, y se reiteró en el Contrato de Gestión, que "si los representantes de ENERSIS tienen la voluntad de efectuar una determinada inversión y ésta no fuere aprobada por el comité, la referida inversión no podrá ser efectuada ni por la sociedad inversora ni por ENDESA ESPAÑA, ni por ENERSIS ni por ninguna de las filiales de cualquiera de ambas".

Cuando se critic

a este punto de la Alianza Estratégica señalando que no existía simetría en el veto, se olvida que ENDESA ESPAÑA tendría mayoría en el directorio de ENERSIS y, por tanto, podía bloquear la participación de ésta en dicho órgano, y que el objetivo de la cláusula era evitar que ENDESA ESPAÑA desarrollara por su cuenta e independientemente, un proyecto que interesaba a ENERSIS; 144º) Que en el apartado siguiente, el recurso alude a lo que titula como "Evitar que ENDESA ESPAÑA pudiere obligar a ENERSIS a participar en proyectos que, a juicio de esta última, no fueran rentables".

Explica que para lograr este objetivo, en la Alianza Estratégica se acordó, reiterándolo en el Contrato de Gestión, que "Si alguna propuesta apoyada por los representantes de ENDESA ESPAÑA no fuere aprobada por el Comité, ENDESA ESPAÑA podrá efectuarla directamente ella o con otros terceros".

Así, se obtenía esta segunda finalidad, desapareciendo el peligro de que el controlador arrastrara a ENERSIS a un proyecto que no estimare rentable, siendo indiferente para ésta el hecho de que aquél, en este caso fuere abordado por la propia ENDESA ESPAÑA en forma autónoma;

145º) Que, luego, el recurso se refiere a la "Independencia de los Gestores Clave frente a ENDESA ESPAÑA", que dice relación con el Contrato de Gestión, en que la contraparte de ENDESA ESPAÑA,

como representante de ENERSIS, serían los gestores clave. Se debía asegurar que éstos actuaran efectivamente en interés de ENERSIS, y todos sus accionistas, y con autonomía frente a ENDESA ESPAÑA.

Para asegurar la independencia de éstos en resguardo del interés de ENERSIS, se ideó un sistema que alineara e hiciera coincidentes los intereses de los gestores clave con los de ENERSIS y, consecuentemente, de todos sus accionistas, lo que decía relación con el Factor Económico y el Factor Jurídico.

En cuanto al Factor Económico y su incidencia en la interpretación jurídica, indica que la mejor forma de obtener este propósito consistía en vincular los resultados económicos de ENERSIS con los de los gestores clave; de manera que el sistema que se adoptó puede resumirse, según expresa, en que en la medida que ENERSIS obtuviera mayores utilidades, beneficiándose por tanto todos sus accionistas, mayores serían los recursos económicos que tendrían derecho a percibir los gestores clave.

Este concepto se materializaba en el "Contrato de Promesa" mediante la regulación de los "pagos contingentes aplazados" a favor de los gestores clave, sobre la base de los acuerdos que enumera, y que textualmente se consignan:

i. Los gestores clave se obligaban a transferir a ENDESA ESPAÑA el 49% de las acciones de la serie B de las sociedades CHISPAS; ii. El precio pactado por dicha transferencia, ascendería, en principio, a la suma de US\$249.200.000; iii. El pago del referido precio se hallaba sujeto a dos condiciones suspensivas, una que afectaba la obligación misma de pagar y, la otra, al monto definitivo que correspondería pagar, la primera, la mantención del Esquema de Control que los gestores clave y no las Chispas tenían sobre ENERSIS y filiales; en segundo lugar, la obtención de un determinado monto mínimo de utilidades provenientes de la administración de ENERSIS; iv. Existía un tercer elemento que incidía en el monto que podrían percibir los gestores clave por concepto de precio, y que también se traducía en que estos tuvieran incentivos para administrar las compañías en el mejor interés de ellas mismas y no de su accionista controlador. El

monto de los referidos pagos aplazados quedó indexado, el mismo día 2 de Agosto de 1997, a la suerte o destino de las empresas del Grupo ENERSIS. Ello, por la vía de hacer depender la variación del precio contingente aplazado de la variación que, a su vez, tuviere la acción de ENERSIS. Así, mientras mayor fuera el valor de cotización de la acción de ENERSIS, mayor también sería el monto a recibir por los gestores clave; v. Además de las condiciones suspensivas, se estipuló un plazo para pagar el precio, que comprendía el periodo de 5 años?;

146º) Que, tocante al Factor Jurídico, los recurrentes explican que con esta operación ENDESA ESPAÑA apuntaba a obtener el control real y efectivo de ENERSIS, o "Esquema de Control", que se encontraba en manos de los gestores claves, supeditado a la confianza de los accionistas. Para tal efecto, la adquisición del control de las CHISPAS era sólo uno de los pasos.

Explican que la obligación de ENDESA ESPAÑA de efectuar los pagos contingentes aplazados se hallaba sujeta a la condición de que los gestores clave mantuvieran, al menos por 5 años, el esquema de control, de modo que, para los gestores clave era esencial mantener la confianza que en ellos depositaban los accionistas, mediante una buena administración que los beneficiara, incrementando las utilidades de las compañías.

Si en algún momento se produjera algún conflicto de interés entre el accionista controlador, ENDESA ESPAÑA, y los restantes, la opción de los gestores clave sería a proteger los intereses de estos últimos. En caso contrario, perderían su confianza y el esquema de control y, también, la totalidad de los pagos aplazados.

El sistema establecido en los contratos conducía a que los gestores clave se preocuparan, especialmente, de regular en ellos medios eficaces para mantener su autonomía e independencia de ENDESA ESPAÑA.

Se previeron varios mecanismos en los contratos de Promesa y de Gestión, en cuanto a la imposibilidad de ENDESA ESPAÑA para remover a los gestores claves o a ejecutivos de su confianza, mantenimiento de dichos gestores en la gerencia de ENERSIS y

presidencia de ENDESIS, y la obligación de ENDESA ESPAÑA de contar con el voto de los gestores antes de proponer cambios en políticas financieras.

Concluye que era esencial a los gestores clave preservar su autonomía y administrar en el mejor interés de las compañías bajo riesgo de perder casi el 50% del monto total que percibirían por esta operación, con independencia de posibles instructivos de ENDESA ESPAÑA;

147º) Que la cláusula tercera de la Alianza Estratégica, reprochada, establecía en el punto 3.1 que "Si el contralor de las CHISPAS cambiara y fuera conocido un Accionista Controlador distinto de las CHISPAS o sus sucesoras, tendrá lugar una causa de terminación de la Alianza...", e igual derecho u opción tendría ENERSIS si la SEPI, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, dejaba de ser controladora de ENDESA ESPAÑA; pero jamás podría haber operado esta causal de terminación en lo que a ENERSIS se refiere; dada su concentración accionaria del 32%;

148º) Que, en seguida, el recurso precisa que esa misma cláusula establece que esta causal de terminación facultará a ENDESA ESPAÑA para requerir de ENERSIS que le venda sus acciones en la sociedad inversora por su valor neto contable, y lo propio se establece para el evento que la SEPI, análoga a la CORFO chilena, dejare de controlar a ENDESA ESPAÑA.

El valor neto contable se estableció ante el hecho que la proyectada sociedad ENDESIS, canalizadora de las futuras inversiones derivadas de la Alianza, se estructuraría como una sociedad anónima cerrada, como todas las filiales de ENERSIS que invertían en el extranjero y que no podían cumplir con los requisitos de las sociedades abiertas, por lo que no se daría un precio de mercado. En todo caso este valor neto contable no resultaba inequitativo, que es la exigencia que impone la ley, ni susceptible de estimarse inadecuado, ante lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 77 del Reglamento de la misma ley, que usan este criterio como subsidiario de un precio de mercado al regular el derecho de

retiro en las sociedades anónimas cerradas; a diferencia del criterio que empleó el legislador para reglar la materia en las sociedades abiertas, en las que recurre al valor de mercado.

Sin perjuicio, tal obligación de venta al valor neto contable no podía ser exigible por parte de ENDESA ES

PAÑA en atención a lo antes expuesto, de modo que, si en algún momento operaba, lo sería únicamente en favor de ENERSIS, dada la reciprocidad de la estipulación;

149º) Que en relación con el reproche que se formula a la estipulación de la cláusula sexta de la Alianza Estratégica, conforme a la misma, una vez efectuado el aumento de capital en ENERSIS por mil millones de dólares, ENDESA ESPAÑA podía requerir que ENERSIS o alguna de sus filiales como CHILECTRA comprara participaciones que las sociedades CHISPAS mantenían en EDESUR y en CERJ, filiales extranjeras, ambas controladas y administradas por ENERSIS. Se estipulaba, además, que ambas transacciones debían llevarse a cabo a precio de mercado.

La razón de esta estipulación residía en la intención de ENERSIS de consolidar en ella todas las acciones de CERJ y EDESUR que estuvieran en manos de su nuevo controlador; y también en la intención de ENERSIS de incrementar la inversión en activos que administraba, que no implicaban aumentos de costos en su manejo y cuyo valor y potencial conocía.

Los paquetes de ambas compañías que las CHISPAS podían vender a ENERSIS representaba, a valor de mercado, un monto estimado en 104 millones de dólares, (62 millones, EDESUR y 42 millones, CERJ). Si se comparan con los aportes de capital que ENDESA ESPAÑA estaba comprometiendo en forma previa a la adquisición de dichos paquetes, de US\$550 millones en ENDESIS y US\$290 millones en ENERSIS, esto último por la proporción que correspondía aportar a las CHISPAS en los US\$1.000 millones de aumento de capital inmediato acordado en ENERSIS, concluye que ENDESA ESPAÑA aportaba de inmediato US\$840 millones;

150º) Que los recurrentes advierten que debe tenerse en cuenta lo

anterior para comprender el sentido de la operación, ya que el fallo parece hacer suyos los planteamientos del informe de don José María Eyzaguirre que equivocadamente señala que "Esto signifique que ENDESA ESPAÑA hacía su aporte de capital en ENERSIS, el que luego, a través del mecanismo ideado en la cláusula sexta, era recuperado a través de las sociedades CHISPAS, de las cuales iba a ser propietario y controlador".

El recurso infiere de lo señalado en relación a esta cláusula, al igual que en el caso de las otras dos cláusulas de la Alianza Estratégica que se refirió, que este contrato no era perjudicial para ENERSIS y sus filiales sino que necesario. Agrega que durante 1998, meses después de haberse retirado los gestores clave de la administración de ENERSIS, la compañía acordó incrementar su participación tanto en CERJ como en ELESUR;

151º) Que seguidamente señala a título de conclusión, que era necesario precisar cual fue la intención de las partes, y el sentido y alcance de la Alianza Estratégica en lo relativo a los intereses de ENERSIS, ya que la sentencia no se hace cargo de interpretar dicho contrato, como en derecho corresponde, extrayendo conclusiones divorciadas de la realidad, no obstante que una correcta aplicación de los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, obligaba a los jueces a darle el alcance ya descrito.

Como consecuencia de lo dicho, se sostiene que la sentencia prescindió de la recta interpretación del artículo 44 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, quebrantando los artículos 19, 20, 21, 22 y 24 del Código Civil, y haciendo extensivo este mandato legal a situaciones que no encuadran en la descripción dada por el legislador. A este respecto, dice que el sentido de la ley es claro, de acuerdo a lo previsto en el artículo 19 inciso 1º del Código Civil, ya que lo que la ley sanciona es la celebración de un contrato en que tenga interés un director, gerente o persona que haga sus veces o como representante de otra persona, y la sociedad en que se desempeña si existen intereses contrapuestos entre ambos contratantes, afectando los intereses de la sociedad anónima, lo que en este caso está descartado

por las razones expuestas.

Las palabras de que se vale la ley, agrega, no ofrecen dudas, en confor

midad a los artículos 20 y 21 del Código Civil. En el texto que se analiza -ar título 44 de la Ley N°18.046- se emplean palabras en su sentido natural y obvio y palabras definidas por el legislador, como sociedad anónima, actos y contratos, directores, representante de otra persona, directorio, por lo que la sentencia debió atenerse a estos significados para descubrir el verdadero sentido y alcance de la norma que se pretendía aplicar.

El contexto de la ley, el elemento sistemático de interpretación consagrado en el artículo 22 del Código Civil, tampoco pudo ofrecer duda a los sentenciadores, ya que la defensa del interés social debe apreciarse en relación a otras normas, como los artículos 42 y 45 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, debiendo entenderse como tal la consecución de utilidades o beneficios en la gestión social.

Finalmente, el espíritu general de la legislación a que alude el artículo 24 del Código Civil, apunta en la misma dirección. Lo que se procura es amparar los intereses de una sociedad anónima cuando se celebran contratos entre sus máximos ejecutivos y la sociedad, no para impedir que se realice la operación, sino para preservar y resguardar los beneficios y utilidades que corresponden, y persigue la sociedad anónima.

En síntesis, añade, el error de derecho que se atribuye a la sentencia, en esta parte, consiste en la infracción del artículo 44 de la Ley N°18.046, en relación a los artículos 19, 20, 21, 22 y 24 del Código Civil y a los artículos 1560, 1563 y 1564 del mismo Código, sobre interpretación de los contratos, al hacer extensivo el aludido artículo 44 a una situación excluida de su mandato y contenido, conforme los elementos de interpretación recogidos en el Párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil;

152°) Que, a continuación, el recurso se refiere a la ?Errónea interpretación y aplicación de los artículos 39 inciso 3°, 41 inciso 1°, 42 N°s. 1, 3, 4 y 7 de la Ley N°18.046 configurándose un manifiesto error

de derecho?. Argumenta que la sentencia incurre en estos errores de derecho al dar por configurado un conflicto de interés mal resuelto, único fundamento de las multas aplicadas.

Para estos efectos, es fundamental fijar en qué consiste el interés social, y cómo puede éste verse afectado;

153º) Que en este punto señala que, de acuerdo con la tesis contractualista que es la adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, el interés social es el interés común de los accionistas en cuanto socios; un interés que es típico del contrato de sociedad, y que lo distingue de otros contratos.

Nuestro Código Civil define la sociedad tipificándola como un contrato, en su artículo 2053. Coincidente con ello, su artículo 2061 reconoce los diversos tipos sociales, civiles y comerciales, colectivas, en comanditas y anónimas, dando para todas ellas una definición común. Dado que se trata de una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, la propia sociedad es titular de intereses jurídicos protegidos. Y su fin o interés es la obtención de utilidades en la explotación de su giro, y la participación de los socios en ellas a través de la proporción que les compete según sus estatutos.

