

CORTE SUPREMA, 7 DE JULIO DE 2005

*“Mackenna Echaurren, Luis Fernando y otros con Superintendencia de Valores y Seguros”
Recursos de casación en el fondo y en la forma.*

MATERIA: Conflictos de interés, administración de sociedad anónima, concepto de control y facultades punitivas de la Superintendencia de Valores y Seguros. Naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Valores y Seguros. Ultra petita. Leyes reguladoras de la prueba.

des anónimas; artículos 97, 99 y 198 de la ley de Marcado de Valores; artículos 27 y 28 del Decreto Ley N° 3538, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros; artículos 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil.

DISPOSICIONES APLICABLES: Artículos 31, 39, 41, 42 y 44 de la ley de socieda-

DOCTRINA: Véase referencia a la Misma sentencia en páginas 501 y ss.

LA SENTENCIA DEL CASO CHISPAS. UN ERROR JUDICIAL

PABLO RODRÍGUEZ GREZ*

Con fecha 7 de julio del año en curso, la Excma. Corte Suprema rechazó sendos recursos de casación en el fondo y en la forma, deducidos por un grupo de ex ejecutivos de ENERSIS que fueron multados por la Superintendencia de Valores y Seguros, a propósito de la transferencia a ENDESA ESPAÑA del esquema de control que ejercían respecto de dicha empresa. La sensación que deja este fallo es lamentable, porque se desconocen derechos esenciales de los afectados y se prescinde de elementos probatorios que no pudieron estar ausentes de una decisión ajustada a los antecedentes que rolan en el proceso. Para facilitar la comprensión de esta materia, aparentemente compleja, conviene analizar, separadamente, los siguientes hechos: la existencia de un esquema de control precario sustentado por los multados, la factibilidad de que este pudiese ser transferido sin vulnerar las prohibiciones contenidas en la ley, las medidas adoptadas para que prevalecieran los intereses de la sociedad, las irregularidades habidas en la substanciación del proceso que culmina con la confirmación de las multas y algunos hechos especialmente significativos.

I. ESQUEMA DE CONTROL PRECARIO SUSTENTADO POR LOS EJECUTIVOS DE ENERSIS

Un grupo de ejecutivos de ENERSIS, encabezados por José Yuraszeck Troncoso, sustentaban lo que se llamó un “control fáctico y precario” sobre esta empresa. Este esquema estaba construido sobre la base del control accionario de cinco sociedades (denominadas para estos efectos “sociedades Chispas”) que detentaban un 29% del

* Abogado.

caudal accionario de ENERSIS. Con este limitado porcentaje apenas si elegían 2 de 7 directores de ENERSIS, aun cuando la ley les reconocía "una influencia decisiva en la administración de la sociedad" (artículo 97 letra b) de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores). Ahora bien, para lograr la elección de la mayoría de los directores (control efectivo de que trata la letra a) de la disposición legal antes citada) los indicados ejecutivos se habían ganado, gracias a una muy exitosa gestión, el apoyo de los demás accionistas, especialmente los institucionales (Administradoras de Fondos y Pensiones). Para formarse una idea de lo que se señala, basta con recordar que en menos de 15 años habían llevado el patrimonio de ENERSIS de US\$ 450 millones a US\$ 5.000 millones y que esta compañía había realizado inversiones importantes en Argentina, Colombia y Brasil y proyectaba nuevos negocios en otras naciones del continente.

A su vez, el capital de las llamadas "sociedades Chispas" estaba constituido por dos tipos de acciones: la Serie "A", que poseía el 99,04% del capital social, y la Serie "B" que poseía un 0,06% de dicho capital. Sin embargo, como los principales ejecutivos (llamados en adelante "gestores clave") eran quienes habían proyectado el negocio, obtenido los créditos bancarios que permitieron adquirir estos activos e, incluso, dispuesto de sus propios bienes para obtenerlos y garantizarlos, se les asignó la Serie "B" que elegía 5 de 9 directores en cada sociedad "Chispas", salvo en una en que elegían 4 de 8 (Compañía Inversiones Luz S.A.) En suma, la Serie "A" tenían 800 veces una mayor participación en el capital y la Serie "B" tenía 1.300 veces mayores derechos políticos. Esta estructura accionaria fue, en su oportunidad, autorizada por la Superintendencia de Valores y Seguros y sancionada por el mercado bursátil que asignó a la Serie "A" dos tercios del patrimonio subyacente de las sociedades Chispas y a la Serie "B" un tercio del mismo. Por cierto, nada de esto interesó a la Corte Suprema que ni siquiera analizó este antecedente que constituye, como se observará, la médula del conflicto posterior.

En consecuencia, el "control fáctico y precario" que ejercían los llamados "gestores clave" estaba sustentado tanto en el control accionario de las sociedades Chispas como en la "confianza" y adhesión que les dispensaban los demás accionistas de ENERSIS. Este último factor, como es fácil deducir, estaba sujeto a perderse tan pronto aquella mayoría perdiera o cambiara sus preferencias en materia de administración. De aquí que se reconociera el carácter esencialmente precario del esquema de control, lo cual se reconoce y reitera en todos los contratos celebrados.

