

Santiago, ocho de septiembre de dos mil veinte.

**Vistos:**

En estos autos I.C. N° 635-2019 comparece el abogado señor Ignacio Ried Undurraga, en representación de **Paul Fontaine Benavides**, ingeniero comercial, ejerciendo el reclamo de ilegalidad previsto en el artículo 71 de la Ley N° 21.000, en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019, dictada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, representado judicialmente por don Joaquín Cortez Huerta, ingeniero comercial, por la que se sanciona al compareciente con una multa equivalente a 400 unidades de fomento, por infracción del artículo 147, inciso primero, N° 2 de la Ley N° 18.046.

Explica que, durante los años 2015, 2016 y 2017, se realizaron una serie de préstamos por parte de Parinacota, Fondo de Inversión Privado, sociedad de propiedad del señor Mosa, a la sociedad Blanco y Negro S.A., de la que el reclamante fue miembro del directorio entre el 21 de noviembre del año 2012 hasta el día 13 de marzo de 2019 y Vicepresidente del directorio, entre los años 2015 y 2017. Estos préstamos fueron 1) el 20 de noviembre de 2015, Pagaré por US \$750.000, por el Pase Jean Beausejour; 2) el 10 de agosto de 2016, Reconocimiento de Deuda por \$ 490.000.000, correspondiente al Pago diferencial de impuestos; 3) el 10 de agosto de 2016, Reconocimiento de Deuda por \$330.000.000, por Falta de liquidez por 8 días; 4) el 24 de marzo de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$200.000.000; 5) el 22 de mayo de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$110.000.000; 6) el 29 de junio de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$ 80.000.000. Estas tres últimas por Diferencial de pago a proveedores y remuneraciones.

Afirma que dichas operaciones, como quedó constancia en el procedimiento –en su concepto- a través de la prueba aportada y, especialmente, a través de las declaraciones prestadas por los propios

FRXXGSCXXX

directores de la sociedad Blanco y Negro, se efectuaron en el solo interés social, debido a una serie de graves problemas de caja que tenía la compañía y tomando en consideración los inconvenientes que tuvo y tiene dicha sociedad, por el giro y la estructura social que posee, para obtener financiamiento a través del sistema bancario y financiero.

Sostiene que ha demostrado que todas aquellas operaciones tenían como el único fin el interés social de la compañía, que se hacían a tasas de mercado e incluso incorporadas en diversos documentos relacionados a la sociedad Blanco y Negro, tales como Estados Financieros y FECU. También –indica el recurrente- dichas operaciones fueron tratadas en las juntas de accionistas de aquellos años (2015, 2016 y 2017).

Agrega que es un hecho asentado en el proceso que no obtuvo provecho económico alguno por estas operaciones, puesto que no tiene relación accionaria alguna con ninguna de las suscriptoras de las partes relacionadas. Indica que todos los directores, con excepción del señor Vial, están de acuerdo en que los préstamos eran indispensables para la sociedad y argumenta que fueron un acto de generosidad y buena fe. Sin embargo –reconoce este reclamante- no quedaron en Actas las constancias respectivas acerca del tratamiento dado por el directorio a estos temas, como tampoco la aprobación previa de estas operaciones.

Por dicha omisión, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero sancionó a su parte -así como al resto del directorio con excepción del señor Mosa- por la primera operación, es decir, la efectuada con fecha 20 de noviembre de 2015, enmarcándola en el inciso primero, N° 2 del artículo 147 de la Ley 18.046, por no haberse aprobado la operación en los términos expresados en dicha normativa. Además, sancionó a su representado por otras cuatro operaciones (de 10 de agosto de 2016, 31 de agosto de 2016, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017), consistentes en reconocimientos de deuda entre Blanco y Negro y Parinacota, por haberlas suscritos en representación

FRXXGSCXXX

de aquélla junto al Gerente General de la sociedad (que no fue sancionado por haber incumplido la misma norma). Se le aplicó una multa equivalente a 400 unidades de fomento por infracción a la norma ya citada.

Concluye que los cargos por los que fue sancionada su parte consisten solamente en la omisión de determinadas formalidades que – a su juicio- no afectaron al bien jurídico protegido por la norma en cuestión en la forma en que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero lo refleja en su Resolución, habiendo sido el mero ejecutor de una decisión que era conocida y aceptada por el directorio y la administración de la sociedad.

Continúa sosteniendo que el artículo 147 de la Ley N° 18.046, protege los evidentes abusos que podrían cometerse a través de las operaciones con partes relacionadas y que representan los dictámenes “similares” que tiene a la vista la Comisión para el Mercado Financiero para sancionar a su representado, situaciones de las que este caso dista absolutamente, teniendo presente que estas operaciones fueron conocidas por el directorio, fueron comunicadas a los accionistas y realizadas a un valor de mercado con la única la finalidad de propender al interés de la Sociedad. Por tanto, de la información recopilada por la Comisión para el Mercado Financiero, queda claro que la gravedad imputada a la conducta de su parte no condice en lo absoluto con dicha información, por lo que el análisis desplegado en la Resolución impugnada resulta –a su juicio- absolutamente insuficiente y carece de la motivación y\_fundamentación requerida para la sanción aplicada.

Sostiene, además, que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero yerra en la consideración de las circunstancias establecidas en la Ley N°21.000, para la determinación del rango y del monto específico de las multas aplicadas en contra del reclamante señor Fontaine, incumpliendo, además, el mandato del legislador que le obliga a procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento

FRXXGSCXXX

de los fines que el propio ordenamiento le encomienda, de acuerdo a lo que establece el artículo 38 del cuerpo legal referido.

Luego el reclamante se explaya en los requisitos de admisibilidad del presente arbitrio y señala que se han infringido en la Resolución impugnada los artículos 147 N° 2 de la Ley N°18.046, reiterando que las conductas investigadas no afectaron el bien jurídico protegido en los términos establecidos por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero y los artículos 37, 38 y 52 de la Ley N° 21.000, al haberse dictado una decisión sin fundamento, vulnerando el principio de proporcionalidad y los criterios objetivos previamente establecidos por el legislador para determinar la proporcionalidad de la sanción en relación con la infracción supuestamente cometida.

Explica la situación del Club de Fútbol y que la sociedad Parinacota Fondo de Inversión Privado, empresa relacionada con el señor Aníbal Mosa Shmes, presidente de la sociedad Blanco y Negro en ese entonces, fue la sociedad que pudo disponer de fondos para que la sociedad pudiera seguir operando. Enseguida, se dedica a exponer sobre la necesidad de cada una de las operaciones cuestionadas; así, en relación con el pase del jugador Beausejour indica que, de no haberse pagado, el Club habría perdido los derechos que, entonces, el profesional podría haber negociado libremente y que su posterior venta –en el año 2016- causó cuantiosas ganancias; en relación con los reconocimientos de deuda de 10 de agosto de 2016, uno de ellos se destinó al pago de impuestos e imposiciones, lo que permitió mantener vigente el Convenio de Pago con la Tesorería General de la República y, el otro, como capital de trabajo de la sociedad, el que fue devuelto 8 días después; y, por último las otras tres operaciones de 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017 tuvieron como finalidad solventar la falta de caja en la Sociedad ante compromisos con proveedores y el pago de las remuneraciones de sus trabajadores, es decir, todas fueron en su interés.

FRXXGSCXXX

En cuanto a las condiciones en las cuales se realizaron los préstamos por parte de Parinacota FIP a Blanco y Negro, el reclamante aduce que no obtuvo ningún beneficio económico y afirma que los préstamos se realizaron a un valor de mercado, utilizando como parámetros las tasas de interés utilizadas por otra sociedad anónima que se encuentra en una situación similar a Blanco y Negro (Azul Azul S.A. que administra la concesión de los bienes del Club Universidad de Chile) e incluso a la misma tasa respecto a la cual el sistema financiero le otorgaba préstamos a Parinacota FIP, situación que fue reconocida por los propios directores de la sociedad señores Battaglia, Acchiardi, Jiménez, Norambuena, el gerente general de la Sociedad y su representado (de las que reproduce párrafos) y no fue un tema controvertido por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero. Es decir –afirma el reclamante- en la sanción impuesta el Consejo no manifiesta mayores aprensiones, ni menos reproche alguno, en relación con las tasas de mercado sobre las cuales se realizaron tales préstamos, como tampoco respecto de las operaciones que finalmente se financiaron con dichos montos. Asevera también que los directores estaban en conocimiento de la realización de las operaciones y declaran que ellas fueron tratadas por el directorio (transcribe párrafos), con las excepciones que pormenoriza, entre ellas las del denunciante, afirmaciones que controvierte y agrega que el Consejo también establece el conocimiento por parte del directorio de las operaciones cuestionadas y que el dinero provenía de una empresa relacionada, admitiéndolo así en la formulación de cargos, respecto a lo que transcribe el párrafo relativo a que constan en las memorias de los años 2015 a 2017, en el ítem “saldos y transacciones con partes relacionadas” los préstamos realizados por Parinacota FIP y agrega que se aprecia en las actas de 23 de marzo de 2016 y 31 de mayo de 2017 la mención a dichos préstamos, las que también transcribe, aludiendo a

FRXXGSCXXX

la discusión que se advierte en el acta de 29 de noviembre de 2017 sobre el tema de los préstamos.

Por otra parte, alega el reclamante, la Resolución impugnada señala que en las juntas ordinarias de accionistas de fechas 25 de abril de 2016, 20 de abril de 2017 y 17 de abril de 2018, “*hay constancia que se informó en términos generales de las operaciones realizadas por la Sociedad que se refiere el artículo 147 de la Ley N° 18.046 durante los años 2015, 2016 y 2017*”. Por tanto, también los accionistas del club tomaron conocimiento de las operaciones realizadas entre Parinacota FIP y Blanco y Negro en todos los años en que tales préstamos se llevaron a cabo.

A continuación, el reclamante se aboca a argumentar que los hechos materia de la sanción aplicada no afectaron el bien jurídico protegido en los términos establecidos por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero.

En este capítulo señala que el bien jurídico protegido por las reglas que sancionan la realización de operaciones entre partes relacionadas, sin el conocimiento ni aprobación del directorio y accionistas en su totalidad, es el de la protección del interés social por sobre el de los administradores y accionistas considerados individualmente, como lo ha señalado la Comisión para el Mercado Financiero en dictámenes anteriores, los que pormenoriza. Alega que lo que la norma pretende evitar, es la asimetría injusta que se genera cuando un accionista particular o administrador se aprovecha de su calidad y realiza operaciones obteniendo una ventaja en desmedro del interés social. Sin embargo, dice el recurrente, a pesar de los términos formales que plantea el artículo 147 de la Ley N° 18.406 para regular la operación entre partes relacionadas en una sociedad anónima abierta, en torno a la constancia que debe quedar en acta del análisis y aprobación de dichas operaciones, la situación descrita por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero y que asume para términos

FRXXGSCXXX

de la sanción impuesta a su representado es diametralmente opuesta a la que ya ha reseñado.

Sostiene que de lo que se extrae de la Resolución impugnada y de lo que determina el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero en torno a la responsabilidad de los otros directores de la compañía, es que tales operaciones se habrían hecho a espaldas del directorio y de los accionistas, dado que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero plantea, en términos simples, que al no llevarse a cabo a directorio tales materias (sic), principalmente por lo que señalan las actas, los directores no podrían haberse pronunciado de ellas, agregando que, para todos los efectos, no concurrieron a dar su consentimiento para que dichas operaciones se efectuaran; sin embargo, debió considerarse -a su juicio- lo que ya ha argumentado sobre las condiciones, beneficios y conocimiento de las operaciones, lo que no se hizo. En este aspecto, controvierte las argumentaciones de la Resolución impugnada en cuanto a que no se justificó que la operación cumpliera con las condiciones de artículo 147 en orden a *“contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación. Se considerará en lo demás, que esta operación fue aprobada por el directorio”*; señala que se comete un error ya que en el Acta de 19 de noviembre de 2015, se lee claramente que el Presidente de la Compañía expone sobre la situación financiera complicada y que piensa en prestar dineros a la sociedad de su peculio, ajustándose a las exigencias de la Ley N° 18.046 (reproduce párrafos del Acta).

Luego y a propósito del conocimiento por parte de los directores de las operaciones de los años 2016 y 2017, admite que no fueron debatidas ni se dejó constancia en Actas sobre ellas, pero asegura que los directores las conocían, ya que les eran informadas por otros medios y debe considerarse que la génesis fue aquella referida en relación con los problemas de caja de la institución y la imposibilidad de acceder a

FRXXGSCXXX

préstamos bancarios; por consiguiente, lo sucedido se aleja de lo afirmado en la resolución cuestionada, ya que no se concretaron las operaciones a espaldas del directorio sino que fueron comunicadas a los accionistas y al mercado en general mediante su inclusión en los Estados Financieros y FECUs respectivos, de modo que se cumplió con el objetivo que persigue la normativa correspondiente.

En definitiva, en concepto del reclamante no se está en presencia de la afectación grave y transcendente que imputa la Comisión para el Mercado Financiero a su representado, ni menos una infracción sustantiva al bien jurídico que la norma protege, por lo que resulta absolutamente ilegal e infundada la Resolución dictada por dicho organismo y que, por el presente recurso, se impugna.

Acto seguido, el reclamante dedica sus alegaciones a la ilegalidad cometida por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero en la Resolución impugnada las que se hacen consistir, por una parte, en la falta de fundamentación y, por la otra, en imponer una sanción completamente desproporcionada a su representado.

En el primer aspecto, indica que la Resolución debe ser motivada, entendiendo por ello que debe tenerse por acreditado un hecho anterior que permita la aplicación de una norma que imponga una sanción, lo que no ocurre en este caso, puesto que no existe fundamentación en la determinación de la sanción aplicada a su representado. Invoca los artículos 41 de la Ley N° 19.880 y 52 de la Ley N° 21.000 y la Ley N° 18.575 y señala que la falta de fundamentación atenta contra el principio de imparcialidad, consagrado en el artículo 11 de la Ley N° 19.880 y contra el principio de transparencia previsto en el artículo 16 de dicha Ley. Reitera las argumentaciones ya vertidas en orden a que no son efectivas las afirmaciones contenidas en la Resolución impugnada y a que no se ha transgredido el bien jurídico protegido y que se realizaron las operaciones cuestionadas con sujeción a la ley.

FRXXGSCXXX

En el segundo aspecto, el reclamante asevera que no existe un análisis que permita entender el raciocinio del Consejo para haber determinado la sanción determinada de 400 unidades de fomento y no una diversa, vulnerando los artículos 37, 38 y 52 de la Ley N° 21.000. Afirma que no realiza un análisis sobre los antecedentes y circunstancias concretas para efectos de determinar la sanción aplicable, determinando de forma arbitraria y desproporcionada que los hechos que considera ilícitos ameritan una sanción como la ya precisada.

Reproduce el recurrente el contenido del artículo 38 citado, referido a las circunstancias que debe considerar la Comisión para el Mercado Financiero al determinar el monto de la multa a aplicar, lo que relaciona con lo establecido en el artículo 52, según el cual la Comisión está obligada a decidir fundada y razonadamente los asuntos sometidos a su resolución y sostiene que, en la especie, no se fundamentó el quantum de la sanción y se ignoró esa norma de rango legal.

Enseguida, el reclamante asegura que se presenta una ausencia total de análisis de las consideraciones para efectos de determinar la sanción. Lo único que realiza el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero es enunciar algunos de los criterios señalados por la norma, sin realizar ejercicio alguno por el cual se pueda determinar la forma por la cual se arribó a la conclusión de aplicar una sanción equivalente a 400 unidades de fomento por los hechos.

Se reitera en el recurso que la sola enunciación de las causales indicadas en el artículo 38 de la Ley N° 21.000 no constituye un ejercicio de consideración, ni una actuación fundada y razonada por parte del Consejo al decidir la aplicación de una sanción determinada.

Inclusive, algunos de estos criterios ni siquiera fueron mencionados por el Consejo, como la circunstancia del N°3, cuando se refiere al daño o riesgo causado a los intereses de los perjudicados por la conducta, el que –insiste- no existió.

FRXXGSCXXX

Indica que la decisión del Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, en su capítulo VI, titulado “De las circunstancias a considerar para la determinación de la sanción”, consideró una serie de parámetros para determinar la sanción que resolvió. Estos parámetros los dividió en (i) una consideración previa en relación con el mercado objeto de la investigación, (ii) circunstancias particulares para cada formulado de cargos, (iii) elementos comunes y (iv) otras sanciones aplicadas por la Superintendencia o el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero en investigaciones por los mismos ilícitos.

Sigue exponiendo que, entre los parámetros señalados en la Resolución que habrían sido considerados para determinar las sanciones aplicadas en el caso particular de su representado, se encuentran (1) el de gravedad de la conducta; (2) el de correcto funcionamiento del mercado, la fe pública y los interesados; (3) el del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (4) el no haber sido sancionado previamente; y (5) la existencia de otras sanciones aplicadas por la Superintendencia o el Consejo de la CMF en investigaciones por los mismos ilícitos.

Luego pormenoriza cada criterio, comenzando por la gravedad de la conducta, en relación con la que señala que este criterio fue descartado como atenuante sobre la base de considerar que su representado suscribió “*los instrumentos que daban cuenta de las operaciones de financiamiento de Parinacota a ByN, con pleno conocimiento que dichas operaciones debieron someterse al procedimiento de aprobación de operaciones con partes relacionadas, de acuerdo a lo requerido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046, considerando que el Sr. Fontaine participó en una sesión de directorio que aprobó una de estas operaciones, esto es, la del 19 de noviembre de 2015*”, pero la Resolución no señala los motivos por los cuales la infracción sería grave, siéndolo por el solo hecho de no haber sido sometidas las operaciones a la aprobación previa del directorio de la

FRXXGSCXXX

sociedad. Con esto el Consejo está dando a entender que las operaciones se ocultaron al Directorio, a los accionistas y al mercado en general, lo que, en su concepto, es una falsedad absoluta y no condice con los antecedentes que constan en el expediente administrativo, desconociendo que todos los directores declararon haber tenido conocimiento de las operaciones señaladas, el hecho que se consignaran en los Estados Financieros y FECU, se desarrollaron en diversas actas de directorio, así como que todos -con excepción del señor Vial- reconocen que los préstamos eran en el solo beneficio de la sociedad, en condiciones más beneficiosas que las del mercado. Agrega que es falso que el señor Fontaine haya ocultado al directorio para su discusión las operaciones señaladas, cuestión diametralmente opuesta a que no haya quedado registro en acta por decisión del Secretario de la sociedad en dicho entonces. Alude específicamente a la declaración del señor Alejandro Paul.

Luego afirma que la conducta no puede ser considerada grave si no afectó materialmente al bien jurídico protegido, existiendo un reproche solamente relacionado con una falta procedural sobre la adopción de operaciones que sólo fueron en beneficio de la sociedad y que fueron comunicadas debidamente a los accionistas y al mercado financiero por medio de los instrumentos correspondientes.

A propósito del criterio de daño o riesgo al correcto funcionamiento del mercado, la fe pública y a los perjudicados en la infracción, respecto al que la Comisión para el Mercado Financiero señala en la Resolución impugnada: *“Estas infracciones generaron riesgos en la fe pública depositada por quienes son accionistas de una sociedad anónima abierta, quienes esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y que actúen conforme lo requiere la ley”*, el recurrente sostiene que nuevamente se limita a indicar que el solo hecho de la infracción importaría un riesgo (y no un daño) a la fe pública. Sin decirlo, en concepto del recurrente, el Consejo reconoce

FRXXGSCXXX

que no existió afectación material al bien jurídico protegido, sino solamente una infracción procedural. No obstante, renglón seguido, el Consejo se contradice indicando que el riesgo vendría por un eventual incumplimiento al deber fiduciario de su representado, el que no fue objeto de formulación de cargos ni de sanción. Esta es una afirmación sin sustento alguno, dice el reclamante, ya que el Consejo no considera que los actos no fueron realizados en interés propio ni de quienes lo eligieron como director, sino que tuvieron por finalidad única y exclusiva el beneficio de la Sociedad, según estaría reconocido por el propio Consejo, los intervenientes y la Fiscalía.

Concluye el compareciente que, en definitiva, la Comisión para el Mercado Financiero se contradijo a sí misma y contravino el mérito del proceso al indicar que los supuestos hechos ilícitos habrían generado “riesgos” en la fe pública por actuaciones que supuestamente serían contrarias al deber fiduciario de un director, cuando ese deber fiduciario no fue sancionado ni objeto de formulación de cargos.

En lo tocante a eventuales beneficios obtenidos por medio de las operaciones y de no haber sido antes sancionado, dice el recurrente que ambos aspectos fueron considerados positivamente en su representado. Sin embargo, el Consejo nuevamente se limitó a enunciar la causal, sin realizar un análisis de fondo de conformidad con el mérito del proceso, o con el resto de las causales. Y como señaló, con estas omisiones se priva al administrado el conocer el raciocinio que permitió determinar la sanción aplicable.

Por último, en relación con el criterio de otras sanciones aplicadas por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero para los efectos de determinar si existió vulneración al principio de proporcionalidad y al mandato de “optimización de las sanciones” contenido en el artículo 38 de la Ley N° 21.000, el reclamante refiere las otras causas consideradas por el Consejo: a. Resolución Exenta N° 4.176 de 11 de octubre de 2016: Ohio National Seguros de Vida S.A. y

FRXXGSCXXX

sus directores. b. Resolución Exenta N° 6.079 de 12 de diciembre de 2017: los directores y gerente general de AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. c. Resolución Exenta N° 258 de 12 de enero de 2018: a los Sres. Francisco Errázuriz Ovalle, Hernán Mora Díez, Néstor Velásquez Sánchez, Pablo Reyes Moore, Eduardo Viada Aretxabala y Nibaldo Sepúlveda Mojer, d. Resolución Exenta N° 6249 de 27 de diciembre de 2019, Sres. Miguel Ángel Oliva Soto y Miguel Ángel Oliva Reveco y alega que, de actuar razonable y proporcionalmente, el Consejo habría realizado un análisis de las sanciones indicadas y la forma en la cual se pueden o no considerar “similares” con la sanción impuesta a su representado, lo que no ocurrió e incluso ni siquiera se señala el monto de dichas sanciones. Reproduce el párrafo correspondiente de la resolución impugnada y sostiene que si se hubiera cumplido con el mandato legal de optimización de la sanción y con el principio de proporcionalidad en el ejercicio del ius puniendi estatal, debió analizar comparativamente y de forma seria los supuestos casos “similares”, lo que no ocurrió. Agrega que, en los casos indicados, se aplicaron multas por infracciones a múltiples disposiciones, ya que se constataron, con el mérito de la investigación, millonarios perjuicios a terceros, la comisión de delitos como lo es la proporción de información falsa a la Comisión para el Mercado Financiero y porque se acreditó que dichos perjuicios fueron en beneficio de los sancionados, nada de lo cual sucede en el presente caso y, por eso, todas esas situaciones, si bien prevén como norma infringida la del artículo 147 de la Ley N° 18.046, en nada se asemejan al procedimiento que fundamenta el presente recurso.

A continuación analiza pormenorizadamente cada una de las referidas situaciones, excepto una respecto a la que señala no habersele proporcionado acceso por parte de la Comisión para el Mercado Financiero y concluye que, en definitiva, de haberse fundamentado adecuadamente el acto administrativo y de haberse respetado el

FRXXGSCXXX



principio de proporcionalidad por medio de la aplicación correcta de los parámetros objetivos establecidos previamente en la ley para estos efectos, se debiera haber considerado que las conductas de su representado no tuvieron la afectación del bien jurídico protegido por la norma y, por ende, no adolecen de ningún grado de gravedad; que no obtuvo beneficios económicos con los hechos investigados, sino por el contrario fueron realizados con la única finalidad de propender al interés social; que, por lo mismo, las operaciones no afectaron a terceros interesados, sino que implicaron mermar su línea de crédito en favor de la sociedad Blanco y Negro S.A.; que las sanciones anteriormente cursadas por la Comisión para el Mercado Financiero más similares, lo fueron por montos entre el equivalente a 300 y 500 unidades de fomento y en las mismas se configuraron conductas plurifensivas, de una gravedad y afectación a la fe pública mayor al entregarse información falsa y ser contrarias el interés social.

Pide acoger este recurso, dejar sin efecto la Resolución impugnada, por ser manifiestamente ilegal y arbitraria en virtud de las consideraciones expresadas a lo largo de su presentación, con expresa condena en costas. En el otrosí, separadamente, aunque también en lo principal solicita reducir prudencialmente la sanción, en el evento que se considere legal la decisión cuestionada.

En esta reclamación comparece doña Ruth Israel López, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Comisión para el Mercado Financiero, persona jurídica de derecho público, formula cuestiones previas consistentes en sostener que los directores de una sociedad anónima deben actuar siempre contribuyendo al “interés social”, sin que jamás se mencione la existencia de alguna excepción, como la de un interés superior a ese que justifique un actuar diferente. Las disposiciones de la Ley N° 18.046 que atribuyen responsabilidades al directorio y a los directores y aluden al concepto de “interés social”, son claras y no contemplan situaciones



de excepción en que éstos puedan actuar sin considerarlo. Además, el ejercicio del cargo de director se basa en el conocimiento de las normas que lo habilitan para desempeñar tales funciones. El director de una sociedad anónima está sujeto al deber de diligencia y cuidado consagrado en el artículo 41 de la Ley N° 18.046 y, en especial, al derecho-deber de informarse respecto de la marcha de la empresa del artículo 39 de la Ley N° 18.046, en miras al logro del debido y oportuno cumplimiento de su deber fiduciario de atender los intereses de la compañía y los accionistas, en cuyo favor han sido designados.