Agrega que para el legislador, dado que los socios se obligan a poner algo en común con miras a repartir las utilidades respectivas, el interés social consiste en la obtención de dicho lucro, que proviene de la explotación o giro de la sociedad;

154º) Que, seguidamente, los recurrentes se refieren a materias que identifican como ?Conflictos entre el interés social y el interés particular de un accionista?, advirtiendo que junto con el interés social, en toda sociedad conviven también los intereses particulares de sus socios o accionistas. Estos últimos pueden ser lícitos o ilícitos, según cuáles sean las circunstancias concretas del caso.

Supuesta la recta adecuación de tales intereses con el ordenamiento jurídico aplicable, ellos -en general- dejan amplio margen a la actuación de los socios sin

que su consecución se traduzca en violación de las reglas que gobiernan determinado tipo social.

Explica que es usual que al convenir las reglas de administración de una sociedad anónima, normalmente a través de pactos de accionistas que son acuerdos parasociales, los socios se distribuyan la participación que a cada uno corresponderá en el directorio o que convengan que en determinados asuntos se requerirá de su actuación conjunta.

Precisa que tales directores no son designados para representar a determinado accionista, sino que para velar por el interés que, en cuanto tal, posee la sociedad en la cual desempeñan el cargo de director;

155º) Que, luego, el recurso explica el "Concepto de Conflicto de Interés", expresando que si se quiere arribar a un concepto que lo defina, en el ámbito de la sociedad anónima, se puede identificar entre sus supuestos, la existencia de dos o más intereses.

Para que concurra esta figura se requiere, en primer término, que existan dos o más intereses, entendidos éstos no necesariamente como derechos, sino incluso como simples expectativas. Unos y otros deben cumplir la doble condición de ser en sí mismos legítimos o merecedores de tutela jurídica, y ser de naturaleza patrimonial, o susceptibles de apreciación pecuniaria;

156º) Que en segundo lugar, explica, un conflicto de interés supone que dos o más expectativas o derechos se encuentran en colisión, en términos tales que la opción que se adopte a favor de uno de ellos se traduce en causar un menoscabo o, incluso, una postergación del otro.

En tercer lugar, debe existir un perjuicio real y cierto para el interés social derivado de la confrontación o conflicto, no bastando con uno eventual, potencial o hipotético, ya que en materia civil no es punible la tentativa, peligro o riesgo de causar un perjuicio;

157º) Que, luego, el recurso se refiere a los "Acuerdos de Actuación Conjunta y Compromisos entre ENDESA ESPAÑA y los "gestores clave", señalando que entre ENDESA ESPAÑA y los "gestores clave" se convino un sistema de contrapesos que garantizaba la autonomía de estos últimos frente a los poderes que adquiriría la primera a

consecuencia de transformarse en el nuevo controlador legal de ENERSIS. Este contrapeso consistía en que cualquier decisión relevante que quisiera adoptar ENDESA ESPAÑA, antes de ser propuesta al órgano societario competente, directorio o junta de accionistas, debía contar con la aprobación de los gestores clave, los que sólo la aprobarían si beneficiaba a todos los accionistas y por ende al interés social, ya que de lo contrario, perderían la confianza de aquéllos; el consiguiente "esquema de control", y el precio contingente aplazado pactado por la venta del 49% de sus acciones serie B.

Señala que, en consecuencia, el fallo recurrido discurre sobre un manifiesto error referido a la exigencia que contemplaban el "contrato de gestión" y la "promesa de compraventa", en este aspecto; error, que se funda en una violación a las normas legales que gobiernan la interpretación contractual, y que consistió en suponer que la previa aprobación de los gestores clave iría en beneficio de ENDESA ESPAÑA y en desmedro de los demás accionistas de ENERSIS. Esta suposición es falsa a la luz de los propios contratos y sus estipulaciones consignadas como hechos de esta causa;

158º) Que el recurso agrega que si se pretendiera que los gestores clave se comprometían a actuar sólo en favor de ENDESA ESPAÑA, las estipulaciones referidas no habrían tenido razón de ser, ya que para lograr este efecto bastaba que se hubiera pactado que los gestores clave se obligaban a apoyar las decisiones y propuestas del nuevo controlador. La interpretación del contrato que ha sentado el fallo en este aspecto, prescinde del hecho de que los intereses de los gestores clave, estaban alineados con los intereses de todos los accionistas ya que, de otro modo, se veían expuestos a perder su confianza y, con ello, el esquema de control, y por ende el 49% del precio pactado por la venta de sus acciones de la serie B, que por lo demás se pactó en función de la variación del valor de la acción ENERSIS y no de la acción de ENDESA ESPAÑA, y de la obtención de utilidades por parte de ENERSIS, y no de ENDESA ESPAÑA;

159º) Que la eventual aprobación por los gestores clave de una propuesta al Directorio o Junta de Accionistas constituye un

compromiso de actuación conjunta, lo que es aceptado por la legislación positiva, siendo usual que en los convenios se incorpore una cláusula en cuya virtud los contratantes se obligan a que los representantes de cada uno de ellos en las juntas de accionistas, o los directores que hayan sido elegidos con sus votos, se conducirán conforme las indicaciones que han sido normadas por el pacto, pactos que son legítimos y admitidos por la legislación en atención a las cuatro razones que detalla; y sólo podrán ser reprochados cuando supongan la promesa de realizar un hecho prohibido, y también en el evento que la actuación que derive de esas estipulaciones conlleve una infracción legal o menoscabo para la compañía o sus accionistas, en cuyo caso la responsabilidad del infractor se hará efectiva con independencia de que exista o no una convención que induzca a ejecutar la conducta prohibida;

160º) Que aún más, añade, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, el legislador ha permitido que un determinado grupo de accionistas, con exclusión de otros, convenga acerca de la forma en que se ejercerá el derecho de voto para una determinada materia, como lo prescribe el artículo 98 de la Ley de Valores, el que, además de reconocer plena eficacia y validez al Acuerdo de Actuación Conjunta, define a éste como "la convención entre dos o más personas ... mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad...?". Expresa que de dicha definición deriva que el legislador autoriza la existencia de los convenios sobre el ejercicio del derecho de voto, y otorga libertad para configurar su contenido negocial, el cual puede, a su vez, consistir en el objeto más específico y característico de las deliberaciones que se dan en el seno de una junta de accionistas o directorio, la misma gestión de la sociedad;

161º) Que el recurso expresa que, caracterizado lo que debe entenderse por conflicto de interés en la legislación, cuestión jurídica que debe calificarse en sede de casación, se deben analizar las disposiciones en que se funda la sentencia, las que no pueden servir de sustento para imputar a los reclamante la conducta que se les

reprocha. En el presente caso no ha podido configurarse un conflicto de interés, puesto que faltan los presupuestos que la ley establece, y a que ya se aludió;

162º) Que respecto a la supuesta infracción del artículo 39 inciso 3º de la Ley N°18.046, que reproduce, manifiesta que no ha podido ser violado por los gestores clave, que desempeñaban cargos de directores en las sociedades CHISPAS, porque en ejercicio de sus cargos no adoptaron ni podían adoptar acuerdo alguno con relación al traspaso del esquema fáctico de control, por cuanto éste era de dominio exclusivo de sus titulares y no pertenecía a dichas sociedades.

La venta que un director de una sociedad anónima hace de su participación en la sociedad no puede considerarse comprendida en la situación del artículo 39 inciso 3º mencionado, por cuanto no implica un acuerdo decisión discriminatorio del órgano administrativo, sino la disposición de un bien de dominio del director;

163º) Que a lo anterior añaden, al producirse esta negociación, tampoco el director estaba sujeto al deber de informar, lo cual se desprende del artículo 54 de la Ley sobre Mercado de Valores, posteriormente modificado por la Ley N°19.705, de 20 de Diciembre de 2000. Los sentenciadores han pretendido aplicar este mandato con las modificaciones introducidas tres años después de ejecutada la operación, olvidando que la ley rige desde su entrada en vigencia, y no tiene efecto retroactivo.

No puede invocarse el inciso 3º del aludido artículo 39 para configurar un eventual conflicto de interés, si los sancionados no han tomado acuerdos en su carácter de directores de las sociedades CHISPAS, no han deliberado en el Directorio respecto de la venta de las acciones de que eran propietarios indirectamente a través de sociedades en comandita, no han comprometido el interés ni el activo de las CHISPAS, y han dado cumplimiento a la información que el artículo 54 de la Ley sobre Mercado de Valores ordenaba a la fecha de los hechos.

Concluye que, por consiguiente, ninguno de los sancionados faltó al deber que la ley impone a un director de sociedad anónima ni correspondía ventilar en el Directorio los intereses que, como accionistas de las CHISPAS, poseían indirectamente.

El error jurídico se produce al aplicar indebidamente dicho inciso 3º del artículo 39 a una situación descrita en la sentencia como negociación única e indivisible, incorporando en ella un acto ajeno a los sancionados;

164º) Que, seguidamente, el recurso analiza el artículo 42 números 1, 3, 4 y 7 de la Ley Nº18.046, expresando que la sentencia imputa a los reclamantes la infracción de dicho precepto, incurriendo en error jurídico.

El Nº1 de la norma indicada establece: "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".

Para que pueda infringirse esta prohibición se requiere una conducta activa que la ley describe en detalle, y en el caso de autos los directorios de las sociedades CHISPAS no incurrieron en las conductas descritas por la norma.

Señala que el error se produce porque la sentencia cae en contradicción con el reproche en que se funda la multa impuesta, puesto que la Superintendencia les imputa no haber informado a los directorios de las CHISPAS sobre una negociación privada de los gestores clave, dando un alcance extensivo y que no tenía el artículo 54 de la Ley Nº18.045 entonces vigente; y sentencia, por su parte, el haber adoptado en el Directorio políticas y decisiones que no tenían por fin el interés social, dando errada interpretación a este concepto. En todo caso, el bien negociado era de propiedad de los gestores clave, compuesto por el dominio privado de las acciones de la Serie B, y de un paquete de la Serie A, unido a su permanencia en los cargos ejecutivos que desempeñaban en ENERSIS mientras contaran con la voluntad de la mayoría de los accionistas de ENERSIS, que en ningún

caso comprometía el interés social de las sociedades CHISPAS;
165º) Que tampoco este cargo puede remitirse a la responsabilidad que pudiere corresponder sólo a algunos de los gestores clave en sus cargos en ENERSIS.

Es un hecho de la causa, señala, que el contrato de gestión estaba destinado a mantener a los gestores clave y un cuerpo de ejecutivos en sus cargos, los mismos que había designado el Directorio en su oportunidad con la anuencia y respaldo de la mayoría de los accionistas; y a limitar los derechos del nuevo controlador, que asumía el esquema de control transferido por los gestores clave, en función de lo que se estimaba el interés de ENERSIS. En tal contexto no era posible quebrantar la prohibición indicada, pues lejos de afectar el interés social, el acto tenía por objeto resguardarlo.

La sentencia se desentiende del hecho que el contrato de gestión, formaba parte del sistema de contrapesos ideado precisamente para salvaguardar el interés social y prever un eventual conflicto de interés mal resuelto, cargo que se les formula; no cedía en beneficio de ENDESA ESPAÑA sino de ENERSIS, al limitar las facultades del nuevo controlador y mantener en sus cargos a los ejecutivos que había escogido, contratado y seleccionado el Directorio de ENERSIS en ejercicio de sus funciones;

166º) Que el error jurídico en que incurre la sentencia queda d
e manifiesto porque todos los acuerdos adoptados en el contrato de gestión, según allí se declara, corresponden a obligaciones de medio, que sólo comprometen a desplegar los mejores esfuerzos para lograr el fin que se proponía; y estaba sujeto a extinguirse en el evento de que se perdiera el control de ENERSIS por parte de ENDESA ESPAÑA, lo cual ocurrió a la postre, antes de que surtiera efecto. Indica que la ponderación del contrato de gestión debe ligarse al contrato de promesa de compraventa del 49% de la Serie B de las acciones de las sociedades CHISPAS, y a lo que las partes llamaron el precio contingente aplazado.

A este respecto, la sentencia prescinde de dos hechos establecidos en el proceso, importantes para comprender el sistema de contrapesos

ideado para resolver eventuales conflictos de interés: que el precio contingente aplazado estaba determinado por el valor de las acciones de ENERSIS por las utilidades que percibiera entre 1997 y 2001 (US\$600 millones), y que se rebajaría en un 80% si se perdía el control transferido por los gestores clave. Por consiguiente, el interés de los gestores clave estaba indisolublemente ligado con los intereses de ENERSIS;

167º) Que, seguidamente el recurso reproduce el N°3 del artículo 42 de la Ley N°18.046 en cuanto dispone que "Los directores no podrán:...3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas, presentar informaciones falsas y ocultar información". Expresa a este respecto que ni la Superintendencia de Valores y Seguros, ni su defensa durante el juicio, le formularon este cargo; tampoco se discutió, ni existen en el proceso antecedentes para sostenerlo. No obstante, lo que la sentencia parece exigir a los recurrentes es el deber de anticiparse a la modificación sufrida por el artículo 54 de la Ley N°18.045, en virtud de la Ley N°19.705, ya que a la fecha de la negociación el deber de informar la venta de las acciones y el contrato de gestión, no existía;

168º) Que los recurrentes aluden, también a las declaraciones prestadas ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados que examinó esta operación, por el Superintendente de Valores y Seguros, que aplicó las sanciones que se impugnan, y por el Fiscal de la Superintendencia de Valores y Seguros, que confirmarían la postura que sustentan en el recurso;

169º) Que luego afirman que toda la información que, según la ley se debía proporcionar al mercado, se entregó en las oportunidades y por los medios allí establecidos, habiéndose publicado en un diario de circulación nacional un aviso sobre toma de control por parte de ENDESA ESPAÑA, con ocasión de la Oferta Pública de Acciones para la adquisición de la Serie A de las sociedades CHISPAS, especificando condiciones y precio en que se comprarían las acciones de la Serie B, por lo que no hubo ocultamiento, secreto o

clandestinidad. No puede preterirse, tampoco, el hecho de que sólo en el año 2000 se modificó el artículo 54 la Ley de Valores, agregándose los artículos 54 A y 54 B en que se contemplan los avisos cuya omisión reclama el fallo.