II. FACTIBILIDAD DE QUE PUDIERA TRANSFERIRSE EL ESQUEMA DE "CONTROL FÁCTICO Y PRECARIO"

Cuestión fundamental de esta controversia, aun cuando ello haya sido soslayado por la Superintendencia y los tribunales superiores de justicia, era la factibilidad de que este esquema de control pudiera ser legítimamente transferido a un tercero. Sostuvo la defensa de los "ejecutivos claves", que se trataba de un bien comerciable, perfectamente susceptible de traspasarse a otra persona siempre que no se vulneraran las prohibiciones o exigencias legales. En otros términos, quien detenta un esquema de control de esta naturaleza, lo incorpora a su patrimonio y puede disponer del mismo en tanto ello no

quebrante un impedimento legal. Por lo mismo, tratándose de un bien comerciable, nada impedía que pudiera negociarse en las condiciones que se estimaran convenientes a los intereses de sus titulares. No puede menos que reconocerse que las restricciones al derecho de propiedad son excepcionales, deben provenir de la ley, y su interpretación es restrictiva, no siendo posible extenderlas a materias o situaciones no señaladas expresamente en la ley (artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República).

Cabe observar sobre este respecto que ni la Corte de Apelaciones ni la Corte Suprema entraron a analizar esta situación, no calificaron la naturaleza del bien indicado, ni sus características, ni la posibilidad y condiciones en que podía cederse a un tercero interesado. De esta manera se esquivó, nuevamente, una cuestión fundamental.

No puede dejarse de mencionar el hecho de que al producirse esta negociación (julio de 1997), nuestra Ley sobre Mercado de Valores no regulaba la “oferta pública de acciones”, dejando a los controladores en situación de transferir el control de una sociedad anónima libremente. Solo en virtud de la N° 19.701 de 20 de diciembre de 2000, se incorporó a la mencionada Ley de Valores el Título XXV sobre “Oferta Pública de Adquisición de Acciones”, que regula esta operación.

De más está decir que de esta operación se dio amplia información, mucho más allá de lo que la ley exige, publicándose los avisos sobre toma de control de las sociedades Chispas, en donde se daba cuenta de la venta de las acciones de la Serie “B”, su precio, condiciones de pago y la oferta que se hacía a los accionistas de la Serie “A”. Cabe, además, hacer notar que se ofrecía a estos un 40% por sobre el valor bursátil más alto de estas acciones y un 60% a los trabajadores y ex trabajadores de ENERSIS, cuestión que exigieron los propios “gestores clave” como una forma de premiar a quienes creyeron desde su origen en esta iniciativa y pusieron sus recursos en ella.

La respectiva operación se estructuró en la siguiente forma:

a. Se vendió el 51% de las acciones de la Serie “B” de las sociedades Chispas en un precio aproximado de US\$ 248 millones de dólares.

b. Se prometió vender el 49% restante en una suma semejante, pero con la salvedad de que este precio se ajustaría conforme a dos factores: al precio de las acciones de ENERSIS y a la circunstancia de que esta empresa obtuviera entre el año 1997 y 2000 utilidades iguales o superiores a US\$ 600 millones. En el evento de que, estando pendiente el contrato de promesa, se perdiera el control “fáctico y precario” de ENERSIS, el precio convenido en el contrato de promesa de US\$ 248 millones se rebajaría a menos de US\$ 38 millones. El saldo de precio se denominó “precio contingente aplazado”.

c. Finalmente, en lo tocante a la negociación misma, se convino en un “contrato de gestión”, mediante el cual se hacía posible, como se analizará más adelante, que los “gestores clave” mantuvieran plenamente vigentes sus facultades y poderes, de modo que el nuevo controlador (ENDESA ESPAÑA) no interfiriera su administración, puesto que de ello dependía que los demás accionistas de ENERSIS (la mayoría) conservara su confianza en los “gestores clave” y no resolviera poner fin a sus servicios.

d. En forma paralela, se celebró una Alianza Estratégica entre ENDESA ESPAÑA y ENERSIS, la cual permitió a esta última consolidar su situación financiera y seguir

participando en los procesos de privatización de empresas generadoras y distribuidoras de energía eléctrica que se realizaba por aquellos años en América Latina. La misma Corte Suprema, en dos oportunidades, declaró que este contrato fue oportuno, veraz y suficientemente informado a la autoridad y al público en general, dejando sin efecto dos multas aplicadas a algunos "gestores clave" a propósito de los avisos hechos llegar al organismo supervisor.

Todos estos acuerdos quedaron sujetos a una condición suspensiva, que consistía en que a lo menos un 66,67% de los acciones de la Serie "A" de las sociedades Chispas vendieran sus acciones en la oferta pública abierta por ENDESA ESPAÑA. Este acuerdo tenía dos finalidades: para los "gestores clave" constituía una manifestación de aprobación de las mayoría de los accionistas de las sociedades Chispas; y para ENDESA ESPAÑA la única forma de acceder a los flujos de estas compañías, ya que las acciones de la Serie "B" prácticamente no tenían derecho a dividendos.

Como puede observarse, los "gestores clave" se esmeraron por ligar indisolublemente los intereses de ENERSIS a los suyos propios, de manera de hacer que estos prevalecieran siempre por sobre los intereses de ENDESA ESPAÑA en cuanto nuevo controlador.

