



[REF.: RESUELVE REPOSICIÓN DEL SEÑOR YAKOB ANÍBAL MOSA SHMES EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°7603 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2019.

SANTIAGO, 16 DE DICIEMBRE DE 2019

RESOLUCION EXENTA N°8679

VISTOS:

1. Lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República; en los artículos 5, 20 N°4, 52 y 69 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, que crea la Comisión para el Mercado Financiero; en el artículo 1 y en el Título II de la Normativa Interna de Funcionamiento del Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, que consta en la Resolución Exenta N°3.100 de 2019; en el Decreto Supremo N°437 del Ministerio de Hacienda del año 2018 y en el Decreto Supremo N°1.207 del Ministerio de Hacienda del año 2017.

2. Lo dispuesto en los artículos 164, 165 y 166, letra a), de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores.

CONSIDERANDO:

1. Que esta Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, la “Comisión”), mediante Resolución Exenta N°7603 de 8 de noviembre de 2019 (en adelante e indistintamente, la “Resolución Exenta N°7603 de 2019” o la “Resolución Recurrída”), impuso al señor **Yakob Aníbal Mosa Shmes** (en adelante e indistintamente, el “señor Mosa” o el “Infractor”) una sanción de multa de **UF 10.000**, por infringir la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores. Lo anterior, por cuanto éste, en su calidad de director de la Blanco y Negro S.A. (en adelante e indistintamente, “ByN” o la “Sociedad”), estando en posesión de información privilegiada, consistente en los estados financieros de esa Sociedad al 31 de marzo de 2018, aprobados por el directorio con fecha 28 de mayo de 2018 y aún no publicados, el día 29 de mayo de 2018 adquirió a través del Fondo de Inversión Privado Parinacota (en adelante, “Parinacota”), 4.714.253 acciones de esa Sociedad (en adelante, acciones “Colo Colo”), por un monto total de M\$1.464.792, contraviniendo de esta forma el deber de abstención, consistente en la prohibición de *“adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras*

personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada”, contenido en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045.

2. Que, en lo atingente, la Resolución Exenta N°7603 de 2019 puso término al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio Reservado UI N°614 de fecha 18 de diciembre de 2018 (el “Oficio de Cargos”), a través del cual se formularon cargos al señor Mosa.

3. Que, mediante libelo ingresado en esta Comisión con fecha 25 de noviembre de 2019, el señor Mosa, representado por don Sabas Chahuán Sarrás (el “Recurrente”), interpuso el recurso de reposición contemplado en el artículo 69 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, en contra de la referida Resolución Exenta N°7603 de 2019, solicitando que se deje sin efecto la multa impuesta al Infractor, por la “supuesta infracción” a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, sobre la base de los argumentos que expone, la buena fe con la que habría actuado el señor Mosa y la ausencia de todo perjuicio a terceros.

I. FUNDAMENTOS DE LA REPOSICIÓN.

1. En primer lugar, el Recurrente reitera los argumentos esgrimidos en los descargos realizados por esa parte al Oficio de Cargos, señalando al respecto que “... *no existió, por parte de don Yakob Anibal Mosa, ninguna intención de aprovecharse de información sensible. Además, los estados financieros aprobados por el directorio de ByN no contenían ni representaban información privilegiada, toda vez que no tenían la suficiente entidad ni la información para influir en la cotización de los valores emitidos, es decir, no tenían la aptitud de hacer variar los criterios de inversión de los agentes demercado (sic), que es a lo que se refiere el artículo 164 de la Ley 18.045...*”.

2. Adicionalmente señala que “... *la compra de los paquetes accionarios el día 29 de mayo de 2019 [Sic] no fue realizado con la intención de obtener una utilidad en una venta posterior de ellas, que es justamente lo que busca evitar la prohibición legal del uso de información privilegiada*” (énfasis en el original), agregando que “*El señor Mosa Shmes adquirió acciones ColoColo únicamente con el objeto de aumentar su participación social (sic)*”.

3. En otro orden de ideas, el Recurrente alega que los estados financieros de ByN no constituían información privilegiada. Sobre este punto, aduciendo a la definición de dicho concepto contenida en el artículo 164 de la Ley N°18.045, señala que “*Esta definición es fundamental para acoger el presente curso y dejar sin efecto la inicua, y en absoluto inocua, sanción impuesta a mi representado. Debí considerarse por la CMF que únicamente tendrá el carácter de información privilegiada aquella que por su naturaleza y aptitud tenga la capacidad de influir en la cotización de las acciones o valores que se transan en el mercado. Contrariamente, aquella que no tenga dicha aptitud, por no reflejar cambios importantes o novedosos relativos (sic) a la sociedad fiscalizada, no constituye información privilegiada. Este criterio, como se anticipó en los descargos, fue asentado por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 7340/2012*”.