Por otra parte, el N°3 del artículo 42, al tratar sobre las prohibiciones que afectan a los directores, supone que las cuentas o informaciones a que alude se relacionan con la sociedad, sus negocios o activos, y no con informaciones referidas a su patrimonio personal.

Hace hincapié en que estas defensas ni siquiera fueron mencionadas en la sentencia que motiva este recurso;

170º) Que los recurrentes aluden luego al N°4 del artículo 42 de la Ley N°18.046 que establece: "Los directores no podrán:...4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales". Comenta que en el proceso no existe ni la sentencia menciona un solo antecedente que sirva para fundamentar este cargo.

Tampoco fue objeto de la sanción aplicada por la Superintendencia, ni se discutió en el proceso, y el fallo aplica una norma ajena a

esta negociación, toda vez que las cuentas o informaciones a que se refiere el precepto dicen relación con los negocios de la sociedad en la cual se desempeña el director, y no con sus negocios privados o que no guardan relación con los activos de la sociedad;

171º) Que los recurrentes agregan que se cumplió el artículo 54 de la Ley sobre Mercado de Valores en su texto vigente a la época, lo cual fue reconocido por el propio Superintendente y el Fiscal de dicha institución, ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

Si el contrato de gestión fue objeto de una cláusula de confidencialidad, lo fue porque se imponían restricciones laborales a los gestores clave y se intentaba evitar que terceros pudieran aprovecharse indebidamente de esta información, que daba cuenta de resguardos destinados a contrapesar las facultades del nuevo controlador en beneficio de los intereses de ENERSIS, que coincidían con los intereses de los gestores clave, hechos que no se pueden pasar por

alto ya que constan de los contratos, cuyo contenido y estipulaciones han sido establecidos como hechos de la causa.

Por lo tanto lo que se decide no corresponde a los hechos establecidos, al mérito de las sanciones aplicadas, a la controversia judicial suscitada, ni a las alegaciones de las partes, lo que constituye un error de derecho;

172º) Que los recurrentes, a continuación, se refieren al artículo 42 Nº7 de la Ley Nº18.046 que expresa que "Los directores no podrán:...7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de sus cargos para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social".

Señalan sobre este punto que ninguna de estas conductas se ha configurado en la especie, ya que la venta, promesa de venta y contrato de gestión no conforman actos ilegales o contrarios al interés social ni de las CHISPAS ni de ENERSIS, insistiendo que son contratos privados, independientes del interés social, que sólo afectaron el patrimonio de sus propietarios y que no estaban calificados en los estatutos de las sociedades, por lo que dichos actos no pueden ser considerados ilegales;

173º) Que, agrega, lo propio sucede con el contrato de gestión, que analizado a la luz de los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, tenía por objeto limitar los derechos del nuevo controlador y mantener la misma plana ejecutiva de ENERSIS, que había sido designada por el Directorio, y evitar en beneficio del interés social, que ella se desarticulara o pudiera alterarse en función de los intereses de ENDESA ESPAÑA.

Lo que señala, dice, es coherente con el hecho de que los intereses de los gestores clave estaban ligados a los de ENERSIS y no a los de ENDESA ESPAÑA, como se desprende de lo convenido a propósito del llamado precio contingente aplazado de que da cuenta el contrato de promesa de venta del 49% de la Serie B de las sociedades CHISPAS;

174º) Que a este respecto, sostienen, se infringieron los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, el primero de los cuales ordena

acatar la intención de los contratantes por sobre lo literal de las palabras que se hayan empleado en el contrato; el segundo, dar al contrato la interpretación que mejor cuadre con su naturaleza, siempre que no aparezca voluntad contraria; y el tercero, permite interpretar el contrato por las estipulaciones de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

Añaden que la infracción de dichos artículos y del 1545 del mismo Código influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que prescindiendo del real contenido de los contratos y de la voluntad expresada en ellos, se parte de la base de que los gestores clave asumirían compromisos sólo en beneficio de ENDESA ESPAÑA, pretendiendo configurar, sobre tan erróneo supuesto las infracciones a la Ley de Sociedades Anónimas que se les imputa, en circunstancias que, como ya se ha expresado los intereses de los gestores clave se hallaban alineados con los intereses de todos los accionistas de ENERSIS. Ponen énfasis, además, en que la infracción en que incurre el fallo respecto de la aplicación del artículo 1545, que reconoce el valor de ley al contrato, hace procedente la interposición del recurso de casación;

175º) Que tampoco los gestores clave podrían haber usado sus cargos para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social, en atención al origen y finalidad del contrato de gestión, preservar los intereses de ENERSIS, limitando las facultades del nuevo controlador, y mantener la administración designada por el Directorio de ENERSIS; por tal razón no pudo haber aprovechamiento ni perjuicio para el interés social.

En este punto, señalan, la sentencia es reiterativa en cuanto a que los hechos sancionados no causaron perjuicio material y que se trata, en caso de estimarse contrarias a la ley, de infracciones formales. Por lo tanto, de ser así, queda descartada la aplicación del artículo 42 N°7 de la Ley N°18.046, porque esta figura exige que se afecte el interés social provocando daño a la sociedad anónima.

El error jurídico en que incurre el fallo como consecuencia de no interpretar correctamente el contrato de gestión es dar por establecido,

contra su propia decisión, un perjuicio al interés social de ENERSIS;
176º) Que en lo tocante al artículo 41 inciso 1º de la Ley N°18.046, que prescribe: "Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables", el recurso destaca que el tenor literal de la disposición exige para que se configure una infracción legal la existencia de perjuicios.

Agrega que esta norma no puede servir para calificar la conveniencia o inconveniencia de los contratos de compraventa y promesa de venta de las acciones de la Serie B de las sociedades CHISPAS, ya que ellos se celebraron al margen de las funciones que desempeñaban los gestores clave en dichas sociedades y en ENERSIS. El reproche sólo podría estar referido al contrato de gestión, ya que la Alianza Estratégica se celebró por acuerdo del Directorio de ENERSIS y siguiendo sus instrucciones;

177º) Que a continuación afirman, que si José Yuraszeck se atuvo, como ocurrió, a dichas instrucciones, no se le puede imputar que obró culpable o dolosamente. Abona esta afirmación, sostienen, la circunstancia de que al cesar en sus funciones de Gerente General de ENERSIS, fue objeto de finiquito, en el que no se le imputa cargo o reproche alguno.

En cuanto al contrato de gestión, interpretado en la forma que se ha planteado, esto es, aplicando correctamente los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, para comprobar la intención subyacente, lleva a la conclusión tantas veces reiterada, que accedió en beneficio de ENERSIS, ya que tenía por objeto limitar las prerrogativas del nuevo controlador, mantener la misma administración designada por su Directorio, y preservar los intereses de ENERSIS, que eran los intereses de los gestores clave, ya que el llamado precio contingente aplazado estaba ligado al interés social de ENERSIS, lo que excluye el obrar culpable o doloso de quienes lo suscribieron;

178º) Que, por lo tanto agregan, constituye un error jurídico invocar y

aplicar el artículo 41 inciso 1º de la Ley N°18.046 para mantener las sanciones, ya que no ha existido ni podido existir un hecho culposo o doloso en la suscripción del contrato de gestión, ni en los contratos de venta y promesa de venta de acciones, o en la Alianza Estratégica que sólo involucró a José Yuraszeck, mas no a los demás reclamantes, como se estableció en el proceso.

Las infracciones a los artículos 41 inciso 1º, 42 números 1, 3, 4, 6 y 7 y 44 de la Ley N°18.046 deben relacionarse con lo previsto en los artículos 3, 27 y 28 del D

Decreto Ley N°3.538, porque dichas normas delimitan las facultades de la institución pública, exclusivamente, a la calificación y sanción de los actos ejecutados por las personas naturales o jurídicas en la administración de una sociedad anónima, pero la potestad punitiva no alcanza a los actos y contratos que celebran en el ámbito y administración de su patrimonio. De lo dicho sigue que las infracciones que se invocan en el fallo deben entenderse referidas a actos de administración de las sociedades de parte de los gestores claves. Agregan que no pueden considerarse, como negociación única e indivisible, todos los contratos celebrados, ya que la Alianza Estratégica no fue suscrita por los reclamantes, y quien actuó en nombre de ENERSIS lo hizo facultado especialmente, siendo los demás ajenos a este contrato, al extremo de que se marginó de él Luis Mackenna, como está establecido;

179º) Que el recurso señala que los errores jurídicos en que incurrió la sentencia se hacen más patentes al relacionar las disposiciones infringidas con las que determinan el ámbito de la potestad punitiva de la Administración.

Si la negociación se circunscribe a los contratos de compraventa y promesa de venta de las acciones de la Serie B y de la Serie A de las sociedades CHISPAS y al contrato de gestión, con la intención, fines y objetivos que se desprenden de su interpretación, se debe concluir que ninguna de las disposiciones invocadas como quebrantadas pudieron violarse por los reclamantes, porque no han actuado en calidad de directores, gerentes o ejecutivos de las sociedades CHISPAS ni de

ENERSIS, sino en el manejo de su patrimonio y los bienes que lo componían;

180º) Que, seguidamente, el recurso se hace cargo de la forma como las infracciones legales y errores jurídicos que se denuncian en este capítulo del recurso, han influido substancialmente en lo dispositivo del fallo. En primer lugar, explica que la infracción de los artículos 39 inciso 3º, 42 números 1, 3, 4, 6 y 7, 41 inciso 1º y 44 de la Ley N°18.046 ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, ya que en ellos se sustenta la sentencia que mantiene las multas aplicadas. Si se hubieran aplicado correctamente tales disposiciones, la sentencia habría concluido que lo que llama negociación única e indivisible sólo puede comprender los contratos de compraventa y promesa de venta de acciones de la Serie B y Serie A de las sociedades CHISPAS, y el llamado contrato de gestión, por lo que habría excluído la aplicación del artículo 39 inciso 3º de la Ley N°18.046, puesto que, al ejecutar estos actos, los gestores clave no actuaron como directores o gerentes de una sociedad anónima, o personas que hiciere sus veces.

También habría concluido que no son aplicables a los reclamantes las prohibiciones contenidas en los números 1, 3, 4, 6 y 7 del artículo 42 de la Ley N°18.046, porque no se desarrolló ninguna de las conductas descritas en ellos, como se manifiesta al describirse la forma en que se produjeron las infracciones, sea porque no se ejecutaron los actos previstos, porque no pudo afectarse el interés social, o porque se respetó la legislación vigente;

181º) Que el recurso añade que lo propio debió concluirse respecto de los artículos 41 inciso 1º y 44 de la normativa sobre sociedades anónimas, puesto que no se incurrió en culpa o dolo en el ejercicio de los cargos que desempeñaban los gestores claves, ni se celebró un contrato entre partes relacionadas sin cumplirse los presupuestos consignados en la ley.

En tal caso, la sentencia debió confirmar el fallo de primera instancia que acogía las reclamaciones, dejando sin efecto las multas aplicadas, las que están fundadas en un solo cargo, consistente en la existencia

de conflictos de interés mal resueltos. Si hubiese dado el sentido que corresponde al concepto de interés social, habría llegado a la conclusión de que éste no estaba afectado y, por lo mismo, quedaban sin sustento las prohibiciones de los números 1 y 7 del artículo 42 de la Ley N°18.046.

Agrega que la sentencia debió haber excluido todo reproche fundado en los artículos 42 N°6 y 44 de la Ley N°18.046 a los contratos de compraventa y promesa de venta de acciones de que dan cuenta estos autos, si hubiera reparado en que las restricciones que la ley impone a los actos de disposición de los bienes propios deben estar fundadas en normas expresas, cuya interpretación debe realizarse restrictivamente.

Finalmente, si se hubieran interpretado correctamente los artículos 42 números 3 y 4, 41 inciso 1° y 39 inciso final de la misma Ley N°18.046, se habría debido concluir que no hubo inducción por parte de los gestores clave a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas u ocultar información, ni se realizó un acto doloso y culpable en nombre de las sociedades en el ejercicio de los cargos que ejercían los gestores clave, ni se privilegió en el ejercicio del cargo de director o gerente a una serie o grupo de accionistas.

Por lo tanto, se debió confirmar la sentencia de primera instancia;

182°) Que, a continuación, el recurso aborda una tercera causal de casación, esta vez relativa a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba; y, en un primer capítulo alude a la no apreciación de la prueba que daba cuenta del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre comunicación de la operación.

Es así como, señala, el fallo se dictó con infracción de los artículos 1700 del Código Civil, y 342 del N°2 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 9, 10 y 12 de la Ley de Valores y 44 de la Ley N°18.046.

Precisa que es un hecho de la causa que la operación de que tratan los autos fue comunicada al público, autoridades y al mercado, por medio de avisos legales, que fueron publicados, en destacado, en diarios de circulación nacional y, además, mediante comunicación

oficial enviada a la Superintendencia de Valores y Seguros y a todas las Bolsas de Comercio del país, como consta a fojas 1.247 del fallo de primera instancia, en particular en la referencia a la prueba aparejada en el archivador 3, números 11 y siguientes.

Hace presente que no se trata de avisos comerciales o de información periodística, sino que de avisos de carácter formal y legal, que se publican conforme a las instrucciones impartidas, mediante Circular, por la Superintendencia del ramo, de acuerdo a sus facultades legales, en particular, los artículos 9, 10 y 12 de la Ley de Valores, y 4º letra A de la Ley Orgánica respectiva, D.L. N°3.538.

Se trata, por lo tanto, de documentos que la ley clasifica bajo la categoría de instrumentos oficiales, documentación agregada a los autos, no objetada, que formó parte del mérito del proceso que debió ser apreciada en la sentencia;

183º) Que los recurrentes añaden que es también un hecho de la causa, reconocido en el considerando 44º de la sentencia de primera instancia, que en sesión de Directorio de ENERSIS, de fecha 30 de julio de 1997, se cumplió lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas para la aprobación de transacciones entre partes relacionadas, formándose una comisión especial, compuesta por los directores señores Montt y Errázuriz, la que fue informada en detalle de la Alianza Estratégica.

El fallo de la Corte, en su Considerando 30º, no obstante este reconocimiento y la prueba documental referida, reprocha a los reclamantes no haber comunicado públicamente la operación y acusa que no se conocía la verdadera y real negociación pactada.

En este mismo orden de ideas, el fallo de alzada suprime el considerando 54º de la sentencia de primer grado, referido a la Comisión de Directores citada, y el considerando 95º, que analiza las publicaciones que se hicieron cumpliendo la ley vigente a la época de los hechos.

