

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

INGRESO CORTE : 7.534-2002

MATERIA : Casación en la Forma y en el Fondo

SECRETARIA : Civil

EN LO PRINCIPAL: Interponen Recurso de Casación en la Forma; **PRIMER OTROSI:** Interponen Recurso de Casación en el Fondo; **SEGUNDO OTROSI:** Patrocinio y poder.

ILTMA. CORTE.

LUIS FERNANDO MACKENNA ECHAUREN, abogado, domiciliado en Nueva Tajamar 481, piso 21, y **don EDUARDO JESUS GARDELLA BRUSCO**, ingeniero comercial, domiciliado en calle Huérfanos 770, Oficina 1601, y para efectos de este recurso ambos domiciliados en calle Moneda N° 970, 9° Piso, de esta ciudad, actuando por sí, a US. ILTMA respetuosamente decimos:

Que siendo parte agraviada, y estando dentro del plazo que nos concede la ley, interponemos fundado Recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva dictada en autos con fecha 8 de Julio de 2004, por medio de la cual VS. Iltma. Resolvió revocar la sentencia definitiva de primera instancia **-dictada con fecha 16 de Julio de 2.002, por el 5° Juzgado Civil de esta ciudad, que había acogido la demanda interpuesta por los suscritos-** y dispuso en su lugar el rechazo de la demanda de reclamación deducida por los comparecientes en contra de la Superintendencia de Valores y Seguros, a fin de obtener se dejaran sin efecto las Resoluciones Exentas N° 351 y N° 371 dictadas por dicha Superintendencia con fecha 21 de Noviembre y 17 de Diciembre ambas de 1997, todo por las causales, vicios, fundamentos y consideraciones que a continuación expongo:

1.-CAUSAL QUE CONCEDE EL RECURSO.

Concede el recurso de casación en la forma que interponemos, el artículo 768 N° 4, en relación al artículo 160, ambos del Código de Procedimiento Civil.

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

La disposición citada expresa que:

"El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes:

"...4a. En haber sido dada ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal..."

El artículo 160 del Código de Procedimiento Civil señala por su parte que:

"Las sentencias no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes ..."

2.- VICIOS O DEFECTOS EN QUE SE FUNDA.

La sentencia definitiva recurrida está viciada, por cuanto se extendió a puntos no sometidos a la decisión del tribunal. El vicio o defecto señalado, conocido en la doctrina como **"extrapetita"** consiste en que la sentencia que se impugna, apartándose del mérito del proceso, se extendió a puntos que no fueron sometidos a su conocimiento.

Es así como consta de las propias Resoluciones Exentas N° 351 y N° 371 dictadas por dicha Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante SVS, con fecha 21 de Noviembre y 17 de Diciembre de 1997, que se nos sancionó en definitiva por considerar que incurrimos en:

"..múltiples y evidentes conflictos de interés envueltos en la compleja negociación llevada a efecto con EE; ... 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".

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

“..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.”

(Res. Exenta N° 351, de la SVS, N° 23, página 17)

Contra las referidas resoluciones en que se nos formularon los cargos antes señalados, es que iniciamos el procedimiento de reclamación contemplado en el artículo 30 del D.L. 3.538, solicitando que las mismas fueran dejadas sin efecto, entre otras razones, por no ser efectivas las infracciones que se nos atribuyeron. Así por lo demás consta de las demandas que dedujimos en estos autos, lo cual se constata de su sola lectura.

A pesar de ello, y en forma total y absolutamente inexplicable, la sentencia recurrida se extendió y explayó en supuestas infracciones o conductas **RESPECTO DE LAS CUALES NO SE NOS FORMULARON CARGOS**, las cuales no están contenidas ni sirvieron de fundamento para la dictación de las Resoluciones de la SVS, cuya impugnación y reclamación es el objeto del pleito.

La sentencia recurrida, en innumerables partes formula cargos y se extiende sobre hechos o situaciones que jamás nos ha imputado la resolución sancionadora.

Es así como:

A.- En el considerando 34° se refiere en términos generales a lo dispuesto en las normas de los números 1, 4 y 7 del artículo 42 de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, normas que enumeran una serie de conductas que nada tienen que ver con los cargos formulados en autos. Es así como se hace mención, entre otros, a proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios, presentar cuentas irregulares, informaciones falsas, en general practicar actos ilegales, o contrarios a los estatutos.

B.- En el Considerando 41°, en que se expresa que durante el procedimiento

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

administrativo Luis Fernando Mackenna **“habría confesado”** haber antepuesto su interés de accionista de la serie B al de Director de las compañías Chispas.