En ese sentido, el Recurrente argumenta que *“Así, corresponde al ente fiscalizador, en este caso la CMF, explicar, con razones concretas, por qué cierta información reviste este carácter para el caso concreto, no bastando las fundamentaciones puramente abstractas como, por ejemplo, el hecho de que los estados financieros de una sociedad revisten ese carácter por el solo hecho de haber sido aprobados. Es necesario, por lo mismo, recurrir a criterios de materialidad de la información supuestamente aprovechada, y no centrarse solamente en la formalidad de que la supuestatransgresión (sic)”*.

4. Adicionalmente, luego de exponer su opinión respecto a las características que debe tener cierta información para revestir el carácter de privilegiada, el Recurrente señala que *“De conformidad con lo anterior, **un documento no puede constituir per se una información privilegiada, sino que dependerá de la información contenida en el mismo**. Por otra parte, una información no contenida en ningún documento también puede ser privilegiada o no dependiendo de si reúne o no las características antes señaladas”* (énfasis en el original).

Luego, concluye al respecto que *“La información privilegiada, es aquella que, por su naturaleza y relevancia, analizadas objetivamente puede producir efectos en la cotización de los valores, esto es, hacer variar el precio de los valores”,* arguyendo que *“En el presente caso, y según se desprende de la relación de los hechos, es evidente que los estados financieros de ByN, aprobados el 28 de mayo de 2018, no tenían la capacidad de influir en la cotización de las acciones Colo Colo. Aquello es evidente, pues no existió una variación considerable en el precio al cual estaban siendo transadas dichas acciones entre los meses de mayo y junio, es decir, con anterioridad y posterioridad a la publicación de los estados financieros”*.

5. Por otra parte, señala que *“... de ninguna manera puede decirse que mi representado haya sacado provecho de información sensible que tenía en su calidad de director. Para obtener un provecho o beneficio habría sido necesario que el precio de transacción de las acciones subiera con la publicación de los estados financieros, generando para él una ganancia o la disminución de una pérdida. Sin embargo, en el presente caso ocurrió todo lo contrario: esta información, además de ser irrelevante, pues no varió sustancialmente el precio de transacción, incluso tuvo un efecto negativo en la cotización de los valores, puesto que el valor de transacción disminuyó”* (énfasis en el original).

Por ello, sobre este punto concluye que *“Si mi representado hubiese querido utilizar una información que tuviese el carácter de privilegiada debió haber vendido acciones de ByN (como hicieron otros), **no comprarlas, como hizo***.

Esta es la mejor prueba de que aquí se persiguió y sancionó una supuesta infracción meramente formal, y no material, a lo que protege realmente la norma” (énfasis en el original).

6. Ahora, en cuanto al alcance del artículo 165 de la Ley N°18.045, el Recurrente señala que *“...es sabido que la potestad sancionadora de la*

administración constituye una manifestación y ejercicio del ius puniendi estatal, y en tanto tal, le son también aplicables las limitaciones y principios del derecho penal”. Adicionalmente señala 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” (énfasis en el original).

7. En razón de lo anterior, el Recurrente arguye que *“El bien jurídico protegido por las reglas que sancionan el uso de información privilegiada no es otro que la transparencia en la información y la igualdad de los operadores bursátiles en el empleo que hacen de la misma. Lo que la norma pretende evitar es la asimetría injusta que se genera cuando se transan valores y se obtiene una ganancia a costa de otros tenedores de valores, aprovechando información que, dada una determinada posición en la sociedad o en el mercado, permite obtener dicha ventaja.*

El presupuesto para sancionar antes citado, no se cumple en el caso que nos convoca, pues, como fluye de los hechos y los argumentos expuestos, la compra de acciones Colo Colo por parte de don Aníbal Mosa no puede estimarse como vulneradora del bien jurídico protegido en la norma, en cuanto no existió la intención de sacar provecho de información sensible que conoció o pudo haber conocido en su calidad de director de ByN, y en desmedro del mercado de valores o de su transparencia” (énfasis en el original).

8. Por otra parte, el Recurrente señala que en los descargos *“...se esgrimieron otros fundamentos para resistir la posibilidad que don Yakob Aníbal Mosa Shmes haya cometido infracción alguna a las normas del artículo 165, en relación con la definición del artículo 164 y las presunciones del artículo 166, todos de la Ley N° 18.045.*

En efecto, en los acápites IV y V del escrito de descargos presentado, se consignaron dos órdenes de argumentos para descartar la responsabilidad de nuestro representado en las infracciones imputadas. En el primero de esos apartados se fundamentó, en síntesis, sobre la base que la compra de acciones por parte de Mosa Shmes sólo conllevaría una eventual vulneración de normativa interna de la CMF y de ByN y que la formulación de cargos contenida en el Oficio Reservado N° 614, del señor Fiscal de la CMF vulneraba el principio de legalidad entre otras consideraciones. Por su parte, el apartado V del escrito en que se presentaron los descargos, expresó que el incumplimiento de normativa interna de ByN no era imputable a nuestro representado por cuanto existe un error de prohibición no reprochable.