Señala que los argumentos utilizados por el propio reclamante ratifican que éste desatendió los deberes antes referidos, esto es, la obligación de los directores de interiorizarse por dicha función y de monitorear su eficiente funcionamiento, aspecto propio de los deberes de cuidado que les impone la ley, nada de lo cual consta que hubiere efectuado. Sobre este punto, destaca que el reclamante no niega ni controvierte los hechos en los que se funda la Resolución Sancionatoria, ni tampoco aporta nuevos antecedentes que permitan desvirtuarlos. Afirma que olvida que todas las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas que atribuyen responsabilidades al directorio o a los directores aluden al concepto de “interés social”, como eje esencial de su función. Como ejemplos cita los artículos 39, inciso tercero y 42 N°s. 1 y 7. Por ende, respecto de la responsabilidad de los directores siempre y sin excepción deben actuar contribuyendo al “interés social”, y esa primera actuación es respetar la LEY, sin que jamás se mencione la existencia de alguna excepción, como la de un interés superior a ese que justifique un actuar diferente. No se puede invocar el beneficio social para justificar o intentar exculpar una infracción legal. Agrega que el hecho que el encabezado del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, mencione el interés social expresamente, no implica que, si la actuación produjo algún beneficio o nadie reclamó, se pueda exculpar de su infracción al director de la sociedad y que éste tenga o hubiere



tenido justificación para actuar al margen o en contra de la norma. Sostiene que los requisitos y procedimientos establecidos en el citado artículo 147 son imperativos para los directores, gerentes y ejecutivos de una sociedad anónima abierta, no contemplando dicha norma la no afectación al bien jurídico protegido como excusa válida para su no observancia. Por lo demás, ese mismo artículo 147, en su N° 7, contempla la posibilidad de aplicar sanciones en caso de que no se dé cumplimiento a lo allí regulado. Indica que al tratarse de una operación entre partes relacionadas, en su calidad de director, el señor Fontaine debió haber dado cumplimiento a las disposiciones del Título XVI de la Ley N° 18.046, particularmente respecto al procedimiento del artículo 147 de dicha Ley, cuestión que no hizo, lo que de por sí afecta al interés social de Blanco y Negro. Señala que esta norma legal contiene sólo tres excepciones, aplicables únicamente respecto al procedimiento, ninguna de las cuales ha sido invocada por el reclamante o resulta aplicable a la especie. Así que, por lo mismo, sostiene que la ley es clara y libre de toda ambigüedad. El directorio debía previamente aprobar la operación y no lo hizo, infringiendo la obligación que le impone el artículo 147 de la Ley 18.046. La Ley ha impuesto una conducta más rigurosa para aquellas operaciones que, al efectuarse entre partes relacionadas, entrañan un riesgo mayor, no solo para eventuales accionistas minoritarios de la compañía, sino para el mercado en general, ya que se está frente a una sociedad anónima abierta que cotiza en bolsa. Alega que limitar la posibilidad de conductas prohibidas, como pretenden los reclamantes, no es sino desconocer la importancia que juega la confianza depositada en los directores y la lealtad de éstos con la sociedad, en un mercado que busca evitar el desvío del valor creado por el gobierno corporativo hacia determinados miembros de éste. Especialmente en el caso de los directores no se puede obviar la importancia de que ellos respeten el deber de lealtad para con los accionistas, quienes por la confianza que les tienen los



eligen como tales. De ese modo, permitir que alguien en quien se depositó la confianza para gobernar la sociedad pueda desproteger a sus electores infringiendo la Ley, simplemente es insensato. Confirma lo anterior –argumenta la recurrida- la audacia del reclamante en estimar como desproporcionada una multa equivalente a 400 unidades de fomento, multa que, representa solo un 0,533% del máximo que la ley permite aplicar. Asevera que nada tiene de desproporcionada esa multa que sancionó conductas que impactan directamente la fe y confianza depositada en los directores de una sociedad anónima cotizada, esto es, aquellos profesionales expertos que administran una firma que ofrece sus títulos al mercado como instrumentos de inversión.

A continuación la recurrida se refiere a la Resolución Exenta N° 7.600, de fecha 8 de noviembre de 2019, por la que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, resolvió aplicar a don Paul Fontaine Benavides, la sanción de multa, a beneficio fiscal, equivalente a 400 unidades de fomento, por infracción del artículo 147, inciso primero, N° 2, de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. Dicha Resolución Exenta N° 7600 puso fin al Procedimiento Sancionatorio iniciado en contra del reclamante por infracción al artículo referido, en virtud de la cual se le impuso una sanción de multa por vulnerarla, por cuanto, en su calidad de director de Blanco & Negro S.A. aprobó la operación con partes relacionadas de fecha 20 de noviembre de 2015, sin haber fundamentado la decisión conforme a lo requerido por la citada norma y porque celebró las operaciones con partes relacionadas de fechas 10 de agosto de 2016, 31 de agosto de 2016, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017, sin que éstas hayan sido sometidas a lo exigido en el N° 2, del artículo 147, de la referida Ley N° 18.046.

Enseguida, la recurrida insiste con la extemporaneidad del reclamo sobre la base de las argumentaciones ya vertidas en incidente de previo y especial pronunciamiento, resuelto desfavorablemente a sus intereses por esta Corte y, por lo tanto, ya zanjada la discusión.

FRXXGSCXXX

Luego la Comisión para el Mercado Financiero se hace cargo del planteamiento referido al monto de la multa impuesta, al que el recurrente atribuye desproporción y a cuyo respecto la recurrida sostiene que esta Corte carece de competencia para decidir en tal sentido, ya que en el presente arbitrio se trata de decidir la legalidad o ilegalidad de la decisión adoptada y es una nueva instancia administrativa en donde el que resuelve pueda sustituir una decisión privativa de la Administración, ya que la competencia se extiende a evaluar el acto terminal únicamente en su legalidad, sin que pueda sustituir la actuación de la Administración.

A continuación, la reclamada refiere los préstamos (un total de 6) realizados por Parinacota FIP a la sociedad Blanco y Negro, con fechas y montos, además de individualizar a los directores –entre ellos el reclamante- y señalar que el señor Mosa, también miembro del directorio, era el principal aportante de Parinacota FIP. Señala que, revisadas las actas de las sesiones de directorio de Blanco y Negro de los años 2015, 2016 y 2017, período en que Parinacota realizó los préstamos a esa Sociedad, no hay constancia de que se trataran ni acordaran por parte del directorio de la Sociedad algunos de estos préstamos y en otros no se consigna discusión alguna acerca de la contribución al interés social o a las condiciones de dichos financiamientos. Es decir, no existe constancia en las referidas actas de la aprobación previa de los directores respecto de los créditos otorgados por Parinacota y en las ocasiones en que se mencionan en actas los préstamos individualizados precedentemente, no hay referencia a los fundamentos de la decisión de aprobarlos, ni hay registros de la votación, con excepción de las sesiones de directorio celebradas los días 19 y 25 de noviembre de 2015. Agrega que, analizadas las actas de sesión de directorio de Blanco y Negro, del período comprendido entre los años 2015 y 2017, las únicas referencias a préstamos con personas relacionadas son las que pormenoriza y reproduce de 19 de

FRXXGSCXXX

noviembre de 2015, 25 de noviembre de 2015, 23 de marzo de 2016, 31 de marzo de 2017 y 29 de noviembre de 2017, a lo que agrega que, si bien en las actas de las juntas ordinarias de accionistas de 25 de abril de 2016, 20 de abril de 2017 y 17 de abril de 2018, hay constancia de que se informó en términos generales de las operaciones realizadas por la Sociedad a que se refiere el artículo 147 de la Ley N° 18.046 durante los años 2015, 2016 y 2017, respectivamente, no se hizo mención ni se dejó constancia de los directores que aprobaron las operaciones con la relacionada Parinacota. Transcribe estas últimas actas en lo que interesan.

Se dice en el informe además, que conforme a las declaraciones prestadas por todos los directores de la Sociedad ante la Unidad de Investigación de la Comisión -con excepción del señor Leonidas Vial- todos reconocieron que sabían de estos préstamos de dinero y que ellos provenían de una empresa relacionada de propiedad del presidente del directorio, el señor Mosa. Además, consta en las memorias de los años 2015, 2016 y 2017, suscritas por dichos directores, junto con las correspondientes declaraciones de responsabilidad de dichas memorias, que en el ítem “saldos y transacciones con partes relacionadas”, figura una glosa que detalla los préstamos de Parinacota a la Sociedad. Agrega que, de acuerdo con las declaraciones de todas las personas que ocuparon el cargo de director de Blanco y Negro durante los años 2015, 2016 y 2017, la Sociedad no cuenta con una política general de habitualidad para operaciones con partes relacionadas que haya sido aprobada por el directorio.

Acto seguido, la recurrente reproduce los cargos formulados, esto es: “1. A los Sres. Yakob Aníbal Mosa Shmes, Leonidas Vial Echeverría, Leonardo Battaglia Castro, Alejandro Zúñiga Drogue, Pablo Acchiardi Lagos, Pablo Morales Ahumada, Alfonso Gómez Morales, Paul Fontaine Benavides y Jaime Pizarro Herrera, por cuanto infringieron lo dispuesto en los numerales dos, tres y seis del inciso primero del artículo 147 de la

FRXXGSCXXX



Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. 2. Al Sr. Yakob Aníbal Mosa Shmes por cuanto infringió, asimismo, lo dispuesto en los numerales primero y la primera parte del sexto del inciso primero del artículo 147 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas.”, señalando la sanción de multa equivalente a 400 unidades de fomento al reclamante señor Fontaine, por las infracciones ya referidas.

La recurrente, a continuación, expone acerca de la naturaleza de sociedad anónima abierta de la sociedad Blanco y Negro, lo que ello significa, sobre el mercado de valores, los gobiernos corporativos y el consejo, la administración de las sociedades anónimas y los deberes de sus directores, cuyo estatuto se contiene en los artículos 31 y siguientes de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una serie de normas de orden público que establecen deberes a los órganos que la conforman para realizar la gestión social, los cuales no resultan renunciables ni alterables por la voluntad de las partes, que deben someter su conducta a ellos.

Refiere los deberes de los directores y la norma que los consagra, es decir, diligencia y cuidado, lealtad y transparencia, obediencia a la normativa legal y reglamentaria y destaca que el reclamante no niega ni controvierte los hechos en los que se funda la Resolución Sancionatoria, ni tampoco aporta nuevos antecedentes que permitan desvirtuarlos.

Afirma que el reclamante infringió lo dispuesto en el artículo 147, inciso 1°, N° 2, de la Ley N° 18.046, ya que, en la sesión de directorio de fecha 19 de noviembre de 2015, respecto de la operación de fecha 20 de noviembre del mismo año, no se contienen los fundamentos, opiniones ni antecedentes mínimos que dieran cuenta: i) Cómo dicha operación contribuiría al interés social; y, ii) Cómo dicha operación se ajustaría en precio, términos y condiciones a aquéllas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración. Asimismo –argumenta la recurrente- el reclamante infringió lo dispuesto en artículo 147, inciso 1°, N° 2 del artículo 147, de la Ley N° 18.046, pues suscribió las



FRXXGSCXXX

operaciones de 10 de agosto de 2016 (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año), 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017 en representación de Blanco y Negro en favor de Parinacota, sin contar con el consentimiento del directorio –o, en su defecto, de la junta de accionistas– por tratarse de una operación con partes relacionadas.

Sostiene la recurrente que el recurrente, en su calidad de director, debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque él participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar tales materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación.

Hace presente que el reclamante no desconoció el incumplimiento del procedimiento establecido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046. Es más, todos los sancionados reconocieron dicho incumplimiento, tratando por alguna vía, de justificar su conducta infraccional.

Transcribe el contenido de los artículos 146 N° 1 y 147 N° 2 de la Ley N° 18.046 y asevera que las sociedades no son personas reales sino entidades ficticias. Así, no pueden actuar por sí mismas, por lo que requieren de personas reales, dotadas de voluntad para actuar, que ejecuten los actos que se imputan a estas ficciones jurídicas. Existen casos, como la norma expuesta, en que el legislador exige un procedimiento especial para llevar a cabo una operación y le asigna expresamente la misión de adoptar la decisión, al directorio. Es así, que el número 2, citado expresamente exige que los actos sean aprobados por el directorio, o en caso de que este órgano colegiado no pueda hacerlo por alguna de las causales que las mismas normas indican, se adopten las medidas alternativas que la disposición contempla.

Sigue argumentando que la responsabilidad infraccional en este caso recae, entre otros, en el reclamante, ya que los directores, pudiendo hacerlo (ya que ellos mismos señalan haber discutido la

FRXXGSCXXX

operación en forma previa a su materialización), no realizaron la sesión de directorio que exige la Ley en orden a aprobar o en su caso rechazar la operación que se pretendía, fijando al mismo tiempo sus condiciones económicas.

Estas infracciones generaron riesgos en la fe pública depositada por quienes son accionistas de una sociedad anónima abierta, quienes esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y actúen conforme a la ley. Agrega que no es opcional la aprobación del directorio de operaciones con partes relacionadas, porque el procedimiento en cuestión busca la protección de los accionistas minoritarios por dos vías: la cautela del interés social mirando tanto las características del acto, como al establecer un deber de revelación del interés, conocimiento de los directores de dicho interés, debate sobre las condiciones de esa operación y el consentimiento fundado del acto a ser celebrado, sin perjuicio que bajo ciertas hipótesis el órgano que debe aprobar la operación pueda ser la junta de accionistas, a efectos de que la sociedad, sus directores y accionistas cuenten con información plena sobre la negociación, acto, contrato u operación y como ella cumple con el objeto requerido en el inciso primero del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

La segunda vía, continúa explicando la recurrida, es la reducción de las asimetrías de información que los accionistas minoritarios tienen ante la administración o controlador de la sociedad, ya que el proceso busca transparentar quiénes están tras la operación, cuales son elementos fundamentales, cómo ésta contribuye con el interés social y si se ajusta a precios y condiciones de mercado, para luego tomar la determinación de si ella se debe celebrar. Así, la ley no ha dispuesto que el procedimiento en cuestión sea optativo o que sus defectos puedan ser saneados posteriormente, ya que ello implicaría actuar al margen del procedimiento impuesto en forma perentoria por el artículo



147 de la Ley N° 18.046, generando incentivos para que se materialicen los problemas de agencia que se buscan evitar.

Alude a la defensa esgrimida por el recurrente en relación con la operación con partes relacionadas de fecha 20 de noviembre de 2015, la que estuvo constituida por negar que no se hayan justificado las operaciones, las que afirma que fueron tratadas conforme a la exigencia del caso, lo que apoya en el Acta de esa fecha; sin embargo la Comisión para el Mercado Financiero sostiene que eso no es efectivo, desde que no se trataron los antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración, particularmente porque el directorio no se refirió, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 N° 2 de la Ley N° 18.046, como tampoco se observó que el directorio, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación. Así, la evaluación del “precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación”, requiere también estimar en qué condiciones el mercado otorga financiamientos similares, lo que tampoco se ve analizado en la sesión de directorio, a efectos de razonar la conveniencia de este.

Sostiene que lo que se exige es que el directorio deje constancia de las condiciones económicas de las operaciones con partes relacionadas y no se deje en manos de un tercero, como ocurrió, la determinación de las condiciones en que se materializaría la operación, lo que infringe la normativa por la cual se formularon cargos al reclamante.

A propósito de las operaciones con partes relacionadas de fechas de 10 de agosto de 2016 (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año), 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017

FRXXGSCXXX

y 29 de junio de 2017, la recurrente manifiesta que el reclamante fue sancionado, porque la ley es imperativa en cuanto a que una operación con partes relacionadas no puede ser celebrada sin que el directorio, o en su defecto la junta de accionistas, haya dado su consentimiento, por lo que cuando el señor Fontaine suscribió los reconocimientos de deuda en representación de Blanco y Negro y en favor de Parinacota, sin contar con el consentimiento del directorio, infringió el 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

En cuanto a la protección del interés social, a cuyo respecto el reclamante alegó que todas las operaciones fueron en interés de la Sociedad Blanco y Negro, la recurrente sostiene que el hecho que eventualmente una determinada operación con partes relacionadas contribuya al interés social y se ajuste en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, no la excluye de la aplicación de los requisitos y procedimientos establecidos en los numerales del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino que éstos son antecedentes adicionales que igualmente deben cumplirse. Señala que los requisitos y procedimientos establecidos en el citado artículo 147 son imperativos para los directores, gerentes y ejecutivos de una sociedad anónima abierta, no contemplando dicha norma la no afectación al bien jurídico protegido como excusa válida para su no observancia. Por lo demás, ese mismo artículo 147, en su N° 7, contempla la posibilidad de aplicar sanciones en caso que no se dé cumplimiento a lo allí regulado. Además, al momento de aprobar una operación con partes relacionadas, no basta con que el directorio se refiera genéricamente a los destinos de los fondos obtenidos como consecuencia de dicha operación o a las condiciones generales en que éstas se podrían negociar, sino que, para dar cumplimiento a los requisitos de fundamentación de la decisión contemplado en el artículo 147 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, dicho órgano debe manifestarse específicamente sobre la operación en

FRXXGSCXXX

cuestión, pronunciándose respecto su monto, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, entre otras consideraciones que pudieren resultar relevantes.

Enseguida, la recurrida afirma que en ninguna de las operaciones por las que se sancionó se dio cumplimiento a la ley. En efecto, respecto de la operación con partes relacionadas de 20 de noviembre de 2015, según consta en el acta de la sesión de directorio de 19 de noviembre de 2015 –en la cual fue aprobada– en dicha sesión no se trataron antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración. Consta que el directorio no se refirió, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como tampoco se observó que el directorio haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación.

Por su parte, respecto de las operaciones de 10 de agosto de 2016 (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año), 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017, consta en el expediente administrativo que el reclamante suscribió los reconocimientos de deuda en que constan dichas operaciones, sin que éstas hayan sido tratadas ni aprobadas por el directorio. En este sentido, reitera lo dispuesto en el inciso primero del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reproduce.

Agrega que, aun cuando se asuma que se configuran los supuestos señalados por la defensa en el caso de autos, no basta con que las operaciones contribuyan al interés social y se hayan ajustado a condiciones de mercado para que se dé cumplimiento al citado artículo 147, sino que además debe cumplirse con los requisitos y procedimientos establecidos en los numerales del mismo, lo que incluye

FRXXGSCXXX

tanto que dichas operaciones hayan sido tratadas y aprobadas por el directorio, como que quede constancia de los fundamentos de la decisión. Así, el procedimiento regulado en el artículo en cuestión es imperativo para los directores, gerentes y ejecutivos principales. Es más, el efecto de su incumplimiento, conforme al N° 7 de dicha disposición, es la aplicación de sanciones por parte de la Comisión, lo que transcribe.

De ese modo, sigue la recurrida, atendido el carácter imperativo de la norma en cuestión, el hecho que una determinada operación contribuya al interés social y se ajuste en precio, términos y condiciones a las que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, es un antecedente y requisito más para su realización, mas no un motivo para eximirse de la realización del procedimiento establecido en el mismo artículo 147.

Así, para que una sociedad anónima abierta pueda realizar operaciones con partes relacionadas, el legislador ha dispuesto un procedimiento que permite exponer la existencia de un potencial conflicto de interés por parte del director implicado, explicitar la relación de dicha persona con la operación, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, para luego de ello permitir que el directorio, como órgano deliberativo de la sociedad, analice y se pronuncie respecto de la aprobación de la transacción, excluyendo además a la o las personas con interés o que participaron en las negociaciones conducentes a ella.

El artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, entonces, es una norma de carácter procedural que busca resguardar la adecuada toma de decisiones, pudiendo suceder que, conforme al procedimiento, sea la junta de accionistas la que daba adoptar la decisión final.

FRXXGSCXXX

En consecuencia, en concepto de la Comisión para el Mercado Financiero, el argumento esgrimido por la defensa del reclamante no resulta atendible, por las razones previamente expuestas.

En cuanto al conocimiento de las operaciones por parte de los directores y accionistas sostenido por el reclamante, la recurrida señala que, según consta en las declaraciones de los directores, señores Battaglia, Zúñiga, Acchardi, Morales, Pizarro y Jiménez, existía conocimiento por parte de éstos del financiamiento otorgado por Parinacota a Blanco y Negro, pero no constan en el expediente administrativo antecedentes que den cuenta de un conocimiento previo a la realización de cada operación ni los términos y condiciones de éstas. En este sentido, el artículo 147 N°2 de la Ley de Sociedades Anónimas es claro en señalar que 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 y siendo el reclamante director de Blanco y Negro, suscribió los reconocimientos de deudas respectivas, materializando operaciones con partes relacionadas, sin que éstas hubieren sido previamente aprobadas por el directorio del que el reclamante formaba parte y que, por lo mismo, debía conocer si dichas operaciones habían sido o no tratadas, lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, debe realizarse como condición previa a que la sociedad otorgue su consentimiento a la celebración de la misma. La falta de aprobación previa es reconocida por el reclamante.

En relación con la lesión al bien jurídico protegido, la reclamada sostiene que, además de no ser efectiva la defensa del reclamante en orden a que la operación noviembre de 2015 fue aprobada por el directorio y se trataron las condiciones y razones de interés social, en conformidad con lo dispuesto en el N° 2 del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, al momento de aprobarse una operación con partes relacionadas por el directorio, debe dejarse constancia en el acta

FRXXGSCXXX

de los fundamentos de la decisión. Para dar cumplimiento a ello, no basta con que el Presidente del directorio indique genéricamente el destino de los dineros que se obtendrán como consecuencia de la realización de una determinada operación, ni las condiciones generales en que éstas se podrían negociar; sino que es necesario que dicho órgano se pronuncie específicamente sobre la operación en cuestión, pronunciándose respecto al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajusta a aquellas de mercado, entre otras consideraciones que pudieren resultar relevantes, de acuerdo a la citada norma. Así, la evaluación del “precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación”, requiere también estimar en qué condiciones el mercado otorga financiamientos similares, lo que tampoco se ve analizado en la sesión de directorio, a efectos de razonar la conveniencia de este. Menos se observó que el directorio, que es el órgano de administración de la sociedad, conforme al artículo 40 de la Ley N° 18.046 y que es el llamado a aprobar estas operaciones, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación, entregando dicha determinación a un director, en este caso, al señor Mosa, quien a mayor abundamiento era el director interesado en la operación. A mayor ilustración, refiere la declaración del Gerente General, relativa a que se aprobó de manera genérica el crédito.

A propósito de las operaciones de los años 2016 y 2017 y en relación con la defensa del reclamante en cuanto a que no puede estimarse vulnerado el bien jurídico protegido, ya que se realizaron en interés social, en condiciones de mercado y con el conocimiento de todo el directorio, la Comisión para el Mercado Financiero reitera que el artículo 147 en cuestión no contempla excepciones fundadas en la eventual no afectación del bien jurídico protegido por la norma, de modo que, tratándose de una operación con partes relacionadas, debe perentoriamente cumplir con el procedimiento del citado artículo,

FRXXGSCXXX

deviniendo su omisión, en una infracción sancionable, salvo que se invoque una disposición legal que expresamente exceptúe su cumplimiento, lo que en la especie no ha ocurrido. Adicionalmente – expone la reclamada- consta en la historia del establecimiento de la Ley N° 20.382, que el objetivo buscado con la incorporación de la normativa sobre las operaciones con partes relacionadas era “corregir asimetrías de información, reducir los costos de información y coordinación” y que “...este proyecto de ley propone mecanismos que persiguen que los accionistas y el público obtengan acceso a información completa y oportuna, disminuyendo los problemas de asimetría de información, agencia y riesgos de abuso” (Mensaje de la Ley N° 20.382, página 4).

Indica que la ley ha contemplado que sea el directorio o la junta de accionistas, los que, en un procedimiento reglado, resuelvan la celebración de operaciones con partes relacionadas, por lo que constituye una vulneración al artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas celebrar una operación de esta naturaleza sin la aprobación previa de los órganos sociales, lo que fue apropiadamente sintetizado por el señor Jiménez, a fojas 1408 del expediente administrativo, en sesión de directorio de fecha 31 de mayo de 2017 "...al prestar fondos a la Sociedad, ello debe ser definido por el directorio, y debe establecerse cuál va a ser la política de financiamiento de la Sociedad".