C.- En el Considerado 47°, que expresa:

“ 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.” (lo destacado es nuestro)

D.- En el considerando 48° que se refiere a:

*i) comprometer el ejercicio de nuestros cargos directivos .. **al servicio y en interés de solo 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.***

(Lo destacado es nuestro)

La verdad VS lltma. que no se nos ha multado por los referidos cargos, sino por otros, que son los referidos en las Resoluciones Exentas ya señaladas.

Estos nuevos cargos no han sido objeto de controversia, no han sido sometidos al conocimiento de VS. lltma., y solo han aparecido en la sentencia cuya nulidad solicitamos. Por ende sobre ellos no hemos podido defendernos, lo que hace que la sentencia incurra en el vicio de, apartándose del mérito del proceso, extenderse a puntos que no fueron sometidos a su conocimiento.

Es necesario destacar que, conforme la norma del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, ya citada, es necesario, para no incurrir en el vicio señalado, el hecho que las materias referidas hayan sido **EXPRESAMENTE** sometidas a conocimiento del tribunal, lo que ciertamente

no ha ocurrido en estos autos.

En consecuencia la sentencia recurrida incurre en la causal del número 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la norma del artículo 160 del mismo Código.

3.- EL VICIO DE CASACIÓN DE FORMA OCASIONA A NUESTRA PARTE UN PERJUICIO QUE SÓLO ES SUBSANABLE CON LA INVALIDACIÓN DEL FALLO.

El inciso penúltimo del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil exige, para que el recurso de casación de forma prospere, que el vicio o vicios denunciados hayan causado al recurrente un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, o que el vicio haya influido en lo dispositivo del mismo.

La primera de las circunstancias se da aquí, puesto que en aquella parte en que el fallo se extiende a puntos no sometidos a su decisión, imputa a los suscritos una serie de cargos y/o conductas, en abierta infracción a la ley y privándonos del derecho constitucional a controvertirlas y demostrar la falta de efectividad de las mismas, lo que solo será posible al anular la referida sentencia. Por otra parte el vicio en cuestión se comete justamente en la sentencia, en los considerando resolutivos, que en el contexto de la sentencia forman ciertamente parte de lo dispositivo del fallo, requisito necesario para la procedencia del recurso de Casación por esta causal, según lo ha fallado reiteradamente nuestra jurisprudencia. Asimismo el referido vicio lo comete la sentencia que impugno, y no la de primera instancia, de modo tal que el vicio es originario de la sentencia de segunda instancia, y en contra de la cual se interpone el presente recurso.

Por último, es necesario recordar que la fundamentación del fallo es el conjunto de sus considerandos y no algunos aislados, de modo tal que entendiendo ello es fácil concluir que de no haber existido la **extrapetita**, el tribunal habría resuelto de otra forma

La invalidación del fallo permitirá que se dicte la sentencia de

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

reemplazo que corrija los vicios en que ella incurre, que nos causan un grave perjuicio.

POR TANTO

Con el mérito de lo expuesto y disposiciones señaladas,

ROGAMOS A VS. ILTMA se sirva tener por interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de fecha 8 de Julio de 2004, admitirlo a tramitación y elevarlo al conocimiento de la Excm. Corte Suprema a fin de que dicho Tribunal proceda a invalidar la sentencia y, conforme a lo señalado en el inciso tercero del artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, dicte la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley, acogiendo las demandas deducidas por los suscritos, con costas.

PRIMER OTROSÍ: Que conjuntamente con el Recurso de Casación en la Forma deducido en lo principal, y dentro del plazo que nos concede el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, interponemos recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada en autos con fecha 8 de Julio de 2004, por medio de la cual VS. Ilتما., causando agravio a los comparecientes, resolvió revocar la sentencia definitiva de primera instancia **-dictada con fecha 16 de Julio de 2.002, por el 5° Juzgado Civil de esta ciudad, que había acogido la demanda interpuesta por los suscritos-** disponiendo en su lugar el rechazo de las demandas de reclamación deducidas en contra de la Superintendencia de Valores y Seguros, a fin de obtener se dejara sin efecto la Resolución Exenta N° 351 y la N° 371, ambas dictadas por dicha Superintendencia con fecha 21 de Noviembre y 17 de Diciembre de 1997, atendidas las innumerables y graves infracciones de ley que en ella se contienen, todas las cuales influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, en los términos que se pasan a señalar.