Esta consideración, que tiene directa relación con lo resolutivo del fallo, puesto que es la única que sirve de base en la decisión de revocar el de primer grado, se dictó sin considerar

el mérito de la prueba rendida, la que es desdeñada como si no se hubiera agregado nunca al proceso;

184º) Que los recurrentes señalan que la Corte Suprema ha declarado que constituye infracción de ley reguladora de la prueba dejar de considerar la que se ha rendido, o atribuirle un mérito distinto del que la ley establece.

Añaden que el artículo 342 Nº2 del Código de Procedimiento Civil dispone que serán considerados como instrumentos públicos en juicio las copias -de avisos y de sesiones de directorio- que no sean objetadas como inexactas, cuyo es el caso de autos; y el artículo 1700 del Código Civil dispone que el instrumento público, valor que tienen los documentos referidos, hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones;

185º) Que el recurso añade que estas normas probatorias de carácter general, deben relacionarse con las específicas de las leyes especiales que establecen la obligación y manera de informar operaciones de esta naturaleza. En este sentido, el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone la obligación del director de informar al directorio que integra de las operaciones en que pueda tener interés y que celebre con la sociedad en que se desempeñan; los artículos 9 y 10 de la Ley N°18.045 obligan a informar de todo aquello que se conoce como hechos esenciales, en la forma que establece el artículo 90 del Reglamento de Sociedades Anónimas.

La propia Superintendencia ha reglamentado que la información debe hacerse mediante publicaciones destacadas, lo que se cumplió; además, el artículo 12 de la Ley de Mercado de Valores dispone que la comunicación debe efectuarse dentro de los 5 días siguientes al de la transacción respectiva, norma que es violentada en el fallo de la Corte, cuando modifica el Considerando 33º del de primera instancia y establece, en su reemplazo, que sólo cabe referirse a lo obrado hasta el día dos de agosto de 1997, que es un día sábado y es la fecha en que recién se firmaron los contratos, lo cual ya se encuentra, además,

resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;

186º) Que los recurrentes precisan que, conforme a la prueba rendida, cuyo mérito es omitido por la Corte, se acreditó el cumplimiento de las normas legales sobre información veraz y oportuna que debe darse al mercado y de la autoridad, y no es posible exigir, bajo sanción de carácter pecuniario, que una persona deba cumplir más obligaciones que las que la ley o la autoridad han establecido.

En el proceso se acreditó que los reclamantes cumplieron con todas las normas de publicidad que la ley les imponía, y no corresponde exigirles otras conductas, como lo hace el fallo;

187º) Que, en cuanto a la influencia sustancial de la infracción señalada en lo dispositivo del fallo, el recurso explica que de si se hubiera ponderado legalmente esta prueba, el fallo debió concluir que la operación se había desarrollado con la publicidad que la ley establecía en ese entonces y, por lo tanto, se debió decidir que los reclamantes solucionaron, conforme a la ley, los eventuales conflictos de interés que podrían haber existido, confirmando así el fallo apelado que acogió los reclamos formulados contra las resoluciones que se fundaban en haberse solucionado indebidamente los conflictos de interés derivados de las distintas calidades en que actuaban los demandantes;

188º) Que, en un segundo capítulo del tercer motivo de casación, el recurso se asienta en ¿Falta de apreciación de la prueba rendida, que acreditaba el cumplimiento por parte de cada uno de los reclamantes de las funciones y obligaciones que debían desempeñar respecto de su empleador ENERSIS S.A.?, por lo que se infringieron los artículos 1700 y 1702 del Código Civil en relación con el artículo 342 N°2 del Código de Procedimiento Civil.

Señala que uno de los reproches que el fallo

imputa a los reclamantes, se sitúa en el hecho de que no habrían dado a conocer los contratos suscritos el día 2 de agosto de 1997 a ENERSIS S.A., razón por la que esta empresa decidió que cesaran en sus cargos.

Expresa que en el Considerando 30º del fallo de la Corte, se estableció

como hecho de la causa, que se indica ¿no aparece desvirtuado?, que el Directorio de ENERSIS decidió el cese del cargo de gerente general del reclamante Sr. Yuraszeck, y de los restantes gestores clave como ejecutivos, a partir del conocimiento de los citados contratos, en octubre de 1997, y los reproches que ellos les merecieron por las ilicitudes e ilegalidades que cometían.

En los mismo términos, añade, el Considerando 35º enfatiza que "también se encuentra acreditado en autos que el Acuerdo de Alianza suscrito por el reclamante señor Yuraszeck fue distinto de aquel para el cual fue autorizado por el acuerdo de Directorio N°47/07, razón por la cual el reclamante señor Yuraszeck fue cesado en su cargo de Gerente General".

En el motivo 39º se vuelve sobre la cesación de funciones del señor Yuraszeck por su participación en la operación;

189º) Que en dichos razonamientos, señala, el fallo tiene por acreditados hechos que están en contradicción con la prueba también reconocida en la misma sentencia, omitiendo conferirle a esta última el valor probatorio que la ley le asigna.

Así, expresa, se agregaron legalmente al juicio los finiquitos, debidamente protocolizados que ENERSIS S.A. suscribió con los reclamantes, y en los cuales se renuncia a las acciones a que hubiere lugar; así como también la sesión de directorio de ENERSIS de 7 de noviembre de 1997, en los cuales documentos no se efectúa reproche alguno a la actuación de los reclamantes.

Estos documentos no fueron objetados en el juicio, por lo que, hacen plena prueba de su otorgamiento, de conformidad a lo dispuesto por el N°2 del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil y por el artículo 1700 del Código Civil;

190º) Que el recurso agrega que la sentencia omitió considerar el valor de instrumento público que el artículo 1702 del Código Civil le otorga al documento privado que no ha sido objetado, más el que les asigna el artículo 1700 del mismo Código, por lo que no se consideró el valor de prueba plena que esas disposiciones confieren a estos documentos;

191º) Que por otra parte, añaden el fallo da mérito de plena prueba a

un informe en derecho emitido por don José María Eyzaguirre, y omite considerar otro informe, pedido también por ENERSIS a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y ratificado en calidad de testigo por su Decano, que concluye, desde el punto de vista jurídico, la inexistencia de conflicto de interés en la suscripción de los contratos materia del juicio, en relación con ENERSIS;

192º) Que, en cuanto a la influencia sustancial de las infracciones referidas en lo dispositivo del fallo, los recurrentes señalan que, si se hubieran ponderado estos documentos en conformidad a la ley, no se podría haber concluido que los reclamantes incurrieron en conductas reprochables respecto de la empresa ENERSIS, la que no fue parte en la causa.

Ni se habría dado el mérito que se otorga al informe en derecho del Sr. Eyzaguirre, que señala la existencia de un conflicto de interés con la empresa ENERSIS, en desmedro del otro informe pedido también por el Directorio de ENERSIS, y que concluye lo contrario.

Tampoco se podría haber concluido en el fallo, considerando 48º, en su letra a) que se infringió el inciso 3º del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas; y en la letra c) del mismo fallo, que ha existido infracción de los números 1, 3 y 4 del artículo 42 de la misma ley; y en su letra f), donde se invoca contravención del número 7 del artículo 42 de la misma ley;

193º) Que en un tercer capítulo de esta tercera causal de casación, el recurso denuncia la infracción del artículo 1698 del Código Civil, que se habría producido al invertir

la carga de la prueba y establecer una presunción que la ley no contempla, con lo cual también se viola el artículo 9 del mismo Código, ya que la ley que consagra la presunción de legalidad de los actos de la administración es la N°19.880 de mayo del año 2003, y los hechos de la causa datan de agosto de 1997;

194º) Que este respecto expresa que, en el considerando 16º, la sentencia establece "dos principios fundamentales", por lo que, en concepto del juzgador, se trata de razonamientos que influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo y que tiene vinculación con

lo resolutive.

Se sostiene, en la letra a), que el análisis que de la controversia de autos hará la Corte estará vinculado "a los elementos de prueba allegados por las partes a la causa". Luego, en la letra b) se agrega que a las resoluciones sancionatorias de la Superintendencia corresponde asignarles una presunción de verdad y de autenticidad y, que son los recurrentes quienes deben "soportar en autos la carga de la prueba, lo que los reclamantes aquí no han satisfecho";

195º) Que el Código Civil, en su artículo 1698 establece la regla probatoria denominada del onus probandi, en virtud de la cual el peso de la prueba se impone al que alega los hechos que pretende dar por establecidos; corresponderá, entonces a las partes, probar los hechos que invocan como base y fundamento de sus respectivas defensas; de lo cual se desprende que la carga de la prueba debe ser distribuida por el Juez en atención a las acciones y excepciones que los litigantes hagan valer en el pleito y no asignar dicha carga sólo a una de las partes escudándose, como lo ha hecho el fallo, en una presunción legal de validez y autenticidad, de las resoluciones de la Superintendencia, que el legislador, no había establecido, a la época de imponerse las multas;

196º) Que a lo expuesto añaden que, si bien, las resoluciones del ente fiscalizador son instrumentos públicos y, en este carácter no han sido impugnadas, es un asunto distinto que los hechos que sirvan de fundamento a esas resoluciones sean considerados como amparados por una presunción legal de veracidad o autenticidad, lo que no sucede ahora ni a la época de dictación de las resoluciones, de manera que en el procedimiento administrativo correspondiente la Superintendencia debió acreditar todas las situaciones fácticas fundantes de las sanciones impuestas, no siendo plausible que durante el proceso judicial, haya rendido probanzas nuevas, que no se tuvieron en vista al momento de aplicar las multas;

197º) Que por lo tanto, aducen constituye un error de derecho liberar a la Superintendencia del ramo del onus probandi, ya que sobre ella pesó también la carga de la prueba en el proceso administrativo, por lo

que la no aplicación del artículo 1698 del Código Civil a esa entidad liberándola de probar los hechos fundantes de las multas, influyó sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Apuntan, además a la contradicción existente en el tratamiento que se hace en el fallo respecto de la carga de la prueba, puesto que en el Considerando 16º, letra b) se indica que las resoluciones de la Superintendencia tienen una presunción de verdad y de autenticidad, concluyendo que son los demandantes quienes deben soportar en autos la carga de la prueba; y en el mismo motivo, letra a), se señala que la Corte ha analizado "los elementos de prueba allegados por las partes a la causa". La primera afirmación no se condice con el debido proceso que debió seguirse ante el ente administrativo;

198º) Que a continuación se señala que sólo en el año 2003, la Ley Nº19.880, dispuso, en su artículo 3 inciso final, que "los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad" y en el artículo 11 consagró el principio de imparcialidad de los actos de la administración, normativa que no tiene efecto retroactivo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil que lo prohíbe, por lo cual no se pueden aplicar estos principios a una reclamación trabada judicialmente en el año 1997, y fallada en primer grado en julio del año 2002, esto es, un año antes de la dictación de la referida norma;

199º)Que, finalmente, el recurso, refiriéndose a la forma en que esta infracción influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que en el considerando 16 letra b) se ha establecido erróneamente que todo el peso de la prueba correspondía a los reclamantes, ¿exigencia que ellos no han satisfecho en autos de modo que conduzca a acoger las reclamaciones?.

Si se hubiera aplicado correctamente la regla del artículo 1698 inciso 1º del Código Civil, la sentencia habría concluido que la Superintendencia de Valores y Seguros no está exonerada del onus probandi, por lo que debió, satisfacer la exigencia legal en orden a que, al momento de pronunciarse las multas, se encontrasen debidamente demostrados los hechos constitutivos de las sanciones

aplicadas.

Como por el contrario, el fallo resuelve que son los reclamantes los que no habrían satisfecho la exigencia legal, es manifiesto que la infracción denunciada influyó sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia ya que de otro modo, debió haberse analizado si el órgano fiscalizador había o no cumplido con esta regla procesal, y no presumir la validez de las sanciones sin que el legislador lo haya establecido;

200º) Que pasando al análisis del segundo recurso de nulidad de fondo deducido a fojas 2276, hay que señalar, a propósito del primer error de derecho, que en él se formulan las mismas alegaciones que en la primera casación de fondo, en su tercer capítulo, aunque desarrollándolas más latamente, con mayor profusión de argumentos y citas legales, postulando en lo fundamental, a desconocer las facultades de la Superintendencia para conocer y sancionar ciertas conductas; y señalando que, mediante la infracción de la abundante normativa referida en el considerando 107 de esta sentencia, se afirma que la Superintendencia carece de potestad punitiva en el presente caso; que se ha contrariado la potestad punitiva de la Administración, ya que se extendió a actos y materias que no corresponden a la autoridad pues la ley no las entregó a su competencia, transformándose el Superintendente de Valores y Seguros en una comisión especial, asumiendo el conocimiento de un conflicto que corresponde a los tribunales de justicia.

Se dice en el recurso que se les imputa responsabilidad en actos en que no han participado, o que no han producido efecto alguno, o que han ejecutado en ejercicio de un derecho radicado en su patrimonio y sobre el cual no ha recaído ninguna prohibición, restricción o limitación;

201º) Que además, se acusa a la Superintendencia de haberse extralimitado en sus atribuciones, asegurando que se les habría sancionado por actuaciones llevadas a cabo en su calidad de accionistas particulares. Se invocan, además, ciertos principios, como el del debido proceso;

202º) Que en primer término, es necesario reiterar que si los

recurrentes estimaron vulnerados los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, lo que tornaría nulo ?nulidad de derecho público- lo actuado por la Superintendencia de Valores y Seguros, debieron en su momento, ejercer la correspondiente acción de nulidad de derecho público de dichas actuaciones.

Por el contrario, se sometieron al procedimiento regulado en el Decreto Ley N°3.538, iniciando este proceso mediante la reclamación prevista, precisamente, en el texto orgánico de la aludida entidad, con lo que, sin lugar a dudas, aceptaron todo el procedimiento regulado por dicha normativa particular, establecida para recurrir respecto de las resoluciones del citado ente fiscalizador.