En cuanto a la falta de motivación atribuida a la Resolución por el reclamante, la recurrida manifiesta que no es efectivo, ya que expone las alegaciones de la contraria, las analiza y da respuesta a sus planteamientos, lo cual es totalmente distinto a que el reclamante tenga opiniones distintas sobre los argumentos razonados por la Comisión, lo que no lleva a infringir el principio en cuestión. Añade que la Resolución sancionatoria fue dictada en el ejercicio de las potestades sancionatorias de la Comisión para el Mercado Financiero, en función del mérito del referido procedimiento administrativo, tras la debida ponderación de los antecedentes del proceso que fueron los elementos

FRXXGSCXXX

de juicio que permitieron arribar a las conclusiones contenidas en el acto y llegar a la convicción de que, en la especie, se habían cometido las infracciones sancionadas y cuyo valor probatorio consta de la Resolución misma. En efecto, conforme consta de la Resolución sancionatoria, todas las probanzas fueron latamente analizadas, dándose por establecidos los hechos de que informaban los antecedentes documentarios indubitados y no objetados, elementos que fueron recogidos en cuanto resultaron concordantes con los hechos que se tuvieron por establecidos en el procedimiento.

Agrega que todos los elementos probatorios aportados, tanto por el reclamante como por los otros dos formulados de cargos y que se incorporaron al expediente administrativo hasta el cierre de la investigación, fueron debidamente ponderados y apreciados por la Comisión para el Mercado Financiero. Destaca que el procedimiento administrativo sancionador, aplicado por la referida Comisión, tiene una naturaleza jurídica especial fundado tanto en las normas de aplicación general establecidas en la Ley N° 19.880 como en su propia Ley Orgánica y que cumple con la debida fundamentación, haciéndose cargo de las defensas formuladas y las pruebas al respecto.

En relación con la desproporción de la multa impuesta, la recurrente señala que, en lo que respecta a la alegación del reclamante relativa a que la Comisión no fundamentó el “quantum” de la sanción, en la Sección V de la Resolución sancionatoria, se desarrolla pormenorizadamente cada uno de los puntos que la Comisión para el Mercado Financiero tuvo en consideración para efectos de determinar el monto de la sanción que le fuera impuesta al reclamante, por lo que dicho argumento deberá ser rechazado, ya que nuevamente la defensa confunde la falta de motivación o fundamentación del acto administrativo con una fundamentación contraria a sus pretensiones.

Agrega que lo que exige el artículo 38 del Decreto Ley N° 3.538 a la Comisión, es la consideración de las circunstancias que allí se

FRXXGSCXXX

indican, lo que compete a la discrecionalidad de ese Órgano de la Administración. Así, las circunstancias de hecho que debe considerar la Comisión en la fijación de la multa quedan al margen del reclamo de ilegalidad, por estar entregadas a la discrecionalidad de ese Órgano, salvo cuando en su establecimiento se vulneren normas reguladoras de la multa lo que no señala el reclamante.

Por otra parte, sigue diciendo la Comisión, nada hay de desproporcionado en la multa de sólo 400 unidades de fomento si se observa correctamente la entidad de las infracciones cometidas y el efecto social que dichas infracciones han tenido en el Mercado de Valores. En efecto, las infracciones cometidas por el señor Fontaine implicaron efectos adversos en la rigurosa gestión que se exige a la administración de una sociedad anónima cotizada afectando al mercado en general. Su proceder premeditado, tiene un efecto directo en la confianza del mercado en la correcta observancia de la Ley por parte de uno de los más altos personeros de la Sociedad Anónima Abierta, por cuanto conductas como las sancionadas merman el crédito que los inversionistas le otorgan a la conducta que deben desplegar sus intervenientes, lesionando un valor esencial en un ámbito de la economía que se caracteriza por la existencia de asimetrías de información. Este tipo de conductas, importan un impacto en la fe pública depositada en aquellos profesionales expertos (Directores) que administran una sociedad anónima, lo que constituye un daño a la fe pública y la confianza en el Mercado de Valores chileno, además de infringir el debido respeto a la igualdad, competitividad y equidad que debe existir entre quienes participan en él, como también un daño a la lealtad y transparencia con la que los directores deben actuar, respecto de la sociedad y de los accionistas.

Continúa argumentando que para el Mercado de Valores, las conductas incurridas por el señor Fontaine, independiente de la malicia y dolo con que haya actuado (el que sólo tendrá efectos para el ámbito

FRXXGSCXXX

penal) implican una forma de destrucción del referido mercado y un atentado general a todos los compradores y vendedores que operan en el mercado de valores. Es este atentado directo al Mercado de Valores y lo que ello implicaría para ese mismo mercado -de ser toleradas estas infracciones- lo que justifica la sanción administrativa. Y es que los mercados, entendidos teóricamente como centros libres de encuentro entre demandantes y oferentes, presentan, como bien sabemos, fuertes fallas en un entorno real, fallas que se hace necesario disciplinar y atenuar regulativamente. Y es que para el derecho administrativo lo importante, no es la específica disposición del reclamante -malicia- a dañar o no a la sociedad Blanco y Negro; lo relevante para el derecho administrativo son las reglas del Mercado de Valores y la generación de los incentivos suficientes para que los demás intervenientes en ese mercado se comporten de forma correcta en el futuro.

Alega que la sanción administrativa mira el funcionamiento del mercado de forma prospectiva. Se pregunta “¿qué pasaría si todos los intervenientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?”.

Sostiene que la multa aplicada al reclamante se encuentra dentro del rango establecido en el N° 2 de la letra a) del artículo 37 del Decreto Ley N° 3.538, según su texto vigente al momento de los hechos, rango que coincide con la actual letra a) N° 2 del artículo 37 de la Ley Comisión para el Mercado Financiero y su determinación consideró la gravedad de los hechos sancionados y los otros elementos que establece el artículo 28 antes referido. Así, señala que el rango que la ley permite aplicar es de hasta 75.000 unidades de fomento, ubicándose, por lo tanto, la sanción impuesta mediante Resolución N° 7600 en la parte inferior de tal espectro.

En consecuencia, el reclamo de ilegalidad intentado por el reclamante deberá ser rechazado en todas sus partes, con costas.

FRXXGSCXXX

Por resolución de veinte de mayo del año en curso, se dispuso acumular a la presente reclamación las tramitadas bajo los Ingresos Corte N° 636-2019 y N° 688-2019 y agregar copia digitalizada de la resolución en aquéllas.

En los antecedentes I.C. 636-2019 comparece el abogado Ignacio Ried Undurraga, en representación de don Aníbal Mosa Shmes, empresario, ejerciendo el reclamo de ilegalidad previsto en el artículo 71 de la Ley N° 21.000, en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019, dictada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, representado judicialmente por don Joaquín Cortez Huerta, ingeniero comercial, por la que se le impone la sanción de multa, a beneficio fiscal, equivalente a 500 unidades de fomento, por infracción del artículo 147, inciso primero, Nos. 1 y 2, de la Ley N° 18.046.

Explica que, durante los años 2015, 2016 y 2017, se realizaron una serie de préstamos por parte de Parinacota, Fondo de Inversión Privado, sociedad de propiedad y controlada por su representado, señor Mosa, a la sociedad Blanco y Negro S.A. Estos préstamos fueron 1) el 20 de noviembre de 2015, Pagaré por US \$750.000, por el Pase Jean Beausejour; 2) el 10 de agosto de 2016, Reconocimiento de Deuda por \$ 490.000.000, correspondiente al Pago diferencial de impuestos; 3) el 10 de agosto de 2016, Reconocimiento de Deuda por \$330.000.000, por Falta de liquidez por 8 días; 4) el 24 de marzo de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$200.000.000; 5) el 22 de mayo de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$110.000.000; 6) el 29 de junio de 2017, Reconocimiento de Deuda por \$ 80.000.000. Estas tres últimas por Diferencial de pago a proveedores y remuneraciones.

En relación con el préstamo del 20 de noviembre de 2015, explica la génesis, el conocimiento por parte del directorio, el que fue informado que su representado tenía interés en la sociedad Parinacota FIP, absteniéndose en la votación; sostiene que se realizó en interés social y

FRXXGSCXXX

en las condiciones del mercado de la época, según estaría demostrado en la investigación, además, las operaciones fueron incorporadas en diversos documentos, tales como Estados Financieros y FECU y debatidas en las Juntas de Accionistas de los años 2015, 2016 y 2017; afirma que su representado no obtuvo provecho alguno por haberse respetado las tasas del mercado y, en fin, por eso fue absuelto del cargo.

Reconoce que no obstante el conocimiento de los directores de la sociedad acerca de esta práctica, no quedaron en actas las constancias respectivas acerca del tratamiento dado por el directorio de estos asuntos, como tampoco la aprobación previa de estas operaciones. En consecuencia, su representado fue sancionado con una multa de 500 unidades de fomento por la infracción de los N°s. 1 y 2, del artículo 147 de la Ley N° 18.046, en relación con las operaciones de préstamos de dinero posteriores al año 2015. Es decir, los cargos formulados consisten solamente en la simple omisión de determinadas formalidades que no afectaron al bien jurídico protegido por la norma en cuestión en la forma en que el Consejo Comisión para el Mercado Financiero lo refleja en su Resolución.

Sostiene que de la información recopilada por la Comisión para el Mercado Financiero, queda claro que la gravedad imputada a la conducta de su representado no condice en lo absoluto con la información recopilada por dicho organismo, por lo que el análisis desplegado en la Resolución impugnada –a su juicio- resulta absolutamente insuficiente y carece de la motivación y fundamentación requerida para la sanción aplicada.

Finalmente, alega que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero yerra en la consideración de las circunstancias establecidas en la Ley N°21.000, para la determinación del rango y del monto específico de las multas aplicadas en contra de su representado, incumpliendo, además, el mandato del legislador que le obliga a

FRXXGSCXXX



procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que el propio ordenamiento le encomienda, de acuerdo a lo que establece el artículo 38 del cuerpo legal señalado anteriormente.

Enseguida, el recurrente desarrolla los requisitos de admisibilidad del presente arbitrio y explica que se han infringido los artículos 37, 38 y 52 de la Ley N°21.000; 147 N° 1 y 2 de la Ley N° 18.046 y 11 y 41 de la Ley N°19.880. Explica la interposición dentro de plazo y narra los antecedentes de contexto, refiriéndose extensamente a que todos los directores tenían conocimiento de las operaciones con partes relacionadas y a que éstas fueron realizadas en las condiciones del mercado de la época y en el solo beneficio de la sociedad.

Destaca que se le cuestiona solamente la forma en que se efectuaron una serie de préstamos por parte de la sociedad Parinacota FIP a la sociedad Blanco y Negro S.A. durante los años 2016 y 2017 en los cuales no se habría cumplido con las directrices establecidas por el artículo 147, inciso primero, N°s. 1 y 2, de la Ley 18.046, específicamente: *“no llevó a directorio para su discusión, las operaciones de 10 de agosto de 2016 (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año), 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017, que debía celebrar la sociedad con el fondo Parinacota”*, reiterando que se le absolvió en relación con el préstamo realizado en noviembre del año 2015.

Explica que Blanco y Negro es una sociedad anónima abierta, constituida al amparo de la Ley N°18.046, cuyo principal activo consiste en la concesión de uso, goce y explotación de todos los bienes de la Corporación Club Social y Deportivo Colo-Colo, que como su nombre lo indica, se encuentra ligada al equipo de fútbol profesional Colo-Colo. Agrega que el señor Aníbal Mosa, su representado, ha estado vinculado con dicha sociedad desde al año 2010 cuando adquirió el 12,5% de participación accionaria; con posterioridad, el año 2012, se transformó en el máximo accionista individual y se incorporó como director de la



sociedad; luego, el año 2015 fue electo presidente de la sociedad, cargo que desempeñó hasta el 20 de abril de 2017, permaneciendo luego en el directorio de la sociedad y, finalmente, a partir del 29 de abril del presente año volvió a ser el presidente del directorio de la sociedad Blanco y Negro. Detalla las dificultades de caja de la sociedad, reproduce las declaraciones de otros directores sobre las condiciones en que se realizaron los préstamos, pormenoriza las circunstancias que rodearon cada préstamo y su necesidad, reitera que su representado no obtuvo provecho alguno, explica que fue conocido que las operaciones se celebraron a la tasa de interés del mercado tomando como referente a otra sociedad similar (Azul Azul S.A. que administra la concesión de los bienes del Club Universidad de Chile), incluso a la misma tasa que se le prestaba por el mercado a Parinacota FPI, lo que fue reconocido por los directores, según los dichos que reproduce, agregando que esas circunstancias no fueron cuestionadas por la Comisión para el Mercado Financiero.

Insiste en que todos los directores tenían conocimiento respecto a las operaciones realizadas y que ellas habían sido tratadas en sesiones de directorio. A ello adiciona la declaración del gerente general señor Alejandro Paul en el mismo sentido, reproduciendo párrafos de los dichos respectivos, explicando que sólo dos declaraciones niegan tal hecho (una de ellas del denunciante), a la que tilda de falsas.

Así fue reconocido en la Resolución impugnada, donde se lee que las operaciones constan en las Actas, las que también transcribe y fueron incorporadas a las Memorias, además en la Decisión se señala que en las juntas ordinarias de accionistas de fechas 25 de abril de 2016, 20 de abril de 2017 y 17 de abril de 2018, “*hay constancia que se informó en términos generales de las operaciones realizadas por la Sociedad que se refiere el artículo 147 de la Ley N° 18.046 durante los años 2015, 2016 y 2017*”. Por lo tanto, también los accionistas del club tomaron conocimiento de las operaciones realizadas entre Parinacota

FRXXGSCXXX

FIP y sociedad Blanco y Negro en todos los años en que tales préstamos se llevaron a cabo.

Enseguida, el compareciente se refiere a que los hechos materia de la sanción aplicada no afectaron el bien jurídico protegido en los términos establecidos por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero. En este capítulo, se argumenta que no basta con la simple transgresión formal, sino que es necesario que dicha transgresión afecte el bien jurídico protegido por la misma norma, en el caso, la protección del interés social por sobre el de los administradores y accionistas considerados individualmente, aludiendo al artículo 147 de la Ley N° 18.046, respecto al que sostiene que el acento de dicha regulación está puesto en que los directores tengan conocimiento acerca del interés que tiene alguno de ellos en la operación que se realizará y que las condiciones de la misma sean aquellas que permitan apreciar que tal operación se está realizando en el solo interés de la sociedad y en condiciones de mercado.

Insiste en que la conducta de su representado debe ser analizada inserta en las circunstancias que ya ha relatado y, para ello, argumenta que debe tomarse en cuenta con especial relevancia la primera operación realizada por Parinacota FIP y la sociedad Blanco y Negro con fecha 20 de noviembre de 2015, respecto a la que su parte informó al directorio y se abstuvo de votar y a partir de esa operación debe entenderse que se sabía de las dificultades de caja y de la forma de paliar a través de préstamos por parte de Parinacota FIP, operaciones que se informaban a los directores por diversos medios. Sin embargo y como señaló en los descargos ante la Comisión para el Mercado Financiero, efectivamente no consta la aprobación de las operaciones posteriores al 2015 en las actas de sesiones de directorios de esos años; y no quedó registro de votación o discusión alguna respecto a dichas materias. Pero ello es diametralmente distinto a aceptar que tales operaciones se hicieron a espaldas del directorio, o con el absoluto

FRXXGSCXXX

desconocimiento de directores y accionistas, que es el fin que está detrás de la norma en comento.

Por lo tanto, como fluye de los hechos, las operaciones cuestionadas entre Parinacota FIP y sociedad Blanco y Negro no pueden estimarse como vulneradoras del bien jurídico protegido en la norma en los términos y gravedad que plantea el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, en cuanto todas ellas fueron realizadas con el solo objetivo de beneficiar el interés social, a valores de mercado, con conocimiento de todo el directorio e informando oportunamente a los accionistas en las juntas ordinarias correspondientes. En efecto –dice el recurrente- el hecho de que su representado haya compartido la decisión con todo el directorio de Blanco y Negro por alrededor de tres años, sin haber sido alertado por abogados asesores del directorio y comunicadas a través de todos los mecanismos señalados, no hace sino evidenciar que no hubo intención alguna de beneficiar a un accionista determinado por sobre el interés social al realizar una operación entre partes relacionadas, sino todo lo contrario.

A su vez –continúa el compareciente- la falta de mención expresa de los fundamentos, la falta de aprobación previa de la operación en las actas de Directorios y la falta de mención de directores y sus opiniones al respecto de la operación, no puede estimarse como únicos antecedentes para estimar el quantum de la sanción, ni menos el grado de vulneración del bien jurídico cuando, en los hechos, todas aquellas operaciones se hicieron con total transparencia y preservando, precisamente, los fines dispuestos por el artículo 147 de la Ley N°18.046.

Por último, el recurrente reitera que las operaciones siempre estuvieron en conocimiento del directorio, en cuanto los préstamos de Parinacota FIP eran el mecanismo para solucionar los problemas de flujo, teniéndose conocimiento además que tales operaciones eran entre

FRXXGSCXXX

Blanco y Negro y una sociedad de su representado don Aníbal Mosa, Parinacota, Fondo de Inversión Privado.

Concluye así que no se trata de un caso en que su representado hubiera ocultado información esencial al Directorio y al resto de la sociedad acerca de tales operaciones, hubiese pactado una operación bajo condiciones fuera de mercado, o cuya finalidad no propendiera al sólo beneficio de la Sociedad, sino al beneficio propio. La propia Comisión para el Mercado Financiero concluye que su representado no obtuvo ningún beneficio económico por estas operaciones.

En definitiva –argumenta el recurrente- no se está en presencia de la afectación grave y transcendente que le imputa la Comisión para el Mercado Financiero, ni menos una infracción sustantiva al bien jurídico que la norma protege, por lo que resulta absolutamente ilegal e infundada la Resolución dictada por dicho organismo y que, por el presente recurso, se impugna.

Luego el reclamante se aboca a desarrollar la falta de fundamentación suficiente de la Resolución impugnada, invocando las normas de los artículos 11, 16 y 41 de la Ley N° 19.880, la Ley N° 18.575 y 37, 38 y 52 de la Ley N° 21.000, además de jurisprudencia administrativa y judicial acerca de la necesidad de motivación de las decisiones y su objetivo.

En este capítulo argumenta nuevamente que el Consejo yerra al considerar como sancionable una conducta que no afectó el bien jurídicamente protegido por la norma, puesto las operaciones objeto de la sanción fueron conocidas por el directorio, los accionistas y el mercado, fueron realizadas con la única finalidad de contribuir al interés social y se ajustaron en precio, término y condiciones a aquellas que prevalecían en el mercado. En definitiva, la Comisión para el Mercado Financiero sancionó por la omisión de un procedimiento cuyo resultado fue de todas formas resguardado en las operaciones realizadas.

FRXXGSCXXX

Señala que este no es un caso en el que se discrepe en la apreciación de la prueba realizada por la Administración, sino que es un caso en que se incurre en una ilegalidad puesto que no existe un análisis que permita entender el raciocinio del Consejo para haber determinado la sanción determinada de 500 unidades de fomento y no una diversa. Afirma que no se realizó un análisis sobre los antecedentes y circunstancias concretas para efectos de determinar la sanción aplicable, determinando de forma arbitraria y desproporcionada que los hechos que considera ilícitos ameritan una sanción en el equivalente indicado.

Continúa con doctrina sobre la necesidad de fundamentación de las decisiones y reproduce el artículo 38 de la Ley N° 21.000, norma que fue incluida precisamente para cumplir con el principio de proporcionalidad en materia de sanción administrativa, evitando las declaraciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de que era enunciar algunos de los criterios señalados por la norma, afirmando que la Comisión para el Mercado Financiero no realiza ejercicio razonado alguno por el cual se pueda determinar la forma por la que se arribó a la conclusión de aplicar la sanción ya dicha, equivalente a 500 unidades de fomento. Inclusive, algunos de esos criterios legales ni siquiera fueron mencionados por el Consejo, como ocurre con la circunstancia del N° 3 cuando se refiere al daño o riesgo causado a los intereses de los perjudicados de la conducta. En este caso, dichos perjudicados son los accionistas de la sociedad Blanco y Negro.

Repite que, como fuera reconocido por la declaración de la totalidad de los directores –con excepción del señor Vial, denunciante– las operaciones fueron en el solo beneficio de la sociedad y en ningún momento perjudicaron a los accionistas de la sociedad Blanco y Negro. De esta forma, la infracción del deber fiduciario de un director al actuar en el sólo interés propio necesariamente apareja la comisión de daños a terceros, cuestión que en este caso no ocurrió. Todo lo contrario, la

FRXXGSCXXX



única persona que se vio perjudicada con la operación fue su representado al entregar créditos por tasas incluso menores a las que la Sociedad podía acceder.

Enseguida el compareciente explica que en la Resolución cuestionada, en su capítulo V, titulado “De las circunstancias a considerar para la determinación de la sanción”, señaló que dicho organismo consideró una serie de parámetros para determinar la sanción que resolvió. Estos parámetros los desglosó en (i) una consideración previa en relación al mercado objeto de la investigación, (ii) circunstancias particulares para cada formulado de cargos, (iii) elementos comunes y (iv) otras sanciones aplicadas por la Superintendencia o el Consejo CMF en investigaciones por los mismos ilícitos. De ellos, en el caso particular de su representado, se encuentran (1) gravedad de la conducta; (2) correcto funcionamiento del mercado, la fe pública y los interesados; (3) beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (4) no haber sido sancionado previamente; y (5) la existencia de otras sanciones aplicadas por la Superintendencia o el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero en investigaciones por los mismos ilícitos, en cuya aplicación se incurrió en una errónea interpretación de ley.

En el examen de cada uno de los criterios expuestos en la Resolución impugnada, el reclamante sostiene, en cuanto a la gravedad de la conducta, que fue descartada como posibilidad de atenuante al señalar que las conductas constituirían infracciones graves a las normas que rigen la administración de sociedades anónimas abiertas, puesto que “*el Sr. Mosa no llevó a directorio para su discusión, las operaciones de 10 de agosto de 2016, (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año, 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017*”, sin expresar los motivos por los que la infracción sería grave, siéndolo por el solo hecho de no haber sido sometidas las operaciones a la aprobación previa del directorio de la sociedad.

FRXXGSCXXX

Argumenta que el Consejo convenientemente omite en su Decisión que todos los directores declararon haber tenido conocimiento de las operaciones señaladas, el hecho que se consignaran en los Estados Financieros y FECU, se desarrollaron en diversas actas de directorio, así como que todos -con la excepción del señor Vial- reconocen que los préstamos eran en el solo beneficio de la sociedad, a condiciones más beneficiosas que las de mercado.

De esta forma, no es que su representado haya ocultado al directorio para su discusión las operaciones señaladas, sino que no quedó registro en acta por decisión del Secretario de la sociedad en dicho entonces, en consecuencia, el Consejo erró al calificar como sancionable la conducta objeto del procedimiento, haciendo más grosero el error al calificarla de “grave” por el solo hecho de ser una infracción normativa, desatendiendo las circunstancias particulares del mismo.

Insiste en que la conducta no puede ser considerada grave si no afectó al bien jurídico protegido, existiendo un reproche solamente a una falta procedural sobre la adopción de operaciones que solo fueron en el beneficio de la sociedad y que fueron comunicadas debidamente a los accionistas y el mercado financiero por medio de los instrumentos correspondientes.

Sobre el criterio de daño o riesgo al correcto funcionamiento del mercado, la fe pública y a los perjudicados en la infracción, el recurrente indica que la Comisión para el Mercado Financiero consideró que la infracción “*generó riesgos en la fe pública depositada por (sic) los accionistas*”, puesto “*esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y sus obligaciones legales, no pudiendo actuar en favor de quienes lo eligieron, ni en interés propio*”.

A este respecto, en primer lugar y sin perjuicio de los problemas de redacción de la sección en comento, la Comisión para el Mercado Financiero se limitó nuevamente a indicar que el solo hecho de la

FRXXGSCXXX

infracción importaría un riesgo (y no un daño) a la fe pública. No obstante, reglón seguido el Consejo –en su concepto- se contradice indicando que el riesgo vendría por un eventual incumplimiento a otra normativa, esto es, el artículo 39, inciso tercero, que no fue objeto de formulación de cargos ni de sanción como lo es la actuación en favor del interés propio de un director por sobre el interés social. Esta es una afirmación sin sustento alguno.

Asevera que nuevamente se aprecia la falta de análisis por parte del Consejo en la Decisión, puesto como fuera señalado a lo largo de todo el procedimiento administrativo, como fuera reconocido por todos los intervenientes y la misma Fiscalía y Consejo, los actos no fueron realizados en interés propio ni de quienes lo eligieron como director, sino que tuvieron por finalidad única y exclusiva el beneficio de la Sociedad.

En definitiva, en concepto del compareciente, la Comisión para el Mercado Financiero se contradijo a sí misma y contravino el mérito del proceso al indicar que los supuestos hechos ilícitos habrían generado “riesgos” en la fe pública por actuaciones que supuestamente serían contrarias al deber fiduciario de un director, cuando ese deber fiduciario no fue sancionado ni objeto de formulación de cargos.

Acerca del criterio de beneficio económico obtenido con motivo de la infracción fue considerado positivamente en favor de su representado al disponer que no se observaron antecedentes que den cuenta que se haya obtenido algún beneficio económico, aunque el Consejo nuevamente se limitó a enunciar la causal, sin realizar un análisis de fondo de conformidad con el mérito del proceso, o con el resto de las causales, omisiones que privan al administrado el conocimiento del raciocinio que permitió determinar la sanción aplicable. Igual ocurre con el parámetro consistente en haber sido sancionado previamente.