De la misma manera, queda descartado de plano, como se ha sostenido irresponsablemente, que el interés de ENDESA ESPAÑA pueda haber sido adquirir el paquete accionario de que eran titulares las sociedades Chispas en ENERSIS. Ello porque –entre otras razones– un porcentaje accionario del 29% no le permitía elegir sino 2 de 7 directores, transformando su inversión en financiera (conviene recordar que por disposición estatutaria ningún accionista de ENERSIS podía tener más del 32% del capital accionario). Además, tratándose de una inversión declarada esencial por las sociedades "Chispas", la enajenación de la misma habría exigido la aprobación de la Serie "B", lo cual resultaba absurdo, ya que de ese modo se "confiscaban" los derechos políticos de esta Serie en beneficio de la Serie "A".

Algunos accionistas de las sociedades Chispas plantearon esta posibilidad una vez consumada la negociación. De esa manera –sostenían– las sociedades Chispas debían liquidarse (por venta de su activo esencial que representaba el 90% de su patrimonio), y distribuirse el precio recibido en relación al porcentaje en que cada serie participaba del capital (un 99,04% para la Serie "A" y un 0,04% para la Serie "B"). En suma, los primeros se apropiaban de los derechos políticos de los segundos, los cuales, a lo sumo, recibirían algo más de US\$ 300 mil. Lo absurdo –decíamos– es que la aprobación de esta fórmula "confiscatoria" debía ser aprobada por los titulares de la Serie "B". Tampoco la Corte Suprema se hizo eco de esta alegación, que revela la malicia con que actuaban los accionistas más voraces de la Serie "A" de las sociedades Chispas en su afán por apropiarse de los derechos de la Serie "B".

Como se afirmó durante el juicio, es obvio que la Serie "B" de las sociedades Chispas podía tener un gran valor, en la medida que apareciera un tercero interesado en la adquisición del esquema de control que de ENERSIS detentaban los "gestores clave", o tener un valor muy limitado si ello no ocurría, sin perjuicio de los poderes de que eran titulares los gestores clave para la administración de esta empresa.

III. MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS "GESTORES CLAVE" PARA HACER PREVALECER LOS INTERESES DE ENERSIS POR SOBRE LOS INTERESES DE ENDESA ESPAÑA EN CUANTO NUEVO CONTROLADOR

La Superintendencia de Valores y Seguros sostuvo en estrados (particularmente ante la Corte Suprema), que no existía reproche alguno a los "gestores clave" por la celebración de los contratos de compraventa y promesa de compraventa sobre las acciones de la Serie "B" de las sociedades Chispas. En consecuencia, el problema quedó reducido, exclusivamente, al llamado "contrato de gestión", mediante el cual se limitaban las facultades que la ley le confería al nuevo controlador, para mantener incólume el poder de los "gestores clave". Tanto para la Corte Suprema como para la Superintendencia, este contrato implicaba comprometer dichas facultades, poniéndolas al servicio de ENDESA ESPAÑA en oposición a la letra, intención y razón de ser de este contrato.

Como se explicó en lo precedente, el "contrato de gestión" era fundamental para mantener a los "gestores clave" al frente de la administración de ENERSIS. En caso contrario, todos ellos podían ser desplazados de sus funciones y, por ende, perderse automáticamente la confianza que les dispensaban a estos y no a otros, la mayoría de los accionistas de ENERSIS. Para hacer prevalecer los intereses de esta última por sobre los intereses de ENDESA ESPAÑA, se adoptaron los siguientes acuerdos:

a. Se limitaron las prerrogativas del nuevo controlador, especialmente sus facultades de designar directores, gerentes, apoderados e imponer políticas sobre inversiones, dividendos y personal. De esta manera, se lograba que los "gestores clave" conservaran intactos sus poderes y su autoridad para seguir administrando ENERSIS en las mismas condiciones en que lo habían hecho hasta entonces. Basta analizar los contratos para comprobar lo que se señala. En él predominan las cláusulas que restringen los poderes del nuevo controlador en favor de los "gestores clave". Incluso más, en un capítulo especial se regula la forma en que se procederá a aplicar la Alianza Estratégica, todo lo cual revela el propósito común de privilegiar los intereses de ENERSIS por encima de los intereses de ENDESA ESPAÑA.

b. Los derechos de los "gestores clave", contemplados en la promesa de compraventa del 49% de la Serie "B" de las acciones de las sociedades Chispas ("precio contingente aplazado"), se ligan al valor bursátil de las acciones de ENERSIS. De este modo, el aumento de este determinaba la utilidad de los "gestores clave", que recibirían un precio superior por sus acciones en la medida que aumentara la cotización de las acciones de ENERSIS. A la inversa, una mala gestión reduciría el valor de estas acciones y los "gestores clave" verían disminuido el "precio contingente aplazado".

c. Para calcular el valor de los derechos de los "gestores clave" ("precio contingente aplazado"), se determina, además, que él dependerá de que ENERSIS, entre el año 1997 y el año 2000, obtenga, a lo menos, US\$ 600 millones de utilidad. Esta meta implicaba un desafío de eficiencia que debía mantenerse por 4 años consecutivamente.

d. Finalmente, para el caso que se perdiera el control fáctico y precario de ENERSIS (como consecuencia de la pérdida de confianza de los accionistas de ENERSIS en la

administración de los “gestores clave”), el llamado “precio contingente aplazado” (precio prometido pagar por el 49% de la Serie “B”) disminuiría en aproximadamente un 85%.