Resulta así contradictorio ?como ya se dijo- que, por una parte, se haga uso del mecanismo contemplado por la ley para impugnar resoluciones de la autoridad administrativa, y paralelamente se plantee que dicha autoridad actuó fuera de la órbita de su competencia, ya que lo que se propugna, mediante la reclamación,

según el texto del inciso segundo del artículo 30 del D.L. N°3.538, es la inexistencia de motivos o fundamentos para sancionar, o el exceso de la pena impuesta;

203º) Que en el recurso se dice, además, que la autoridad no ha tenido potestad para sancionar, ya que se trataría de actos que deben ser conocidos por la justicia ordinaria, señalando, que los conflictos entre accionistas, como en este caso, debieran ser resueltos por los Tribunales de Justicia, que ejercen la plenitud de la jurisdicción;

204º) Que tratándose de infracciones administrativas, es precisamente la Superintendencia del ramo la que debe actuar, porque así se lo impone la ley en forma expresa, y a los tribunales del orden civil, les corresponde conocer de los reclamos que se formulen en contra de lo resuelto, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 30 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, que fue el usado por los reclamantes;

205º) Que, por otra parte la sentencia de primer grado acogió el reclamo, por razones de fondo y no por motivos formales, reconociéndose, por tanto la facultad de la Superintendencia para

intervenir en este caso concreto, lo que importó se entrara al análisis de las infracciones imputadas; resulta obvio que ante esta decisión los reclamantes sufrieron un perjuicio procesal, el que pudieron y debieron intentar corregir mediante la apelación respectiva, y no lo hicieron, razón por la cual el fallo quedó efectivamente ejecutoriado en este aspecto, sin posibilidades de que se pueda renovar la discusión;

206º) Que, ampliando lo anteriormente expuesto, cabe remitirse a la sentencia de primer grado, que en esta sección fue reproducida por la de segundo, y que analizó tal materia en su motivo vigésimo cuarto, en el que se expone que ??cabe hacerse cargo de la argumentación de los reclamantes, en el sentido de que la Superintendencia carecía de facultades sancionatorias en el caso de autos. Esta objeción, para resolverse debe insertarse en la normativa legal invocada por el ente sancionador, la Ley de Sociedades Anónimas y el Decreto Ley 3.538, cuerpos legales ambos, que se refieren precisamente, a ese tipo de sociedad y a las responsabilidades que asumen sus directorios y gerentes, en cuanto a las actuaciones que realizan como tales, entregando al organismo supervisor, inequívocas facultades controladoras y sancionatorias?.

El fallo agrega, zanjando así cualquier posibilidad de reabrir posteriormente la discusión, que ?Actuando en esa órbita legal, la Superintendencia ha cursado las multas que se reclaman, ahora si los reproches que se imputan a los actores caben dentro del marco legal invocado, y sus actuaciones ameritaban las sanciones impuestas, será materia de la resolución del fondo del asunto, no pudiendo aceptarse una negativa a priori, de su facultad revisora?;

207º) Que, acorde con lo expuesto cabe concluir que los reclamantes no han estado en posición jurídica, en la presente etapa del juicio, de renovar el planteamiento sobre incompetencia o falta de atribuciones sancionadoras de la Superintendencia referida, toda vez que no reclamaron del señalado agravio; la sentencia de segunda instancia nada dijo sobre dicha cuestión, partiendo del presupuesto de que la entidad administrativa había actuado legítimamente y en el marco de sus atribuciones, en el aspecto formal, pues estaba a firme el rechazo

del planteamiento sobre falta de potestad.

Por lo tanto, debe insistirse nuevamente que la conclusión evidente es que los jueces del fondo no han podido infringir la ley al no tratar esta materia, ni establecer la falta de facultades sancionadoras de la Superintendencia, porque tal aspecto del asunto no formaba parte del debate, el que quedó limitado a la apelación de la Superintendencia, de modo que dichos magistrados estuvieron en situación de avocarse a las cuestiones de fondo, para confirmar o revocar el fallo -como efectivamente lo hicieron-, pero haciéndose cargo tan solo de asuntos sustantivos, y no formales;

208°

) Que, por otra parte y en relación a lo argumentado, en orden a que no se ha podido sancionar a los reclamantes por haber actuado a título enteramente personal, se advierte lo contrario desde la perspectiva de los hechos sentados en el fallo que se revisa, como puede apreciarse de lo expuesto en los motivos 23°, 24° y 25° en que se exponen las calidades que ostentan los reclamantes, y los contratos en que intervinieron, por lo que no resulta posible aceptar que los actores pudieran desdoblarse, abandonado sus calidades de Director o de Gerente que detentaban -según los casos-, para actuar en los hechos reprochados únicamente como personas naturales, en ejercicio del derecho de dominio sobre sus paquetes accionarios, para efectuar negociaciones a su respecto, a título enteramente personal. Se trata de una argumentación que contraría el mérito del proceso, particularmente a los hechos establecidos por los jueces del fondo, en que se les imputan actuaciones que van más allá de conductas propias de simples particulares, porque es un hecho que no lo eran y que no actuaron en esta simple calidad;

209°) Que, por lo expresado, cabe concluir que la señalada afirmación va contra los hechos de la causa, que quedaron asentados por los jueces del fondo, de los que aparece que los reclamantes obraron no a título personal, sino que precisamente en razón de los cargos que detentaban en las empresas involucradas, celebrando diversas negociaciones de los que ?el único...que conoció y autorizó el

Directorio de ENERSIS fue el de Alianza Estratégica ?, como se señala en el fundamento trigésimo.

Y sobre el reclamante José Yuraszeck se dice que suscribió el contrato de Alianza Estratégica en su calidad de gerente general de ENERSIS, compareciendo en todos los demás contratos en otras diversas calidades.

Además, en el motivo trigésimo se consigna en forma expresa que ?...se sigue que los reclamantes, en sus respectivas calidades de directores y/o gerentes de las Sociedades CHISPAS, ENERSIS y filiales, prescindieron o pospusieron claros deberes para las compañías en las cuales ocupaban cargos ejecutivos, como lo eran, entre otros, el de informar las oportunidades de negocios adquiridas en razón del cargo y anteponer siempre sus calidades de directores y ejecutivos de tales compañías a sus derechos como accionistas de las mismas, infringiendo de ese modo...?;

210º) Que se confirma así que el recurso, en cuanto pretende convencer de que los reclamantes realizaron las actuaciones reprochadas a título enteramente personal o particular, va contra los hechos de la causa, pues los jueces de la instancia dejaron sentado precisamente lo contrario, y ello no puede ser variado ni menos ignorado por este tribunal, que lo es de casación y revisa la legalidad del fallo, y no las circunstancias fácticas establecidas en él;

211º) Que desde otro ángulo y acorde con lo previamente expuesto, cabe añadir que las cuestiones de hecho que se afirman en la casación, apartándose de los hechos que se tuvieron por establecidos por los jueces del fondo; y que se relacionan con las diversas operaciones realizadas, tampoco pueden ser revisadas y consideradas por esta Corte, que es un tribunal de casación que, como se dijo, tiene como función examinar la legalidad de la sentencia, a menos que se invoquen como transgredidas normas relativas a la apreciación de la prueba que sean de aquellas que establecen un marco fijo de apreciación, lo que no ha sucedido en la especie, como se dirá al tratar del capítulo pertinente de la casación que se analiza.

En consecuencia, no es posible que esta Corte se haga cargo de las

numerosas alegaciones sobre las actuaciones o negociaciones realizadas por los reclamantes, contenidas en el recurso de fondo destinadas a desvirtuar los hechos fijados por los jueces de la instancia;

212º) Que en relación con lo ra zonado, esta Corte ha transcrito gran parte de las alegaciones de la casación de fondo, relativas a las negociaciones que se estimaron

contrarias a la ley, precisamente para poner de relieve que se pretende reabrir una nueva discusión sobre los hechos, la que ya fue superada en las instancias respectivas;

213º) Que si ciertos datos, argumentaciones o alegaciones de alguna o de todas las partes no fueron tomados en cuenta, o no fueron analizados en la forma como plantea el recurrente, podría importar que el fallo careciera de consideraciones sobre el particular, circunstancia que es constitutiva de una causal de nulidad de forma y no de fondo, pero que, tratándose en este caso de una reclamación regida por una ley especial, su invocación no resulta procedente, conforme lo dispone el artículo 768 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

Pero conviene también advertir que una causal de nulidad formal, no puede trocarse en un reproche de casación de fondo, porque las instituciones jurídicas se definen por los caracteres que le son propios, según las respectivas disposiciones legales, y no pueden mutar de adjetivas a sustanciales por el hecho de que la ley impida que sean invocadas por la vía dispuesta para la generalidad de los asuntos;

214º) Que siguiendo con el análisis del primer grupo de normas impugnadas, el fallo recurrido no transgredió el artículo 582 del Código Civil, relativo al dominio, ni las normas que reglan los contratos y obligaciones, que también se invocan, porque el presente asunto no versa sobre alguna operación aislada en que hubieren participado los recurrentes, ni tampoco se les imputa alguna falta relativa a transacciones referidas a sus propios paquetes accionarios, sino que sobre un conjunto de actuaciones, en que dicha venta se encontraba inserta, según se fijó como hecho en la sentencia, y que configuró una operación compleja, como fuera calificada por la Superintendencia;

actuaciones que se detallaron en la sentencia sobre la base del contenido de las Resoluciones, y de los antecedentes allegados al proceso;

215º) Que, por lo expresado, la sentencia impugnada no ha infringido la normativa invocada y que dice relación con el derecho de dominio de los reclamantes, ya que las alegaciones formuladas comofundantes de tal infracción se apartan de la realidad de los hechos establecidos en el proceso;

216º) Que enfocando otro de los aspectos del recurso, cabe manifestar que en el libelo de casación se hace referencia a diversas circunstancias que tendrían importancia en la decisión, y que conducirían a un resultado diverso del logrado por la sentencia recurrida, destacando que el contrato de "gestión" fue dejado sin efecto en virtud de una resciliación, antes de que produjera efectos y antes de que la Superintendencia iniciara investigación y aplicara las sanciones. Tal circunstancia no impidió, sin embargo, que la Superintendencia hiciera uso de sus atribuciones fiscalizadoras, en atención a que dicho contrato formó parte de la operación materia de la investigación.

En todo caso, según se consignó en el motivo N°29º del fallo impugnado ¿la autoridad ponderó debidamente la resciliación de los contratos de Gestión y de promesa de compraventa del 49% de las acciones serie B de las CHISPAS al momento de fijar el monto de las multas?;

217º) Que, igualmente, el recurso alude a que las actuaciones no habrían ocasionado perjuicio, lo que se estima importante y definitorio, pero dicha circunstancia fue evaluada también por la sentencia de segundo grado, en el motivo 34º y, en cierta medida, también en su considerando 33º, sobre la base de las conductas descritas por las normas que aquí se han dado por infringidas, que prohíben a los directores de sociedades anónimas, en términos generales, anteponer su propio interés al de la sociedad, prohibición que se satisface con la conducta, sin que necesariamente ocasione perjuicio patrimonial; de suerte que lo alegado a este respecto tampoco tiene relevancia;

218º) Que, finalmente, sobre el primer capítulo de la casación, cabe precisar que resulta innecesario, en atención a lo hasta ahora razonado, hacerse cargo de la denuncia de transgresión de cada una de las disposiciones legales y constitucionales invocadas, porque, por una parte, la base de tales denuncias, no se compadece con los hechos del pleito, establecidos por los jueces del fondo, y porque tienden a un mismo objetivo, que es descalificar a la Superintendencia en sus facultades de investigar conductas que pudieran constituir infracciones a la normativa propia de su ramo que, como en el presente caso, se cometieron por personas sujetas a su supervigilancia, con el ánimo de restarle a dicha entidad la potestad de sancionarlas, como en el presente caso ocurrió, luego de la respectiva investigación, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá cuando se analice el segundo grupo de normas denunciadas, en las que se incluyen parte de las que aquí se denuncian;

219º) Que en todo caso, no está demás reiterar lo que este tribunal ha manifestado en el último tiempo, en el sentido que resulta redundante fundar una casación en disposiciones constitucionales, que se limitan a consagrar principios o garantías de orden genérico, cuando ellas tienen el correspondiente desarrollo en disposiciones de inferior jerarquía, como ocurre en el presente caso, en que todas las materias tratadas en la casación encuentran consagración en normas jurídicas con rango de ley, entendida según el concepto contenido en el artículo 1º del Código Civil, y que proporcionan las herramientas jurídicas adecuadas para reclamar, como lo prueba la circunstancia de que el propio recurso es abundante en la invocación de dicha clase de normas;

220º) Que, por otra parte, la casación, como se desprende de la normativa legal que la reglamenta, se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley, cuando se ha dictado con error de derecho o infracción de ley, por lo que no resulta idónea para resguardar principios genéricos, como el de debido proceso, pues usualmente dicha noción se relaciona con la posibilidad de defensa adecuada y con las garantías procesales correspondientes,

en un asunto determinado ante los tribunales, y en que las infracciones que se vayan produciendo en el curso de la tramitación pueden corregirse mediante la interposición de los recursos del caso, para culminar con la casación en la forma;

221º) Que el segundo motivo de casación de fondo, trata, según su encabezado: ¿del estatuto del dominio y de las restricciones y limitaciones que contempla la ley en relación al ejercicio de las facultades que le son propias?, extendiéndose al respecto en el libelo. En este capítulo se dieron por infringidos los artículos 39 inciso 3º; 42 N°6; 42 N°s.1, 3, 4 y 7; 41 inciso 1º y 44 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, vigentes a la época; artículos 19, 20, 21, 22, 24, 582, 583, 1445, 1545, 1560, 1563, 1564, 1567 y 1810 del Código Civil; 12 inciso 2º, 19, 30 y 31 de la Ley N°18.046; 3, 27 y 28 del Decreto Ley N°3.538; y 54 de la Ley N°18.045.

En lo que se refiere al derecho real de dominio no se puede discutir que tal derecho tiene consagración constitucional; que posee un estatuto jurídico desarrollado extensamente, y que sus limitaciones son excepcionales. El artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental, en su inciso 3º, previene que ¿Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador...?;

222º) Que, por consiguiente, no es posible formular reproche sobre el fondo de lo tratado a raíz de este asunto en el libelo de casación de fondo.

Sin embargo, las conclusiones a que llegan los recurrentes en relación con esta materia, no se compadecen con los hechos de la causa, tal como se adelantó, ya que no está en discusión el derecho de dominio, que detentan sobre sus acciones, ni se ha alterado el que éstos pudieran tener sobre ¿su participación en la sociedad y que se expresa a través de la adquisición o suscripción de las acciones en que se divide su capital?, puesto que la Superintendencia de Valores y Seguros los sancionó por las razones que en forma expresa y lata se señalan en

los textos respectivos, y no por el hecho de haber dispuesto libremente de esta parte de su patrimonio;

223º) Que en términos generales el recurso efectúa un extenso análisis para intentar demostrar el error de derecho en que habría incurrido el fallo impugnado, al rechazar el reclamo interpuesto contra las sanciones aplicadas por la Superintendencia del ramo.