Continúa el recurrente sosteniendo que el Consejo utilizó de forma errónea las referencias de sanciones aplicadas con anterioridad,

FRXXGSCXXX

las que pormenoriza, esto es: a. Resolución Exenta N° 4.176 de 11 de octubre de 2016: Ohio National Seguros de Vida S.A. y sus directores. b. Resolución Exenta N° 6.079 de 12 de diciembre de 2017: los directores y gerente general de AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. c. Resolución Exenta N° 258 de 12 de enero de 2018: a los Sres. Francisco Errázuriz Ovalle, Hernán Mora Díez, Néstor Velásquez Sánchez, Pablo Reyes Moore, Eduardo Viada Aretxabala y Nibaldo Sepúlveda Mojer, d. Resolución Exenta N° 6249 de 27 de diciembre de 2019, Sres. Miguel Ángel Oliva Soto y Miguel Ángel Oliva Reveco y alega que, de actuar razonable y proporcionalmente, el Consejo habría realizado un análisis de las sanciones indicadas y la forma en la cual se pueden o no considerar “similares” con la sanción impuesta a su representado, lo que no ocurrió e incluso ni siquiera se señala el monto de dichas sanciones. Reproduce el párrafo correspondiente de la resolución impugnada y sostiene que si se hubiera cumplido con el mandato legal de optimización de la sanción y con el principio de proporcionalidad en el ejercicio del ius puniendi estatal, debió analizar comparativamente y de forma seria los supuestos casos “similares”, lo que no ocurrió. Agrega que, en los casos indicados, se aplicaron multas por infracciones a múltiples disposiciones, ya que se constataron, con el mérito de la investigación, millonarios perjuicios a terceros, la comisión de delitos como lo es la proporción de información falsa a la Comisión para el Mercado Financiero y porque se acreditó que dichos perjuicios fueron en beneficio de los sancionados, nada de lo cual sucede en el presente caso y, por eso, todas esas situaciones, si bien prevén como norma infringida la del artículo 147 de la Ley N° 18.046, en nada se asemejan al procedimiento que fundamenta el presente recurso.

A continuación analiza pormenorizadamente cada una de las referidas situaciones, excepto una respecto a la que señala no habersele proporcionado acceso por parte de la Comisión para el Mercado Financiero y las sintetiza señalando que en el caso de Ohio

FRXXGSCXXX

consistió en la realización de una operación por un monto de US 4,4MM que se realizó en perjuicio directo de la sociedad cuyos directores fueron sancionados, buscando privilegiar a la sociedad relacionada para cumplir con compromisos en el extranjero con condiciones fuera de mercado; el caso de Hipermarc consistió en la entrega de información falsa al mercado, por haber aprobado y publicado estados financieros de Hipermarc en los cuales se informaban ciertas operaciones entre partes relacionadas bajo condiciones fuera de condiciones de mercado para aparentar a Hipermarc una mejor condición de liquidez en alrededor de \$ 25.000.000.000; el caso de los Sres. Oliva Soto y Oliva Reveco consistió en la entrega de información falsa al mercado por no incluir en sus Estados Financieros una serie de operaciones que fueron entre sociedades personales de los sancionados, alterando en alrededor de \$ 900.000.000 la situación patrimonial de la sociedad.

Sobre la base de ese análisis concluye que, de haberse fundamentado adecuadamente el acto administrativo y de haberse respetado el principio de proporcionalidad por medio de la aplicación correcta de los parámetros objetivos establecidos previamente en la ley para estos efectos, se debiera haber considerado que las conductas de su representado no tuvieron la afectación del bien jurídico protegido por la norma y, por ende, no adolecen de ningún grado de gravedad; que no obtuvo beneficios económicos con los hechos investigados, sino por el contrario fueron realizados con la única finalidad de propender al interés social; que, por lo mismo, las operaciones no afectaron a terceros interesados, sino que implicaron mermar su línea de crédito en favor de la sociedad Blanco y Negro S.A.; que las sanciones anteriormente cursadas por la Comisión para el Mercado Financiero más similares, lo fueron por montos entre el equivalente a 300 y 500 unidades de fomento y en las mismas se configuraron conductas plurifensivas, de una gravedad y afectación a la fe pública mayor al entregarse información falsa y ser contrarias el interés social.

FRXXGSCXXX

Finaliza su presentación indicando que las circunstancias expuestas llevan necesariamente a desestimar la sanción impuesta en contra de su representado, o en el improbable caso que esta Corte considerare que la Decisión de la Comisión para el Mercado Financiero en cuanto a la configuración del hecho ilícito objeto del procedimiento administrativo se configurare, la sanción impuesta fue a todas luces desproporcionada y arbitraria, debiendo reducirse prudencialmente

Pide tener por deducido en tiempo y forma el recurso de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 7600, de fecha 8 de noviembre de 2019, dictada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, admitirlo a tramitación y en su mérito acogerlo, dejándola sin efecto, por ser manifiestamente ilegal y arbitraria en virtud de las consideraciones expuestas precedentemente, todo ello con expresa condena en costas.

En esta reclamación I.C. 636-19, comparece doña Ruth Israel López, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Comisión para el Mercado Financiero, persona jurídica de derecho público y explica que, mediante Resolución Exenta N°7600, de fecha 8 de noviembre de 2019, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, resolvió aplicar al señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, la sanción de multa, a beneficio fiscal, ascendente a 500 unidades de fomento, pagaderas en su equivalente en pesos a la fecha efectiva de su pago, por infracción del artículo 147, inciso primero, N°s. 1 y 2 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. Agrega que dicha sanción tuvo en consideración que este reclamante participó en la realización de operaciones con partes relacionadas celebradas por Blanco y Negro S.A. con Parinacota Fondo de Inversión Privado, con fecha 10 de agosto de 2016, 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017, sin que éstas fueran sometidas al procedimiento exigido en la citada norma.

FRXXGSCXXX

Luego refiere los hechos acreditados, esto es: 1. El 20 de noviembre de 2015, Parinacota, cuyo principal aportante era el entonces presidente del directorio de B&N, señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, efectuó un préstamo a esta última sociedad por la suma de \$532.500.000. 2. Durante ese año 2015, además del reclamante, formaban parte del directorio de B&N los señores Leonidas Vial Echeverría, Leonardo Battaglia Castro, Alejandro Zúñiga Droguett, Alfonso Gómez Morales, Pablo Acchiardi Lagos y Pablo Morales Ahumada. 3. Durante el año 2016, siendo este reclamante presidente del directorio de ByN, Parinacota le efectuó dos préstamos más a esta última, a saber, el 30 de junio por un monto de \$160.000.000 y el 11 de julio por un monto de \$330.000.000. 4. Durante el 2016, además del reclamante, formaban parte del directorio de ByN los señores Leonidas Vial Echeverría, Paul Fontaine Benavides, Leonardo Battaglia Castro, Alfonso Gómez Morales, Alejandro Zúñiga Droguett, Pablo Acchiardi Lagos, Pablo Morales Ahumada y Jaime Pizarro Herrera. 5. Durante el año 2017, manteniéndose el reclamante como presidente del directorio de ByN, Parinacota realizó tres préstamos a esta última, a saber, el 24 de marzo por un monto de \$200.000.000, el 22 de mayo por un monto de \$110.000.000 y el 29 de junio por un monto de \$80.000.000. 6. Durante el año 2017, además del reclamante, formaban parte del directorio de ByN los señores Leonidas Vial Echeverría, Paul Fontaine Benavides, José Miguel Jiménez Krzeminski, Alfonso Gómez Morales, Paloma Norambuena Cárdenas, Pablo Acchiardi Lagos, Pablo Morales Ahumada y Jaime Pizarro Herrera. 7. Revisadas las actas de las sesiones de directorio de ByN de los años 2015, 2016 y 2017, período en que Parinacota realizó los préstamos a esa Sociedad, no hay constancia de que se trataran ni acordaran por parte del directorio de la Sociedad algunos de estos préstamos, y en otros no se consigna discusión alguna acerca de la contribución al interés social o a las condiciones de dichos financiamientos. Es decir, no existe

FRXXGSCXXX

constancia en las referidas Actas de la aprobación previa de los directores respecto de los créditos otorgados por Parinacota, y en las ocasiones en que se mencionan en Actas los préstamos individualizados precedentemente, no hay referencia a los fundamentos de la decisión de aprobarlos, ni hay registros de la votación ni de la exclusión del reclamante en cuanto director involucrado por su relación con Parinacota, con excepción de las sesiones de directorio celebradas los días 19 y 25 de noviembre de 2015. Agrega aquí las únicas referencias a préstamos con partes relacionadas contenidas en las Actas de sesión de directorio de ByN, del período comprendido entre los años 2015 y 2017.

Señala, además que, conforme a las declaraciones prestadas por todos los directores de la Sociedad ante la Unidad de Investigación de la Comisión, con excepción del señor Leonidas Vial, todos reconocieron que sabían de estos préstamos de dinero y que ellos provenían de una empresa relacionada de propiedad del presidente del directorio, el reclamante. Consta también en las memorias de los años 2015, 2016 y 2017, suscritas por dichos directores, junto con las correspondientes declaraciones de responsabilidad de dichas memorias, que en el ítem “saldos y transacciones con partes relacionadas”, figura una glosa que detalla los préstamos de Parinacota a la Sociedad y, por último, se consigna en el informe que, de acuerdo con las declaraciones de todas las personas que ocuparon el cargo de director de ByN durante los años 2015, 2016 y 2017, la Sociedad no cuenta con una política general de habitualidad para operaciones con partes relacionadas que haya sido aprobada por el directorio.

Enseguida, refiere los cargos formulados y los antecedentes reunidos en la investigación, además de reproducir el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas y la sanción aplicada al reclamante señor Mosa, equivalente a 500 unidades de fomento.

FRXXGSCXXX

Destaca luego que el reclamante no niega ni controvierte los hechos en los que se funda la Resolución Sancionatoria, ni tampoco aporta nuevos antecedentes que permitan desvirtuarlos. Por consiguiente, deben tenerse asentados en autos la totalidad de los antecedentes fácticos ya indicados.

Reitera las alegaciones sobre la extemporaneidad del presente arbitrio, lo que ya fue zanjado por esta Corte, desestimándolo.

Enseguida, se aboca a examinar la solicitud del recurrente en orden a que si no es dejada sin efecto la sanción, ella sea reducida, a propósito de lo cual sostiene que lo pretendido no es una declaración de ilegalidad de un acto, sino que lo que se solicita que esta Corte expida una orden, o dicte el acto administrativo, al solicitar su modificación, mediante la sustitución de la sanción de multa por censura. Lo anterior implica desoír la naturaleza de este procedimiento, ya que, la competencia jurisdiccional se encuentra enmarcada en declarar la legalidad o ilegalidad del acto impugnado.

En efecto, explica la recurrida, la acción contemplada en el artículo 71 del Decreto Ley N°3.538, constituye un proceso de revisión de legalidad y no una nueva instancia administrativa en donde el que resuelve pueda sustituir una decisión privativa de la Administración. La labor de la Corte en este procedimiento jurisdiccional de reclamo jamás puede sustituir a la Administración en la instrucción de un nuevo procedimiento, en ejecución de labores administrativas o sustituir lo decidido por la Administración, como la orden que solicita el reclamante, ya que la competencia de este Tribunal corresponde exclusivamente a evaluar el acto terminal en su legalidad. Invoca jurisprudencia de esta Corte en ese sentido y argumenta que el artículo 71, del Decreto Ley N°3.538, ordena que *“Los sancionados por el Consejo podrán presentar reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles computado de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil”*. Entonces, al ser

FRXXGSCXXX

éste un reclamo de legalidad estricta, en el marco del referido artículo 71 lo que le corresponde solicitar es, exclusivamente, la ilegalidad del acto, un juzgamiento sobre la legalidad del acto administrativo, y no otra cosa. Invoca la doctrina que reproduce y alega que la distinción constitucional entre función judicial y administrativa se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adoptadas a cada ámbito. Esa es una decisión constitucional, respecto de nuestro sistema democrático, ya que juzgar y administrar son dos funciones constitucionalmente diversas. A la Administración le corresponde decidir e implementar las políticas públicas definidas por el Congreso y a los jueces revisar estas decisiones ya que les corresponde la protección de los derechos de los afectados actual o potencialmente por esos organismos y el control de la legalidad de sus actuaciones. Agrega que esta Corte, sin lugar a dudas, dispone de controles plenos de revisión de la legalidad de la actuación de la Comisión, y en este caso, en que el reclamo de legalidad, al dirigirse contra la Administración, adquiere las características de un contencioso administrativo, asuntos que se discuten ante un juez ordinario -en este caso, ante esta Corte- en acciones habitualmente denominadas “reclamos de invalidación o de ilegalidad”. En su concepto, la razón de ello se fundamenta en que la discrecionalidad administrativa tiene su fuente en la Constitución, siendo aquella una de las manifestaciones de la separación de poderes y competencias entre éstos. En efecto, el Capítulo IV de la Constitución regula al Gobierno y su artículo 24 establece que el “gobierno y la administración del Estado corresponderán al Presidente de la República”, mientras que el inciso primero del artículo 38 de la Constitución dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración, siendo dicho cuerpo legal la Ley N°18.575.



Concluye que la competencia, en el caso, se radica en la Administración y el control en los Tribunales, lo que impide que se revise la entidad de la sanción impuesta, sino sólo la legalidad de la decisión adoptada, sin que puedan reemplazar la actuación de la Administración.

Haciéndose cargo de las defensas del reclamante la Comisión para el Mercado Financiero indica que resulta necesario reiterar lo señalado en la Resolución Sancionatoria, en cuanto a que, respecto de las operaciones de 10 de agosto de 2016 (préstamos de 30 de junio y 11 de julio de ese año), 31 de agosto de 2016, 24 de marzo de 2017, 22 de mayo de 2017 y 29 de junio de 2017, no consta en el expediente administrativo que el reclamante haya informado su interés, ni que su aprobación haya sido tratada en sesión de directorio alguna. Recuerda aquí el contenido del inciso primero del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas. En efecto –dice la reclamada- aun cuando se asuma que se configuran los supuestos señalados por la defensa en el caso de autos, no basta con que las operaciones contribuyan al interés social y se hayan ajustado a condiciones de mercado para que se dé cumplimiento al citado artículo 147, sino que además debe cumplirse con los requisitos y procedimientos establecidos en los numerales del mismo. Así, como se señaló en la Resolución Sancionatoria, el procedimiento regulado en el artículo en cuestión es imperativo para los directores, gerentes y ejecutivos principales. Es más –continúa la reclamada- el efecto de su incumplimiento, conforme al N° 7 de dicha disposición, es la aplicación de sanciones por parte de la Comisión, ya que allí claramente se establece que, sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la contravención puede dar acción para reembolsar los beneficios y la indemnización por los daños.

De ese modo, atendido el carácter imperativo de la norma en cuestión, el hecho que una determinada operación contribuya al interés social y se ajuste en precio, términos y condiciones a las que

FRXXGSCXXX

prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, es un antecedente y requisito más para su realización, mas no un motivo para eximirse de la realización del procedimiento establecido en el mismo artículo 147. Así, como claramente señala la Resolución Sancionatoria, para que una sociedad anónima abierta pueda realizar operaciones con partes relacionadas, el legislador ha dispuesto un procedimiento que permite exponer la existencia de un potencial conflicto de interés por parte del director implicado, explicitar la relación de dicha persona con la operación, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas, para luego de ello permitir que el directorio, como órgano deliberativo de la sociedad, analice y se pronuncie respecto de la aprobación de la transacción, excluyendo además a la o las personas con interés o que participaron en las negociaciones conducentes a ella. Se trata, entonces, de que el artículo 147 de la Ley N° 18.046 es una norma de carácter procedural que busca resguardar la adecuada toma de decisiones, pudiendo suceder que, conforme al procedimiento, sea la junta de accionistas la que deba adoptar la decisión final. Por consiguiente, no puede estimarse que una operación cumple con los presupuestos contenidos en la ley, si los directores de la sociedad llamados a analizar la operación y determinar sus condiciones, no han sido convocados a tratar dicha materia, en forma previa a que la transacción se concrete, o si tales operaciones no han sido previamente informadas por quienes eran llamados a ponerlas en conocimiento del directorio o a quien éste hubiera designado en virtud del N° 1 del artículo 147 en cuestión, para que éste órgano las resolviera.

En consecuencia, en su concepto, el argumento esgrimido por la defensa del reclamante no resulta atendible, por las razones expuestas.

En cuanto al conocimiento de las operaciones por parte de los miembros del directorio –alegado por el reclamante- la Comisión para el Mercado Financiero sostiene que efectivamente existía conocimiento

FRXXGSCXXX

por parte de aquéllos del financiamiento otorgado por Parinacota a ByN, pero no constan en el expediente administrativo antecedentes que den cuenta de un conocimiento previo a la realización de cada operación ni los términos y condiciones de las mismas. Así, el artículo 147 N° 1 de la Ley N° 18.046 es claro en señalar que “*Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores que tengan interés o participen en negociaciones 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 occasionare a la sociedad y sus accionistas*”. De este modo, las personas que tengan interés o que participen en las negociaciones conducentes a una determinada operación que revista el carácter de operación con partes relacionadas, deben informar al directorio sobre ella, lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 N° 2 de la Ley N° 18.046, debe realizarse como condición previa a que la sociedad otorgue su consentimiento a la celebración de la misma.

Así las cosas, no consta en el expediente administrativo que el reclamante haya informado al directorio de ByN de las operaciones que pretendía celebrar y de su interés en ellas, como lo confirman tanto sus descargos como su reclamo de ilegalidad. En efecto, en sus descargos el reclamante señala que “*Frente a ello, esta Parte sostendrá que: (i) efectivamente no consta la aprobación de estas operaciones en las actas de sesiones de directorios de esos años; (ii) que no quedó registro de votación o discusión alguna en dichas actas; (iii) si bien no constó en acta, todos los directores estaban en conocimiento y nadie se opuso a la realización de las operaciones por ser en el sólo beneficio de la Sociedad*”. Por su parte, en su reclamo de ilegalidad el reclamante señala: “*Sin embargo, y como señalamos en los descargos ante la CMF, efectivamente no consta la aprobación de las operaciones posteriores al 2015 en las actas de sesiones de directorios de esos años; y no quedó registro de votación o discusión alguna respecto a*

FRXXGSCXXX

*dichas materias. Pero ello es diametralmente distinto a aceptar que tales operaciones se hicieron a espaldas del directorio, o con el absoluto desconocimiento de directores y accionistas, que es el fin que está detrás de la norma en comento”.*

A propósito de la lesión al bien jurídico protegido, la Comisión para el Mercado Financiero sostiene que, como ya lo expuso, el Título XVI, en especial el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, manda a que las operaciones con partes relacionadas se celebren 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 establecidos en sus numerales. Dicha norma no contempla excepciones fundadas en la eventual no afectación del bien jurídico protegido, de modo que, tratándose de una operación con partes relacionadas, debe perentoriamente cumplir con el procedimiento del citado artículo, deviniendo su omisión, en una infracción sancionable, salvo que se invoque una disposición legal que expresamente exceptúe su cumplimiento, lo que en la especie no ha ocurrido. Adicionalmente, consta en la historia del establecimiento de la Ley N°20.382, que el objetivo buscado con la incorporación de la normativa sobre las operaciones con partes relacionadas era “*corregir asimetrías de información, reducir los costos de información y coordinación*” y que “... este proyecto de ley propone mecanismos que persiguen que los accionistas y el público obtengan acceso a información completa y oportuna, disminuyendo los problemas de asimetría de información, agencia y riesgos de abuso” (Mensaje de la Ley N° 20.382, página 4).

Continúa exponiendo que la ley ha contemplado que sea el directorio o la junta de accionistas, los que, en un procedimiento reglado, resuelvan la celebración de operaciones con partes relacionadas, por lo que constituye una vulneración al citado artículo

FRXXGSCXXX

147 celebrar una operación de esta naturaleza sin la aprobación previa de los órganos sociales, lo que fue apropiadamente sintetizado por el señor Jiménez, según aparece del expediente administrativo, en sesión de directorio de fecha 31 de mayo de 2017 “... *al prestar fondos a la Sociedad, ello debe ser definido por el directorio, y debe establecerse cuál va a ser la política de financiamiento de la Sociedad*”.

En cuanto a la falta de motivación y sanción desproporcionada, la reclamada argumenta que, en términos genéricos y de acuerdo al principio de motivación de los actos administrativos, consagrado implícitamente en los artículos 16 y 41 de la Ley N°19.880, puede verificarse a simple vista que la Resolución Sancionatoria, se encuentra debidamente motivada, es más, expone las alegaciones de la contraria, las analiza y da respuesta a sus planteamientos, todo lo anterior recogido en dicha Resolución, lo cual es totalmente distinto a que el reclamante tenga opiniones distintas sobre los argumentos razonados por la Comisión, lo que no lleva a infringir el principio en cuestión.

Agrega que la Resolución Sancionatoria fue dictada en el ejercicio de las potestades sancionatorias de la Comisión para el Mercado Financiero, en función del mérito del referido procedimiento administrativo, tras la debida ponderación de los antecedentes del proceso que fueron los elementos de juicio que permitieron arribar a las conclusiones contenidas en el acto y llegar a la convicción de que, en la especie, se habían cometido las infracciones sancionadas y cuyo valor probatorio consta de la Resolución misma. En efecto, conforme se verifica en ella, todas las probanzas fueron latamente analizadas, dándose por establecidos los hechos de que informaban los antecedentes documentarios indubitados y no objetados, elementos que fueron recogidos en cuanto resultaron concordantes con los hechos que se tuvieron por establecidos en el procedimiento. Todos los elementos probatorios aportados tanto por el reclamante como por los otros formulados de cargos y que se incorporaron al expediente administrativo

FRXXGSCXXX

hasta el cierre de la investigación, fueron debidamente ponderados y apreciados por la Comisión para el Mercado Financiero.

A este respecto, resalta que el procedimiento administrativo sancionador, aplicado por la Comisión para el Mercado Financiero, tiene una naturaleza jurídica especial fundado tanto en las normas de aplicación general establecidas en la Ley N°19.880 como es su propia Ley Orgánica. Invoca doctrina y explica que la Resolución impugnada está dividida en diversas secciones, siendo la primera de ellas la que expone los hechos, luego el desarrollo del procedimiento, para pasar a las normas aplicables. Teniendo a la vista todo lo anterior, se desarrollaron los descargos y fueron analizados dividiéndose dicho análisis entre las defensas del reclamante y de los demás formulados de cargos, cuyos argumentos de defensa fueron expuestos con la mayor objetividad. A su vez, el análisis efectuado por la Comisión trató los puntos planteados por las defensas, utilizando los medios de prueba y los argumentos jurídicos que dieron por acreditados los actos ilícitos.

Por consiguiente, los argumentos relativos a que la Resolución Sancionatoria carece de motivación deberán ser rechazados por cuanto ellos no se ajustan a la realidad objetiva de dicho acto administrativo, sino que más bien se esgrimen porque el reclamante no comparte dicha motivación, ya que en virtud de ella fue sancionado.

Finalmente, en lo que respecta a la alegación del reclamante relativa a que la Comisión, desoyendo lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto Ley N°3.538, no fundamentó el quantum de la sanción, basta con decir que la Sección V de la Resolución Sancionatoria desarrolla pormenorizadamente cada uno de los puntos que la Comisión para el Mercado Financiero tuvo en consideración para efectos de determinar el monto de la sanción que le fuere impuesto al compareciente, por lo que dicho argumento deberá ser rechazado, ya que nuevamente la defensa confunde la falta de motivación o fundamentación del acto administrativo con una fundamentación contraria a sus pretensiones.

FRXXGSCXXX

Sostiene que lo que exige el artículo 38 del Decreto Ley N°3.538 a la Comisión, es la consideración de las circunstancias que allí se indican, lo que compete a la discrecionalidad de ese Órgano de la Administración. Así, las circunstancias de hecho que debe considerar la Comisión en la fijación de la multa quedan al margen del reclamo de ilegalidad, por estar entregadas a la discrecionalidad de ese Órgano, salvo cuando en su establecimiento se vulneren normas reguladoras de la multa, lo que no señala el reclamante.

Sobre la base de lo expuesto pide el rechazo de la reclamación, con costas.

En los antecedentes I.C. 688-2019, acumulados también al I.C. 635-19, comparece el abogado Cristian Díaz Scaff, actuando en representación de don **Leonardo Battaglia Castro**, e interpone también el reclamo de ilegalidad establecido en el artículo 71 de la Ley N° 21.000 en contra de la Resolución N° 8.427, de 9 de diciembre de 2019, dictada por la Comisión para el Mercado Financiero, por la que se rechaza la reposición deducida en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019, que lo sanciona con el pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 100 unidades de fomento, por infracción del N°2, inciso primero, del artículo 147 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas.