En consecuencia, mediante el presente recurso de casación en el fondo solicitamos que la Corte Suprema invalide el fallo recurrido, y dicte la sentencia de reemplazo que corresponda, por medio de la cual se mantenga

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

a firme lo resuelto por el tribunal de primera instancia, que acogiendo las demandas interpuestas por los comparecientes, con fecha 16 de Julio de 2002 resolvió dejar sin efecto las multas aplicadas.

INFRACCIONES DE LEY.

La sentencia recurrida ha incurrido en varios errores de derecho, mediante la infracción a las siguientes normas legales, las que clasificaremos según la materia de que se trata:

A.- Infracciones de ley relativas a las leyes reguladoras de la prueba. La sentencia recurrida infringe las normas de los artículos 1.698 inciso primero, 1700, 1713 y 1698 inciso segundo, todas del Código Civil; y artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

B.- Infracciones de leyes procesales decisoria litis. La sentencia recurrida infringe la norma del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil;

C.- Infracciones de las leyes que regulan el funcionamiento y facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros como órgano del Estado. La sentencia recurrida infringe los artículos 3, 27, 28 y 29 del D.L. 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros; y artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado

D.- Infracciones de leyes que regulan el funcionamiento de las sociedades anónimas. La sentencia recurrida infringe los artículos 39, 41, 42 N° 1, 3, 4, 6 y 7 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil, artículo 19, números 24 y 26 de la Constitución Política de la República, en relación también con los artículos 1560, 1561 y 1562 del Código Civil, todos también infringidos.

I.- INFRACCIONES A LAS LEYES REGULADORAS DE LA PRUEBA.

Hemos señalado como infringidas en la sentencia recurrida las normas de los artículos 1.698 incisos primero y segundo, 1700 y 1713 del Código Civil; y artículo 341 del Código de Procedimiento Civil.

A.- El artículo 1698 del Código Civil dispone:

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

alega aquellas o ésta” (inciso primero).

“Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”. (Inciso segundo)

Por su parte el artículo 1700 del mismo código a su vez dispone:

“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 fé sino en contra de los declarantes”

Pues bien, la sentencia recurrida, en su considerando N° 16 afirma lo siguiente:

*“16°) Que el análisis que de la controversia de estos autos hará esta Corte en el desarrollo de este **fallo estará vinculado necesaria y directamente** a dos principios fundamentales:*

a.-...

*b.- por otra parte, la **presunción de verdad y de autenticidad** que corresponde asignar a las resoluciones tanto sancionatorias 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 quiénes 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”.*

(Lo destacado es nuestro)

Mediante el referido considerando la Corte da por establecido, en

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

primer término, que la carga de la prueba en el presente juicio, para los efectos de desvirtuar lo consignado en la resoluciones impugnadas, **ha correspondido exclusivamente a los suscritos**, por cuanto, y en segundo término, **atribuye** a las reclamadas Resoluciones Exentas N° 351 y 371, dictada por la SVS., como asimismo a cualquier otra resolución de otro orden expedida por la SVS., **una presunción de verdad y autenticidad**, por tratarse de instrumento público o auténticos.

Lo anterior no se ajusta a la correcta interpretación de las normas legales señaladas como infringidas. **En primer término** corresponde a las partes del juicio acreditar los hechos que sirven de fundamento a sus alegaciones. Atendido ello 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. En el caso de autos, atendida la formulación de cargos efectuada por la SVS a los suscritos, consistente en términos generales en actuaciones que importarían un conflicto de intereses, es ella quién, conforme la interlocutoria de prueba de autos, tuvo la carga de la prueba de acreditar los hechos positivos que sustentan su actuar sancionatorio, correspondiendo a esta parte contrarrestarlos, ante la imposibilidad de probar los hechos negativos, los que, como es sabido, no son ni pueden ser objeto de prueba.

En **segundo término**, el referido considerando infringe expresa y abiertamente la norma del artículo 1700 del Código Civil, ya citada, atribuyendo a la Resolución de la SVS, junto con el efecto de alterar la carga de la de prueba, un valor probatorio que no tiene conforme a la ley. En efecto, según la norma ya citada, los instrumentos públicos o auténticos hacen plena fe solo 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 una presunción de la verdad de sus declaraciones, como erróneamente se afirma en la sentencia impugnada y menos a la fecha de dictación del mismo, 21 de Noviembre de 1997, época en la cual no se

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

encontraba vigente la norma del inciso final del artículo 3° de la Ley 19.880, que estableció las bases de los procedimientos administrativos.