No obstante que la Resolución N° 7603 que impugnamos desechó, en sus propios apartados 4 y 5 los argumentos del escrito de descargos a los que recién aludimos, solicitamos se tengan por expresamente reproducidos en este Recurso de Reposición, y como fundamento de la misma pretensión impugnatoria, entendiéndolo que no se reiteran sólo para evitar inoficiosas repeticiones”.

II. ANÁLISIS DE LA REPOSICIÓN.

En primer lugar, es menester mencionar que el Recurrente no niega ni controvierte los hechos en los que se funda la sanción impuesta mediante Resolución Exenta N°7603, ni aporta nuevos antecedentes para desvirtuarlos.

Dicho lo anterior, resulta necesario analizar el recurso de reposición distinguiendo entre los distintos argumentos allí esgrimidos:

II.1. De la falta de intención de aprovecharse de información privilegiada.

Sobre este punto, vale la pena recalcar lo señalado en la Resolución recurrida en cuanto a que la infracción al deber de abstención contemplado en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045 se configura por el sólo hecho de adquirir o enajenar valores sobre los cuales se posea información privilegiada, constituyendo por tanto una imputación de carácter normativo que se satisface con verificar si el Infractor incurrió o no en la conducta prohibida contenida en la disposición precedentemente citada, sin atender a la intencionalidad o motivación del agente.

Lo anterior ha interpretado previamente tanto por esta Comisión (Resoluciones Exentas N°306 y N°307, ambas de 6 de julio de 2007, y N°662 de 27 de diciembre de 2007, entre otras), como por la Corte Suprema (Sentencias de 28 de noviembre de 2012, de 11 de noviembre de 2013 y de 14 de abril de 2014, dictadas en causas Roles N°3.054-2010, N°7.340-2012 y N°1.625-2013, respectivamente).

A estos efectos, cabe considerar lo señalado en sentencia dictada en causa Rol N°3.054-2010, con fecha 28 de noviembre de 2012, en la que la Corte Suprema señaló en su considerando décimo que *“Que por lo razonado en este primer capítulo del recurso, cabe concluir que los sentenciadores no incurrieron en error de derecho en la interpretación del artículo 165 de la Ley N° 18.045, puesto que de la interpretación efectuada se llega a la clara conclusión que el inciso primero de esta norma contempla la prohibición de adquirir valores sobre los cuales se posea información privilegiada y que la sanción aplicable a la infracción de esa prohibición es la contemplada en los artículos 28 y 29 del D.L. N° 3.538, en conformidad a lo establecido en el artículo 58 de la Ley N° 18.045, por no tener contemplada una sanción específica en esta ley, no habiéndose tampoco infringido en consecuencia el inciso 1° del artículo 22 del Código Civil, por tanto en lo que a esta causal se refiere, el recurso no podrá prosperar”*.

A mayor abundamiento, en sentencia dictada en autos Rol N°7.340-2012, con fecha 11 de noviembre de 2013, la Corte Suprema refrenda en su considerando décimo sexto que *“...de esta manera, yerran nuevamente los jueces del fondo al exigir intencionalidad en la conducta de los reclamantes como supuesto necesario para que proceda la aplicación de una sanción por infracción a la prohibición de adquisición de acciones haciendo uso de información privilegiada, porque es un requisito que el inciso 1° del artículo 165 de la Ley N° 18.045 no exige, lo que esta norma establece es un deber de conducta que persigue la transparencia del mercado de valores como forma de velar por la fe pública”*.

En todo caso, vale la pena hacer presente que el artículo 164 de la ley N° 18.045, dentro de los elementos que configuran la información privilegiada, se refiere a información “*cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos*”, esto es, que tenga una potencialidad o posibilidad de afectar la cotización de los valores, sin exigir, en ninguna parte, que esta posibilidad o potencialidad efectivamente se materialice.

En consecuencia, en razón de lo previamente señalado, esta alegación no es apta para desvirtuar lo resuelto en la Resolución Exenta N°7603, por lo que el recurso de reposición deberá ser rechazado en esta parte.

II.2. De la incorrecta calificación de los estados financieros como información privilegiada.