En la forma indicada, los ingenieros de esta operación ligaron indisolublemente los intereses de los “gestores clave” a los intereses de ENERSIS, los cuales, como puede comprobarse, prevalecen siempre y en todo caso, por sobre los intereses de ENDESA ESPAÑA. Llama poderosamente la atención que allí en donde se lee que los “gestores clave” comprometen su fiel colaboración a ENERSIS, la Superintendencia lea a ENDESA ESPAÑA y que, por este medio, se haya inducido a los tribunales a incurrir en este error susceptible de constatarse con la sola lectura de dos líneas del contrato.

¿Entendieron los tribunales la relación que existía entre los contratos de compraventa, promesa de compraventa y gestión? No obstante todos los esfuerzos desplegados por la defensa de los “gestores clave”, nada de ello fue analizado y ponderado a la luz de las estipulaciones contractuales. Simplemente, se aceptó lo aseverado por la sentencia de segunda instancia que, como se demostrará más adelante, no puede ser considerada jurídicamente como tal. Para desestimar los recursos de casación en el fondo, la Corte Suprema, como es ya habitual, recurre a los hechos establecidos en el fallo de segunda instancia, pero sin reparar, esta vez, en que aquel fallo fue “dictado” en el hecho por la Superintendencia de Valores y Seguros, como consecuencia de haberse transcrito como sentencia una presentación del organismo estatal, dejando a los “gestores clave” en la más absoluta indefensión.

A esta altura de nuestro análisis, cabe preguntarse: ¿pueden los altos ejecutivos de una sociedad anónima comprometer el ejercicio de sus funciones en determinadas condiciones? En el caso que se examina, ello no solo es legítimo sino imperativo para hacer que prevalezcan los intereses de la sociedad por sobre los intereses del accionista controlador. Lo que los “gestores clave” pretendieron fue limitar las facultades de un nuevo controlador que no contaba con la confianza de la mayoría de los accionistas y que, para mantener esta condición, estuvo dispuesto a restringir sus derechos en función de los intereses generales de la sociedad. Lo que no puede ocurrir es que los ejecutivos de una sociedad anónima comprometan su fidelidad y el ejercicio de sus poderes a la realización de los intereses de un accionista y en desmedro de la sociedad. En el caso que nos ocupa ocurrió precisamente lo contrario. Se ligaron, como se señaló, los intereses de los “gestores clave” a los de ENERSIS, de modo que ellos siempre prevalecieran por sobre los intereses de ENDESA ESPAÑA. No faltará quien se pregunte ¿por qué ENDESA ESPAÑA estuvo dispuesta a aceptar esta restricción? La respuesta está dada por el carácter “fáctico y precario” del esquema de control. Si los “gestores clave” no seguían administrando ENERSIS, era seguro que se perdería el esquema de control y ENDESA ESPAÑA solo podría elegir en el futuro 2 de 7 directores.

En suma, lo obrado fue no solo legítimo y ajustado a la legalidad entonces vigente, sino que una salvaguardia para los intereses de ENERSIS, los que quedaban a resguardo al identificarse con los intereses de los “gestores clave” y no con los intereses del nuevo controlador.

Como si lo anterior fuera poco, el “contrato de gestión”, que constituye el único motivo de reproche formulado por la Superintendencia de Valores y Seguros, fue resc-

liado antes de que entrara en vigencia, razón por la cual no produjo nunca efecto alguno. Como es sabido, la resciliación, definida en el inciso 1° del artículo 1567 del Código Civil, llamada también “anulación convencional”, deja sin efecto el acto o contrato con efecto retroactivo, de lo cual se sigue que este no ha existido jamás. Atendido el hecho de que esta convención no alcanzó a entrar en vigencia, ninguno de los “gestores clave” ejecutó acto o tomó decisión alguna vinculado a ella. ¿Puede confirmarse una multa que, en el hecho, alcanzó a más de US\$ 100 millones, en virtud de un contrato resciliado antes de que entrara en vigencia y, por cierto, antes de que se aplicaran esta sanciones extremas y exorbitantes? ¿Qué motivo subyace tras esta enormidad que omite toda consideración de prudencia y equidad? Es difícil entender qué sucedió en este caso, sin perjuicio de que, muy probablemente, hayamos sido incapaces de explicar o poner énfasis en hechos tan evidentes y claros.

Agreguemos, aun, una circunstancia no menos significativa. En esta operación nadie experimentó perjuicio alguno, sino, por el contrario, grandes beneficios económicos. La disputa surgió porque algunos accionistas de la Serie “A” de las sociedades Chispas, estimaron que sus utilidades podían aumentar considerablemente si se “confiscaban” los derechos políticos de las acciones de la Serie “B”, incrementándose –pensaban ellos– los beneficios que les correspondían. De aquí que se propagara la falacia de que debió venderse el paquete accionario de las sociedades Chispas, liquidarse estas sociedades y distribuirse el precio obtenido en proporción a la participación en el capital.