Este reclamante explica que el fallo recurrido lo condena como presunto autor de dos infracciones, consistentes en: a) Haber aprobado la operación con partes relacionadas de fecha 20 de noviembre de 2015, sin haber fundamentado la decisión conforme a lo requerido por el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046, esto es, sin haber justificado suficientemente que la operación contribuía al interés social y que se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas del mercado al tiempo de su aprobación, reproche que por lo demás les fue formulado a todos los directores que concurrieron al citado directorio, los que sólo fueron sancionados con censura, y b) Haber celebrado la operación con

FRXXGSCXXX

parte relacionada de fecha 24 de marzo de 2017, sin que ésta haya sido sometida a la aprobación del Directorio en los términos exigidos en el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

En cuanto a la primera de las supuestas infracciones, esto es, no haber cumplido a cabalidad con lo señalado en el N° 2 del artículo 147 de la Ley 18.046 al momento de aprobar la operación con parte relacionada en el directorio de 19 de noviembre de 2015, argumenta que es un hecho no discutido y reconocido en la Resolución impugnada, que este préstamo de Parinacota Fondo de Inversión Privado a la sociedad Blanco y Negro fue llevado y aprobado en el Directorio citado precedentemente. Lo que se cuestiona, es que no se habría especificado ni consignado en Actas, que dicha operación era beneficiosa para la sociedad y que se ajustaba, en precio, términos y condiciones, a las de mercado a la fecha de su otorgamiento, lo que – afirma el recurrente- no es efectivo, ya que en la Sesión Extraordinaria de Directorio celebrada el jueves 19 de noviembre del 2015, se precisó: (i) Que la Compañía debía realizar ciertos pagos en el corto plazo y que se encontraba en una complicada situación de caja, de manera que se hacía necesario buscar alternativas de financiamiento. (ii) Que se habían mantenido algunas conversaciones con distintos bancos, pero que no estaban dispuestos a prestar los fondos requeridos. (iii) Que ante el apremio de la situación, el señor Mosa ofrecía prestar los fondos requeridos personalmente, en condiciones de mercado y con plena sujeción a la ley, previa aprobación del Directorio. De estas precisiones el recurrente desprende que se discutió en el Directorio en comento, el beneficio para la sociedad Blanco y Negro de la operación a lo que adiciona que el propio presidente de la sociedad señaló que dicha operación se haría a la misma tasa de interés y con las mismas condiciones que si se hubiere recibido de un banco y que la obligación de la Compañía para consigo sería garantizada con el pago de los

FRXXGSCXXX

derechos de solidaridad que se recibirían de parte del Bayern Munich el año 2016, por el traspaso del jugador Arturo Vidal.

A mayor abundamiento, continúa el reclamante, tal como consta en el acta del citado directorio y en la testimonial que menciona, el secretario abogado de la sociedad Blanco y Negro a dicha fecha, don Juan Nicolas Vial, tomó la palabra señalando expresamente, que tal como había dicho el Presidente, la operación se debía hacer en términos de mercado, ya que, tratándose de una sociedad anónima abierta, estaba sujeta respecto de las operaciones con partes relacionadas a las normas contenidas en el título XVI de la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas. En efecto, una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social -lo que en este caso se cumple-. Se ajusten en precio, términos y condiciones de mercado y cumplan con los demás requisitos y procedimientos establecidos en el título referido.

Es decir –a juicio del recurrente- no solo se cumplió con lo dispuesto en la disposición legal que hoy se supone infringida, sino que se transcribió, dándosela por expresamente cumplida, previo a la aprobación de la operación en cuestión. Agrega que tan efectivo es lo que afirma, que a continuación el presidente señor Mosa dijo estar consciente de lo anterior, recalando (1) que su préstamo se haría en términos tales de garantizar no obtener ningún beneficio de la operación; (2) que se ajustaría completamente a los términos de mercado, y (3) que se abstendría de votar respecto de la operación, al ser el quien la efectuaría con la Sociedad.

Para corroborar lo que afirma, enseguida, el recurrente señala lo que se consignó en el Acta de 19 de noviembre de 2015, esto es, que la operación contribuía al interés social, ya que la compañía se encontraba en una grave situación de caja y no podía obtener financiamiento con bancos ni instituciones financieras; que de no mediar el préstamo que

FRXXGSCXXX



se daba por parte relacionada, podría ponerse en riesgo la capacidad de pago de las obligaciones de la sociedad Blanco y Negro; que en la operación en cuestión prevalecen las condiciones de mercado y que no se obtendría de ella beneficio alguno.

Por consiguiente, a diferencia de lo que la Resolución recurrida sostiene, se cumplieron estrictamente las condiciones y requisitos previstos en el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046 sobre operaciones con partes relacionadas, no cometiéndose ninguna infracción, por lo que corresponde levantar los cargos a este respecto y cerrar sin sanción este acápite en este procedimiento sancionatorio iniciado en contra del reclamante.

En efecto, continúa el compareciente, el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046, únicamente impone a los directores la obligación de que al momento de aprobar o rechazar la operación, deben dejar constancia de los fundamentos de la decisión, cuestión que del análisis del acta de la Sesión Extraordinaria de Directores de Blanco y Negro, de fecha 19 de noviembre de 2015, se puede desprender de forma inequívoca que cumplieron, indicando la causa por la que Blanco y Negro requería un préstamo, el motivo por el cual no se había podido conseguir el dinero de alguna otra entidad idónea para aquello y que se garantizaba realizar en condiciones idénticas a aquellas que se hubieren obtenido de una entidad bancaria.

A mayor abundamiento, las condiciones a las que debe ajustarse una operación entre una Sociedad Anónima y una parte relacionada y que según la Comisión para el Mercado Financiero fueron incumplidas, están descritas en el inciso primero, del artículo 147, de la ley 18.046, diferenciando aquellos requerimientos de los que establece el mismo artículo en los 7 números siguientes.

Sostiene que de la lectura del referido artículo, puede desprenderse que el legislador hace una diferencia al momento de imponer obligaciones para la aprobación de una operación con partes

FRXXGSCXXX

relacionadas. Es así como en su inciso primero señala los requisitos que la operación debe cumplir, como son el que debe contribuir al interés social y se debe ajustar en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación. Sin embargo, luego entrega 7 requisitos adicionales que deben observarse para que se pueda llevar a cabo, siendo uno de estos, el descrito en el N° 2 y que dice relación con la aprobación previa por parte de la mayoría absoluta de los miembros del directorio.

Si bien el referido numeral señala que deberá dejarse constancia en el acta de la opinión de los directores, no puede confundirse tal obligación con aquella descrita en el inciso primero del artículo 147 y que legislador establece para la operación en concreto. Es decir, la referida norma no exige ni establece parámetros, condiciones o detalles específicos de la operación que deban discutirse en la Sesión de Directorio, sino sólo que deberán dejar constancia de los fundamentos de la decisión, es decir, deben argumentar respecto a si consideran de acuerdo con lo que se ha expuesto, que la operación contribuye al interés social y si se ajusta en general a las condiciones que dicha operación tendría en el mercado al tiempo de su aprobación.

Asegura el reclamante que ambos requisitos fueron cabalmente cumplidos en la Sesión Extraordinaria de Directores del 19 de noviembre de 2015, ya que se habló y se fundamentó respecto del motivo y enorme beneficio que significaba el crédito que se sometía a aprobación, la causa de porque se acudía a la Sociedad Parinacota y de que las condiciones bajo las que se otorgaría, serían las mismas que se podían obtener de una entidad bancaria.

En cuanto al segundo hecho por el que se le sanciona, esto es, la suscripción del documento titulado "Reconocimiento de Deuda", de fecha 24 de marzo del 2017, a favor de PARINACOTA por \$ 200.000.000.- en representación de la sociedad Blanco y Negro, en cuanto director de la citada sociedad y por don Alejandro Paul Gonzalez

FRXXGSCXXX



en su carácter de Gerente General de la misma, señala que debe ponderarse lo expresado en la resolución en orden a que durante la tramitación de la causa se pudo acreditar fehacientemente que las operaciones realizadas entre sociedad Blanco y Negro y la Parinacota los años 2016 y 2017, no fueron informadas por parte del Gerente General, Presidente y/o director a quien afectaba o tenía interés en la operación, a los directores en ninguna de las Sesiones Ordinarias o Extraordinarias de Directores llevadas a cabo durante aquella época. Reproduce aquí parte de la página 38 de la Resolución: "*Sin embargo, no consta que el Sr. Mosa haya informado al Directorio, de las operaciones que pretendía celebrar y de sus intereses en ellas, como lo confirman sus descargos ya citados.*" Y de la página 45, al analizar sus descargos: "*... el cargo será levantado, ya que, al no haberse tratado las operaciones en sesión de directorio, no era posible informar a la junta de accionistas las materias referidas en el numeral 3 citado...*" y colige que no conocía las operaciones, únicamente aquella de que se dio cuenta en noviembre de 2015, en consecuencia, los raciocinios de la Comisión para el Mercado Financiero, esto es: "*Cabe considerar que, en su calidad de director, necesariamente debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque el participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación*", resultan contradictorios, a juicio del reclamante, ya que, por una parte, se da por acreditado que no conocía la existencia de las operaciones y, por la otra, le atribuye responsabilidad por haber suscrito un instrumento de reconocimiento porque debió tener conocimiento de esas operaciones, respecto a lo que el compareciente –asevera- pensó que se vinculaba a la única operación que conocía, la de noviembre de 2015 y como el monto era menor, lo suscribió de buena fe. Agrega que, además, el instrumento suscrito difiere del firmado en el año 2015, en el

FRXXGSCXXX

que se consignaba el origen de la deuda y en el que se le imputa en los cargos, no se incorpora ese dato. Tampoco le fue informado por el gerente general que se trataba de un nuevo préstamo, lo que entiende corroborado por los dichos del señor Alejandro Paul, que reproduce. Argumenta también que el reclamante no pertenecía a la facción afín del señor Mosa.

Luego el recurrente alega que, a diferencia de lo que el fallo recurrido señala, el actuar del señor Battaglia Castro está lejos de poner en riesgo la fe pública; por el contrario, el ex director en cuestión ha limitado su actuar de manera irrestricta a lo que la ley le impone, desempeñándose siempre a partir de las directrices y de la confianza depositada por los accionistas a los que se debe. Asimismo, no es efectivo que no haya colaborado en la investigación, ya que con ocasión de los descargos presentados, se entregó información documental de trascendental importancia para acreditar la aprobación del préstamo de fecha 20 de noviembre del 2015 por el Directorio del 19 del mes y año antes citado. Si no se dijo nada en la declaración prestada el 15 de Enero del 2019, fue porque sólo se le preguntó respecto de aquellos créditos otorgados en el año 2016, no formulándosele ninguna pregunta respecto de los años 2015 y 2017, hecho que, sumado al tiempo transcurrido y a la falta de antecedentes documentales a la vista y suficientes para sustentar sus respuestas al momento de prestar testimonio, hicieron que sus respuestas no fueran lo precisas que hubiera querido, situación que fue debidamente enmendada en el escrito de descargos.

Sobre la base de las argumentaciones señaladas, sostiene que deben levantarse los cargos formulados en su contra y, por último, indica que la referida sanción lo perjudica, ya que mantiene hasta el día de hoy una intachable conducta profesional en los diferentes ámbitos y cargos en los que se ha desempeñado a lo largo de su carrera, preservando siempre un irrestricto apego y respeto de las normas y

FRXXGSCXXX

leyes que regulan esta actividad, así como cualquier otra en donde ejerza. Y dicha sanción justamente controvierte la buena fe con la que intervino el señor Battaglia Castro en los casos latamente analizados, cuestionando la diligencia con la que actuó y el real conocimiento que tenía al momento de aprobar la operación del día 20 de noviembre de 2015, como al momento de firmar el reconocimiento de deuda de fecha 24 de marzo de 2017.

En esta reclamación comparece doña Ruth Israel López, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Comisión para el Mercado Financiero, persona jurídica de derecho público e informa señalando, cuestiones preliminares, esto es, que los directores de una sociedad anónima, siempre y sin excepción deben actuar contribuyendo al “interés social”, sin que jamás se mencione la existencia de alguna excepción, como la de un interés superior a ese que justifique un actuar diferente. Las disposiciones de la Ley 18.046 que atribuyen responsabilidades al directorio o a los directores y aluden al concepto de “interés social”, son claras y no contemplan situaciones de excepción en que éstos puedan actuar sin considerarlo. Además, el ejercicio del cargo de director se basa en el conocimiento de las normas que lo habilitan para desempeñar tales funciones. El director de una sociedad anónima está sujeto al deber de diligencia y cuidado consagrado en el artículo 41 de la Ley N° 18.046, y en especial al derecho– deber de informarse respecto de la marcha de la empresa del artículo 39 de la Ley N° 18.046, en miras al logro del debido y oportuno cumplimiento de su deber fiduciario de atender los intereses de la compañía y los accionistas, en cuyo favor han sido designados.

Señala que los argumentos utilizados por el reclamante para intentar evitar la sanción expuesta, ratifican que el reclamante desatendió los deberes antes referidos, esto es la obligación de los directores de interiorizarse por dicha función y de monitorear su eficiente

FRXXGSCXXX

funcionamiento, aspecto propio de los deberes de cuidado que les impone la ley, nada de lo cual consta que hubiere efectuado.

Luego explica que el reclamante interpuso reposición en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 noviembre de 2019, la que rechazada a través de la Resolución N° 8.427, de 9 de diciembre de 2019, de modo que sobre esta última debe informar.

En consecuencia, alega la improcedencia del reclamo por incumplir las exigencias del artículo 71 del Decreto Ley N° 3.538, porque, en primer lugar, las alegaciones vertidas por el reclamante en su presentación se dirigen contra la Resolución Sancionatoria y no en contra del Acto Reclamado, de lo que se sigue que aceptó la legalidad de la Resolución Sancionatoria. Destaca que, del solo examen del reclamo aparece que no se formuló ningún reproche de ilegalidad contra el Acto Reclamado, sino, en cambio, se formulan alegaciones de orden considerativo o fáctico en contra de la Resolución Sancionatoria, de lo que resulta que carece de manifiesta falta de fundamentos la acción deducida en autos.

Agrega que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 del Decreto Ley N° 3.538, de acuerdo con el texto reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000 (D.L. N° 3.538), los sancionados por el Consejo podrán presentar reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles computado de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, norma que agrega: “*el reclamante señalará con precisión en su escrito el acto reclamado, la disposición que se supone infringida y las razones por las que no se ajusta a la ley, los reglamentos o demás disposiciones que le sean aplicables y las razones por las cuales aquél lo perjudica*”, de lo que desprende que el recurso en cuestión, para efectos de ser interpuesto contra una sanción dictada por la Comisión para el Mercado Financiero, debe fundarse en que el mismo ha incurrido en una ilegalidad al momento de emitirse



dicha Resolución, requisito con el que no cumple el presente reclamo que se dirige en contra de la Resolución Exenta N° 8.427. Señala que este reclamo de ilegalidad resulta inadmisible por no haberse indicado debidamente y al tenor de la exigencia legal del citado artículo 71 del Decreto Ley N° 3.538, la norma o disposición infringida y sin explicación alguna de cómo se habría infringido. Tampoco explica el reclamo las razones por las cuales aquél lo perjudica. Es decir, si el reclamante no identificó con precisión una disposición que se supone infringida por el Acto Reclamado, ni tampoco señaló las razones por la que no se ajusta a la ley, es inadmisible el “Reclamo”.

El objeto de la sanción prevista por el legislador, es evitar el desgaste de un juicio con fundamento en una reclamación inadmisible, pues carece de sentido el desarrollo de un juicio de reclamo de ilegalidad de una supuesta “Resolución Sancionatoria” en contra de la Comisión si, en la especie, el reclamante no identificó ni reclamó una Resolución Sancionatoria en su presentación, por lo que, por razones de economía procesal, el legislador ordena que se termine este proceso in limini Litis.

Agrega que del solo examen de los Acápitres I y II del Reclamo en ninguna parte se invoca una norma infringida; asimismo, los reproches considerativos o fácticos formulados por el reclamante, se dirigen en contra de la Resolución Sancionatoria, la cual, no fue reclamada, sino, en cambio, la Resolución que rechazó el recurso de reposición del reclamante, por lo que, además, carece de manifiesta falta de fundamentos la acción impetrada en autos.

En atención a lo anteriormente expuesto, solicita el rechazo, por improcedente, el reclamo de ilegalidad, pues el reclamante no señaló la disposición que se supone infringida por el Acto Reclamado ni las razones por las cuales no se ajustaría a la ley.

Luego alega la improcedencia de la reclamación porque la Resolución Sancionatoria es un acto administrativo distinto al Acto

FRXXGSCXXX

Reclamado, (Resolución que rechaza una reposición). En lo formal, el primero, es una resolución que puso término al Procedimiento Sancionatorio seguido en contra del Reclamante; y, el segundo, es una resolución que resolvió una reposición deducida por el Reclamante ante la Comisión para el Mercado Financiero. En cuanto a su naturaleza; el primero, es una sanción que emana de la Potestad Sancionatoria de la Comisión conforme a su artículo 52 del Decreto Ley N° 3.538; y, el segundo, un acto administrativo resolutivo de recursos administrativos conforme al artículo 69 de dicho Decreto Ley. Señala que la Resolución que rechaza la reposición sólo tiene relevancia, según la norma transcrita, para efectos del plazo de 10 días hábiles para interponer el reclamo contra la resolución sancionatoria.

De esta forma al no dirigirse el reclamo contra una sanción impuesta por el Consejo, sino que exclusivamente contra una resolución que resuelve la reposición, el libelo infringe lo dispuesto en el citado artículo 71 de la Ley Orgánica de la Comisión para el Mercado Financiero, bastando este solo hecho para que sea rechazado de plano. Agrega que se deduce reclamo en contra de la Resolución que resuelve la reposición contra la que cabía la reclamación del artículo 70, que no es la deducida en estos autos. Por consiguiente, la Resolución sancionatoria se encuentra firme y ejecutoriada, habiendo transcurrido el plazo de impugnación.

Además y en el improbable caso de que esta Corte declare la ilegalidad del Acto Reclamado –la Resolución Exenta N° 8427 de 9 de diciembre de 2019– mediante el cual se rechazó el recurso de reposición administrativo interpuesto en contra de la Resolución Sancionatoria, señala que la sanción aplicada al reclamante mediante esta última Resolución quedará plenamente vigente, por cuanto el presente reclamo de ilegalidad no se dedujo en contra de dicha sanción –reconociendo y aceptando de ese modo su legalidad– sino en contra de un acto administrativo de distinta naturaleza.

FRXXGSCXXX

En cuanto al fondo del debate, la recurrida narra los hechos que motivaron la investigación –préstamos efectuados por Parinacota FIP, cuyo principal aportante era el entonces presidente y/o miembro del directorio de ByN, señor Yakob Aníbal Mosa Shmes- a la sociedad Blanco y Negro, durante los años 2015, 2016 y 2017, años en que formaba parte del directorio el reclamante señor Battaglia, sin que exista constancia de que se trataran ni acordaran por parte del directorio de la Sociedad algunos de esos préstamos y en otros no se consigna discusión alguna acerca de la contribución al interés social o a las condiciones de dichos financiamientos. Es decir, no existe constancia en las Actas de la aprobación previa de los directores respecto de los créditos otorgados por Parinacota y en las ocasiones en que se mencionan en Actas los préstamos de que se trata, no hay referencia a los fundamentos de la decisión de aprobarlos, ni hay registros de la votación, con excepción de las sesiones de directorio celebradas los días 19 y 25 de noviembre de 2015. Reproduce aquí el contenido de las Actas en las que se hace referencia a algunas de las operaciones. Agrega que si bien en las Actas de las Juntas Ordinarias de Accionistas de 25 de abril de 2016, 20 de abril de 2017 y 17 de abril de 2018, hay constancia de que se informó en términos generales de las operaciones realizadas por la Sociedad a que se refiere el artículo 147 de la Ley N° 18.046 durante los años 2015, 2016 y 2017, respectivamente, no se hizo mención ni se dejó constancia de los directores que aprobaron las operaciones con la relacionada Parinacota. Transcribe las Actas respectivas y señala que, conforme a las declaraciones prestadas por todos los directores de la Sociedad ante la Unidad de Investigación de la Comisión, con excepción del señor Leonidas Vial, todos reconocieron que sabían de estos préstamos de dinero y que ellos provenían de una empresa relacionada de propiedad del presidente del directorio, el señor Mosa. Además, consta en las memorias de los años 2015, 2016 y 2017, suscritas por dichos directores, junto con las correspondientes

FRXXGSCXXX

declaraciones de responsabilidad de dichas memorias, que en el ítem “saldos y transacciones con partes relacionadas”, figura una glosa que detalla los préstamos de Parinacota a la Sociedad Blanco y Negro. También indica que, de acuerdo con las declaraciones de todas las personas que ocuparon el cargo de director de ByN durante los años 2015, 2016 y 2017, la Sociedad no cuenta con una política general de habitualidad para operaciones con partes relacionadas que haya sido aprobada por el directorio.

Refiere, acto seguido, la formulación de cargos que, en el caso del señor Battaglia lo fue por infringir lo dispuesto en los N°s. 2, 3 y 6 del inciso primero del artículo 147 de la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, habiéndose sido sancionado, en fin, por transgredir el N° 2 de dicha norma con una multa equivalente a 100 unidades de fomento. Lo anterior por cuanto se acreditó que el reclamante aprobó la operación con partes relacionadas de 20 de noviembre de 2015, sin haber fundamentado su decisión conforme a lo requerido por el N° 2 del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas y celebró la operación con partes relacionadas de 24 de marzo de 2017, sin que ésta haya sido sometida a lo exigido en igual norma, ya que el reclamante suscribió el instrumento que daba cuenta de la operación de financiamiento de Parinacota a ByN, con pleno conocimiento que dicha operación debió someterse al procedimiento de aprobación de operaciones con partes relacionadas, de acuerdo a lo requerido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046. Asimismo, el reclamante infringió la citada disposición, para el caso de la operación de 20 de noviembre de 2015, en la parte que se refiere a no dejar constancia de los fundamentos de la decisión, de modo que no se justificó que la operación cumpliera con las condiciones de artículo 147 en cuanto a “*contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación.*”

FRXXGSCXXX

Se dice en el informe que el reclamante reconoció los hechos en la reposición que presentó en contra de la Resolución sancionatoria y conforme a lo que razonó la Comisión para el Mercado Financiero no logró desvirtuarlos.

Enseguida, la recurrente dedica varios párrafos al gobierno corporativo, su desarrollo, concepto y principios, acudiendo a las directrices dadas por la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) en la materia, concluyendo que el Consejo o Directorio: a) Reviste una particular importancia para la compañía; b) Debe procurar un desempeño con la diligencia debida, de buena fe, disponiendo siempre de la información más completa; y c) Debe agregar valor a la compañía, en un marco de justicia y de respeto a todos los accionistas.

Luego, la reclamada argumenta acerca de la administración de las sociedades anónimas y los deberes de sus directores, señalando que el estatuto que regula la administración de las sociedades anónimas se encuentra principalmente contenido en los artículos 31 y siguientes de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, con una serie de normas de orden público que establecen deberes a los órganos que la conforman para realizar la gestión social, los cuales no resultan renunciables ni alterables por la voluntad de las partes, que deben someter su conducta a ellos.

Los directores de una sociedad anónima se encuentran sujetos a una serie de deberes y obligaciones, que han sido agrupados en los siguientes: deber de diligencia y cuidado (artículo 41), deber de lealtad y transparencia (los artículos 39 inciso final y 42 N°s 1, 3, 4, 6 y 7 y 44 de la Ley N° 18.046), deber de obediencia manifestado en el deber de informarse e informar (artículos 39 inciso 1°, 42 N°s 2 y 3, 46 y 48 de la Ley de Sociedades Anónimas).



En síntesis, la ley asigna obligaciones y derechos a los directores y la conducta sancionada es justamente de aquellas obligaciones de las cuales los directores son responsables.

Luego reitera las inconductas del reclamante señor Battaglia y sostiene que, en su calidad de director, debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque él participaba en las sesiones de directorio en que debían ser tratadas tales materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación.

Hace presente que el reclamante no desconoció el incumplimiento del procedimiento establecido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046. Es más, todos los sancionados reconocieron dicho incumplimiento, tratando por alguna vía, de justificar su conducta infraccional.

Transcribe los artículos 146 y 147 N° 2 de la Ley N° 18.046 y argumenta que las sociedades no son personas reales sino entidades ficticias, por lo tanto, no pueden actuar por sí mismas, por lo que requieren de personas reales, dotadas de voluntad para actuar, que ejecuten los actos que se imputan a estas ficciones jurídicas. Existen casos, como la norma expuesta, en que el legislador exige un procedimiento especial para llevar a cabo una operación y le asigna expresamente la misión de adoptar la decisión, al directorio. Es así, que el N° 2 citado exige que los actos sean aprobados por el directorio, o en caso de que este órgano colegiado no pueda hacerlo por alguna de las causales que las mismas normas indican, se adopten las medidas alternativas que la disposición contempla.

La responsabilidad infraccional en este caso recae, entre otros, en el reclamante, ya que los directores, pudiendo hacerlo (ya que ellos mismos señalan haber discutido la operación en forma previa a su materialización), no realizaron la sesión de directorio que exige la Ley

FRXXGSCXXX

en orden a aprobar o, en su caso, rechazar la operación que se pretendía, fijando al mismo tiempo sus condiciones económicas.