La referida Ley, que establece dicha presunción en el inciso final del artículo tercero y para los efectos de los procedimientos administrativos, fue promulgada con fecha 22 de Mayo de 2003 y publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de Mayo del mismo año, esto es una vez ya dictada la sentencia de primera instancia en estos autos.

A su vez, en el considerando 44° de la sentencia que se impugna, el Tribunal de VS. Ilustrísima, infringiendo la norma del inciso segundo del artículo 1.698 del Código Civil, y del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil pondera y analiza el informe emitido por el abogado don José María Eyzaguirre García de la Huerta, como elemento probatorio determinante, de la existencia de diversas **ilicitudes graves** por parte de los gestores claves, entre los cuales se encontraban los suscritos. En este considerando la sentencia recurrida hace un extenso y exegético análisis del mismo.

Tal ponderación y valoración importa considerar como medio de prueba a un informe en derecho que en caso alguno puede constituir un medio de prueba legal, de los expresamente regulados y tratados, por una parte en el inciso segundo del artículo 1.698 del Código Civil, como tampoco en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, normas en las cuales se establecen taxativamente los medios de prueba que se pueden hacer valer en juicio. Solo en la norma contenida en el artículo 228 de este último código se hace referencia a los “informes en derecho”, sin que éstos tengan la calidad de medio de prueba.

En consecuencia y como resultado de esta infracción o error de derecho se ha admitido un medio probatorio no señalado en la ley, para acreditar los hechos fundantes de la Resolución N° 351 y la 371 de la SVS, cuya impugnación es objeto de este juicio

B.- El artículo 1713 del Código Civil dispone:

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

“La confesión que alguno hiciere en juicio por si, 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”

Es del caso que en el considerando 41° de la sentencia recurrida se afirma respecto de don Luis Fernando Mackenna que “habría confesado” haber antepuesto su interés de accionista de la serie B al de Director de las compañías Chispas, que además habría reconocido haber omitido sus deberes con la compañía, con lo cual da por acreditado el conflicto de intereses y las supuestas infracciones que se le imputaron en la Resolución N° 351.

Nuevamente la sentencia incurre en un error de derecho, al considerar y ponderar dicha declaración como el medio de prueba confesión, en circunstancias que no lo es. En efecto, la norma del artículo 1713 del Código Civil exige que la confesión haya sido prestada en juicio, y solo produce plena fe, o sea permite dar por acreditado un hecho, cuando de su merito se desprenda un hecho personal del confesante que en este caso reconozca el haber incurrido en las infracciones imputadas, lo que tampoco ocurre en la especie.

Como consta en autos jamás don Luis Fernando Mackenna concurrió al tribunal a absolver posiciones, ni fue citado al juicio PARA TAL EFECTO, de modo tal que no existe la confesión en juicio que exige la norma. Es más: del propio considerando 41° de la sentencia se constata que el fallo se refiere a declaraciones prestadas en el procedimiento administrativo. Por otra parte jamás Luis Fernando Mackenna reconoció y confesó, ni judicial ni extrajudicialmente, el haber cometido o incurrido en las infracciones que se le imputaron por medio de la Resolución N° 351 de la SVS.

De modo tal que, al dar por acreditado tal hecho mediante la pretendida confesión, se han violado las leyes reguladoras de la prueba cambiando y alterando de este modo los hechos

INFLUENCIA EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO DE LOS ERRORES DE DERECHO SEÑALADOS.

De la sola lectura del considerando 16° de la sentencia se advierte la influencia de los señalados errores de derecho en lo dispositivo del fallo.

En efecto, de no haber cometido las infracciones señaladas, se habría ponderado y establecido legalmente la determinación de la carga de la prueba, con precisión acerca de los hechos y la parte a la cual correspondía acreditar los mismos. El haber atribuido a esta parte todo el peso de la prueba respecto de todos los hechos, ha importando necesariamente el no acceder a la demanda. La misma Corte señala que así lo consideró, al afirmar expresamente 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, de haber ponderado adecuadamente el valor probatorio de las resoluciones sancionatorias, en su calidad de instrumento público o auténtico, y no haber atribuido a ellas una presunción de veracidad o autenticidad a su contenido que no tiene, como quedó demostrado; de no haber considerado como confesión de parte una declaración prestada extrajudicialmente por don Luis Fernando Mackenna ante la SVS; y de no haber considerado como medio de prueba de las “ilicitudes graves” el informe en derecho del abogado don José María Eyzaguirre García De La Huerta (*a la sazón abogado patrocinante y apoderado del resto de los directores de Enersis a la fecha de ocurridos los hechos que motivaron la resolución que impugno*), VS. Itma. no habría podido concluir, ni habría podido dar por establecida legalmente las infracciones y los cargos que se nos formularon en la Resoluciones Exentas N° 351 y 371 de la SVS, y por ende los supuestos en que ellas se basaron.

