

C.A. de Santiago

Santiago, catorce de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparecen los abogados señores Ricardo Reveco Urzúa y Aldo Molinari Valdés, en representación de Michael Leatherbee Grant, Soames Flowerree Stewart y Juan Pablo Stitchkin Tirado, quienes deducen, de conformidad al artículo 70 del Decreto Ley N°3538 de 1980, reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 9546, de 12 de diciembre de 2023, dictada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, que les aplica a sus representados multas por infracción a lo dispuesto en el artículo 147 de la ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

Exponen los reclamantes los antecedentes del procedimiento administrativo. A este respecto, explican que dicho procedimiento comenzó por una denuncia efectuada el 19 de enero de 2023 por dos directores de Andacor S.A., sociedad en la que los actores también eran directores, por una supuesta contravención a lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas.

Agregan que, posteriormente, mediante Oficio Reservado UI N° 840 de 27 de junio de 2023, la Unidad de Investigación de la Comisión para el Mercado Financiero formuló cargos en contra de su parte, por no haberse abstenido de votar en operaciones relativas a operaciones de mutuo en que supuestamente tenían interés.

Refieren que efectuaron oportunamente sus descargos, solicitando el rechazo de los cargos, argumentando: (i) que los cargos formulados eran improcedentes, ya que se los consideró como interesados haciendo una incorrecta interpretación del artículo 44 de la ley 18.046, que se circunscribe a las sociedades anónimas cerradas, en circunstancias que Andacor S.A. es una sociedad anónima abierta; (ii) que aun cuando pudiera considerárseles como interesados, su parte actuó en cumplimiento de su deber fiduciario para el mejor interés de Andacor, en consideración de que la aprobación de las operaciones aludidas era la única forma de evitar la insolvencia, de forma tal que había un estado de necesidad que justificó su conducta; (iii) que, por la misma razón, en las operaciones cuestionadas no se vulneró el bien jurídico protegido por el artículo 147 de la referida ley, cual es, el interés social; y (iv) que, en lo que hace al señor Michael Leatherbee, los cargos debían ser desechados toda vez que los actos que suscribió corresponden a actos unilaterales del mutuante, para los cuales no se requería la aquiescencia de la empresa deudora.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: MYXNXQXXEWM

Aseveran que, a pesar de la abundante prueba rendida por su parte, la Comisión para el Mercado Financiero resolvió sancionar a sus representados, en los mismos términos que fueron formulados los cargos.

En segundo lugar, exponen los vicios de legalidad que entienden concurren en el acto impugnado.

Como primer vicio, afirman que la recurrida incurrió en faltas al debido proceso al vulnerar el derecho a defensa de su parte, toda vez que, por un lado, la resolución impugnada carece de la debida fundamentación al no pronunciarse sobre las alegaciones realizadas por sus representadas y, por otro lado, la Comisión para el Mercado Financiero incumplió su deber legal de analizar y ponderar debidamente la prueba rendida. A este respecto, sostienen que en la resolución impugnada simplemente se descarta la causal de justificación alegada por su parte, limitándose a señalar que no sería una excusa válida.

Además, aseveran que la Comisión tampoco fundamenta suficientemente la forma en que pondera las circunstancias establecidas en el artículo 38 del Decreto Ley N° 3538 al momento de determinar la sanción. De otra parte, refieren que, a pesar de la abundante prueba rendida por su parte, esta no fue considerada en absoluto, toda vez que en la Resolución impugnada no se la analiza, compara ni valoriza, sino que únicamente se enuncia.