IV. IRREGULARIDADES PROCESALES Y QUEBRANTAMIENTO DEL “DEBIDO PROCESO”

Mucho se ha escrito sobre el contenido y alcance del “debido proceso legal”, en cuanto garantía constitucional (artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República). Entre las condiciones que deben concurrir para que exista en un “debido proceso”, no pueden omitirse, por lo menos, dos de ellas: que la sentencia judicial provenga del tribunal que la pronuncia y contenga las razones justificatorias de la decisión; y que el juez sea imparcial y no esté comprometido con una de las partes.

No sin asombro, puede constatarse que, en este caso, no concurre ninguna de estas condiciones, no obstante lo cual la Excma. Corte Suprema se ha negado a desconocer la validez del fallo. En efecto, la sentencia de 2ª instancia no proviene del Tribunal que dice haberla pronunciado. Ella corresponde, en más del 90%, a la mera transcripción del escrito de apelación de la Superintendencia de Valores y Seguros. En otros términos, fue el organismo público el que decidió la revocación de la sentencia de 1ª instancia y aportó las razones que justifican la decisión, el que estableció soberanamente los hechos, y el que determinó cuáles eran las infracciones que se atribuyen a los “gestores clave”. Pero las irregularidades no quedan aquí. La Corte Suprema rechazó los recursos de casación en el fondo deducidos por la defensa de los multados por sentencia de mayoría (tres votos contra dos). La mayoría estuvo conformada por dos ministros y un abogado integrante. Atendida la circunstancia de que la multa (cien millones de dólares) se instituye en beneficio fiscal, fue un miembro de la Administración (designado por períodos limitados de 3 años por el Presidente de la Repúbli-

ca), quien, en definitiva, determinó la aplicación de esta sanción. Cabe agregar, aun, que a la dudosa constitucionalidad de este tipo de jueces (en presencia de una norma constitucional que declara que la Corte Suprema "se compondrá de veintiún ministros"), debe sumarse el hecho de que el abogado integrante que hizo mayoría excede con creces la edad máxima que la propia Constitución establece para el ejercicio del cargo.

¿Pudo la Corte Suprema prescindir de todos estos antecedentes y admitir como sentencia un documento que solo tiene la apariencia de tal?

Habida consideración de la gravedad de estos hechos, los "gestores clave" recurrieron al Pleno de la Corte Suprema, denunciando estas irregularidades (queja disciplinaria), solicitando la anulación de lo obrado a partir de la sentencia de 2ª instancia. Tampoco el Tribunal Pleno acogió esta pretensión, sin perjuicio de lo cual amonestó severamente al "redactor" del fallo de 2ª instancia...

En definitiva, se impuso la Administración, con el concurso de sus propios personeros y en desmedro, una vez más, del "debido proceso legal".

V. INFRACCIONES IMPUTADAS

Para finalizar conviene referirse a las infracciones imputadas a los "gestores clave" en la "aparente" sentencia de 2ª instancia, mantenida en todas sus partes por la Corte Suprema. En todo caso, hay que advertir que mientras las resoluciones administrativas sancionan a los "gestores clave" por un eventual "conflicto de interés mal resuelto", la sentencia aludida lo hace por 7 cargos (ciertamente contenidos en una presentación judicial de la Superintendencia en que magnifica la conducta impugnada):

a. Infracción del artículo 39 inciso 3º de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, "en cuanto comprometieron el ejercicio de sus respectivos cargos ejecutivos y/o directivos en el grupo de empresas del conglomerado de Enersis al servicio y en interés de un solo accionista de esta última como lo era Endesa España, como contraprestación al pago de parte precio de las acciones de la Serie B de las Chispas que vendieron a EE...". La señalada infracción revela que los jueces que suscriben el fallo no analizaron los contratos, no recordaron ni repararon en que los intereses de los "gestores clave" estaban indisolublemente ligados a los intereses de ENERSIS, que fue precisamente el contrato de "promesa de venta" del 49% de las acciones de la Serie "B" de las acciones de las sociedades Chispas el que permitió fundir el interés de los ejecutivos claves con los intereses de ENERSIS (al determinarse el precio de las acciones prometidas vender en función del valor bursátil de las acciones de ENERSIS), que el contrato de gestión restringía las facultades del nuevo controlador, a fin que fueran los "gestores clave" quienes mantuvieran la administración de ENERSIS, que la letra misma del contrato dice que los "gestores clave" se comprometen a prestar una fiel y leal colaboración a ENERSIS, no a ENDESA ESPAÑA, que el "precio contingente aplazado" se determinaba sobre la base de las utilidades de ENERSIS entre los años 1997 y 2000 y sobre la base del valor de las acciones de ENERSIS... En suma, los jueces parecen haber fallado un juicio diferente, con el agravante de que se limitaron a transcribir lo manifestado por la Superintendencia.