Afirma que estas infracciones generaron riesgos en la fe pública depositada por quienes son accionistas de una sociedad anónima abierta, quienes esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y que actúen conforme lo requiere la ley. No es opcional la aprobación del directorio de operaciones con partes relacionadas, porque el procedimiento en cuestión busca la protección de los accionistas minoritarios por dos vías, la primera, la cautela del interés social mirando tanto las características del acto como, al establecer un deber de revelación del interés, el conocimiento de los directores de dicho interés, debate sobre las condiciones de esa operación y el consentimiento fundado del acto a ser celebrado, sin perjuicio que bajo ciertas hipótesis el órgano que debe aprobar la operación pueda ser la junta de accionista, a efectos de que la sociedad, sus directores y accionistas cuenten con información plena sobre la negociación, acto, contrato u operación y como ella cumple con el objeto requerido en el inciso primero del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

La segunda vía, es la reducción de las asimetrías de información, que los accionistas minoritarios tienen ante la administración o controlador de la sociedad, ya que el proceso busca transparentar quienes están tras la operación, cuales son elementos fundamentales, como ésta contribuye con el interés social y si se ajusta a precios y condiciones de mercado, para luego tomar la determinación de si ella se debe celebrar. Así, la ley no ha dispuesto que el procedimiento en cuestión sea optativo o que sus defectos puedan ser saneados posteriormente, ya que ello implicaría actuar al margen del procedimiento impuesto en forma perentoria por el artículo 147 de la Ley N° 18.046, generando incentivos para que se materialicen los problemas de agencia que se buscan evitar.



Repite lo que el reclamante alegó respecto de la operación de 20 de noviembre de 2015, en la que se cumplió con el procedimiento respectivo aludiendo, a mayor abundamiento, a lo debatido en la sesión siguiente de 21 de noviembre. Respecto a esta defensa la Comisión para el Mercado Financiero sostiene que fue descartada en la Resolución Sancionatoria puesto que en el directorio cuestionado, no se trataron antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración, particularmente porque el directorio no se refirió, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 N° 2 de la Ley N° 18.046, como tampoco se observó que el directorio, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación. Así, la evaluación del “precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación”, requiere también estimar en qué condiciones el mercado otorga financiamientos similares, lo que tampoco se ve analizado en la sesión de directorio, a efectos de razonar la conveniencia de este.

Asevera la reclamada que lo que se exige es que el directorio deje constancia de las condiciones económicas de las operaciones con partes relacionadas, en cambio, en el caso de marras, se dejó en manos de un tercero la determinación de las condiciones en que se materializaría la operación, lo que infringe la normativa por la cual se formularon cargos al reclamante señor Battaglia.

Por su parte, en relación a la operación con partes relacionadas de 24 de marzo de 2017, el reclamante fue sancionado, pues la ley es imperativa en cuanto a que una operación con partes relacionadas no puede ser celebrada sin que el directorio, o en su defecto la junta de accionistas haya dado su consentimiento, por lo que cuando el señor Battaglia suscribió el reconocimiento de deuda en representación de

FRXXGSCXXX

ByN y en favor de Parinacota, sin contar con el consentimiento del directorio, infringió el citado N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

Argumenta la reclamada que, en su calidad de director, necesariamente debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque él participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación. De este modo, el reclamante, en su calidad de director, podía fácilmente conocer si la operación que iba a suscribir había sido aprobada por el directorio, atendida la circunstancia que, como director de ByN tenía acceso a las actas de sesiones y pudo haberlas consultado previo a suscribir la operación. En el evento de tener dudas o desconocer la existencia de la aprobación pertinente, lo que corresponde es abstenerse de otorgar la operación, por exigencia del citado número 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

A continuación, la Comisión para el Mercado Financiero indica que la reposición fue rechazada ya que el reclamante no aportó antecedentes, elementos o fundamentos que permitieran alterar lo razonado en la resolución sancionatoria, ya que no existió la fundamentación del directorio como requisito habilitante para la aprobación de la operación con parte relacionada, pues no consta en la sesión que se trataron antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquéllas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración. No hubo referencia, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, como tampoco se observó que el directorio, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación.

FRXXGSCXXX

En consecuencia, mediante el Acto Administrativo se rechazó la alegación del Reclamante en virtud de la cual supuestamente se habría fundamentado la opinión del directorio para la operación con partes relacionadas.

Hace presente que el mero listado de los requisitos contemplados en el artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas a que hace referencia el reclamante, no supone fundamentar con una opinión y/o con las piezas justificativas pertinentes que la operación en referencia contribuye al interés social y que se ajusta en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, sin siquiera efectuar una mínima referencia al plazo, tasa de interés y términos en los cuales se realizaría dicha operación, entre otras consideraciones. Así, la evaluación del “precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación”, requiere también estimar en qué condiciones el mercado otorga financiamientos similares, lo que tampoco se vio analizado en la sesión de directorio, a efectos de razonar la conveniencia de este. Menos se observó que el directorio, que es el órgano de administración de la sociedad, conforme al artículo 40 de la Ley N° 18.046, y que es el llamado a aprobar estas operaciones, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación, entregando dicha determinación a un director, en este caso, al señor Mosa.

Lo anterior se ve reforzado –argumenta la reclamada- por las mismas declaraciones de la defensa del reclamante, esbozadas en su libelo, en cuanto a que habría confundido el reconocimiento de deuda suscrito con fecha 24 de marzo de 2017 con un saldo de dicha operación, ya que ello sólo podría ser plausible en una situación de absoluta ignorancia de los términos y condiciones en los cuales se celebraría la operación en cuestión.

En cuanto a que no tenía cómo saber la naturaleza de la operación en cuestión, esta defensa resulta inadmisible, ya que su

FRXXGSCXXX

calidad de director, le exige de acuerdo al citado N° 2 que, previo a materializar una operación con partes relacionadas suscribiendo el reconocimiento de deuda, esto es, previo a que la sociedad otorgue su consentimiento a la operación con parte relacionada, ésta sea aprobada por el directorio, de modo que lo exigido por la norma, es que el director que materializa la operación, tenga la certeza de su previa aprobación, lo que es fácilmente verificable consultando el libro de actas de directorio.

De este modo, expone la reclamada, en el Acto Reclamado se consignó que el reclamante suscribió el reconocimiento de deuda de 24 de marzo de 2017, reiterando lo previamente razonado en la Resolución Sancionatoria en cuanto a que, la ley es imperativa en cuanto a que una operación con partes relacionadas no puede ser celebrada sin que el directorio, o en su defecto la junta de accionistas, la haya aprobado.

Por su parte, contrariamente a lo que señala la defensa del reclamante, a éste se le reprochó el hecho de haber concurrido con su firma, y en representación de ByN, a suscribir un documento en que materializó una operación con partes relacionadas, sin que ésta haya sido aprobada previamente por el directorio.

En ese sentido, no existe la contradicción alegada por el reclamante, por cuanto efectivamente dichas operaciones no estaban en conocimiento de los directores, ya que nunca fueron tratadas en dichas sesiones, sin embargo, ello no es óbice para sostener que el reclamante no haya tenido conocimiento de dichas operaciones, si es que él mismo las suscribió.

Todo lo anterior no lo podía desconocer, dado que, en su calidad de Director de la sociedad, le era plenamente exigible tener conocimiento de las operaciones que se aprobaban y rechazaban por dicho órgano.

Por lo demás, el reclamante no podía sino saber que el Fondo de Inversión Parinacota era una entidad relacionada con ByN, en razón de

FRXXGSCXXX

ser su principal partícipe, el señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, director de esta última sociedad, ya que el mismo concurrió a la sesión de directorio de 19 de noviembre de 2015 en que se trató otra operación con la misma entidad como relacionada de ByN.

Adicionalmente, resulta improcedente lo señalado por la defensa del señor Battaglia, en cuanto a que el reclamante “asumió” que dicho reconocimiento de deuda constituía un saldo de la operación con partes relacionadas celebrada con fecha 20 de noviembre de 2015, por cuanto, en su calidad de director de una sociedad anónima abierta, éste debió haber al menos sabido qué documento estaba suscribiendo, mediante el cual obligaba a la sociedad en doscientos millones de pesos.

Esto no sólo es apto para desechar el argumento vertido en esta parte del libelo, sino que además refuerza el hecho de que la opinión del reclamante, al momento de aprobar la operación con partes relacionadas de 19 de noviembre de 2015, no fue suficientemente fundamentada, ya que no se trataron los términos y condiciones en que se otorgaría el financiamiento, lo que llevó a que el reclamante, en su calidad de director, procediera sin más a suscribir un reconocimiento de deuda, “asumiendo” de que éste correspondía a una operación de hacía casi dos años.

Reitera que, sin perjuicio de lo anterior y sin perder de vista que, como se ha explicado latamente, la resolución sancionatoria Resolución Exenta N° 7600, de 8 de noviembre de 2019, no ha sido impugnada, en cuanto al primer cargo formulado por el que se le impuso sanción al reclamante, esto es, la operación con partes relacionadas de 20 de noviembre de 2015, la defensa fue desestimada puesto que en el directorio cuestionado, no se trataron antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquéllas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración, particularmente porque el directorio no se refirió, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo,

FRXXGSCXXX

tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 número 2 de la Ley N° 18.046, como tampoco se observó que el directorio, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación.

Como ha explicado, lo que se exige es que el directorio deje constancia de las condiciones económicas de las operaciones con partes relacionadas, en cambio, en el caso de marras, se dejó en manos de un tercero la determinación de las condiciones en que se materializaría la operación, lo que infringe la normativa por la cual se formularon cargos al reclamante.

Por su parte, en relación con la operación con partes relacionadas de 24 de marzo de 2017, el reclamante fue sancionado, pues, la ley es imperativa en cuanto a que una operación con partes relacionadas no puede ser celebrada sin que el directorio, o en su defecto la junta de accionistas haya dado su consentimiento, por lo que cuando el señor Battaglia suscribió el reconocimiento de deuda en representación de ByN y en favor de Parinacota, sin contar con el consentimiento del directorio, con ello infringió el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.

Repite que, en su calidad de director, le era exigible que, previo a materializar una operación con partes relacionadas suscribiendo el reconocimiento de deuda (esto es, previo a que la sociedad otorgue su consentimiento a la operación con parte relacionada) ésta hubiera sido aprobada por el directorio, de modo que lo exigido por la norma, es que el director que materializa la operación, tenga la certeza de su previa aprobación, lo que es fácilmente verificable consultando el libro de actas de directorio.

En caso de tener dudas o desconocer la existencia de la aprobación pertinente, debía abstenerse de otorgar la operación, por exigencia del citado N° 2, del artículo 147, de la Ley N° 18.046.

Pide rechazar la reclamación deducida en contra de la Resolución N° 8.427, de 9 de diciembre de 2019 –que rechazó el recurso de

FRXXGSCXXX

reposición administrativo deducido conforme al artículo 69 del Decreto Ley N° 3.538 en contra de la Resolución Exenta N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019, dictada por la Comisión para el Mercado Financiero, todo ello con costas.

Los reclamos de ilegalidad fueron declarados admisibles y, cumplidos los trámites de rigor, se ordenó traer estos autos en relación, incluyéndose en la tabla de causas agregadas.

**Considerando:**

**Primero:** Que para elucidar la controversia traída a esta sede, resulta útil consignar los hechos que se tuvieron por acreditados en la investigación de que se trata, a saber:

1. El 20 de noviembre de 2015, Parinacota, cuyo principal aportante era el entonces presidente del directorio de Blanco y Negro S.A., señor **Yakob Aníbal Mosa Shmes**, le prestó a la sociedad Blanco y Negro la suma de \$532.500.000.

2. Durante ese año 2015, además del señor **Mosa**, formaban parte del directorio de Blanco y Negro S.A. los señores Leonidas Vial Echeverría, **Leonardo Battaglia Castro**, Alejandro Zuñiga Drogue, Alfonso Gómez Morales, Pablo Acchiardi Lagos y Pablo Morales Ahumada.

3. Durante el año 2016, siendo el señor **Mosa** Presidente del directorio de Blanco y Negro S.A., Parinacota le efectuó dos préstamos más a Blanco y Negro S.A.: el 30 de junio por un monto de \$160.000.000.- y el 11 de julio por un monto de \$330.000.000.

4. Durante el 2016, además del señor Mosa, formaban parte del directorio de Blanco y Negro S.A. los señores Leonidas Vial Echeverría, **Paul Fontaine Benavides**, **Leonardo Battaglia Castro**, Alfonso Gómez Morales, Alejandro Zuñiga Drogue, Pablo Acchiardi Lagos, Pablo Morales Ahumada y Jaime Pizarro Herrera.

5. Durante el año 2017, manteniéndose el señor **Mosa** como presidente del directorio, Parinacota realizó tres préstamos a Blanco y

FRXXGSCXXX

Negro S.A.: el 24 de marzo por un monto de \$200.000.000.-; el 22 de mayo por un monto de \$110.000.000.-; y, el 29 de junio por un monto de \$80.000.000.-

6. Durante el 2017, además del señor **Mosa**, formaban parte del directorio de Blanco y Negro S.A. los señores Leonidas Vial Echeverría, **Paul Fontaine Benavides**, José Miguel Jiménez Krzemisnki, Alfonso Gómez Morales, Paloma Norambuena Cárdenas, Pablo Acchiardi Lagos, Pablo Morales Ahumada y Jaime Pizarro Herrera.

7. Revisadas las actas de las sesiones de directorio de Blanco y Negro S.A. de los años 2015, 2016 y 2017, período en que Parinacota realizó los préstamos a Blanco y Negro S.A., no hay constancia de que se trataran ni acordaran por parte del directorio de la Sociedad algunos de estos préstamos y en otras no se consigna discusión alguna acerca de la contribución al interés social o a las condiciones de dichos financiamientos.

8. No existe constancia en las referidas actas de la aprobación previa de los directores respecto de los créditos otorgados por Parinacota y en las ocasiones en que se mencionan en acta los préstamos singularizados previamente, no hay referencia a los fundamentos de la decisión de aprobarlos, ni hay registros de la votación ni de la exclusión del señor Mosa en cuanto director involucrado por su relación con Parinacota, con excepción de las sesiones de fecha 19 y 25 de noviembre de 2015.

**Segundo:** Que, según aparece de la Resolución Exenta N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019, impugnada por esta vía, los hechos narrados precedentemente dieron pábulo para formular cargos en contra de los recurrentes señores Paul Fontaine Benavides, Yakob Mosa Shmes y Leonardo Battaglia Castro. En contra de los señores Fontaine y Battaglia, por infracción del artículo 147, inciso primero, N° 2, de la Ley N° 18.046 y en contra del señor Mosa, por vulnerar los Nos. 1 y 2 del citado artículo 147 de la Ley N° 18.046.

FRXXGSCXXX

Dicha norma prevé: “*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.”*”.

A priori, cabe consignar que el reclamante señor Fontaine fue miembro del directorio entre el 21 de noviembre del año 2012 hasta el día 13 de marzo de 2019 y Vicepresidente del directorio, entre los años 2015 y 2017, de la sociedad Blanco y Negro S.A., sociedad abierta; que el señor Mosa, era el principal aportante de Parinacota FIP (sociedad que otorga los préstamos a Blanco y Negro), siendo elegido como presidente de aquélla el año 2015, cargo que desempeñó hasta el 20 de abril de 2017, permaneciendo luego en el directorio de la sociedad y que el señor Battaglia, era miembro del directorio en la época de los préstamos cuestionados, según expresan en sus presentaciones.

**Reclamo del señor Paul Fontaine Benavides:**

**Tercero:** Que, para los efectos de resolver lo que se ha traído a esta sede, en relación con el reclamante señor Fontaine, cabe tener presente sus propios dichos contenidos en su presentación, a saber: “10.

*Sin embargo, no quedaron en actas las constancias respectivas acerca del tratamiento dado por el directorio de estos temas, como tampoco la aprobación previa de estas operaciones.”* Y, en relación con el señor Mosa, es dable consignar que en su reclamación expresa: “13. *Sin embargo, y del conocimiento de los directores de la sociedad acerca de esta práctica, no quedaron en actas las constancias respectivas acerca del tratamiento dado por el directorio de estos asuntos, como tampoco la aprobación previa de estas operaciones.”*

En otros términos, estos reclamantes admiten los hechos que se enmarcan en la contravención por la que se les ha sancionado.

**Reclamo del señor Paul Fontaine:**

**Cuarto:** Que, no obstante el reconocimiento de los hechos, argumenta el señor Fontaine que los cargos por los que fue sancionado consisten solamente en la omisión de determinadas formalidades que – a su juicio- no afectaron al bien jurídico protegido por la norma en cuestión en la forma en que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero lo refleja en su Resolución, habiendo sido el mero ejecutor de una decisión que era conocida y aceptada por el directorio y la administración de la sociedad.

Además, alega que de la información recopilada por la Comisión para el Mercado Financiero, queda claro que la gravedad imputada a la conducta de su parte no condice en lo absoluto con dicha información, por lo que el análisis desplegado en la Resolución impugnada resulta – en su concepto- absolutamente insuficiente y carece de la motivación y fundamentación requerida para la sanción aplicada.

Se explaya acerca de la necesidad de las operaciones, la realización a tasa de mercado, el conocimiento de las mismas por parte

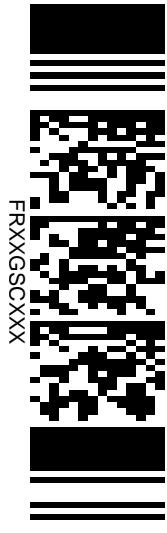
FRXXGSCXXX

de los directores y, luego, a propósito del bien jurídico protegido, dice el recurrente, a pesar de los términos formales que plantea el artículo 147 de la Ley N° 18.406 para regular la operación entre partes relacionadas en una sociedad anónima abierta, en torno a la constancia que debe quedar en acta del análisis y aprobación de dichas operaciones, la situación descrita por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero y que asume para términos de la sanción impuesta a su representado es diametralmente opuesta a la que ya ha reseñado, ya que, según refiere, en el Acta de 19 de noviembre de 2015, se lee claramente que el Presidente de la Compañía expone sobre la situación financiera complicada y que piensa en prestar dineros a la sociedad.

Luego y en relación con las operaciones de los años 2016 y 2017, admite que no fueron debatidas ni se dejó constancia en Actas sobre ellas, pero asegura que los directores las conocían, de modo que lo afirmado en la Resolución impugnada no es efectivo, por lo que se cumplió con el objetivo que persigue la normativa correspondiente.

En torno a la falta de fundamentación de la Resolución impugnada, repite los mismos argumentos en orden a que las operaciones se realizaron únicamente en el interés social, con el conocimiento de los directores y en condiciones de mercado.

Por último, a propósito de la vulneración del principio de la proporcionalidad, afirma que no se realiza un análisis sobre los antecedentes y circunstancias concretas para efectos de determinar la sanción aplicable, determinando de forma arbitraria y desproporcionada que los hechos que se consideran ilícitos ameritan una sanción como la ya precisada. Asevera que no hay raciocinio sobre la determinación del quantum de la multa, sino que sólo se enuncian algunos de los criterios señalados por el artículo 38 de la Ley N° 21.000, omitiendo, incluso el previsto en el N° 3, referido al daño que no existió, pero sin realizar ejercicio alguno por el cual se pueda determinar la forma por la cual se arribó a la conclusión de aplicar una sanción equivalente a 400 unidades



de fomento por los hechos, vulnerando dicha norma y lo dispuesto en el artículo 52 que obliga a la Comisión para el Mercado Financiero a sustentar sus decisiones, aseveración que es seguida del análisis de cada uno de los parámetros considerados en la Resolución para determinar el monto de la sanción.

Cada uno de los parámetros ponderados en la Resolución impugnada es controvertido por el reclamante. Así, sostiene que la Resolución no señala los motivos por los cuales la infracción sería grave, siéndolo por el solo hecho de no haber sido sometidas las operaciones a la aprobación previa del directorio de la sociedad. Con esto el Consejo está dando a entender que las operaciones se ocultaron al Directorio, lo que no es efectivo, según ya ha explicado y agrega que no puede ser considerada grave si no afectó materialmente al bien jurídico protegido, existiendo un reproche solamente relacionado con una falta procedural sobre la realización de operaciones que sólo fueron en beneficio de la sociedad y que fueron comunicadas debidamente a los accionistas y al mercado financiero por medio de los instrumentos correspondientes. En relación con el argumento referido a que la inconducta generó riesgos en la fe pública depositada por quienes son accionistas de una sociedad anónima abierta, quienes esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y que actúen conforme lo requiere la ley", el recurrente sostiene que nuevamente se limita a indicar que el solo hecho de la infracción importaría un riesgo (y no un daño) a la fe pública. Sin decirlo, en concepto del recurrente, el Consejo reconoce que no existió afectación material al bien jurídico protegido, sino solamente una infracción procedural. No obstante, a renglón seguido, el Consejo se contradice indicando que el riesgo vendría por un eventual incumplimiento al deber fiduciario de su representado, el que no fue objeto de formulación de cargos ni de sanción. Esta es una afirmación sin sustento alguno, dice el reclamante, ya que el Consejo no considera que los actos no fueron

FRXXGSCXXX

realizados en interés propio ni de quienes lo eligieron como director, sino que tuvieron por finalidad única y exclusiva el beneficio de la Sociedad, según estaría reconocido por el propio Consejo, los intervenientes y la Fiscalía.

En lo tocante a eventuales beneficios obtenidos por medio de las operaciones y de no haber sido antes sancionado, dice el recurrente que ambos aspectos fueron considerados positivamente a su favor. Sin embargo, el Consejo nuevamente se limitó a enunciar la causal, sin realizar un análisis de fondo de conformidad con el mérito del proceso, o con el resto de las causales. Y como señaló, con estas omisiones se priva al administrado el conocer el raciocinio que permitió determinar la sanción aplicable.

Por último, en relación con el criterio de otras sanciones aplicadas por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero para los efectos de determinar si existió vulneración al principio de proporcionalidad y al mandato de “optimización de las sanciones” contenido en el artículo 38 de la Ley N° 21.000, el reclamante refiere las otras causas consideradas por el Consejo y alega que, de actuar razonable y proporcionalmente, el Consejo habría realizado un análisis de las sanciones indicadas y la forma en la cual se pueden o no considerar “similares” con la sanción impuesta a su representado, lo que no ocurrió e incluso ni siquiera se señala el monto de dichas sanciones. Sostiene que si se hubiera cumplido con el mandato legal de optimización de la sanción y con el principio de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, debió analizar comparativamente y de forma seria los supuestos casos “similares”, lo que no ocurrió. Agrega que, en los casos indicados, se aplicaron multas por infracciones a múltiples disposiciones, ya que se constataron, con el mérito de la investigación, millonarios perjuicios a terceros, la comisión de delitos como lo es la proporción de información falsa a la Comisión para el Mercado Financiero y porque se acreditó que dichos perjuicios fueron

FRXXGSCXXX

en beneficio de los sancionados, nada de lo cual sucede en el presente caso y, por eso, todas esas situaciones, si bien prevén como norma infringida la del artículo 147 de la Ley N° 18.046, en nada se asemejan al procedimiento que fundamenta el presente recurso.

**Quinto:** Que, como se advierte de la defensa esgrimida por el señor Fontaine, su pretensión se sustenta únicamente en la interpretación que debe darse al contenido de la norma decisoria litis, es decir, el artículo 147, inciso primero, N° 2, de la ley N° 18.046. En efecto, en su extensa presentación proporciona argumentos referidos a la existencia de contribución al interés social de las operaciones con partes relacionadas –tratándose de una sociedad anónima abierta- que se le imputan y al ajuste a precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación. Afirma que estos requisitos se presentan en las operaciones cuestionadas y que así se reconoce en la Resolución impugnada, a lo que agrega que dichas operaciones no produjeron beneficio personal y no hubo perjuicio alguno, por el contrario, sólo ventajas para la Sociedad Blanco y Negro, atendida su difícil situación de caja y los escollos para acceder al financiamiento bancario.

Sin embargo, no obstante su defensa en el sentido señalado, admite la omisión que se le reprocha, reconoce los hechos, esto es, que mientras ejercía como director de la sociedad abierta Blanco y Negro S.A. no hay constancia de que se trataran ni acordaran por parte del directorio de esta Sociedad algunos de los préstamos que le otorgara la sociedad Parinacota FIP, relacionada con el también director señor Mosa, y en otras no se consigna discusión alguna acerca de la contribución al interés social o a las condiciones de dichos financiamientos; no existe constancia en las Actas de la aprobación previa de los directores respecto de los créditos otorgados por Parinacota y en las ocasiones en que se mencionan en Acta los préstamos singularizados previamente, no hay referencia a los

FRXXGSCXXX

fundamentos de la decisión de aprobarlos, ni hay registros de la votación ni de la exclusión del señor Mosa en cuanto director involucrado por su relación con Parinacota, con excepción de las sesiones de fecha 19 y 25 de noviembre de 2015.