Como segundo vicio, afirman que la resolución sancionatoria evita pronunciarse sobre el estado de necesidad alegado por su parte, argumentando que no resultaría aplicable, por no poder encuadrarse en ninguna de las hipótesis del artículo 147 de la ley 18.046, lo que a su juicio constituye un error de derecho. Sobre este particular, aseveran que la Comisión parte de la base de que la responsabilidad que genera la infracción al artículo 147 de la ley 18.046 sería objetiva, ya que no admitiría otras excusas que las excepciones contempladas en la misma norma, sin embargo, en el derecho administrativo sancionador se sigue un sistema de responsabilidad subjetiva, de forma tal que no basta la mera transgresión de una norma para generar la responsabilidad, sino que debe acreditarse el factor de imputación subjetivo. Afirman sobre este particular que su parte acreditaron que las operaciones cuestionadas fueron aprobadas para salvaguardar el interés social de Andacor S.A., ya que era la única alternativa con que se contaba para evitar la insolvencia de la sociedad, de forma tal que existió un estado de necesidad justificante que la Comisión debió considerar para absolverlos de los cargos formulados.



Agregan que, además, fue acreditado ante la Comisión que los créditos fueron otorgados en condiciones más beneficiosas que podrían encontrar en el mercado para la sociedad.

Explican que, en consecuencia, a pesar de que se pueda considerar que sus representados incumplieron algunas de las normas establecidas en el artículo 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, ello no podría ser calificado como antijurídico, sino que obedeció al cumplimiento de sus deberes legales, actuándose de buena fe y en promoción del interés social.

Como tercer vicio, afirman que la resolución infringe el derecho a la igualdad ante la ley, al no sancionar a los otros directores que también votaron en las operaciones cuestionadas, toda vez que, bajo la lógica de la Comisión, únicamente importaría el acto realizado, más no sus circunstancias ni sus efectos.

Como cuarto vicio, y únicamente respecto a Michael Leatherbee, sostienen que la resolución vulnera los artículos 44 y 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, toda vez que los actos a los que él concurrió son prórrogas de los créditos, que constituyen actos jurídicos unilaterales del mutuante, de forma tal que la comparecencia de dicho reclamante resulta indiferente.

Como quinto vicio, en subsidio de las alegaciones anteriores, aseveran que la resolución vulnera el principio de proporcionalidad, ya que impuso sanciones sin considerar las circunstancias en que habrían ocurrido los hechos que se les imputó.

Sobre este particular, afirman que las sanciones impuestas resultan desproporcionadas si se considera que las operaciones tuvieron por objeto salvaguardar el interés de la compañía y de que la Comisión no constató ni acreditó que las supuestas infracciones hayan causado daño o riesgo a la confianza o al correcto funcionamiento del mercado. Agregan, a este respecto, que la resolución recurrida no consideró adecuadamente las circunstancias particulares de su parte.

Solicitan, en definitiva, que se deje sin efecto la resolución impugnada, y en su lugar, se rechacen los cargos que la Comisión para el Mercado Financiero formuló en contra de su parte o, en subsidio, rebajar las multas impuestas.

SEGUNDO: Que comparece don José Antonio Gaspar Candia, abogado, por la Comisión para el Mercado Financiero, quien contesta el reclamo de ilegalidad pidiendo su rechazo, con costas. En primer lugar, alega la improcedencia del reclamo impetrado, por cuanto los actores invocan para su



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: MYXNXQXXEWM

interposición el artículo 70 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980 y, sin embargo, el acto impugnado es de aquellos que imponen sanciones, de forma tal que debió interponerse de conformidad al artículo 71 del mismo cuerpo legal.

En segundo lugar, explican que la Comisión para el Mercado Financiero se vio en la necesidad de sancionar a los señores Michael Leatherbee Grant, Soames Flowerree Stewart y Juan Pablo Stitchkin Tirado por infracción a la normativa de su competencia, aplicándoseles multas de seiscientas unidades de fomento (600 UF), trescientas unidades de fomento (300 UF) y doscientas unidades de fomento (200 UF), respectivamente, por haber infringido las normas que rigen a las operaciones entre partes relacionadas en las que participen sociedades anónimas abiertas o especiales.

Refieren que, en sesiones de Directorio de Andacor S.A. celebradas con fecha 4 de enero de 2022, 23 de febrero de 2022 y 3 de mayo de 2022, los reclamantes, en sus calidades de directores de dicha entidad, aprobaron la celebración de contratos de mutuo entre Andacor S.A. e Inversiones Cururo SpA y, asimismo, el señor Leatherbee concurrió a la renovación de dichos mutuos, pese a que debían abstenerse, toda vez que todos habían sido designados directores gracias a los votos del controlador Cururo SpA.