En consecuencia de no haber existido tales errores de derecho o infracciones de ley, la sentencia recurrida hubiera debido necesariamente,

confirmar la de primer grado, que accedió a la demanda deducida por los comparecientes, y dejó sin efecto las resoluciones sancionatorias.

II.- INFRACCIONES DE LEYES PROCESALES DECISORIA LITIS.

La sentencia recurrida también comete un error de derecho al infringir una ley que estando en un ordenamiento procesal, tiene la característica de ser decisoria litis, en orden a que con arreglo a ella debe también resolverse el juicio. En efecto, como consta de las demandas deducidas por los suscritos, se impugnaron las resoluciones sancionatorias N° 351 y 371 de la SVS no sólo por no ser efectivos los fundamentos de hecho y de derecho en que ellas se basaron, sino que también por un sinnúmero de argumentaciones formuladas por esta parte relativos, entre otros tópicos de carácter legal, 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 SVS, a los supuestos que ella exige, e incluso a una petición subsidiaria de rebaja de la multa aplicada.

Conforme a la norma del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias deben necesariamente pronunciarse conforme al mérito del proceso. Como se puede ver 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.

Tal situación a juicio de esta parte y de la norma citada, amerita el considerar que la sentencia recurrida no se ha dictado conforme al mérito del proceso, cuestión que importa una infracción de ley, al ignorar de este modo, la norma del artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, que para estos efectos es decisoria litis.

INFLUENCIA EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO DEL ERROR DE DERECHO SEÑALADO.

El error de derecho antes referido constitutivo de la infracción de ley señalada Ha influido de tal forma en lo dispositivo del fallo que, de haberse considerado para la dictación de la sentencia recurrida en forma

irrestricada el mérito del proceso, ciertamente la resolución del mismo habría sido otra, por cuanto Se habrían considerado una multiplicidad de aspectos, análisis y pruebas oportunamente planteadas que acreditan y justifican la inexistencia de las supuestas infracciones fundantes de las resoluciones exentas sancionatorias N° 351 y 371 de la SVS

III.- INFRACCIONES RELATIVAS A LAS FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS.

La sentencia recurrida infringe los artículos, 3, 27, 28 y 29 del D.L. 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, vigente al 21 de Noviembre de 1997, en cuanto hace una errónea interpretación y aplicación de dicha normas legales en la resolución del conflicto, infringiendo de paso las normas establecidas los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado.

En efecto, conforme a la norma del artículo 3°, corresponde a la SVS la superior fiscalización de:

“... e) Las sociedades anónimas y las en comanditas por acciones que la ley sujeta a su vigilancia...”

“...”

“...g) Cualquiera otra entidad o persona natural o jurídica que la presente ley u otras leyes así le encomienden”.

Asimismo el artículo 27° dispone:

“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*

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado; y

3) ...

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...”.

Por su parte, el artículo 28 señala:

“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”.

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.

De la interpretación correcta y armónica de los preceptos citados del D.L. 3.538 queda claro que la SVS tiene la fiscalización superior de las sociedades anónimas y/o en comandita por acciones que la ley del

ESTUDIO ETCHEBERRY ABOGADOS

ramo sujeta a su vigilancia y las demás a que se refiere la letra g) de la misma norma. En consecuencia son las únicas que pueden ser objeto de las sanciones o apremios que conforme a los artículos 27, 28 y 29 ya citados, la SVS puede aplicar.

En otras palabras, las sanciones a que se refiere el artículo 27 se pueden imponer a la sociedad fiscalizada, que ha incurrido en la infracción, y a los directores, gerentes y dependientes de dicha sociedad.

Por su parte, las sanciones del artículo 28 se aplicarán 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.

De lo anterior se concluye que por una parte la **SVS no está facultada para sancionar a los accionistas de dichas sociedades, como tampoco por conflictos entre accionistas**, como lo son los supuestos conflictos de interés, que constituyen los cargos formulados por la SVS en la Resolución sancionatoria N° 351 y 371 objeto de este juicio. Baste para ello con leer atentamente el considerando N° 23 de la Resolución sancionatoria en que, en síntesis, establece que la sanción se formula por **múltiples y evidentes conflictos de interés**.