Dentro de dicho estudio y de los planteamientos que formula, junto a las referencias que hace al derecho, también trae a colación una serie de situaciones de hecho, propias de las referidas negociaciones, lo que es inevitable, en atención a que lo imputado deriva de actuaciones concretas.

Sin embargo, como ya se dijo, en un recurso de esta naturaleza, cuya finalidad es efectuar un examen de la legalidad de la sentencia, para determinar si se dictó con error de derecho o infracción de ley, tal examen debe efectuarse sobre los hechos establecidos por los jueces del fondo, esto es, a los que se asentaron en la misma sentencia, en atención a que la Corte Suprema es justamente un tribunal de casación, por lo tanto, está obligado a limitar su análisis al derecho aplicado por los jueces, y no a los hechos que los recurrentes estiman establecidos y, menos, hacerse cargo de la invocación de otros hechos o alegaciones referidas a circunstancias de facto;

224º) Que, expresado lo anterior, cabe agregar que los recurrentes califican como hechos de la causa, situaciones diversas a las establecidas como tales por los jueces y que procesalmente son las que configuran la noción jurídica de ?hechos de la causa?, marco limitante de los jueces de casación. Si desde la perspectiva de quienes recurren, se observaran omisiones o vacíos que el recurso pudiese imputar al fallo en relación con materias que estima relevantes, ellas no podrían, en todo caso, plantearse por medio de una casación de fondo, por constituir la causal de nulidad formal del N°5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N°4 del artículo 170 del mismo Código, conforme al cual los fallos de la clase que allí se indican deben contener, entre otras menciones las consideraciones de hecho que sirvan de fundamento a la sentencia;

225º) Que, en cuanto el recurso se refiere a otros hechos acreditados en el juicio?, la afirmación en tal sentido no resulta propia de una casación de este tipo, porque los hechos fueron materia de debate ante los jueces de la instancia, aquellos que determinaron en su sentencia los que estimaron probados; de modo que, en esta etapa, no es admisible hacerse cargo de la alegación formulada en cuanto a que estarían acreditados hechos distintos.

En la casación de fondo no se puede atacar la valoración efectuada por los magistrados respecto de los medios probatorios de apreciación judicial, y los hechos que, a partir de tal ponderación, puedan haber sentado, a menos como ya se ha dicho- que se invoque la violación de leyes reguladoras de la prueba, de aquéllas que determinan un patrón fijo de apreciación de su mérito, sin perjuicio que se ocurra a la causal de casación formal ya señalada para el evento que se omitan las consideraciones fundantes.

En la especie y en relación con este capítulo, ninguna norma sobre tasación legal de la prueba se invocó como transgredida, ya que no lo es el artículo 342 Nº2 del Código de Procedimiento Civil, ni las demás disposiciones que se mencionaron como reguladoras de la prueba todas las que, o están limitadas en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha, o son de apreciación judicial en relación a su contenido, lo que impide analizar las situaciones de hecho en que se introduce la casación;

226º) Que, siempre en relación con lo anterior, hay que decir que en el tercer capítulo, relacionado derechamente con la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, se reprocha únicamente la ponderación que, de la existente en los autos, hicieron los jueces del fondo, lo que no es jurídicamente correcto, porque la facultad de apreciación de los medios probatorios es propia de dichos jueces, como se desprende del análisis de la normativa sobre prueba contenida en el Código de Enjuiciamiento en lo Civil, y por lo tanto, no es susceptible de revisarse por medio de la casación, tal como ya se dijo, salvo que se hubieren transgredido preceptos que establezcan la tasación legal de la prueba, lo que no parece ser el caso de la especie;

227º) Que, dentro de la categoría de hechos de la causa, y por lo tanto inamovibles, caen diversos de los reproches contenidos en la casación.

Desde luego lo es la circunstancia de haber participado o no los reclamantes en los hechos imputados y catalogados como infracción administrativa, como también las conductas desarrolladas por cada uno de ellos, todo lo que ciertamente es una cuestión fáctica, que deben precisar los jueces de la instancia sobre la base de las probanzas que se hayan producido, y que este tribunal no puede rever, porque para hacerlo necesariamente debería incursionar en los hechos ya establecidos en la causa.

Ello se prueba, como antes se dijo, precisamente por la abundante mención de circunstancias de facto que contiene el propio recurso en su segundo capítulo;

228º) Que es desde esta perspectiva que han de apreciarse, además, diversas otras cuestiones, como las relativas al conflicto de interés que está fundado en las diversas conductas imputadas a los recurrentes como contrarias a la normativa en la que debieron encuadrarse; las circunstancias que rodearon la llamada Alianza Estratégica; el beneficio que pudiere derivar de los hechos imputados, y otras;

229º) Que siempre en este segundo capítulo de casación, y sin perjuicio de lo ya razonado, cabe advertir que el recurso denuncia la infracción a los artículos 42 Nº6 y 44 de la Ley Nº18.046, por errónea interpretación y aplicación, y en relación con los artículos 1560, 1563 y 1564 del Código Civil, que fijan las reglas de la interpretación de los contratos y especialmente obligan a estarse a la intención de los contratantes, ya que con dicha contravención, señalan, se generó una restricción al derecho de dominio de los reclamantes, en cuanto a la libre disposición de las acciones de que eran dueños; los contratos no se celebraron con ENERSIS ni con las sociedades CHISPAS; la llamada Alianza Estratégica suscrita por don José Yuraszeck en representación de ENERSIS, y ENDESA ESPAÑA no derivó en perjuicio alguno para dichos participantes; y no medió conflicto de

interés respecto de José Yuraszeck y la sociedad que representaba, por cuanto el interés que exige el citado artículo 44 respecto del director o gerente que interviene en el contrato, debe ser contrapuesto al de la sociedad anónima que representa, lo que no era el caso, ya que su interés se identificaba precisamente con ENERSIS por ser el accionista indirecto de las CHISPAS sociedad que a la vez era accionista de Enersis;

230°) Que la sentencia, luego de establecer en su considerando 23° el esquema de control que el grupo de los siete reclamantes ejercían en la administración del conglomerado empresarial ENERSIS, y de fijar en su considerando 25° los distintos contratos por ellos celebrados con ENDESA ESPAÑA tendientes a traspasarle el control por ellos detentado, concluyó, en su considerando 28° que "las conductas reprochadas a los actores fueron precisamente por infringir las normas legales que en cada resolución sancionatoria se precisan..." entre las que se cita el artículo 42 de la Ley N°18.046;

231°) Que a este respecto, los reproches formulados por la Superintendencia, y que sintetiza el fallo, consistieron en que los reclamantes utilizaron sus cargos en beneficio propio y de terceros relacionados, ya que esas posi

ciones les permitieron conocer el interés de ENDESA ESPAÑA en asumir el control de ENERSIS que ellos detentaban, transfiriéndole dicho control mediante la venta de sus propias acciones e incorporando al precio de venta de las acciones clase B, una clara retribución por las prestaciones, compromisos de lealtad y colaboración con el adquirente (considerando 48 letra b) del fallo);

232°) Que el artículo 42 N°6 de la Ley N°18.046, prohíbe a los directores "...6) 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...".

El considerando 34 de la sentencia al efectuar el análisis de la conducta aquí descrita, señaló que para que se produzca el perjuicio o menoscabo patrimonial para la sociedad, que la norma exige, basta que se la prive de la ganancia que le hubiera significado "el

aprovechamiento de la oportunidad del negocio de la que se aprovechó y que tomó y usó para sí el director... en todo caso, no se exige una disminución efectiva del patrimonio, sino sólo la privación de una expectativa de ganancia?;

233°) Que los jueces del fondo no erraron en derecho al aplicar la citada norma a la conducta de los reclamantes, determinada como hecho de la causa, ni incurrieron en trasgresión a las reglas de interpretación de los contratos que se denuncian, al encuadrarla en dicha normativa, en atención al claro tenor de las cláusulas del contrato de promesa de compraventa del 49% de las acciones serie B de las CHISPAS, descrito en el considerando 25° letra c) del fallo impugnado;

234°) Que en lo que se refiere al artículo 44 de la Ley citada, dicha disposición establece que: "una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de seguridad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado...?;

235°) Que la sentencia impugnada fijó como hecho, en su considerando 35°, que cuando el Directorio de ENERSIS "autorizó al reclamante Sr. Yuraszeck para suscribir el acuerdo de Alianza Estratégica, ni éste, ni el reclamante Sr. Mackenna informaron sobre el otorgamiento de otros contratos que, en unión con la Alianza Estratégica, daban origen a la operación comercial de la que los reclamantes eran protagonistas principales...?;

236°) Que el considerando 48° letra g) la sentencia, sintetizando los reproches formulados por la Superintendencia, señaló que la conducta del Sr. Yuraszeck, que se estima infractora del citado artículo 44, consistió en que, en su calidad de gerente general de ENERSIS, no se excusó de realizar el encargo de negociar y suscribir el Acuerdo de Alianza Estratégica, en circunstancias que, a esa fecha, negociaba la venta de sus acciones serie B de la CHISPAS y la suscripción de otros contratos en que tenía interés personal, lo que no informó al Directorio

de ENERSIS;

237°) Que en el recurso se ha sostenido que el interés que la ley les exige a los directores en la situación de que se trata, debe ser contrapuesto con el de la sociedad. Sin embargo, tal exigencia no se encuentra plasmada en la norma, de modo que los sentenciadores no han infringido la disposición invocada, al interpretarla a la luz de los antecedentes aportados al proceso, y estimar configurado el cargo sustentado por la Superintendencia en este punto respecto del citado Sr. Yuraszeck; tampoco incurrieron en violación de las normas relativas a la interpretación de los contratos, ya que la conducta omisiva que se reprocha encuentra eco en la cláusula octava del contrato de gestión en que se convino guardar reserva de todos los aspectos y materias contenidos en ese contrato, entre las cuales se hace referencia a los contratos celebrados por los gestores clave con ENDESA ESPAÑA;

238°) Que tampoco se ha incurrido en errada interpretación de los contratos, ni en falsa aplicación de los artículos 41 inciso 1° y 42 en sus numerales 1, 4 y 7 de la Ley N°18.046, en los que se describen diversas conductas que les quedan prohibidas a los directores de sociedades anónimas, prohibiciones tendientes a proteger el interés social; a evitar el ocultamiento de información, y a impedir que el cargo de director se use para obtener ventajas individuales para sí o para terceros.

En efecto, las conductas que fueron materia del reproche de la Superintendencia, se consignaron en síntesis en el considerando 48 letras a), c) y d) de la sentencia, que no es del caso reproducir, pero que encuadran en la nomenclatura legal citada, a saber, preferir el propio interés del director, al interés social; ocultar información, y usar el cargo para obtener ventajas indebidas; conductas todas que corresponden a hechos establecidos o aparecen claramente de los contratos que se tuvieron a la vista, en términos tales que los jueces tampoco desconocieron las normas de interpretación legal, ni las de los contratos que se han denunciado como quebrantadas, aun en el caso de que alguna de ellas no se haya citado expresamente por la

Superintendencia al formular los cargos; y sin que la referencia que hace el fallo al numeral 3 del citado artículo 42 de la Ley N°18.046 que describe una conducta no fijada como hecho en la causa, tenga influencia en lo dispositivo, en atención a las restantes conductas infractoras de las demás disposiciones que se han tenido por acreditadas;

239°) Que en este segundo grupo de infracciones, se ha estimado también transgredido el artículo 39 inciso 3° de la Ley N°18.046. A este respecto, la norma dispone que: "Los directores elegidos por su grupo o clase de accionistas tienen los mismo deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquella a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron...?";

240°) Que el recurso hace consistir el error jurídico en que se incurrió en relación con la citada norma, en el hecho de que se aplica a una situación que se describe como "negociación única e indivisible" incorporando en ella un acto ajeno a los personeros sancionados, toda vez que en su calidad de directores en la sociedad CHISPAS no adoptaron ni podían adoptar acuerdo alguno con relación al traspaso del "esquema fáctico de control" que pertenecía en dominio exclusivo a sus titulares y no a la sociedad CHISPAS;

241°) Que es un hecho establecido en la sentencia que los reclamantes suscribieron los contratos de compraventa y de promesa de compraventa de las acciones serie B de CHISPAS y el contrato de gestión, todos con ENDESA ESPAÑA, mientras ocupaban cargos de directivos y ejecutivos en ENERSIS y sociedades CHISPAS, de modo que, no puede sostenerse que actuaron como simples accionistas, si por tales contratos se pretendía traspasar el esquema de control que detentaban y hacían efectivo en su calidad de directores. Por consiguiente, los jueces del fondo no han errado en derecho al encuadrar las conductas por ellos desarrolladas como particulares en los contratos referidos, en la norma legal prohibitiva que se estima vulnerada;

242°) Que también se ha planteado en este capítulo lo relativo a la ley

del contrato.

Como ya se dijo, el artículo 1545 del Código Civil, que encabeza el Título XII del Libro IV de ese Código denominado "Del efecto de las obligaciones" dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales";

243º) Que tal como la norma lo indica, la fuerza o efecto de una ley que la norma citada confiere al contrato, rige para los contratantes, pero no significa que el contrato sea una ley en los términos que consagra el artículo 1º del Código Civil, ni corresponden sus caracteres a los que este precepto establece. Menos aún, desde que en su gestación no han participado los órganos que consagra al efecto la Carta Fundamental de la República.

Es así como, si bien el contrato legalmente celebrado no es ley, tiene la fuerza u obligatoriedad de la ley para las partes contratantes, las que por lo tanto pueden ser compelidas a su cumplimiento;

244º) Que suscitada controversia sobre la interpretación de un contrato, en sede jurisdiccional, compete a los jueces, dentro del correspondiente proceso judicial, dilucidar su exacto sentido, sin que la parte afectada con tal determinación pueda invocar en sede de casación una violación a la ley del contrato, ya que, como se ha dicho en forma reiterada, la revisión de los resuelto por los jueces del fondo, en esta sede, se circunscribe a determinar la legalidad de la sentencia, esto es, si ha sido o no dictada con infracción de ley, como norma jurídica en el concepto precisado en el citado artículo 1º del Código Civil, tal como lo prescribe el artículo 767 del Código del ramo;

245º) Que con los razonamientos previos se concluye el análisis del segundo motivo de casación, reiterando que no se analizarán en detalle todas las materias abordadas por los recurrentes, en cuanto ellas descansan y constituyen, abiertamente, situaciones de hecho de las que no puede hacerse cargo un tribunal de casación;

246º) Que en el tercer capítulo del recurso en examen se alude a una materia en cierta medida ya abordada. Se trata de la denuncia de infracción de las leyes reguladoras de la prueba. Sobre este punto,

cabe reiterar una vez más que las leyes reguladoras de la prueba, como lo ha sostenido esta Corte, son aquellas normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan verdaderas limitaciones a la discrecionalidad judicial, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento.