Puntualiza que los directores aludidos fueron elegidos por aclamación, de forma tal que, al no poder distinguirse cómo distribuyeron los votos los accionistas, se entiende que los directores fueron elegidos con votos de todos los accionistas, de forma tal que todos recibieron votos del referido controlador.

A continuación, expone aspectos relativos al mercado de valores, gobiernos corporativos, las disposiciones sobre operaciones con partes relacionadas y los antecedentes del procedimiento sancionatorio.

En cuanto al reclamo interpuesto, expone lo siguiente:

En primer lugar, en lo relativo a las infracciones al debido proceso, hace presente que la resolución impugnada, en sus páginas 57 y siguientes, se refiere a cada uno de los descargos formulados por los sancionados, por lo que malamente puede afirmarse que hubo una omisión en el pronunciamiento sobre las alegaciones realizadas. Hace presente que no fue un asunto controvertido: (i) que, en sesiones de Directorio de Andacor S.A. celebradas con fecha 4 de enero de 2022, 23 de febrero de 2022 y 3 de mayo de 2022, los reclamantes, en sus calidades de directores de dicha entidad, aprobaron la celebración de contratos de mutuo entre Andacor S.A. e Inversiones Cururo SpA; (ii) que el señor Leatherbee suscribió las tres escrituras públicas de prórroga de esos mutuos; (iii) que los señores Leatherbee, Flowerree y Stitchkin habían sido designados directores por aclamación, en una votación



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: MYXNXQXEWM

que incluía los votos del controlador; (iv) que las operaciones eran con partes relacionadas y; (v) que no se cumplió el procedimiento del artículo 147 de la ley 18.046, para operaciones con partes relacionadas, de forma tal que la prueba fue objeto de análisis en lo pertinente.

En segundo lugar, en lo relativo al supuesto estado de necesidad, afirma que, en la resolución impugnada, en la sección IV.2 se hace referencia específica a la aseveración de que concurriría esa causal de justificación. Sobre este particular, explica que en el artículo 147 de la ley N° 18.046 existen causales excepcionales que permiten realizar una operación con partes relacionadas sin sujetarse al procedimiento contemplado en el mismo artículo; sin embargo, la alegación formulada por la parte recurrente no se encuadra en ninguna de aquellas excepciones. Hace presente que la regulación mira a la protección de los accionistas minoritarios, de forma tal que el procedimiento es una garantía y resguardo; sin embargo, al obviarse esta regulación, se vulneró cualquier posibilidad de que los accionistas minoritarios pudieran hacer valer sus puntos de vista respecto de las desventajas que la operación podría acarrear a la sociedad.

En tercer lugar, en cuanto a la alegación relativa a que no se sancionó a los otros directores que también votaron en las operaciones cuestionadas, explica que, de acuerdo al artículo 20 N° 4 del Decreto Ley N°3538, corresponde al Consejo de la Comisión resolver los procedimientos sancionatorios que se originen como consecuencia de la formulación de cargos, que es formulada por el Fiscal de la Unidad de Investigación. Sobre este particular indica que la ley 21.000 separó la función de investigar y formular cargos, radicada en la Unidad de Investigación, de la de resolver los procedimientos sancionatorios, radicada en el Consejo, de forma tal que, considerando que la Unidad de Investigación formuló cargos únicamente a los reclamantes, el Consejo siguió el procedimiento establecido al pronunciarse únicamente a su respecto.

En cuarto lugar, en cuanto a la alegación relativa a la participación del reclamante Michael Leatherbee en las prórrogas de los créditos, sostiene que los reclamantes no plantean una cuestión de legalidad, sino que un mero desacuerdo o diferencia con la consideración que tuvo la Comisión a este respecto, sin desconocer la participación de dicho reclamante, sino que desconociendo que dicha operación debía someterse a las normas de las operaciones con partes reclamadas.