Asimismo la SVS al actuar al margen de su competencia y sancionarnos por supuestas conductas constitutivas de conflicto de interés, ha actuado fuera de la competencia que expresamente le han conferido la Constitución y las leyes, infringiendo por ello el artículo 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, que sanciona dicha contravención con la nulidad, por cuando se han arrogado una facultad de sancionar a accionistas, sin estar autorizados para ello.

INFLUENCIA EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO DEL ERROR DE DERECHO SEÑALADO

El error de derecho antes referido constitutivo de la infracción de las leyes señaladas, influyó de tal forma en lo dispositivo del fallo habida consideración

que, de haberse aplicado correctamente las normas de la Ley Orgánica de la SVS y de la Constitución Política señaladas como infringidas, debió resolverse la improcedencia de las multas aplicadas, por tratarse de situaciones constitutivas de conflictos entre accionistas, como los supuestos conflictos de interés que se han formulado como cargos.

En consecuencia, de no haber existido estos errores de derecho, VS. Iltrma debió confirmar la resolución de primer grado, que dispuso dejar sin efecto las multas.

**IV.- INFRACCIONES RELATIVAS A LAS NORMAS QUE REGULAN EL
FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.**

La sentencia recurrida infringe los artículos 39 inciso 3°, 41, 42 N° 1, 3, 4, 6 y 7 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en su texto vigente a la época de los hechos, en relación también con los artículos 1560, 1561 y 1562 del Código Civil .

La sentencia interpreta erróneamente la norma del artículo 42 N° 6 de la Ley 18046, incurriendo de esta forma en una grave infracción de ley, por cuanto con ello se genera una limitación al derecho de dominio de los suscritos, no contemplada en la Ley, por lo cual se infringen además las normas legales contenidas en 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 del Estado, que garantiza y asegura el derecho de propiedad en todas sus formas.

Es un hecho de la causa que los comparecientes éramos indirectamente propietarios de un paquete de acciones de la "Serie B" y de la "Serie A" de las sociedades Chispas. Asimismo desempeñábamos diversas funciones en las mismas sociedades, en Enersis o en sus filiales.

En consecuencia cualquiera de nosotros podía disponer libremente de sus derechos en la sociedad en que participaba (sociedades en comandita propietarias de ambas series de acciones de las Chispas).

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

No obstante ello, conforme la sentencia recurrida, era aplicable a este caso **la prohibición establecida en el artículo 42 N° 6** de la Ley sobre Sociedades Anónimas, **lo que, como pasaremos a explicar, no es efectivo**, por cuanto no concurren en el caso concreto los supuestos de dicha norma.

En efecto, como es sabido Endesa España (EE), pretendía adquirir el “control fáctico y precario” de Enersis, y se reconoce también que dicho control era de dominio de los “gestores claves”, entre los cuales nos encontramos; 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). Cabe hacer presente que ninguno de los comparecientes concurrimos a la celebración del denominado contrato de “Alianza Estratégica” celebrado entre Enersis y Endesa España. Este último hecho no es siquiera considerado por la sentencia recurrida.

De éste modo, si la intención de EE era adquirir el “control fáctico y precario” de Enersis, de que en parte éramos titulares los comparecientes, **no pudo violarse la prohibición contenida en el 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 que a los denominados “gestores claves”, al cual pertenecíamos los comparecientes, desde la privatización de esta empresa.**

El tenor de la norma es el siguiente:

“Los directores (se entiende de las Chispas) no podrán:

“6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de sus cargos”.

(lo entre paréntesis es nuestro)

En consecuencia era **imposible** incurrir en esa conducta por cuanto el control fáctico (objetivo de Endesa España) **no era de propiedad de Las**

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

Chispas, sino de los “gestores claves”. No se había propuesto la adquisición de acciones de Enersis, que sí eran de propiedad de las Chispas, y aunque ello se hubiera propuesto, no se hubiera logrado el objetivo ya que las sociedades Chipas solo detentaban un porcentaje accionario de Enersis insuficiente para controlar a Enersis, en virtud de sus propios Estatutos.

De éste modo, la toma de control práctico y efectivo, -objetivo perseguido por Endesa España-, NO FUE NI PUDO HABER SIDO UNA OPORTUNIDAD COMERCIAL DE LAS SOCIEDADES CHISPAS DE LA QUE NOS HUBIERAMOS APROPIADO, Y MENOS QUE CON NUESTRA ACTUACION, SE HUBIERE SEGUIDO ADEMAS UN PERJUICIO PARA LA SOCIEDAD, COMO LO EXIGE LA NORMA INFRINGIDA POR LA SENTENCIA RECURRIDA.