b. Infracción del artículo 42 N° 6 de la Ley N° 18.046, esto es, el uso en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo. Es muy probable que sea este el cargo más injusto e infundado que pudo hacerse a los “gestores clave”. Lo anterior porque la posibilidad de que ENDESA ESPAÑA adquiriera las acciones de ENERSIS que eran titular las sociedades Chispas jamás existió, ni podría haber existido, atendido el hecho de que con ello (el 29% del caudal accionario de ENERSIS) ENDESA ESPAÑA habría elegido solo 2 de 7 directores sin tener posibilidad alguna de controlar la empresa. Por otra parte, nunca nadie ofreció vender ni comprar estas acciones ni podría haberse hecho, porque se trataba de un “activo esencial” para cuya enajenación se requería el acuerdo de la Serie “A” y de la Serie “B”, acuerdo imposible, ya que ello habría significado “confiscar” los derechos políticos de los “gestores clave” e incrementar indebidamente los derechos de los demás accionistas a costa de un procedimiento absurdo y abusivo. Tampoco existió, como la ley exige, perjuicio para la sociedad (las “Chispas”), puesto que ellas mantuvieron sus activos y todos sus derechos sin alteración alguna, solo cambiaron sus accionistas. Por otra parte, esta operación se hizo con el beneplácito de la inmensa mayoría de los accionistas de las sociedades “Chispas”, que vendieron voluntariamente sus acciones en la OPA abierta por ENDESA ESPAÑA, sobrepasando largamente el 66,67% exigido como condición suspensiva. Sostener este cargo, revela que los jueces que suscriben el fallo de 2ª instancia no analizaron los antecedentes y se limitaron a transcribir lo que la Superintendencia decía –ni siquiera en las resoluciones administrativas reclamadas– en el escrito de apelación de la Superintendencia de Valores y Seguros. En suma, este reproche parte de un supuesto imaginario, sin sustento alguno en la realidad, que no podía darse porque los factores indicados revelan que el hecho, en sí mismo, era simplemente imposible. Tampoco la Superintendencia formuló este cargo en las resoluciones sancionatorias por su absoluta irrealidad.

c. Infracción del artículo 42 de la Ley N° 18.046 en sus numerales 1, 3 y 4. La primera de estas imputaciones consiste en “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”. Nuevamente nos hallamos ante un cargo imposible. En efecto, no existe antecedente alguno que dé cuenta de haberse propuesto una modificación estatutaria, o haberse acordado la emisión de valores mobiliarios o adoptado políticas o decisiones destinadas a satisfacer intereses propios o de terceros relacionados. Conviene precisar que estas prohibiciones dicen relación con el ejercicio de las funciones de director de la sociedad, razón por la cual para infringirla debe existir un acuerdo del directorio o una decisión adoptado en este órgano administrativo. En este caso no existe acuerdo alguno de los “gestores clave” en los términos descritos en la ley. Es más, aun cuando la cuestión no incida directamente en la negociación, la llamada alianza estratégica celebrada entre ENERSIS y ENDESA ESPAÑA, fue aprobada por el Directorio de la primera, con la abstención, por ser parte relacionada, de Luis Fernando Mackenna Echaurren, presidente de ENERSIS, reuniéndose un comité especial que examinó este contrato en el cual tampoco intervino el señor Mackenna. Debe hacerse hincapié en

que era este el único "gestor clave" director de ENERSIS. ¿Cómo pudo, entonces, haberse incurrido en esta infracción?

En el N° 3 del artículo 42 de la Ley sobre Sociedades Anónimas se sanciona al director cuando "induce a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información". Tampoco existe en este proceso antecedente alguno que permita sospecha siquiera que se haya desplegado una conducta semejante. Nótese que se trata de prohibiciones impuestas a directores y que dicen, como es obvio, relación con el ejercicio de sus cargos. Ni la Superintendencia en su investigación interna ni las resoluciones administrativas que aplican las sanciones, imputaron jamás esta acusación a los "gestores clave". Ella solo surge en la sentencia de 2ª instancia que, como se dijo, se limita a reproducir un escrito del ente regulador sin que los jueces agreguen una sola frase propia que avale esta acusación.

En cuanto al ocultamiento de información, ello es simplemente falso, ya que el contrato de "gestión", en cuanto limita las facultades del nuevo controlador y preserva las facultades de administración de los "gestores clave", como ya se explicó, es un acto privado, perfectamente legítimo, en la medida que todas sus estipulaciones tenían por objeto hacer prevalecer los intereses de ENERSIS por sobre los intereses del nuevo controlador, interesado, como se explicó, en mantener el esquema de control, lo cual suponía que siguieran administrando aquellos ejecutivos elegidos en su oportunidad por el Directorio de ENERSIS sin la participación de ENDESA ESPAÑA.

Finalmente, el N° 4 del artículo 42 de la Ley N° 18.046 sanciona a los directores por "presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles información". Desde luego, no ha habido presentación alguna de cuentas a los accionistas ni mucho menos se les ha proporcionado información falsa. En cuanto al ocultamiento de información, sin perjuicio de reiterar lo ya manifestado, en orden a que el contrato de "gestión" no tenía por qué ser informado a los accionistas, debe agregarse, a mayor abundamiento, que este fue dejado sin efecto antes de producir efectos y, por cierto, antes de que se celebrara una junta general de accionistas. Malamente puede, entonces, sostenerse la hipótesis que encierra esta prohibición a los directores, en el entendido que los "gestores clave", para estos efectos, han sido considerados directores de las sociedades Chispas, no de ENERSIS. Como puede comprobarse, estos cargos carecen de toda sustentación en los hechos, no fueron formulados en su oportunidad por la Superintendencia y son fruto de argumentos sostenidos por la Superintendencia en su escrito –sentencia– de 2ª instancia.