En quinto lugar, en cuanto a las alegaciones relativas al principio de proporcionalidad, hace presente que el artículo 38 del Decreto Ley N°3538



establece las circunstancias que debe considerar la Comisión para la determinación del rango y monto específico de las multas a imponer, las que fueron analizadas y ponderadas detalladamente en la Resolución impugnada, a partir de su página 72, de forma tal que la multa resulta proporcional a la naturaleza de la infracción y su monto se enmarca dentro del rango legal establecido.

Finalmente, afirma la imposibilidad de acoger el reclamo en la forma solicitada, toda vez que la competencia jurisdiccional en este arbitrio se encuentra encuadrada en declarar la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, y no una nueva instancia en que se pueda sustituir una decisión privativa de la Administración.

TERCERO: Que es cierto que los reclamantes han fundado su presentación ante esta Corte en lo que dispone el artículo 70 del DL 3538, en circunstancias que han debido hacerlo bajo el amparo de lo prevenido en el artículo siguiente, pues la primera de estas normas refiere, en lo que interesa para estos efectos, que “Las personas que estimen que una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o cualquier otro acto administrativo emanado del Consejo, del presidente de la Comisión o del fiscal, según corresponda, **distinto de aquellos a los que se refiere el artículo siguiente...**” y, por su parte, el inciso primero del artículo 71 del aludido decreto ley comienza con la frase “**Los sancionados por el Consejo** podrán presentar reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo...”.

CUARTO: Que, empero, entiende este tribunal de alzada que se trató, simplemente, de un yerro de transcripción que no vicia el reclamo presentado el veintiocho de diciembre del año recién pasado. Luego, ha de entenderse que la impugnación de que da cuenta el mencionado escrito está fundada, en realidad, en el artículo 71 del DL 3538.

QUINTO: Que los hechos que dieron origen a las sanciones pecuniarias no están negados por los reclamantes. Se les imputa una infracción a las normas legales que regulan las operaciones entre partes relacionadas en las que participen sociedades anónimas abiertas o especiales y lo cierto es que resulta inconcuso que los reclamantes, en las fechas que ya se han indicado en los motivos expositivos de este fallo, en sus calidades de directores de Andacor S.A., aprobaron la celebración de mutuos entre esta persona jurídica e Inversiones Cururo SpA y, además, el reclamante señor Leatherbee concurrió a la renovación de dichos contratos, en circunstancias que debían abstenerse de desplegar tales conductas pues sus calidades de directores se debía a los



votos del controlador Inversiones Cururo SpA, acreedor en aquellos mutuos. Y, tal como lo consigna la CMF, la calidad de “interesados” o “involucrados” de los reclamantes se concluye de lo que previene el inciso tercero del artículo 44 de la ley 18.046, a saber, y en lo que interesa: “Se entiende que existe interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado electo sin los votos de aquél o aquéllos”. Luego, cobra aplicación lo prevenido en el artículo 147 de la misma legislación, que dispone en su parte pertinente que “Una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan a continuación: 1) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores que tengan interés o participen en negociaciones conducentes a la realización de una operación con partes relacionadas de la sociedad anónima, deberán informar inmediatamente de ello al directorio o a quien éste designe. Quienes incumplan esta obligación serán solidariamente responsables de los perjuicios que la operación ocasionare a la sociedad y sus accionistas. 2) Antes que la sociedad otorgue su consentimiento a una operación con parte relacionada, ésta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del directorio, con exclusión de los directores o liquidadores involucrados, quienes no obstante deberán hacer público su parecer respecto de la operación si son requeridos por el directorio, debiendo dejarse constancia en el acta de su opinión. Asimismo, deberá dejarse constancia de los fundamentos de la decisión y las razones por las cuales se excluyeron a tales directores. 4) En caso que la mayoría absoluta de los miembros del directorio deba abstenerse en la votación destinada a resolver la operación, ésta sólo podrá llevarse a cabo si es aprobada por la unanimidad de los miembros del directorio no involucrados o, en su defecto, si es aprobada en junta extraordinaria de accionistas con el acuerdo de dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto”.