La sentencia interpreta también erróneamente la norma del artículo 39, inciso 3° de la Ley N° 18.046, configurándose un manifiesto error de derecho, por cuanto por errónea aplicación, intenta configurar un supuesto “conflicto de interés mal resuelto”, único cargo en realidad formulado por la SVS en sus Resoluciones Exentas.

El artículo indicado dispone textualmente:

“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.”

Sostiene la sentencia recurrida que los comparecientes hemos infringido esta norma, lo que es imposible por cuanto, jamás en nuestra calidades de Directores de la sociedades Chispas tomamos un acuerdo en relación con el “traspaso de control a EE”. Esto es tan así que, como ya lo señaláramos precedentemente, era imposible que tomáramos un acuerdo respecto de algo que la sociedad de la cual éramos Directores, **no tenía**. Ahora bien, la venta de las acciones que eran, directa o indirectamente, de propiedad de los gestores claves, entre los cuales nos encontramos, en la sociedad, no es ni puede considerarse comprendida en la norma citada, por

cuando dicha venta no importa, de forma alguna, un acuerdo del Directorio de la sociedad. **Tampoco importaba el deber de informar en los términos del actual tenor del 54 de la Ley del Mercado de Valores** (modificado por la Ley N° 19.705 de 20 de Diciembre de 2.000) **que ciertamente impone un deber de informar no vigente a la época de los hechos.**

Ninguno de los suscritos faltó al deber que a la fecha la Ley imponía a los Directores

En éstas circunstancias no puede fundarse un supuesto conflicto de interés en la referida norma, atendido los hechos ya establecidos en autos, sin infringirla gravemente, sin cometer un error de derecho, un error jurídico al aplicar la norma indebidamente.

La sentencia también nos imputa la infracción del artículo 42 N° 1, 3, 4 y 7 de la Ley N° 18.046, incurriendo nuevamente en un error de derecho de proporciones, en los términos que pasaremos a señalar.

El artículo 42 N° 1 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”.*

En el caso de autos ninguno de los comparecientes hemos incurrido en alguna de las acciones tipificadas en la norma citada. Nunca adoptamos un acuerdo en orden a emitir valores o decidimos una política o decisión que pudiera haber afectado el interés social de las Chispas.

Lo que pasa realmente es que la sentencia recurrida pretende hacernos aparecer infringiendo esta norma, por nuestras actuaciones como gestores claves en la negociación de la venta de nuestras acciones a EE, toda vez que no la habríamos informado al Directorio. De éste modo lo que pretende realmente es exigir una conducta a la cual no estábamos obligados, y tal es así que ese deber de información sólo fue introducido en nuestra

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

legislación en el mes de Diciembre del año 2000, en que se modificó el texto del artículo 54 de la Ley de Valores, a lo cual ya nos hemos referido precedentemente.

El artículo 42 N° 3 establece:

“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”.

Además de reiterar lo que al respecto hicimos en lo principal de este escrito, al deducir el Recurso de Casación en la Forma por extrapetita (artículo 768 N° 4, en relación con el artículo 160 ambos del Código de Procedimiento Civil), hacemos presente que este cargo no fue formulado por la Superintendencia de Valores y Seguros ni por su defensa durante el juicio. No tuvimos oportunidad de defenderos a su respecto, y solo aparece en la sentencia recurrida de segunda instancia.

En todo caso debemos reiterar que la regulación de información está contenida en el artículo 54 de la Ley de Mercado de Valores, ya referida, vigente a la época de los hechos y conforme a la cual los comparecientes *NO TENIAMOS EL DEBER DE INFORMAR LA VENTA DE LAS ACCIONES Y EL CONTRATO DE “GESTIÓN”.*

El artículo 42 N° 4 establece:

“Los directores no podrán:

4) Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales”.

Valga lo señalado anteriormente sobre esta norma. No existe en autos, ni en el proceso administrativo previo prueba alguna sobre esta supuesta infracción. Tal es así que tampoco forma parte de la formulación de los cargos de la SVS en las resoluciones exentas sancionatorias. En todo caso ya se señaló que los comparecientes dimos cumplimiento a las obligaciones que nos imponía el artículo 54 de la Ley 18.045 vigente.

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

El artículo 42 N° 7 establece:

“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”.

La conducta o los hechos a que se refiere esta norma imperativa se refiere a conductas ilegales o al uso malicioso de nuestros cargos en perjuicio de la sociedad.