d. Infracción del N° 7 del artículo 42 de la Ley N° 18.046, relativo a la prohibición de "practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o intereses sociales o usar de sus cargos para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social". No concurre en el caso que se examina ningún acto ilegal o contrario a los intereses sociales. A la inversa, todo lo obrado accedió en beneficio de ENERSIS y, de modo alguno, la disposición de las acciones de la Serie "B" de las sociedades Chispas, pudo afectar a estas compañías. No está presente, por lo tanto, ninguno de los presupuestos de hecho en que se funda esta infracción.

e. Infracción al inciso 1° del artículo 41 de la Ley N° 18.046 que obliga a los directores de sociedades anónimas a “emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”. Este reproche se funda en la incorporación al contrato de alianza estratégica de tres cláusulas (tercera, cuarta y sexta) que, a juicio de la Superintendencia, comprometían seriamente el desarrollo del futuro de ENERSIS. La falta de fundamento de este cargo queda en evidencia con el solo hecho de que ninguno de los “gestores clave” intervino como director de ENERSIS al aprobarse este contrato, y que el gerente general, José Yuraszeck, se limitó, al suscribirlo, a cumplir un acuerdo del Directorio que fijaba las pautas fundamentales del acuerdo. Es más, el presidente del Directorio de ENERSIS, Luis Fernando Mackenna (“gestor clave”), se abstuvo de votar al aprobarse el contrato de alianza estratégica y de integrar un comité especial del Directorio encargado de analizar e informar sobre los contratos entre partes relacionadas. Tan favorable fue para ENERSIS este contrato con ENDESA ESPAÑA, que se encuentra vigente hasta hoy y que tan pronto manifestó el Directorio de ENERSIS su intención de introducirle modificaciones mínimas, no hubo oposición alguna a este respecto.

Reiteramos que, como consta en el proceso, todo lo obrado accedió en beneficio de ENERSIS, sea limitándose las facultades del nuevo controlador, sea manteniendo a sus ejecutivos en el ejercicio de sus cargos, sea cooperando en el desarrollo futuro de ENERSIS a través del contrato de alianza estratégica. Un mínimo de estudio y de análisis de los antecedentes acumulados al proceso habrían obligado al Tribunal a reconocer estos hechos. Pero hay más, en el recurso de casación se hace una análisis pormenorizado de las cláusulas tercera, cuarta y sexta de la alianza estratégica, demostrándose cabalmente que ellas están concebidas y redactadas en favor de ENERSIS, cuestión que, por cierto, no fue considerada en la sentencia recaída en el recurso.

f. Infracción al N° 7 del artículo 42 de la Ley N° 18.046, que sanciona al director de una sociedad anónima por la práctica de “actos ilegales o contrarios a los estatutos o el interés social o usar de sus cargos para obtener ventajas indebidas, para sí o para terceros relacionados en el perjuicio del interés social”. Este reproche es una mera reiteración de los anteriores y corresponde a un argumento abogadil que, lamentablemente, en este juicio, se transformó en sentencia judicial. La ley ha recurrido a una figura genérica que, en el presente litigio, no tiene aplicación, atendido los cargos específicos que se han analizado en lo precedente.

g. Infracción del artículo 44 de la Ley N° 18.046, solo respecto de José Yuraszeck, relativo a la regulación legal de los contratos entre partes relacionadas. Ya se manifestó que el gerente general de ENERSIS no podía intervenir en el acuerdo relativo a la celebración del contrato de alianza estratégica, ya que ello es facultad privativa del Directorio. Por lo mismo, su actuación se limitó a cumplir las instrucciones de este organismo, gestándose un contrato (Alianza Estratégica) que, en forma unánime, ha sido considerado altamente favorable a los intereses de ENERSIS. No existió razón alguna, ni legal ni moral, para que el gerente general de la empresa se negara a cumplir el encargo del Directorio, mucho menos si se acreditó que este se atuvo estrictamente a lo que eran sus prerrogativas y a la forma en que ellas se habían ejercido en el pasado, respecto de

contratos de tanto o mayor importancia. El cargo, por lo mismo, es injusto y no se sustenta en hechos relevantes que lo hagan siquiera verosímil.

Como puede comprobarse, las infracciones denunciadas y acogidas no corresponden a una reflexión serena, ponderada y circunstanciada del Tribunal, sino de los cargos que como litigante formuló la Superintendencia en el escrito de apelación deducida contra la sentencia de 1ª instancia. De allí que el reproche se extienda a conductas que nunca fueron objeto de las resoluciones administrativas que aplican la multa. No es exagerado decir, por lo tanto, que esta sanción rompe todos los precedentes y deja a los afectados en la indefensión más absoluta.

VI. ALGUNAS CUESTIONES OMITIDAS

Para concluir este comentario, queremos señalar algunas cuestiones fundamentales que se omiten absolutamente en la sentencia de la Corte Suprema que rechaza los recursos de casación en el fondo.

a. La Superintendencia de Valores y Seguros, al sancionar a los ejecutivos de una sociedad anónima, ejerce la potestad punitiva que corresponde a la Administración por disposición de la ley. La multa constituye una pena, en conformidad al artículo 20 del Código Penal, y, por lo mismo, solo procede aplicarla cuando la conducta que se reprocha está debidamente tipificada en la ley. Por lo tanto, como lo reconocen todos los autores modernos, la autoridad debe respetar los principios que informan el proceso penal y sancionar solo tratándose de conductas expresamente descritas en la ley como infracción a los deberes impuestos a los ejecutivos de las sociedades anónimas. No cabe sancionar por conductas genéricas o extendiendo, a través de una interpretación analógica, lo que dispone la ley. Lo ocurrido en este caso es, precisamente, esto.