También se ha expresado que para que se produzca infracción de tales disposiciones es necesario que se haya incurrido en error de derecho en su aplicación;

247º) Que el primer capítulo de esta tercera causal se refiere a la "No apreciación de la prueba rendida que daba cuenta del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias sobre comunicación de la operación". Se señalan como infringidos los artículos 1700 del Código Civil, 342 N°2 del Código de Procedimiento del ramo; 9, 10 y 12 de la Ley N°18.045 y 44 de la Ley N°18.046.

También se citan varios hechos que se catalogan como "de la causa", para concluir textualmente que "conforme a la prueba rendida, cuyo mérito es simplemente omitido por US. Itma., se acreditó en el proceso el cumplimiento de todas las normas legales sobre "información veraz y oportuna" que debe darse al mercado y de la autoridad". A este efecto se remite a la prueba acompañada al proceso, relacionada en la sentencia de primer grado y citada a fojas 1247 de ese fallo, en especial referida a la que obra aparejada en el archivador 3 Nos.11 y siguientes;

248º) Que los documentos allí consignados dicen relación, en lo que interesa, con las comunicaciones efectuadas a la Superintendencia respecto de la Transacción efectuada por los gestores clave, de sus acciones en la sociedad CHISPAS, con fecha 12 de septiembre de 1997.

Sin embargo, la conducta que se les reprocha es el haber ocultado información a los directorios de CHISPAS y ENERSIS y filiales, sobre el interés de ENDESA ESPAÑA de ingresar a la propiedad de ENERSIS, su intención de venderle las acciones de que eran titulares y los acuerdos logrados con ENDESA ESPAÑA para que ésta ejerciera el poder de administración que ellos detentaban.

Por consiguiente los jueces del fondo no infringieron las normas invocadas, que se dan como reguladoras de la prueba, las que, por lo demás, no tienen ese carácter, como ya se ha precisado en este mismo fallo;

249º) Que en todo caso, las omisiones en que incurra la sentencia en lo relativo a las alegaciones o defensas formuladas por las partes, de ser efectivas, importarían falta de consideraciones, sea de hecho o de derecho, lo que, co

mo se ha expresado, constituye una causal de nulidad de forma, cuya naturaleza jurídica, como ya también se dijo, no se puede trocar en una infracción de fondo, como una manera de salvar la limitación legal existente relativa a este tipo de procedimientos.

Por consiguiente, no corresponde hacerse cargo de esta alegación, en el examen del recurso que se analiza;

250º) Que el segundo capítulo del último motivo de casación alude en cierto modo a lo mismo previamente indicado, ya que se acusa al fallo de ?Falta de apreciación de la prueba rendida, que acreditaba el cumplimiento por parte de cada uno de los reclamantes de las funciones y obligaciones que debían desempeñar respecto de su empleador Enersis S.A....?.

Como se advierte, se trata de consideraciones claramente constitutivas de causal de nulidad de forma, basadas en la hipótesis de que el resultado del juicio hubiera sido otro en el caso de que se hubieran apreciado las pruebas rendidas sobre el punto destacado;

251º) Que en este capítulo también se alude a que el fallo habría dado mérito de plena prueba al informe en derecho emitido por don José María Eyzaguirre, omitiendo considerar otro informe, pedido también por ENERSIS a una Universidad de la plaza;

252º) Que, como ya se hizo notar, a propósito de una casación previamente analizada, el aludido informe no constituye una prueba del proceso, ni puede constituirlo, puesto que su naturaleza jurídica corresponde a la de un informe en derecho, y el derecho ?salvo en lo que respecta a la legislación de países extranjeros- no puede ser objeto de prueba, ya que ésta siempre debe recaer sobre hechos; y

como ya antes se dijo, no se le ha dado el carácter de medio de prueba por los jueces recurridos;

253º) Que en este tercer grupo de normas infringidas, como capítulo segundo, se aborda otra materia también tratada con anterioridad, relativa al hecho de que se habría invertido la carga de la prueba, y establecido una presunción que la ley no contempla a favor de las resoluciones dictadas por la Superintendencia, vulnerándose sobre este particular -según el parecer de los recurrentes- los artículos 9 y 1698 del Código Civil;

254º) Que, como ya se analizó y se precisó, la circunstancia en que dicha alegación se basa carece de toda trascendencia, pues sólo entraña una inadecuada expresión del fallo de segundo grado, porque las resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros constituyen actos administrativo contenidos, desde el punto de vista material, en instrumentos o documentos públicos, sin que pueda atribuirse a esos documentos en sí mismo la calidad de medio de prueba;

255º) Que lo cierto es que en un procedimiento como el de la especie y atendida la imperatividad de que goza el acto administrativo en tanto no se recurra por los medios legales establecidos al respecto, la carga de la prueba recae principalmente en los reclamantes toda vez que, como ya se explicó antes, si los reclamos se han dirigido en contra de las resoluciones del referido órgano estatal, y la finalidad del reclamo es precisamente la de demostrar lo que pueda interesar a quienes se han alzado en su contra, son los reclamantes los que deberán postular, como lo hicieron, que no incurrieron en las infracciones que motivaron las sanciones, pero no podrán quedarse en las simples afirmaciones, sino que es de toda evidencia que, para poder tener perspectivas de éxito en los reclamos, deben rendir las pruebas pertinentes para desvirtuar los cargos;

256º) Que, por lo tanto, no se ha incurrido en error al afirmar que la carga probatoria corresponde a los reclamantes porque ello en la práctica es así, a tal grado que si ninguna aportan, a la justicia no le quedará otra posibilidad que el rechazo de sus reclamos, porque los

jueces no contarán con elementos de juicio que permitan apreciar los descargos que se formulen.

También resulta evidente que, en su condición de demandada, la Superintendencia está llamada a aportar las pruebas que sirvieran de fundamento a las Resoluciones, de tal manera que no puede reprocharse a esta entidad que adjunte datos y formule afirmaciones tendientes a apoyar lo decidido en ellas.

En consecuencia, no se ha establecido ninguna presunción sobre este particular, ya que lo expresado se desprende de la naturaleza jurídica del juicio de reclamo y no es una presunción, sino que una simple expresión de una realidad procesal: quien impugne una decisión de la autoridad mediante una reclamación, deberá acompañar las pruebas que apoyen sus descargos;

257º) Que, de otra parte, la sentencia materia del recurso no ha hecho afirmación alguna respecto de que, en el procedimiento administrativo, la Superintendencia no haya debido acreditar las situaciones fácticas fundantes de las sanciones impuestas, y es también una equivocación conceptual postular que "constituye un error de derecho liberar a la Superintendencia de Valores y Seguros del onus probandi", porque la carga de la prueba en el presente caso, ha operado en el marco del proceso, y no en el procedimiento administrativo previo. Esto es, no resulta oportuno sostener que la Superintendencia ha estado en la carga de probar en el procedimiento administrativo previo;

258º) Que, por otro lado, la afirmación del fallo que se ha reprochado, en cuanto se dice liberaría a la Superintendencia de la carga de la prueba, dice relación más bien con la naturaleza del presente procedimiento, que viene a constituir una suerte de juicio de descargos, respecto de resoluciones de un órgano de la administración.

O sea, se trata una instancia que se otorga a los afectados para demostrar ante un tribunal de justicia que los cargos que se les formularon, no se compadecen con la conducta por ellos desarrollada;

259º) Que a lo dicho hay que agregar que existen otros reproches, que aluden a la forma como los jueces del fondo analizaron las

probanzas rendidas en el proceso para establecer los hechos, llegar a las conclusiones que expresaron y, a partir de ello, resolvieron lo que estimaron pertinente, lo que significa que se trata únicamente de un problema de apreciación de la prueba.

La tarea de apreciar, ponderar o valorar las evidencias rendidas, como se dijo y se repite, corresponde a los jueces de la instancia, según se desprende de diversas normas procesales, pudiendo mencionarse al efecto el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil y que esta Corte de Casación no puede variar, a menos que se hayan denunciado la efectiva transgresión de disposiciones que en sí mismas determinen un valor probatorio fijo o determinado.

La ley ha entregado como facultad privativa a los jueces del fondo la función de ponderar el valor intrínseco de las probanzas y ellos no pueden infringir la ley al hacerlo; y no corresponde al tribunal de casación analizar dicha materia, como se ha venido sosteniendo por esta Corte con reiteración, a menos que se denuncien como infringidas normas que establezcan un marco fijo de apreciación, lo que no ha sucedido en este caso;

260º) Que esto último guarda relación con los reproches de la casación en orden a que no se ponderaron determinadas pruebas, ya que en caso de que ello se hubiera hecho del modo como se pretende por los recurrentes, siempre la apreciación habría correspondido a los jueces, así como la tarea de obtener conclusiones, las que no tendrían por qué haber sido las mismas que ha consignado el recurso;

261º) Que resta señalar que el artículo 1698 del Código Civil constituye una norma reguladora de la prueba, que efectivamente alude a la carga de la actividad probatoria, en materia de obligaciones, pero que también, es de aplicación general, informando toda la legislación.

Sin embargo aquí no aparece transgredida de la forma como se ha pretendido, puesto que no se ha hecho inversión de la carga probatoria, tal como ya se ha explicado;

262º) Que, por su parte, el artículo 1700 del Código Civil alude a los instrumentos públicos, pero estatuye que ?hace plena fe e

n cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes?.

Como se ve, se trata de un alcance probatorio limitado a las circunstancias expresamente dichas y, en cualquier caso, un instrumento público como prueba en juicio no puede estudiarse aisladamente, sino que su valor de convicción siempre será apreciado por los jueces de fondo, que deben analizar si corresponde a la situación de que se trate, y ponderarlo en relación con las demás pruebas que ofrezca el mismo juicio;

263º) Que, en atención a lo expuesto, razonado y concluido, tampoco el segundo recurso de nulidad de fondo está en condiciones de prosperar y debe por lo tanto, ser desestimado.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 805 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en lo principal y primer otrosí, respectivamente, de la presentación de fs.2255, contra la sentencia de ocho de julio del año dos mil cuatro, escrita a fs.2167; y

Que se rechazan los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí, respectivamente, de la presentación de fs.2267, contra la sentencia ya individualizada.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Yurac y Rodríguez Espoz, quienes estuvieron por acoger los recursos de casación en el fondo y declarar nula la sentencia de segundo grado, y dictándose la sentencia de reemplazo correspondiente decidir dejar sin efecto la multa aplicada a los recurrentes, y para ello tienen presente las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que en un orden de inicio resulta útil consignar que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ?luego de analizar los diversos contratos- en su motivo 26 señala que en cada Resolución sancionatoria dictada por la Superintendencia de Valores y Seguros se

reprochó a los actores la infracción de los siguientes preceptos legales: inciso 3° del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas (I); N°6 del artículo 42 (II); Nos. 1, 3 y 4 del artículo 42 (III) ; N°7 del artículo 42 (IV); inciso 1° del artículo 41 (V); N°7 del artículo 42 (VI); y artículo 44 (VII) todos del precitado texto;

SEGUNDO: Que, asimismo, cabe destacar que el tribunal de segundo grado en su motivo 28 entra a concluir que ¿el objeto del presente juicio han sido las reclamaciones por las multas aplicadas a los actores por la Superintendencia de Valores y Seguros, como consecuencia de haber incurrido en conflictos de interés mal resueltos?.

Su afirmación recién estampada puede calificarse como de suma relevancia toda vez que a los ¿gestores clave? no se les imputa la infracción de ciertas normas, no obstante que aparecen mencionados, sino por una conducta traducida en el hecho de resolver mal o en forma inadecuada los conflictos de interés que podrían haber surgido en las transacciones;

TERCERO: Que la norma del artículo 39 inciso 3° de la Ley N°18.046 dispone: ¿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?.

El examen ¿aún somero- de las Resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros permite establecer que las mismas no fundamentan de que manera los ¿gestores claves? habrían infringido el deber de fidelidad como directores en relación con la sociedad y los demás accionistas. De igual modo tampoco especifica respecto de cuales sociedades y bajo que circunstancias se habría producido la referida contravención. En otro aspecto, conviene resaltar que la norma del artículo 39 inciso 3° es citada en los ¿vistos? de las Resoluciones pero existe carencia de una mínima fundamentación;

CUAR

TO: Que en la materia propuesta debe anotarse que la Corte de Apelaciones estima que los ¿gestores clave? habrían desconocido la norma en cuanto habrían comprometido el ejercicio de sus respectivos

cargos de ejecutivos y/o directivos en el grupo de empresas del conglomerado de ENERSIS al servicio y en interés de sólo uno de los accionistas, como contraprestación al pago de parte del precio de las acciones serie B de CHISPAS. Igualmente el tribunal considera que la infracción se habría originado en cuanto los "gestores clave" comprometieron el ejercicio de sus cargos al obligarse anticipadamente a obrar de un modo previamente acordado en el contrato de gestión (motivo 26);

QUINTO: Que sobre este particular resulta conducente sostener que los "gestores clave" no pueden haber violado la norma del artículo 39 inciso 3° de la Ley N°18.046 al encontrarse desempeñando los cargos de directores de CHISPAS por cuánto el traspaso del control a ENDESA-ESPAÑA era del exclusivo dominio de los "gestores clave" y no de CHISPAS. Y todo esto, por la sencilla razón que la venta que un director de sociedad anónima pueda hacer de su participación en la sociedad no se encuentra comprendida dentro de los actos que contempla el artículo precitado.

Por otra parte, cabe recordar que en el año 1997 el director no estaba obligado a informar de la transacción, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Ley de Valores. Precisamente la indicada obligación se implantó en el año 2000 al dictarse la Ley N°19.705, de tal manera que la obligación de informar empezó a regir desde la entrada en vigencia de dicho texto legal;

SEXTO: Que en una condensación de lo que se viene argumentando puede sustentarse entonces que no es procedente la aplicación del artículo 39 inciso 3° a los "gestores claves" puesto que no adoptaron acuerdos en sus calidades de directores de CHISPAS, tampoco entraron a deliberar en sesión alguna en el Directorio de CHISPAS acerca de la venta de las acciones, asimismo no aparece que hayan comprometido el interés ni algún activo de CHISPAS, y en todo caso informaron como correspondía a la fecha de la venta;

SÉPTIMO: Que el artículo 41 inciso 1° de la Ley N°18.046, dispone que: "los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en su

propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables?.