Para no repetirnos más solo baste con señalar que ninguna de las conductas descritas fueron realizadas por los comparecientes, por cuanto la serie de actuaciones efectuadas en orden a la suscripción de los contratos de compraventa de acciones serie B, promesa de compraventa de las mismas acciones y de gestión, en ningún caso dichos actos *son ilícitos o ilegales. (Debe recordarse a mayor abundamiento, que ninguno de los comparecientes suscribió el contrato de alianza estratégica el que sólo fue suscrito por EE y Enersis)*

Por su parte la interpretación antojadiza y ajena al espíritu y texto del contrato de gestión que se efectúa en la sentencia recurrida, además infringe las normas del artículo 1560, 1561 y 1562 del Código Civil, normas que regulan la interpretación de los contratos, por cuanto pretenden interpretar el mismo en un sentido distinto del que éste pueda producir sus claros y convenientes efectos.

El error jurídico en que incurre el fallo salta a la vista, como consecuencia de no interpretar correctamente el contrato de “gestión” y, dar por establecido un supuesto, futuro e incierto perjuicio al interés social de ENERSIS.

Por último, el artículo 41 inciso primero de la Ley N° 18.046, establece :

“Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

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

En primer término, no hemos incurrido en las infracciones o prohibiciones que describe la norma antes indicada, y en segundo término, contrariamente a lo que señala el fallo recurrido, esta norma para su aplicación requiere de perjuicio, como se desprende de su sola lectura y ello es constitutivo de un error de derecho

INFLUENCIA EN LO DISPOSITIVO DEL FALLO DE LOS ERRORES DE DERECHO SEÑALADOS

De haber aplicado V.S.I. correctamente las normas señaladas como infringidas, la sentencia habría resuelto de forma distinta de como lo hizo. De haberse aplicado correctamente las normas de las sociedades anónimas señaladas como infringidas, se habría resuelto necesariamente que los suscritos 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 del contrato de gestión.

De haberse aplicado correctamente y conforme a derecho las normas que regulan el derecho de dominio, tanto legales como constitucionales, de habérselas interpretado sin errores de derecho como se lo ha hecho, la sentencia necesariamente debió haber concluido y resuelto que tanto los contratos de compraventa como el de promesa de compraventa ya señalados, no importan y no importaron en caso alguno el infringir las estipulaciones de la ley 18.046, que el fallo recurrido señala como infringidas.

Por último, de haber aplicado correctamente las normas sobre interpretación de los contratos, se habría necesariamente concluido y resuelto que el contrato de gestión en ningún caso importa o importó una infracción a las mismas normas, máxime si se tiene presente que en definitiva dicho contrato se rescilió.

CONCLUSION

**ESTUDIO ETCHEBERRY
ABOGADOS**

VS. Itma. La sentencia de segundo grado, recurrida por medio del presente recurso de casación, contiene múltiples errores de derecho, todos ya latamente explicados y analizados, de modo tal que procede su anulación, y dictar en su reemplazo una sentencia que, aplicando correctamente la ley, confirme la sentencia de primer grado, que dispuso acoger las demandas deducidas por los comparecientes, dejando sin efecto las resoluciones exentas N° 351 y 371 de la SVS, dictadas con fecha 21 de Noviembre y 17 de Diciembre ambas de 1997, y las consecuentes multas que ella aplica.

POR TANTO

Con el mérito de lo expuesto, y conforme lo dispuesto en las normas legales y constitucionales señaladas;

ROGAMOS A VS. ILTMA se sirva tener por interpuesto Recurso de Casación en el Fondo en contra de la sentencia de fecha 8 de Julio de 2004, admitirlo a tramitación y elevarlo al conocimiento de la Excma. Corte Suprema a fin de que dicho Tribunal proceda a invalidar la sentencia y, conforme a lo señalado en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, dicte la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley, acogiendo las demandas deducidas por los suscritos, y dejando sin efecto las resoluciones exentas N° 351 y 371 de la SVS, dictadas con fecha 21 de Noviembre y 17 de Diciembre ambas de 1997, y las consecuentes multas que ellas nos aplican, con costas.

SEGUNDO OTROSI: ROGAMOS A VS. ILTMA. se sirva tener presente que patrocina el presente recurso el abogado habilitado para el ejercicio de la profesión don ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, a quien también conferimos poder para actuar en el presente recurso, conjunta o separadamente, con el abogado habilitado para el ejercicio de la profesión don IGNACIO VARGAS MESA, a quién también conferimos poder, ambos patente al día, y domiciliados en Moneda 970, 9° Piso de esta ciudad.