Los jueces de 2ª instancia han excedido largamente su cometido, al transcribir una acusación destemplada de la Superintendencia (propia de una actuación judicial) y transformarla en sentencia. Esta situación, parece ocioso decirlo, debió ser enmendada por la Corte Suprema, ya que al conocer de los recursos de casación interpuestos, debió reparar que se trataba de una sentencia formal, pero no real. Sin embargo, se rechazaron los indicados recursos y el Pleno del mismo Tribunal, atendido este antecedente, mantuvo la sentencia que había sido –dijo– revisada mediante recursos jurisdiccionales. En suma, la Sala respectiva de la Corte Suprema rechazó los recursos de casación porque la decisión sobre la validez o nulidad de la sentencia estaba radicada en el Tribunal Pleno, y este mantuvo la sentencia porque había sido revisada por medio de los recursos jurisdiccionales deducidos. La contradicción salta a la vista. El resultado de ello es el precedente creado.

b.- La legislación vigente a la época de esta operación, como se señala en este comentario, fue modificada sustancialmente. De estas modificaciones se infiere que muchas –sino todas– de las conductas que se imputan a los “gestores clave” fueron ilegales a partir del 20 de diciembre de 2000 (fecha en que entran en vigencia estas

modificaciones). Esta circunstancia, que en cualquier otro juicio habría sido determinante a la hora de juzgar, no se consideró ni tuvo la menor significación para los sentenciadores.

c. No puede dejarse de mencionar un hecho insólito: los tribunales no consideraron tampoco la alegación de la defensa en cuanto a que el monto de las multas excedían largamente lo que la ley permitía aplicar. En efecto, el artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, permite aplicar una multa de hasta el 30% del valor de la “operación irregular”. En este caso la operación fue realizada por sociedades en comandita, actuando los “gestores clave” como representantes de las mismas. Las indicadas sociedades no fueron objeto de multa ni arrastradas al juicio, de modo que la sentencia pronunciada, como es obvio, no les empece. Sin embargo, las multas contra cada uno de los “gestores clave” se calculó sobre la operación realizada por un tercero (la sociedad). Lo justo y jurídicamente admisible, era que se calculara qué porcentaje de derechos tenía cada uno de los “gestores clave” en la respectiva sociedad y sobre esta base determinar lo que se estimaba una “operación irregular”. Esta defensa ni siquiera se consideró, no obstante estar planteada desde la presentación de la reclamación.

Tampoco se consideró la alegación en orden a que la Superintendencia carecía de competencia para aplicar una sanción de este tipo a un accionista, defensa fundada en normas expresas de la ley orgánica de la Superintendencia. El argumento dado por la Corte Suprema para desestimar esta alegación fue insólito: se sostuvo que los “gestores clave” (que en fallo de primera instancia habían sido absueltos de todo cargo) debieron haber apelado de dicho fallo, sin reparar en que la apelación solo procede cuando existe agravio y mal puede existir un agravio cuando las multas se dejan sin efecto. Más adelante, el fallo arguye que habría procedido una acción de nulidad de derecho público, olvidando que ella procede en cada caso en la instancia que determina la ley. En suma, ni siquiera se atendió a las excepciones y defensas hechas valer por los “gestores clave”.

d. Sirva de consuelo el hecho de que dos ministros de la Corte Suprema, los señores Domingo Yurac y Jaime Rodríguez Espoz, en un voto disidente de 21 considerandos, analizan fundadamente los antecedentes, especialmente la discrepancia que surge entre los reproches de la Superintendencia de Valores y Seguros y lo dispuesto por la Corte de Apelaciones; la circunstancia de que los intereses de los “gestores clave” estuvieran ligados a ENERSIS y no a los intereses de ENDESA ESPAÑA; el hecho de que el llamado “conflicto de interés” no haya estado, a la fecha de ocurridos estos hechos, definido en la ley, lo cual no permite a la autoridad construirlo a su amaño e imponer responsabilidades que no están establecidas en la ley; la inconsistencia de todos y cada uno de los cargos que la Corte de Apelaciones imputa a los “gestores clave”; las limitaciones que debe respetar la Administración en el ejercicio de la potestad punitiva; etcétera. Este análisis, sucinto y perfectamente hilvanado, revela que dos de los cuatro ministros que concurrieron a la vista de la causa, captaron correctamente el problema y la forma en que este debía ser resuelto.

e. Para comprender la magnitud de esta injusticia, que si duda hará historia en nuestra jurisprudencia, hay que considerar que se trata de las multas más elevadas que se

han aplicado, no solo en Chile, sino en el mundo hasta el año 1997. Tras ellas parecen ocultarse otros propósitos que, lamentablemente, los tribunales de justicia no atendieron, permitiendo que se consumara esta sanción que más bien parece un despojo.

Es de esperar que nunca más vuelva a ocurrir un hecho semejante, porque ello atenta no solo contra el prestigio de nuestros tribunales, sino que pone una lápida al "estado de derecho", sin el cual la justicia, la libertad, el honor y el patrimonio de las personas queda en la indefensión y a merced del abuso.

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2005
Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2005