SEXTO: Que, luego, al no haberse dado cumplimiento a los requisitos anotados para celebrar acuerdos entre una sociedad anónima abierta con parte relacionadas y sin que los reclamantes se hayan abstenido, como era su deber, la multa impuesta resulta ajustada a derecho.

SÉPTIMO. Que en lo que hace a la alegación de una transgresión al debido proceso administrativo, sólo es cuestión de revisar la Resolución Exenta



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: MYXNXQXXEWM

N° 9546 de 12 de diciembre de 2023 del CMF para apreciar que esta institución se hace cargo de todas las defensas formuladas por los reclamantes y que su conclusión sancionatoria está fundada en razonamientos de hecho —que, en todo caso, no parecen estar discutidos— y de derecho, de manera que no existe el defecto que denuncian los señores Leatherbee, Flowerree y Stitchkin, debiendo recordarse que el artículo 71 del DL 3538 contempla un reclamo de ilegalidad y no una segunda instancia, de manera que no puede esta Corte —en este caso— erigirse en un tribunal de apelaciones, sino que su función está limitada a un control de la juridicidad de lo obrado por la Administración.

OCTAVO: Que la resolución impugnada sí se pronunció sobre el argumento del “estado de necesidad” argüido por los reclamantes, como consta en su sección IV.2. “Análisis Descargos”, específicamente en su letra C), que contiene el epígrafe “En cuanto a que los Formulados (sic) de Cargos los (sic) asistiría la causal de justificación denominada ‘estado de necesidad’, motivo adicional por el cual deberían ser absueltos de los cargos que se les imputan”. Y, nuevamente hay que decirlo, ello es suficiente para descartar la alegación de ilegalidad, pues esta Corte no es una segunda instancia de las decisiones de la CMF y no puede ni debe revisar, nuevamente, la defensa aquella del “estado de necesidad”: el órgano técnico ya lo hizo en su fundamentada resolución y no se advierte ilegalidad en tal razonamiento.

NOVENO: Que en lo que dice relación con el argumento relativo a que no se sancionó a otros directores que también votaron en las operaciones cuestionadas, la CMF se pronuncia sobre este asunto en su apartado VI “Decisión” de la resolución impugnada, constituyendo un argumento relevante el que se haya formulado cargos sólo a los reclamantes y al señor José Ignacio Jiménez y, por lo mismo, sólo se les pudo sancionar a ellos, facultad sancionatoria que el DL 3538 entrega a la CMF en su artículo 20 N° 4.

DÉCIMO: Que el señor Leatherbee concurrió a las prórrogas de los mutuos contratados, actos jurídicos a los que ya se ha hecho referencia, lo que hizo sin cumplir las exigencias del artículo 147 de la ley 18.046, las que también son aplicables a aquellas, por más que se trate de actos unilaterales del acreedor, pues, sea como fuere, el aludido señor Leatherbee efectivamente compareció a aquellos actos unilaterales.

UNDÉCIMO: Que en lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción, la resolución recurrida razona minuciosamente acerca de los parámetros del artículo 38 del DL 3538 y en relación a cada uno de los reclamantes, imponiéndoles, finalmente, una sanción pecuniaria dentro del marco legal. Ninguna vulneración al aludido principio se observa, entonces, en la imposición



de las multas de 600 UF, 300 UF y 200 UF, a los señores Leatherbee, Flowerree y Stitchkin, respectivamente.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, el reclamo de ilegalidad será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 71 del DL 3538, **SE DESESTIMA** el reclamo de ilegalidad deducido en estos autos, sin costas.

Redacción del ministro señor Mera.

Regístrese y comuníquese.

N°Contencioso Administrativo-803-2023.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el ministro señor Tomás Gray Gariazzo y por el Ministro (S) señor Sergio Córdova Alarcón. No firma el Ministro (S) señor Córdova por haber terminado su suplencia.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: MYXNXQXXEWM

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Juan Cristobal Mera M., Tomas Gray G. Santiago, catorce de octubre de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a catorce de octubre de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