Estos hechos resultan inamovibles y la subsunción de los mismos en la disposición citada, no admite controversia ninguna, en la medida que claramente establece que las operaciones con partes relacionadas se permiten únicamente 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 allí se señalan.

**Sexto:** Que, en consecuencia, de la norma correspondiente aparece con claridad que las operaciones con partes relacionadas –y las cuestionadas lo son- no están permitidas pura y simplemente, sino que deben someterse a la regulación pertinente, la que se contiene en el citado artículo 147 de la Ley N° 18.046, norma que es clara al señalar: “*Una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas...*”. El adverbio “sólo” excluye cualquier otra posibilidad que no sea la que allí se indica. Es decir, una sociedad anónima abierta únicamente estará en condiciones de celebrar operaciones con partes relacionadas en el evento que cumpla con todas las exigencias establecidas por la norma en cuestión.

Recordemos que la principal característica de una sociedad anónima abierta está constituida por el hecho que sus acciones u otros valores, están inscritos en una Bolsa de Comercio o son ofrecidos al público en general y que una operación con parte relacionada de una sociedad anónima abierta, según lo establece el artículo 146 de la Ley N° 18.046, es toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las personas que allí se señalan, entre ellas, los directores y las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior –directores- sean

FRXXGSCXXX

dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, del porcentaje previsto de su capital, o sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales de estas sociedades.

**Séptimo:** Que, siguiendo con el examen de la norma decisoria litis, resulta que, además de exigir perentoriamente que las operaciones con partes relacionadas que realice una sociedad anónima abierta deben contribuir al interés social y ajustarse en precio, términos y condiciones a las que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, conjuntamente corresponde que cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan a continuación en el citado artículo 147.

Es indispensable que copulativamente la operación con parte relacionada reúna en sí no sólo la contribución al interés social y las condiciones del mercado, sino que, además, se someta a los requisitos y procedimientos respectivos. La ley utiliza la conjunción “y” luego de referir el objeto necesario de dichas operaciones para unirlo con las otras exigencias y ritualidad que describe a continuación. Además, la ritualidad requerida –y omitida en la especie- es una forma, precisamente, de acceder y constatar la exigencia referida a que la operación aporte al interés de la sociedad y ha sido realizada en las condiciones del mercado. No basta con la simple afirmación que así ha sido. Para que los accionistas conozcan y puedan comparar la situación de las operaciones crediticias con las que celebraron los directores en determinada época, se debe dejar constancia escrita de cada una de sus condiciones en cuanto a tasa de interés, plazo, etc. Sin esa escrituración se desconoce la transparencia de la que la ley impregna a las operaciones con partes relacionadas, las que permite únicamente cumpliendo determinados requisitos en su integridad.

En consecuencia, para tener por cumplida la disposición del artículo 147 de la Ley N° 18.046, el examen de las operaciones celebradas con partes relacionadas debe superar el estándar legal

FRXXGSCXXX

considerando todos los aspectos categóricamente exigidos por la normativa.

**Octavo:** Que, en el caso, el reclamante se ha detenido en una parte de las exigencias y sobre ellas ha proporcionado largas y sustentadas argumentaciones; sin embargo, como se dijo, admite los hechos que configuran la infracción que se le atribuye. En la especie, como lo señala la Comisión recurrida y ya se consignó por esta Corte, no basta con afirmar que la operación contribuye al interés social y que se realiza de acuerdo a las condiciones del mercado del momento – aunque así haya sido- ya que el artículo 147, inciso primero, N° 2, de la Ley de Sociedades Anónimas exige lo siguiente: “*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.*”, requisito con el que no se cumplió por el directorio del que formaba parte el reclamante, quien, expresamente, admite: “*10. Sin embargo, no quedaron en actas las constancias respectivas acerca del tratamiento dado por el directorio de estos temas, como tampoco la aprobación previa de estas operaciones.*”.

En dicho escenario, no pudieron conocerse las condiciones del mercado de la época –lo que era indispensable- ni menos las características de los préstamos otorgados por la sociedad Parinacota FPI, a la que pertenecía uno de los directores de la sociedad Blanco y Negro, por lo tanto, tampoco pudo realizarse el ejercicio comparativo que condujera a concluir el beneficio social.

FRXXGSCXXX

**Noveno:** Que, de igual modo, esta Corte concuerda con los raciocinios vertidos en la Resolución impugnada, al momento de razonar sobre la determinación de la sanción a aplicar, en cuanto a que: “... cabe considerar que si bien el expediente no contiene antecedentes que den cuenta que mediante las operaciones con partes relacionadas se haya visto afectada patrimonialmente la sociedad –cuestión que solo puede ser verificada *ex post*- ni que éstas fueran otorgadas en condiciones peores a las prevalecientes en el mercado, el procedimiento para poder celebrar operaciones con partes relacionadas no es optativo para la sociedad ni para sus directores, gerentes o ejecutivos principales.” “No es opcional, porque el procedimiento en cuestión busca la protección de los accionistas minoritarios por dos vías, la cautela del interés social mirando tanto las características del acto, como al establecer un deber de revelación del interés, conocimiento de los directores de dicho interés, debate sobre las condiciones de esa operación y el consentimiento fundado del acto a ser celebrado, sin perjuicio que bajo ciertas hipótesis el órgano que debe aprobar la operación pueda ser la junta de accionista, a efectos de que la sociedad, sus directores y accionistas cuenten con información plena sobre la negociación, acto, contrato u operación y como ella cumple con el objeto requerido en el inciso primero del artículo 147 de la Ley N° 18.046.” “La segunda vía, es la reducción de las asimetrías de información, que los accionistas minoritarios tienen ante la administración o controlador de la sociedad, ya que el proceso busca transparentar quienes están tras la operación, cuales son elementos fundamentales, como ésta contribuye con el interés social y si se ajusta a precios y condiciones de mercado, para luego tomar la determinación de si ella se debe celebrar.” “Así, la ley no ha dispuesto que el procedimiento en cuestión sea optativo o que sus defectos puedan ser saneados posteriormente, ya que ello implicaría actuar al margen del procedimiento impuesto en forma perentoria por el artículo 147 de la



*Ley N° 18.046., generando incentivos para que se materialicen los problemas de agencia que se buscan evitar.”.*

**Décimo:** Que, por consiguiente, las argumentaciones del reclamante señor Fontaine carecen de la relevancia necesaria para modificar lo resuelto, desde que, como se dijo, la norma es perentoria en cuanto a exigir el cumplimiento copulativo de todos los requisitos que señala, incluido el procedimiento respectivo. Valga aquí la disposición del artículo 19 del Código Civil: “*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*”. En consecuencia, su reclamación en lo que al fondo se refiere, será desestimada.

**Undécimo:** Que, por otra parte y como ya se anotó, el reclamante señor Fontaine acusa la vulneración del principio de la proporcionalidad y la ausencia de sustentación del monto de la multa que se le impuso – equivalente a 400 unidades de fomento, ya que sólo se enuncian algunos de los criterios señalados por el artículo 38 de la Ley N° 21.000, omitiendo, incluso el previsto en el N° 3, referido al daño que no existió, pero sin realizar ejercicio alguno por el cual se pueda determinar la forma por la cual se arribó a la conclusión de aplicar una sanción equivalente a 400 unidades de fomento por los hechos, vulnerando dicha norma y lo dispuesto en el artículo 52 de la citada Ley.

El reclamante, acto seguido a reprochar la ausencia de fundamentos y la mera enunciación de los parámetros citados en el artículo 38, analiza cada uno de los indicadores considerados en la Resolución para determinar el monto de la sanción, lo que, desde ya, desvirtúa la acusación de ausencia de fundamentos.

**Duodécimo:** Que, a propósito de esta defensa cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 21.000, que establece: “*Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento*



*de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias: 1. La gravedad de la conducta. 2. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese. 3. El daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado financiero, a la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción. 4. La participación de los infractores en la misma. 5. El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización. 6. La capacidad económica del infractor. 7. Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias. 8. La colaboración que éste haya prestado a la Comisión antes o durante la investigación que determinó la sanción.” “La calidad de reincidente del infractor no se tomará en consideración en aquellos casos en que haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa específica de conformidad con lo establecido en la letra a) del numeral 2 del artículo 36 y en la letra a) del numeral 2 del artículo 37.”.*

**Decimotercero:** Que, enseguida, corresponde anotar que lo que, en definitiva, se lee de la presentación en examen es una discordancia con los sustentos de la Resolución rebatida. En efecto, alega el recurrente que se le atribuye el carácter de grave a su conducta sin desarrollar esa afirmación. Sin embargo, en la Resolución N° 7.600, se lee, primero, el argumento ya reproducido en el motivo noveno que antecede en cuanto a que el procedimiento establecido en el artículo 147 de la Ley N° 18.046 es imperativo y objetiva la protección de los accionistas minoritarios, de modo que su omisión no se sanea por la falta de lesión del interés social.

Luego la Comisión para el Mercado Financiero, razona: “*Las infracciones imputadas al Sr. Paul Fontaine, director de Blanco y Negro S.A. al momento de los hechos, también pueden estimarse de gravedad, atendido que suscribió los instrumentos que daban cuenta de las operaciones de financiamiento de Parinacota a ByN, con pleno*



FRXXGSCXXX

*conocimiento que dichas operaciones debieron someterse al procedimiento de aprobación de operaciones con partes relacionadas, de acuerdo a lo requerido por el artículo 147 de la Ley N° 18.046, considerando que el Sr. Fontaine participó en una sesión de directorio que aprobó una de estas operaciones, esto es, la del 19 de noviembre de 2015.”. “También, los Sres. Fontaine y Battaglia infringieron el número 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046, para el caso de la operación de fecha 20 de noviembre de 2015, en la parte que se refiere a no dejar constancia de los fundamentos de la decisión, de modo que no se justificó que la operación cumpliera con las condiciones de artículo 147 en cuanto a ‘contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación’. Se considerará en lo demás, que esta operación fue aprobada por el directorio.”.*

**Decimocuarto:** Que, por lo tanto, por una parte, en la Resolución cuestionada se contienen los fundamentos pertinentes de los que dan cuenta los párrafos reproducidos, lo que echa por tierra el reproche de falta de fundamentación en tal sentido y, por la otra, las argumentaciones vertidas por la Comisión para el Mercado Financiero resultan suficientes para justificar la gravedad de la inconducta atribuida al señor Fontaine, desde que se trata del incumplimiento de los deberes que le competen a los directores de una sociedad anónima abierta, en particular, a un director que suscribe instrumentos de reconocimiento de deudas conociendo o debiendo conocer el procedimiento al que la ley somete a las operaciones con partes relacionadas, sin ajustar su conducta a ese específico requerimiento legal. Ya se ha dicho que no se trata de un procedimiento opcional y que su omisión no es susceptible de sanearse posteriormente, aun en el evento de haber sido en interés social –lo que no se tuvo por probado- o en las condiciones de mercado –tampoco se acreditó- e incluso bajo la pretendida ausencia de beneficio personal y perjuicio a terceros –respecto a lo que únicamente

FRXXGSCXXX

no existieron antecedentes. No se advierten en los argumentos proporcionados por la referida Comisión, el reproche que formula el reclamante en cuanto a que aquélla supone un actuar a espaldas de los directores; por el contrario, en la Resolución impugnada se le atribuye gravedad a la inconducta porque el investigado ostentaba la calidad de miembro del directorio, órgano encargado de la administración de la sociedad, quien debía conocer el procedimiento respectivo. Recordemos la disposición del artículo 8 del Código Civil: “*Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia*”, a lo que se une la disposición del inciso segundo del artículo 39 de la Ley N° 18.046, que prevé el derecho, pero además deber, de los directores en orden a mantenerse informados.

**Decimoquinto:** Que, en relación con el criterio de daño o riesgo al correcto funcionamiento del mercado, a la fe pública y a los perjudicados en la infracción, respecto al que la Comisión para el Mercado Financiero señala en la Resolución impugnada: “*Estas infracciones generaron riesgos en la fe pública depositada por quienes son accionistas de una sociedad anónima abierta, quienes esperan que los directores cumplan con su deber fiduciario y que actúen conforme lo requiere la ley*”, el recurrente sostiene que nuevamente se limita a indicar que el solo hecho de la infracción importaría un riesgo (y no un daño) a la fe pública. Sin decirlo, en concepto del recurrente, el Consejo reconoce que no existió afectación material al bien jurídico protegido, sino solamente una infracción procedural. No obstante, a renglón seguido, el Consejo se contradice indicando que el riesgo vendría por un eventual incumplimiento al deber fiduciario de su representado, el que no fue objeto de formulación de cargos ni de sanción, lo que resulta contradictorio.

En este sentido, el deber fiduciario que incumbe a los directores, esto es, la obligación legal de actuar en interés de los accionistas, está dado por la confianza depositada en ellos como administradores de la

FRXXGSCXXX

sociedad por parte de los accionistas a quienes les asiste el derecho al mejor esfuerzo del director en pro de los intereses colectivos por sobre los individuales. Se consagra en el artículo 39, inciso tercero, de la Ley N° 18.046 y, sin duda, el director que lleve a cabo o participe en operaciones con partes relacionadas sin cumplir con los objetivos, requisitos y procedimiento establecidos al efecto, desde ya, pone en riesgo la fe pública, la credibilidad por parte de los accionistas y del mercado en general en los directores, sin que, como se dijo, sea necesario el desamparo del interés social o el descuido de las condiciones del mercado, la concurrencia de resultado dañoso o del beneficio personal, ya que la ley exige cumplir a priori con un cúmulo de requisitos, en forma copulativa, sin que baste con la sola presencia del resguardo del interés social y el ajuste a las condiciones de mercado – los que como se consignó no se tuvieron por probados. Por ello, no resulta contradictorio el raciocinio de la Comisión para el Mercado Financiero, como lo afirma el reclamante, ya que, por una parte basta con la transgresión –reconocida por lo demás- para poner en riesgo la fe pública y, además, el deber fiduciario envuelve todo el actuar de los directores, de modo que la contravención constatada configura una transgresión a dicho deber, sin que sea necesario un cargo independiente en tal sentido.

**Decimosexto:** Que, el reclamante formula igual reproche en torno a la inexistencia de beneficio personal y perjuicio de terceros que se le reconoce a su favor en la Resolución de que se trata, esto es, la mera enunciación sin sustento, lo que le impide conocer el raciocinio que permitió determinar la sanción aplicable.

A este respecto, en la Resolución se lee: *“Por otra parte, de los antecedentes aportados, no se observa que esta persona haya obtenido un beneficio económico con motivo de la infracción que se le imputa en este proceso sancionatorio.” “Tampoco consta que los Sres. Fontaine y Battaglia hayan sido sancionados durante los 5 años previos por*



*infracciones a las normas sometidas a fiscalización de esta Comisión, ni se cuenta con información de su capacidad económica.”*

Conforme al texto reproducido, aparece que la ausencia de fundamentación que alega el reclamante, no es tal, en la medida que se apoya en el mérito de los antecedentes aportados o inexistentes, tanto para descartar el beneficio económico como para ponderar su conducta anterior y su capacidad económica. Se trata de cuestiones objetivas, presentes o no en la investigación a través de los elementos de convicción pertinentes, de modo que la alusión a los antecedentes incorporados, resulta suficiente justificación al efecto, salvo que el reclamante singularizara algún elemento de convicción que haya sido desconocido, lo que no ocurre en el caso.

**Decimoséptimo:** Que, el reclamante dedica un capítulo aparte al indicador relacionado con “*Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias*”, previsto en el N° 7 del artículo 38, ya transcrita, a cuyo respecto argumenta que la Comisión para el Mercado Financiero debió realizar un análisis de las sanciones indicadas y la forma en la cual se pueden o no considerar “similares” con la sanción impuesta a su representado, lo que no ocurrió, ni siquiera se señala en la Decisión el monto de dichas sanciones.

Como se advierte del pormenorizado examen que realiza el recurrente, éste destaca las diferencias habidas entre la situación de su parte y la de los directores de las otras sociedades sancionadas y que se tuvieron presente por la Comisión para el Mercado Financiero; sin embargo, en sus críticas parece no considerar que la similitud, según se consigna en la Resolución impugnada, está dada por tratarse de infracciones a disposiciones contenidas en el Título XVI de la Ley N° 18.046 o del artículo 147 del mismo cuerpo legal, inmerso en aquel Título XVI, lo que no se controvierte en la presentación en examen, en la que incluso se reconoce tal semejanza. Las restantes disparidades – como, por ejemplo, en el caso de la compañía de seguros Ohio

FRXXGSCXXX

sancionar por no haber contribuido al interés social y no ajustarse a las condiciones del mercado- no son más que otros de los requisitos que, copulativamente, deben reunir las operaciones con partes relacionadas, las que deben someterse, ineludiblemente, al procedimiento previsto en el artículo 147 de la Ley N° 18.046 y en las causas referenciales se sancionó, precisamente, por infringir las exigencias, requisitos y procedimiento allí previstos perentoriamente, disposición que forma parte del Título XVI, como se dijo y que se intitula: “De las Operaciones con Partes Relacionadas en las Sociedades Anónimas Abiertas y sus Filiales”.

**Decimooctavo:** Que, en cuanto a los montos de las multas impuestas, lo cierto es que en las causas referenciales fluctúan entre 300 y 2.000 unidades de fomento y las afirmaciones del reclamante en cuanto a que las investigaciones versaron sobre “*conductas pluriofensivas, de una gravedad y afectación a la fe pública mayor al entregarse información falsa y ser contrarias el interés social*”, no pasa de ser su apreciación personal de las inconductas.

Recordemos que, en la especie, se yergue como regla del actuar de la Comisión para el Mercado Financiero, la prevista en el artículo 39 de la Ley N° 21.000, esto es: “*El monto de las multas aplicables de conformidad con esta ley será fijado por el Consejo de acuerdo a las reglas precitadas y con sujeción al procedimiento sancionatorio a que se refiere el título siguiente.*”, a lo que se une que el rango prescrito por la ley al efecto reconoce un tope máximo de 1.500 unidades de fomento, sin mínimo, de modo que, habiéndose respetado esa reglamentación, en la especie, no se han transgredido la razonabilidad y el sentido común, ínsitos en el principio de la proporcionalidad, inmerso éste en el ejercicio de la facultad sancionatoria del poder público objetivando un impedimento al exceso, el que no se advierte en la sanción equivalente a 400 unidades de fomento impuesta al recurrente.

FRXXGSCXXX

Además, en concepto de esta Corte el monto de la sanción pecuniaria que rebate este reclamante se ajusta a la optimización del cumplimiento de los fines que la ley le encomienda a la Comisión para el Mercado Financiero, desde que se han considerado, al determinarla – que por cierto ha sido en el rango más bajo- precisamente, las circunstancias ya analizadas y debe erguirse como una advertencia del respeto efectivo que el directorio –órgano de la administración de la sociedad anónima- debe reconocer a la normativa que regula su actuar en resguardo de los intereses colectivos, aun cuando se trate, como lo ha alegado el compareciente, de la omisión de formalidades, ya que es el cumplimiento de las mismas –entre otras cuestiones- el que reviste a las actuaciones de la transparencia necesaria ante los administrados y el mercado en general, según se anotó.

**Decimonoveno:** Que, por último, se hace útil recordar los objetivos de la Comisión para el Mercado Financiero, recogidos en el artículo 1° de la Ley N° 21.000, en tanto se le ha asignado velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública, debiendo mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas, depositantes y asegurados, así como el resguardo del interés público. Asimismo, le corresponde velar porque las personas o entidades fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, desde que inicien su organización o su actividad, según corresponda, hasta el término de su liquidación; pudiendo ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones.

La citada norma no prevé excepciones en cuanto a la fiscalización del cumplimiento de las leyes, reglamentos y estatutos por parte de las entidades sometidas al control respectivo. Deben ser respetadas en su integridad, lo que no hizo el reclamante en su calidad de presidente,

FRXXGSCXXX

vicepresidente y miembro del directorio de la sociedad abierta Blanco y Negro S.A., por lo que la sanción aplicada resulta suficientemente fundamentada y adecuada a la inconducta constatada.

**Reclamo del señor Yakob Mosa Shmes:**

**Vigésimo:** Que, este reclamante, además de admitir los hechos que configuran las contravenciones por las que fue sancionado, sostiene que la multa equivalente a 500 unidades de fomento le fue aplicada únicamente por la omisión de determinadas formalidades que no afectaron al bien jurídico protegido por la norma en cuestión en la forma en que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero lo refleja en su Resolución.

Alega que teniendo presente que el artículo 147 de la Ley N° 18.046 protege los evidentes abusos que podrían cometerse a través de las operaciones con partes relacionadas y que representan los dictámenes “similares” que tiene a la vista la Comisión para el Mercado Financiero para sancionar a su representado, se podrá apreciar que este caso dista absolutamente de aquéllos, ya que las operaciones cuestionadas fueron comunicadas por parte de su representado y conocidas por el directorio, fueron comunicadas a los accionistas y realizadas a un valor de mercado y en interés de la Sociedad, por lo tanto, la gravedad que se le imputa no condice con los antecedentes recopilados, por lo que el análisis desplegado en la Resolución impugnada –en su concepto- resulta absolutamente insuficiente y carece de la motivación y fundamentación requerida para la sanción aplicada. Afirma que su representado no obtuvo provecho alguno de las operaciones cuestionadas, las que se realizaron considerando similares de otra sociedad (Azul Azul, que administra la concesión de los bienes del Club Universidad de Chile), a la misma tasa de interés que se le aplicó a la sociedad Parinacota.

Finalmente, argumenta que el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero yerra en la consideración de las circunstancias

FRXXGSCXXX

establecidas en la Ley N°21.000, para la determinación del rango y del monto específico de las multas aplicadas en contra de su parte, incumpliendo, además, el mandato del legislador que le obliga a procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que el propio ordenamiento le encomienda, de acuerdo a lo que establece el artículo 38 del cuerpo legal señalado.

En iguales términos que el señor Fontaine, este reclamante sostiene que se han infringido los artículos 37, 38 y 52 de la Ley N°21.000; 147 N°s 1 y 2 de la Ley N°18.046 y 11 y 41 de la Ley N°19.880.

Asevera que no basta con que la administración, al momento de sancionar, constate una mera transgresión formal a cierta norma establecida en el derecho; es necesario que dicha transgresión afecte el bien jurídico protegido por la misma norma, en la especie, el interés social por sobre el de los administradores y accionistas considerados individualmente y, en el caso, no ocurrió así, reiterando las alegaciones ya vertidas, por lo que –a su juicio- no existe la gravedad imputada a la conducta de su representado.

A propósito de la falta de fundamentación –al igual que el señor Fontaine- sostiene que adolece de ella la resolución impugnada al no considerar que las operaciones fueron realizadas en interés social, con el conocimiento de los directores, en las condiciones de mercado de la época y comunicadas a los accionistas. Argumenta que, en definitiva, la Comisión para el Mercado Financiero lo que hizo fue sancionar por la omisión de un procedimiento cuyo resultado fue de todas formas resguardado en las operaciones realizadas.

Reitera aquí las mismas alegaciones acerca de la vulneración del principio de la proporcionalidad con el monto de la sanción impuesta y su falta de motivación, esto es, que no existe análisis en la Resolución de que se trata para aplicar esa sanción -500 unidades de fomento- y no otra, limitándose a enunciar los criterios establecidos en el artículo 38 de

FRXXGSCXXX



la Ley N° 18.046, incluso omitiendo el del N° 3, relativo al daño causado. Hace aquí igual examen sobre las motivaciones que se leen en la Resolución en relación con los indicadores del artículo 38 citado, destacando que no se argumenta sobre la razón de la gravedad de la conducta, limitándose a afirmar que el señor Mosa no llevó al directorio la discusión de las respectivas operaciones, ignorando las situaciones que ya ha explicado (interés social, comunicación, condiciones de mercado, sin provecho alguno) y sosteniendo, una vez más, que la conducta no es grave si no lesionó el bien jurídico protegido, existiendo únicamente un reproche procedural. Igual situación se presentaría con el factor riesgo, razonando sobre la base de la infracción del deber como director que no fue objeto de la formulación de cargos, contradiciéndose la Comisión para el Mercado Financiero a sí misma. Afirma también la ausencia de motivación al considerar a su favor la falta de beneficio económico y no haber sido antes sancionado, realizando por último, el mismo examen –ya referido en la reclamación del señor Fontaine- sobre las otras causas que se consideraron para aplicar la sanción.

**Vigesimoprimero:** Que, como aparece de lo consignado precedentemente y de la expositiva de esta decisión, los fundamentos contenidos en la reclamación del señor Mosa resultan muy similares – por no decir iguales- a los ya vertidos y analizados en relación con la presentación del señor Fontaine, de modo que, en aras de la economía procesal, este reclamante debe estarse a lo ya expuesto en torno a los argumentos que formula y que se repiten en uno y otro reclamo.

Las variaciones se relacionan –y no podrían no hacerlo- con la diferencia en las situaciones de hecho en que cada reclamante se vio involucrado, desde que ambos han sido directores de la Sociedad Blanco y Negro y, en el caso del señor Mosa, además el mayor aportante en la sociedad Parinacota, Fondo de Inversión Privado, que

FRXXGSCXXX

es la entidad que realiza los préstamos a dicha Sociedad Blanco y Negro.