En los aspectos descritos conviene enfatizar que en las Resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros no se explica o fundamenta de modo alguno como los ¿gestores claves? habrían faltado en su calidad de directores al cuidado o diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios.

Cabe apuntar que la Corte de Apelaciones sostiene que los ¿gestores clave? habrían incurrido en la infracción de la norma legal aludida al adicionar y/o permitir la incorporación de las cláusulas tercera, cuarta y sexta del Acuerdo de Alianza Estratégica que comprometía previamente el desarrollo de ENERSIS y de los efectos que provocaría la suscripción de los restantes contratos. Además, se reprocha a los ¿gestores clave? que por la suscripción de los contratos de gestión y de promesa de compraventa, los ¿gestores clave? se comprometieron y accedieron con ENDESA-ESPAÑA de un modo anticipado sus decisiones como directores y ejecutivos (motivo 26);

OCTAVO: Que la disposición en análisis requiere la existencia de perjuicios, lo que conlleva a afirmar que la norma no es útil para entrar a calificar de compraventa y de promesa de venta que involucran las acciones serie B, toda vez que dichos contratos aparecen celebrados al margen de las funciones que desempeñaban a la sazón los ¿gestores claves? en CHISPAS?, en ENERSIS, y en ENDESA CHILE. En lo que respecta al contrato de gestión cabe resaltar que el precio aplazado de tal pacto estaba estrechamente ligado al interés social de ENERSIS y se considera alineado con éste;

NOVENO: Que el artículo 42 N°1 de la Ley N°18.046 establece que: ¿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?.

En un enfoque inicial debe consignarse que las Resoluciones de la Superintendencia de Valores y Seguros tienen a la vista el artículo 42

Nos. 1, 6 y 7 en cuanto eventuales transgresiones a la disposición sobre prohibiciones de los directores, de manera que la Superintendencia no ha sancionado a los "gestores clave" por infracción a los Nos.3 y 4 del citado artículo. A su vez, la Corte de Apelaciones sostiene que las contravenciones corresponden a los Nos.1,3,4,6 y 7.

En relación con los Nos. 1, 3 y 4 del artículo 42 la Corte interpreta que los "gestores clave" han ocultado información a los restantes directores y accionistas al no informar a ninguno de los directores de CHISPAS ni de ENERSIS y sus filiales, del interés de ENDESA-ESPAÑA de ingresar a la propiedad.

Igualmente el tribunal de alzada asevera que los "gestores clave" habrían ocultado bajo cláusula de confidencialidad los acuerdos alcanzados con ENDESA-ESDEÑA sólo en beneficio e interés del nuevo accionista mayoritario. Con respecto al uso de oportunidades comerciales (N°6 del artículo 42 de la Ley N°18.046) la Corte de Apelaciones afirma que los "gestores clave" utilizaron sus cargos directivos y/o ejecutivos en beneficio propio y de terceros relacionados porque en función de esos cargos es que conocieron del interés de ENDESA-ESDEÑA de adquirir el control de ENERSIS. Los "gestores clave", según el tribunal, habrían incorporado al precio, una clara retribución por las prestaciones, compromisos de colaboración y lealtad con el adquirente. Finalmente en torno al N°7 del artículo 42, la Corte estima que los "gestores clave" habrían privilegiado su calidad de accionistas serie B a su condición de directores de CHISPAS, al punto que ni siquiera se lo comunicaron a los directores de CHISPAS, así como tampoco informaron del interés de ENDESA-ESPAÑA de acceder a la propiedad (considerando 26);

DÉCIMO: Que en el primer caso del artículo 42 N°1 se exige que los directores adopten una conducta activa de proponer modificaciones de estatutos, acordar emisiones de valores o adoptar políticas o decisiones que tengan por fin el interés social.

Los "gestores clave" no llevaron a cabo ninguna de las tres conductas antes descritas. Por otro lado, los "gestores clave" tampoco

estaban obligados por el artículo 54 de la Ley de Valores vigente a la época- a informar de esta transacción a los directorios de las CHISPAS. Es conveniente remarcar que el contrato de gestión iba en beneficio de ENERSIS y no de ENDESA-ESPAÑA, toda vez que perseguía mantener a los "gestores clave" y un cuerpo de ejecutivos en sus cargos, gerentes y ejecutivos que habían sido designados precisamente por el mismo Directorio de ENERSIS o al menos contaban con su anuencia. Desde otro ángulo, dicho contrato de gestión beneficiaba a ENERSIS por cuanto limitaba las facultades de nuevo controlador de la empresa, ENDESA-ESDEÑA. Asimismo, el aludido contrato estaba vinculado con la promesa de compraventa del 49% de la serie B de las acciones de las CHISPAS que tenía un precio contingente aplazado determinado por el valor de las acciones de ENERSIS y por las utilidades de ENERSIS entre los años 1997 y 2001;

ÚNDECIMO: Que en el caso del artículo 42 N°3, tal precepto dispone: "Los directores no podrán 3) Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información.

Es importante anotar que este cargo, contenido en la norma, no aparece formulado por la Superintendencia de Valores y Seguros al aplicar las multas. También debe tenerse presente que la información a que se refiere el artículo 42 N°3 dice relación con la sociedad y no con la información propia del accionista;

DUODÉCIMO: Que el artículo 42 N°4 de la Ley N°18.046 establece que: "Los directores no podrán: 4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales".

Igualmente este cargo "como el anterior- no fue objeto de la sanción impuesta por la Superintendencia;

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 42 N°7 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribe: "los directores no podrán: 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o el interés social o usar de

su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social?.

En los aspectos señalados cabe argumentar que ninguno de los actos de los ?gestores clave? puede ser considerado como ilegal, contrario a los estatutos o contrario al interés social de ENERSIS o de las CHISPAS. Más aún, los contratos de compraventa y de promesa de venta de acciones de la serie B de LAS CHISPAS son contratos privados independientes del interés social y que, en todo caso, van a afectar el patrimonio de los ?gestores clave?. El contrato de gestión buscaba limitar los derechos del nuevo contralor;

DÉCIMO CUARTO: Que no puede desentenderse que el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas establecía ?a la fecha de ocurrencia de los hechos- lo siguiente: ?Una sociedad anónima, sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tenga interés por sí o como representante de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas o aprobadas por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similar a los que habitualmente prevalecen en el mercado?.

Por su parte el artículo 50 de la misma Ley hace aplicable a los gerentes las responsabilidades de los directores cuando sean compatibles con su cargo y función.

Pues bien, conviene destacar que las resoluciones de la Superintendencia de valores y seguros tuvieron a la vista el artículo 50 de la precitada Ley y no el artículo 44 de ella. La Corte de Apelaciones, a su vez, estimó que el Sr. José Yuraszeck en su especial calidad de gerente general debió haberse excusado de negociar y suscribir en representación de ENERSIS el Acuerdo de Alianza Estratégica, por cuanto al mismo tiempo negociaba la venta de las acciones serie B y asimismo no había informado de tales negociaciones al directorio de ENERSIS (considerando 26);

DÉCIMO QUINTO: Que, a este respecto, debe estamparse que en el presente caso los contratos de compraventa de acciones, promesa de compraventa y contrato de gestión ?que aparecen objetados- no se celebraron con ENERSIS ni tampoco con las sociedades CHISPAS.

En cambio, es una realidad evidente, que el contrato de Alianza Estratégica se pactó entre ENERSIS y ENDESA-ESPAÑA por su directorio, en el cual figuraba absteniéndose el Sr. Luis Fernando Mackenna. Aún más, en la Comisión especial creada por el directorio de la sociedad ENERSIS para acordar los contratos entre partes relacionadas, se anduvo excluyendo el presidente de ENERSIS.

Bajo tal predicamento, se puede manifestar que al único de los ¿gestores clave? que ¿eventualmente- podría aplicarse la disposición en comento sería al Sr. José Yuraszeck, toda vez que no resultaría aplicable al Sr. Luis Fernando Mackenna ni tampoco a los otros gestores claves que no participaron en forma alguna en la Alianza Estratégica entre ENERSIS y ENDESA-ESPAÑA.

Sin embargo, en el caso del Sr. José Yuraszeck tampoco sería aplicable el artículo 44 de la Ley N°18.046, toda vez que al interés de dicho artículo debe estar contrapuesto el interés de la sociedad, situación que en la especie no sucede en absoluto, pues fue el directorio de ENERSIS el que precisamente aprobó la Alianza Estratégica sin oposición alguna;

DÉCIMO SEXTO: Que acorde a las reflexiones plasmadas en la totalidad de las consideraciones que anteceden puede sosten erse q ue en ningún caso, tanto la Superintendencia de Valores y Seguros como la misma Corte de Apelaciones, imputan a los ¿gestores clave? la infracción de determinadas normas legales. En todo momento ambas aluden al hecho de resolver mal o en forma inadecuada los supuestos conflictos de interés que podrían haber surgido de las transacciones que ellos celebraron con ENDESA-ESPAÑA. Es útil anotar que la sola mención de las normas legales, que amén de ser distintas entre ellas, no es suficiente para entrar a sancionar de acuerdo a la Ley de Sociedades Anónimas y de Valores. Igualmente, los ¿gestores clave? no estuvieron en condiciones de infringir el deber de fidelidad como directores por cuanto no adoptaron acuerdos en su calidad de directores, no deliberaron en los Directorios de LAS CHISPAS. También debe añadirse que informaron como correspondía a la fecha de las transacciones efectuadas;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, asimismo, los "gestores clave" no infringieron el deber de cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios, en atención a que tal cuidado involucra a los directores y a los activos de la sociedad que administran y no mira a la conveniencia o inconveniencia de la compraventa de sus propias acciones en las CHISPAS.

Tampoco los "gestores claves" infringieron algunas de las prohibiciones del artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas, las que atañen a los directores y no a los accionistas. En este episodio es necesario resaltar que ninguna de las imputaciones que hace la Superintendencia (1,6 y 7 de la norma) y la propia Corte (1,3,4,6 y 7 de la misma disposición) se podría aplicar a los "gestores clave" tratándose de los contratos que conformaron la operación llevada a efecto;

DÉCIMO OCTAVO: Que, siempre en el camino de conclusión, aparece conducente consignar que los "gestores clave" en instante alguno han infringido las normas sobre operaciones entre partes relacionadas, vigentes a la época de la operación cuestionada. En tal sentido, por un lado, ellos no actuaron en su carácter de directores y en el caso del Sr. José Yuraszeck dicha persona no actuó en su calidad de gerente general de ENERSIS, sino lo hizo como mandatario especial del directorio de tal sociedad.

En este mismo pasaje es útil expresar que tanto el Sr. Yuraszeck como el Sr. Mackenna optaron por abstenerse de actuar por ENERSIS en la aprobación de la Alianza Estratégica. Este contrato recién citado que fue objeto de reproche como operación concretada entre partes relacionadas por la Superintendencia de Valores y Seguros y la Corte de Apelaciones aparece decidido por los directorios de ENERSIS, sin la intervención de los Sres. Yuraszeck y Mackenna, y por el directorio de ENDESA-ESPAÑA;

DÉCIMO NOVENO: Que, sin perjuicio de lo anteriormente sentado en las materias que informan la litis trabada, no resulta atinado marginar ahora el enfoque del concepto sancionador de conflictos de interés mal resueltos, y que fue utilizado por el órgano administrativo

(Superintendencia de Valores y Seguros), y sobre este particular corresponde aclarar con énfasis que dicho concepto no está normado por la Ley de Sociedades Anónimas y en tal evento no puede entonces ser utilizado para generar alguna sanción para los ?gestores clave?.

Tampoco la mencionada autoridad puede usar conceptos jurídicos de naturaleza indeterminada como lo es la noción de orden público económico. Por el contrario, el órgano administrativo señalado está obligado a precisar las normas infringidas y además debe comprobar que las obligaciones allí contenidas o que conllevan fueron efectivamente vulneradas;

VIGÉSIMO: Que, asimismo, fluye como deber ineludible sustentar el criterio de que la Superintendencia de Valores y Seguros careció de una base o elemento fundamental para proceder a imponer las sanciones administrativas, toda vez que no se divisa la existencia de la tipicidad que respalde lo decidido. En tal orientación valga insistir que no basta con que la a

utoridad del ramo imponga las sanciones por las disposiciones legales que pretende supuestamente quebrantadas, ya que resulta imprescindible entrar a probar que las acciones u omisiones mentadas corresponden cada una de ellas concreta y específicamente a la infracción legal que aparece imputada.

Por otra parte, no deja de extrañar, que la realidad de orden constitucional y legal no habilita en ningún instante a la Superintendencia de Valores y Seguros para entrar a conocer de conflictos que se susciten entre accionistas de las sociedades anónimas, y sin embargo el organismo administrativo sin contar con la normativa aplicable precedió a crear el concepto de ?conflictos de interés?;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, a mayor abundamiento, cabe consignar que el concepto de conflictos de interés está definido en la ley, pero únicamente para el caso de la A.F.P, en la reforma de capitales de la Ley N°19.301 del año 1994, y tal noción nunca se ha incorporado en la legislación societaria ni de valores.

Súmase a lo anterior, que la Superintendencia calificó los conflictos de

interés como mal resueltos, aspecto que sólo traduce una opinión carente de fundamento. Mas aún, el órgano administrativo tampoco pudo demostrar qué intereses habrían sido afectados y en que forma se produjo tal situación.

Ni puede escaparse el evidente error en que han incurrido la Superintendencia y la misma Corte de Apelaciones al calificar a los ?gestores clave? como ejecutivos y/o directivos en circunstancias que dicha calificación estaba ligada a sus condiciones jurídicas en las empresas en que ellos intervinieron.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Srta. Morales y el voto disidente, el Ministro Sr. Yurac.

Rol N°4261-2004.

Pronunciado por la Tercera Sala integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Domingo Yurac; Srta. Maria Antonia Morales y Sr. Jaime Rodríguez Espoz; y el Abogado Integrante Sr. Manuel Daniel.

Autorizado por el Secretario Carlos A. Meneses Pizarro.