Ya se estableció por esta Corte que el análisis de la disposición contenida en el artículo 147 de la Ley N° 18.046, conduce a concluir que la única forma en que se permite a una sociedad anónima abierta celebrar operaciones con partes relacionadas está constituida por el cumplimiento imperativo, riguroso e íntegro de cada una de las exigencias allí contenidas, sean de orden sustantivo como procedural, lo que los reclamantes admiten no haber respetado, de modo que su conducta es sancionable y en el rango establecido para cada uno, de acuerdo al análisis ya realizado por este Tribunal, considerándose que en la Resolución impugnada no se vulneran las normas señaladas en cada reclamación, contiene los fundamentos suficientes y se adecúa a los parámetros del artículo 38 de la Ley N° 18.046.

**Reclamo del señor Leonardo Battaglia Castro:**

**Vigesimosegundo:** Que, en relación con el reclamante señor Battaglia se discute por la reclamada la procedencia de la presente reclamación, desde que se dirige en contra de la Resolución N° 8.427, de fecha 9 de diciembre de 2019, la que desestima la reposición deducida por el señor Battaglia en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019.

En primer lugar, se dice por la recurrida que, las alegaciones vertidas por el reclamante en su presentación se dirigen contra la Resolución Sancionatoria y no en contra del Acto Reclamado, de lo que se sigue que aceptó la legalidad de la Resolución Sancionatoria. Destaca que, del solo examen del reclamo, aparece que no se formuló ningún reproche de ilegalidad contra el Acto Reclamado, sino, en cambio, se formulan alegaciones de orden considerativo o fáctico en contra de la Resolución Sancionatoria, de lo que resulta que carece de manifiesta falta de fundamentos la acción deducida en autos.



De lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71 de la Ley N° 21.000, la reclamada desprende que el recurso en cuestión, para efectos de ser interpuesto contra una sanción dictada por la Comisión para el Mercado Financiero, debe fundarse en que el mismo ha incurrido en una ilegalidad al momento de emitirse dicha resolución y afirma que respecto de la Resolución Exenta N° 8427, el presente reclamo no cumple con ninguna de estas exigencias, ya que no se señala la norma o disposición infringida y sin explicación alguna de cómo se habría infringido. Tampoco se explican las razones por las cuales aquél lo perjudica. Es decir, si el reclamante no identificó con precisión una disposición que se supone infringida por el Acto Reclamado, ni tampoco señaló las razones por la que no se ajusta a la ley, es inadmisible el “reclamo”.

Agrega que corrobora la inadmisibilidad del reclamo la circunstancia de oponerse alegaciones de orden fáctico, apreciativas o considerativas que no se condicen con la naturaleza del reclamo de ilegalidad contemplado en el artículo 71 del Decreto Ley N° 3.538, que lo es, el examen de legalidad del acto administrativo impugnado.

Asimismo, argumenta la reclamada, los reproches considerativos o fácticos formulados por el reclamante, se dirigen en contra de la Resolución Sancionatoria, la cual no fue reclamada, sino, en cambio, la Resolución que rechazó el recurso de reposición del reclamante, por lo que, además, carece de manifiesta falta de fundamentos la acción impetrada en autos.

Enseguida, sostiene que, al no dirigirse el reclamo contra una sanción impuesta por el Consejo, sino que exclusivamente contra una Resolución que resuelve la reposición, el libelo infringe lo dispuesto en el citado artículo 71 de la Ley Orgánica de la Comisión para el Mercado Financiero, bastando este solo hecho para que sea rechazado de plano, ya que el reclamo previsto en la citada norma procede en contra de

FRXXGSCXXX

Resolución Sancionatoria y la impugnada no lo es, desde que no aplica sanción sino que resuelve la reposición interpuesta.

En tercer lugar la Comisión para el Mercado Financiero sostiene la improcedencia de esta reclamación basándose en que la Resolución Sancionatoria no fue recurrida, por lo tanto, se encuentra firme habiéndose aceptado por el reclamante el ejercicio de la potestad sancionatoria y, en el evento que se aceptara la procedencia de este reclamo, la sanción aplicada al reclamante quedará plenamente vigente, por cuanto el presente reclamo de ilegalidad no se dedujo en contra de dicha sanción –reconociendo y aceptando de ese modo su legalidad– sino, en contra de un acto administrativo de distinta naturaleza.

**Vigesimotercero:** Que la improcedencia alegada por la reclamada carece de asidero y será desestimada. En efecto, en primer lugar, las alegaciones formuladas por el reclamante constituyen reproches que se dirigen en contra de la Resolución N° 8.427, de fecha 9 de diciembre de 2019, la que reproduce las fundamentaciones contenidas en la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019 para desestimar las argumentaciones del reclamante, de modo que la Resolución que decide la reposición es la continuación de la Resolución sancionatoria y que surge porque la propia ley permite deducir reposición, dejando a salvo el plazo respectivo.

En el caso, la Resolución N° 8.427 mantuvo lo decidido por la Resolución N° 7.600, con los mismos fundamentos y haciéndose cargo de las alegaciones vertidas en la reposición, de modo que resulta procedente a su respecto esta reclamación, ya que aquélla mantiene la sanción determinada.

A lo anterior se agrega que el cuestionamiento sobre la existencia del desarrollo de las ilegalidades que se atribuyen al acto impugnado, será decidido en esta etapa.

Por último, del artículo 71 citado no se desprende que la interposición de reposición turbe o impida la presentación de la

FRXXGSCXXX

reclamación que se establece en el artículo 71 de dicha Ley N° 21.000 en contra de la misma sanción, por el contrario, se suspende el plazo respectivo, de modo que no se divisa la improcedencia de la presente reclamación en los términos pretendidos por la reclamada, cuya argumentación acerca del plazo ya fue zanjada por este Tribunal por resolución firme.

En este entendido, esta Corte recogerá las argumentaciones y sustentos vertidos en la Resolución N° 7.600 para los efectos del análisis correspondiente.

**Vigesimocuarto:** Que, el señor Leonardo Battaglia Castro, fue sancionado por: a) Haber aprobado la operación con partes relacionadas de fecha 20 de noviembre de 2015, sin haber fundamentado la decisión conforme a lo requerido por el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046, esto es, sin haber justificado suficientemente que la operación contribuía al interés social y que se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas del mercado al tiempo de su aprobación y b) Haber celebrado la operación con parte relacionada de fecha 24 de marzo de 2017, sin que ésta haya sido sometida a la aprobación del Directorio en los términos exigidos en el N° 2, del artículo 147, de la Ley N° 18.046.

Respecto a la operación de 20 de noviembre de 2015, el reclamante controvierte la falta de fundamentos que se atribuye a la operación, señalando que en la Sesión Extraordinaria de Directorio celebrada el jueves 19 de noviembre del 2015, se precisó: (i) Que la Compañía debía realizar ciertos pagos en el corto plazo y que se encontraba en una complicada situación de caja, de manera que se hacía necesario buscar alternativas de financiamiento. (ii) Que se habían mantenido algunas conversaciones con distintos bancos, pero que no estaban dispuestos a prestar los fondos requeridos. (iii) Que ante el apremio de la situación, el señor Mosa ofrecía prestar los fondos requeridos personalmente, en condiciones de mercado y con plena

FRXXGSCXXX

sujeción a la ley, previa aprobación del Directorio. De estas precisiones el recurrente desprende que se discutió en el Directorio en comento, el beneficio para la sociedad Blanco y Negro de la operación a lo que adiciona que el propio presidente de la sociedad señaló que dicha operación se haría a la misma tasa de interés y con las mismas condiciones que si se hubiere recibido de un banco y que la obligación de la Compañía para consigo sería garantizada con el pago de los derechos de solidaridad que se recibirían de parte del Bayern Munich el año 2016, por el traspaso del jugador Arturo Vidal. A mayor abundamiento, consta en el acta del citado directorio y en la testimonial del secretario abogado de la sociedad Blanco y Negro a dicha fecha, don Juan Nicolas Vial, que éste reafirmó los términos en que debía realizarse la operación. Agrega los dichos del Presidente, señor Mosa, quien se abstuvo de votar y aseguró que el préstamo se haría en las condiciones del mercado, más lo que se consignó en las Actas respectivas.

En este sentido sostiene que el artículo 147 de la Ley N° 18.046, establece una diferenciación, esto es, en su inciso primero señala los requisitos que la operación debe cumplir, como son el que debe contribuir al interés social y se debe ajustar en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación y luego entrega 7 requisitos adicionales que deben observarse para que se pueda llevar a cabo, siendo uno de estos, el descrito en el N° 2 y que dice relación con la aprobación previa por parte de la mayoría absoluta de los miembros del directorio y si bien el referido numeral señala que deberá dejarse constancia en el acta de la opinión de los directores, no puede confundirse tal obligación con aquella descrita en el inciso primero del artículo 147 y que legislador establece para la operación en concreto. Es decir, la referida norma no exige ni establece parámetros, condiciones o detalles específicos de la operación que deban discutirse en la Sesión de Directorio, sino sólo que

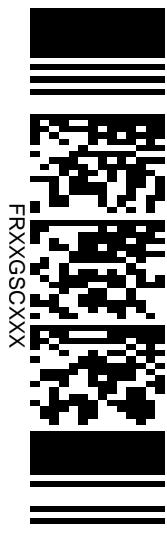
FRXXGSCXXX

deberán dejar constancia de los fundamentos de la decisión, es decir, deben argumentar respecto a si consideran de acuerdo con lo que se ha expuesto, que la operación contribuye al interés social y si se ajusta en general a las condiciones que dicha operación tendría en el mercado al tiempo de su aprobación. Argumenta que ambos requisitos fueron cumplidos a cabalidad.

Enseguida, a propósito de la segunda contravención que se tuvo por configurada, el reclamante argumenta que debe considerarse, en primer lugar, lo señalado por el propio fallo de la Comisión para el Mercado Financiero en reiteradas ocasiones y que dice relación con que durante la tramitación de la causa se pudo acreditar fehacientemente que las operaciones realizadas entre Blanco y Negro y la Sociedad Parinacota los años 2016 y 2017, no fueron informadas por parte del Gerente General, Presidente y/o director a quien afectaba o tenía interés en la operación, a los directores en ninguna de las Sesiones Ordinarias o Extraordinarias de Directores llevadas a cabo durante aquella época. Y, en segundo lugar, se debe considerar, además, que la única operación, según se acreditó en la causa, que sí fue informada, fue aquella de fecha 20 de noviembre 2015 en la Sesión Extraordinaria de Directores, de fecha 19 de noviembre de del referido año. Es decir, a la fecha en que su representado firmó el documento privado de reconocimiento de deuda, tenía conocimiento que efectivamente se había celebrado una sola operación de crédito con parte relacionada, que fue aquella del año 2015, siendo imposible que conociera de alguna otra celebrada con posterioridad, simplemente, porque se le ocultó a él y a todos los demás directores de Blanco y Negro.

Manifiesta que en este contexto debe analizarse el argumento bajo el cual la Comisión para el Mercado Financiero atribuye responsabilidad por este hecho a su defendido, esto es: "*Cabe considerar que, en su calidad de director, necesariamente debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto*

FRXXGSCXXX



*porque el participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación".* En este aspecto, alega la existencia de una irremediable y grave contradicción, ya que en reiteradas ocasiones a lo largo del fallo, se da por acreditado el hecho de que las operaciones celebradas con Parinacota en los años 2016 y 2017 no fueron informadas a los directores y que éstos, por lo tanto, no tenían ningún conocimiento de las mismas y, a pesar de ello, le impone la obligación al señor Battaglia Castro de saber de dichos créditos por haber participado de las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias. Es decir, primero señala que de ninguna forma, algún director pudo haber sabido de las mentadas operaciones, ya que nunca se trataron en ninguna Sesión de Directorio (y menos quedó registrado en ninguna Acta) y a renglón seguido le atribuye responsabilidad a su representado en la firma de un instrumento privado de reconocimiento de deuda, justamente porque debió haber tenido conocimiento de la operación a la cual supuestamente se refería el documento, o al menos debió haber consultado las Actas de las Sesiones de Directorio anteriores.

Sostiene que la Comisión para el Mercado Financiero da cuenta de la aprobación de la operación de 20 de noviembre de 2015, única conocida por el reclamante, de modo que éste suscribió el reconocimiento de deuda en la creencia que correspondía a dicha operación aprobada, sumado a que el monto reconocido era inferior al de dicha operación, a lo que agrega que lo indujo a firmar la falta de especificación de la deuda que reconocía, a diferencia de los otros instrumentos suscritos por el señor Fontaine que eran más detallados, de modo que le fue proporcionada una escasa información al respecto, por lo que la diligencia del director en cuestión, no pasaba por consultar el Libro de Actas para saber si la operación había sido aprobada o no previamente por el Directorio de Blanco y Negro, ya que incluso de

FRXXGSCXXX

haberlo hecho, no hubiese podido salir del error al cual fue inducido, ya que no habría encontrado referencia a ningún otro crédito u operación. Alega que actuó de buena fe y que se representó que se trataba de un saldo insoluto del préstamo aprobado y conocido en Directorio, no advirtiéndole nadie lo contrario, ni siquiera el Gerente General, quien declara en este sentido.

A diferencia de lo que el fallo recurrido señala, el actuar del señor Battaglia Castro está lejos de poner en riesgo la fe pública. Por el contrario, el ex director en cuestión ha limitado su actuar de manera irrestricta a lo que la ley le impone, desempeñándose siempre a partir de las directrices y de la confianza depositada por los accionistas a los que se debe. Asimismo, no es efectivo que no haya colaborado en la investigación. Por el contrario y con ocasión de los descargos presentados, se entregó información documental de trascendental importancia para acreditar la aprobación del préstamo de fecha 20 de noviembre del 2015 por Directorio del 19 del mes y año antes citado. Indica que si no se dijo nada al respecto en la declaración prestada por el señor Battaglia el 15 de enero de 2019, fue porque sólo se le preguntó respecto de aquellos créditos otorgados en el año 2016, no formulándosele ninguna pregunta respecto de los años 2015 y 2017, hecho que, sumado al tiempo transcurrido y a la falta de antecedentes documentales a la vista y suficientes para sustentar sus respuestas al momento de prestar testimonio, hicieron que sus respuestas no fueran lo precisas que hubiera querido, situación que fue debidamente enmendada con ocasión del escrito de descargos.

Por último, argumenta sobre el perjuicio que le acarrea la sanción, atendida su intachable conducta profesional y que desconoce la buena fe con que actuó en los hechos que se le atribuyen.

**Vigesimoquinto:** Que, como se advierte de lo consignado, este reclamante enarbola dos argumentos. El primero está constituido por la

FRXXGSCXXX

interpretación que otorga al artículo 147 de la Ley N° 18.046 y el segundo, la buena fe y el error al que fue inducido.

A propósito de la operación con parte relacionada de 20 de noviembre de 2015, se imputa al señor Battaglia, no haber fundamentado la decisión conforme a lo requerido por el N° 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046, esto es, sin haber justificado suficientemente que la operación contribuía al interés social y que se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas del mercado al tiempo de su aprobación.

En este capítulo, el investigado cuestiona la interpretación que se le da a la norma, a cuyo respecto sostiene que la operación con parte relacionada debe cumplir con los requisitos del inciso primero del artículo 147 citado y, además, con las exigencias adicionales previstas en los numerales 1 a 7 de la disposición, bastando con que se deje constancia en actas de los fundamentos de la decisión, lo que se habría cumplido a su entender, porque se dejó testimonio de que contribuía al interés social, se haría en las condiciones del mercado de la época y no reportaba beneficio alguno.

El N° 2 del artículo 147 de la ley de Sociedades Anónimas, prescribe: “*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.*”.

Por su parte, en la Resolución N° 7.600 se reproduce la defensa del señor Battaglia, en la que sostuvo que se cumplió con los requisitos de la norma y en ese sentido, se lee: “*... Sin embargo, el descargo será desestimado por las mismas consideraciones por las cuales se*

FRXXGSCXXX

*desestimó el descargo para el caso del Sr. Fontaine, que se exponen en la sección IV.B.2.A.i, puesto que en el directorio cuestionado, no se trataron antecedentes mínimos que dieran cuenta que la operación contribuía al interés social, cómo se ajustaba en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalecían en el mercado al tiempo de su celebración, particularmente porque el directorio no se refirió, por ejemplo, al monto de la operación, su plazo, tasa de interés y en qué términos se ajustaba a aquellas de mercado, conforme es requerido por el artículo 147 número 2 de la Ley N° 18.046, como tampoco se observó que el directorio, haya definido las condiciones económicas para llevar a cabo la antedicha operación.”.*

Tal raciocinio desestimatorio de las pretensiones absolutorias del señor Battaglia, resulta efectivo.

Se recuerda aquí lo ya razonado, en orden a que el artículo 147 de la Ley N° 18.046, establece requisitos copulativos cuya concurrencia íntegra y rigurosa permite la celebración de operaciones con partes relacionadas.

En aras de la transparencia y protección de todos los accionistas no basta con afirmar que dichos requisitos se encuentran presentes, debe demostrarse que así es, de modo que al someter la operación al control externo supere los estándares requeridos y, al efecto, resulta indispensable consignar en las respectivas Actas los elementos básicos que conduzcan indefectiblemente a determinar las condiciones en que se realizaron, lo que no se hizo, a pesar de los esfuerzos que realiza el investigado por convencer de lo contrario, ya que anotar las dificultades de caja, la imposibilidad para obtener créditos en el sistema financiero por parte de la Sociedad Blanco y Negro y la oferta de préstamo de uno de los directores a través de otra empresa –de la que era el principal aportante- son circunstancias que no condicen con la precisión necesaria y exigida por la ley, puesto que, examinado el debate post operación no conduce a conclusión alguna acerca de las condiciones

FRXXGSCXXX

del mercado de la época ni a aquellas en las que se realizó la operación cuestionada. Por consiguiente, no se subsume en las exigencias legales como lo decidió la Comisión para el Mercado Financiero en la Decisión que es motivo de esta reclamación.

**Vigesimosexto:** Que, en torno al segundo hecho configurativo de infracción al citado N° 2 del artículo 147 de la Ley de Sociedades Anónimas, es decir, celebración de la operación con parte relacionada de fecha 24 de marzo de 2017, sin que ésta haya sido sometida a la aprobación del Directorio en los términos exigidos, el reclamante argumenta que deben considerarse las circunstancias que rodean a la suscripción del reconocimiento de deuda, esto es, por un lado, la existencia de la operación aprobada de 20 de noviembre de 2015 y, por el otro, la ausencia de información sobre la existencia de otras operaciones por parte del presidente o gerente general o su ocultamiento.

Alega el reclamante que en ese contexto corresponde analizar la atribución de responsabilidad que le hace la Comisión para el Mercado Financiero, la que le imputa “*...debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque el participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación...*”. Y en tal atribución advierte una contradicción, ya que por una parte se deja establecido que la operación en cuestión no fue llevada al directorio y, por la otra, se le exige su aprobación previa. Además, invoca el error al que habría sido inducido, tanto por la existencia de una operación efectivamente aprobada -20 de noviembre de 2015- como por el monto inferior a dicha operación del reconocimiento que suscribió, unido a la falta de especificidad del instrumento.

En la Resolución N° 7.600, se lee en relación con el señor Battaglia: “*...el investigado suscribió el reconocimiento de deuda de*

FRXXGSCXXX

fecha 24 de marzo de 2017, conforme consta en el expediente a fojas 131 y 132.” “La ley es imperativa en cuanto a que una operación con partes relacionadas no puede ser celebrada sin que el directorio, o en su defecto la junta de accionistas haya dado su consentimiento, por lo que cuando el Sr. Battaglia suscribió el reconocimiento de deuda en representación de ByN y en favor de Parinacota, sin contar con el consentimiento del directorio, infringió el 2 del artículo 147 de la Ley N° 18.046.” “Cabe considerar que, en su calidad de director, necesariamente debía saber si se habían o no aprobado operaciones con partes relacionadas, tanto porque el participaba en las sesiones de directorio en que se debían tratar estas materias, como porque ya había participado en una sesión de directorio en que una de estas operaciones había sido sometida a aprobación.” “Por lo mismo, no resulta admisible su defensa, en cuanto a que no tenía cómo saber la naturaleza de la operación en cuestión, ya que su calidad de director, le exige de acuerdo al citado número 2, que previo a materializar una operación con partes relacionadas suscribiendo el reconocimiento de deuda, esto es, previo a que la sociedad otorgue su consentimiento a la operación con parte relacionada, esta sea aprobada por el directorio, de modo que lo exigido por la norma, es que el director que materializa la operación, tenga la certeza de su previa aprobación, lo que es fácilmente verificable consultando el libro de actas de directorio.”.

**Vigesimoséptimo:** Que, en este aspecto, no advierte esta Corte la contradicción esgrimida como ilegalidad por el investigado señor Battaglia, desde que se trata del cumplimiento de los requisitos de procedencia de una operación con parte relacionada. En efecto, determinar la inexistencia de someter a la aprobación del directorio una operación con parte relacionada, no exime a cada uno de los directores de ejercer el derecho-deber de mantenerse informados de la marcha de la sociedad, de estar al tanto de cada una de las gestiones que se realizan o se han realizado y de velar porque ellas resguarden el interés

FRXXGSCXXX

social y se ajusten al beneficio colectivo por sobre el individual, además de cumplir con todas las exigencias legales, sobre todo si a quien se le imputa haberse sustraído de ese conocimiento corresponde exactamente a quien suscribió el documento que daba cuenta del reconocimiento de una deuda que, antes o después la sociedad que administra en conjunto con los demás consejeros, debía saldar.

Resulta así que la decisión adoptada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero se ajusta a la inconducta atribuida al reclamante, entonces director de la sociedad Blanco y Negro, sin que las alegaciones relativas a la existencia de una anterior operación con parte relacionada aprobada por el directorio puedan servir de exención de responsabilidad, desde que, de esa manera, es dable entender que conocía el procedimiento y aprobación previa a la que debían someterse ese tipo de operaciones financieras. Tampoco lo excusan el monto de la operación ni la falta de especificidad del instrumento que suscribió, ya que aun en esas circunstancias su obligación era cerciorarse del cumplimiento previo de los requisitos legales, perentoriamente exigidos en el artículo 147 de la Ley N° 18.046, atendida especialmente su calidad de director.

**Vigesimooctavo:** Que, en lo que al riesgo de la fe pública se refiere, el reclamante debe estarse a lo ya razonado por esta Corte en el motivo decimocuarto que antecede, en cuanto a que el deber fiduciario que incumbe a los directores, esto es, la obligación legal de actuar en interés de los accionistas, está dado por la confianza depositada en ellos como administradores de la sociedad por parte de los accionistas a quienes les asiste el derecho al mejor esfuerzo del director en pro de los intereses colectivos por sobre los individuales. Se consagra en el artículo 39, inciso tercero, de la Ley N° 18.046 y, sin duda, el director que lleve a cabo o participe en operaciones con partes relacionadas sin cumplir con los objetivos, requisitos y procedimiento establecidos al efecto, desde ya, pone en riesgo la fe pública, la credibilidad por parte



de los accionistas y del mercado en general en los directores, sin que, como se dijo, sea necesario el desamparo del interés social o el descuido de las condiciones del mercado, la concurrencia de resultado dañoso o del beneficio personal, ya que la ley exige cumplir a priori con un cúmulo de requisitos, en forma copulativa, sin que baste con la sola afirmación del resguardo del interés social y el ajuste a las condiciones de mercado.

Por ello, sin duda, el investigado señor Battaglia ha puesto en riesgo la fe pública, concordando con los argumentos vertidos por la Comisión para el Mercado Financiero en este sentido, tanto en la Resolución impugnada como en el informe incorporado a estos antecedentes.

En cuanto a su falta de colaboración en la investigación, se trata de una cuestión objetiva constatada por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero y que se presentó durante esa etapa, la que resulta corroborada por sus afirmaciones en orden a que en el escrito de descargos remedió tal situación, sin desconocer que se trata de un asunto de hecho que escapa al objetivo del presente reclamo.

Además, tal ausencia colaborativa no logra ser desvirtuada por las restantes alegaciones en cuanto a que no se le preguntó sobre las operaciones de los años 2016 y 2017 y había transcurrido tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la época en que prestó declaración, cuestión que bien pudo enmendar durante la etapa de pesquisa a través de las presentaciones que a ley le permite realizar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto, además, en el artículo 71 de la Ley N° 21.000, **se rechazan** las reclamaciones interpuestas por don Paul Fontaine Benavides y Yakob Mosa Shmes en contra de la Resolución N° 7.600, de 8 de noviembre de 2019 y la de don Leonardo Battaglia Castro en contra de la Resolución N° 8.427, de fecha 9 de diciembre de 2019, ambas dictadas por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero.

FRXXGSCXXX

Redactó la Fiscal Judicial, señora Javiera González S.  
Regístrese y comuníquese.  
N° 635-2019 (ac. 636-19 y 688-19)



Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Paola Plaza G., Guillermo E. De La Barra D. y Fiscal Judicial Javiera Verónica González S. Santiago, ocho de septiembre de dos mil veinte.

En Santiago, a ocho de septiembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaficial.cl>