En relación a esta alegación, resulta necesario reiterar que, como se señaló en la Resolución Exenta N°7603, los estados financieros aprobados por el directorio de una sociedad anónima reúnen todos los requisitos contemplados en el artículo 164 de la Ley N°18.045, por lo que, por su naturaleza, revisten el carácter de información privilegiada. Ello, atendida la entidad única de la información que proveen al mercado, la que, por sus características de completitud, integridad y certeza – al ser aprobados por el directorio –, resulta trascendental para vislumbrar la situación financiera de un determinado emisor.

Como se señaló en la Resolución Recurrída, este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema, la que en sentencia de 14 de abril de 2014, dictada en autos Rol N°1.625-2013 señaló: “*Que lo anterior encuentra fundamento en una razón lógica, esto es, antes de la aprobación de los estados financieros de una compañía el mercado o los inversores sólo teorizan y especulan acerca de su posible contenido, empero sin poseer ninguna certidumbre de que sus predicciones, suposiciones y apreciaciones del mercado concordarán con la información efectivamente contenida en los estados financieros; la cual luego de su aprobación pasa a ser cierta, real y oficial. Es indudable que la persona que conoce de esa aprobación se encuentra en una posición de ventaja respecto del inversor que no conoce tal hecho. En otras palabras, la persona que tiene el privilegio de la información actúa sobre seguro o sin riesgo de error al decidir la compra o venta del valor a que se refieren los estados financieros ya aprobados. Por tal motivo, los sentenciadores se ajustan a derecho al decidir que el conocimiento de la aprobación de los estados financieros por el Directorio de la compañía es información privilegiada, con independencia del contenido de los estados financieros*”.

La misma sentencia citada por la defensa del señor Mosa en los descargos y en el recurso de reposición refuerza este punto. En efecto, en el considerando décimo cuarto de la sentencia dictada con fecha 11 de noviembre de 2013 en autos Rol N°7.340-2012, la Corte Suprema señaló que “*De esta manera, como lo ha sostenido en otras oportunidades esta Corte, la información de los estados financieros trimestrales contenidos en la FECU, es una información concreta acerca de la situación financiera de la sociedad, su liquidez, el endeudamiento,*

resultados operacionales y no operacionales, utilidades y pérdidas antes de impuestos, rentabilidad, variaciones de capital, distribución de dividendos, que por su naturaleza tiene la aptitud para ejercer influencia sobre la decisión de un hombre juicioso en orden a efectuar o no una determinada inversión, o sea, tiene el carácter de información privilegiada en los términos descritos en el inciso 1° del artículo 164 de la Ley N° 18045”.

Por consiguiente, en razón de lo previamente expuesto, el recurso de reposición deberá ser igualmente rechazado en esta parte.

II.3. Del alcance interpretativo del artículo 165 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores.

En este punto, el Recurrente alega que no basta con que esta Comisión, al momento de sancionar, constate una transgresión formal de la norma, sino que además se requiere afectación del bien jurídico protegido por ésta. Respecto a lo anterior, es menester recalcar que, como se expuso en la Resolución Exenta N°7603, la no observancia del deber de abstención consagrado en el referido artículo 165, se configura con la sola realización de las conductas prohibidas, a saber, comprar o enajenar valores de los que se posea información privilegiada.

Adicionalmente, como se señaló en la Resolución recurrida, la conducta del Infractor efectivamente lesionó el bien jurídico protegido por la norma infringida. En efecto, el bien jurídico protegido por el artículo 165 de la Ley N°18.045, esto es, la transparencia, credibilidad en el mercado de valores y la confianza de los inversionistas, se cautela evitando que se realicen transacciones con asimetría de información, lo que se verifica cada vez que se adquieren o enajenan valores respecto de los cuales se posea información privilegiada, independientemente de la intención que haya tenido el infractor para realizar dichas operaciones.

Por consiguiente, en razón de lo expuesto, el recurso de reposición intentado deberá ser rechazado en esta parte.

II.4. De la eventual vulneración de normativa interna de esta Comisión y de ByN.

Finalmente, la alegación respecto a que las conductas del Infractor sólo importarían una infracción a normativa interna de esta Comisión y de la Sociedad; cabe reiterar lo señalado en la Resolución recurrida, en cuanto a que se constató una infracción al artículo 165 de la Ley N°18.045, por lo que toda defensa relativa a eventuales infracciones a la Norma de Carácter General N°270 de 2009 y al Manual de Manejo de Información de Interés de ByN de abril de 2010 deberá ser rechazada.

III. CONCLUSIÓN.

1. Que, como se ha señalado precedentemente, esta Comisión considera que la reposición intentada por el señor Mosa no aporta elementos que justifiquen modificar la Resolución Exenta N°7603 de 2019, por lo que no puede ser acogida.

2. Que, en virtud de todo lo anterior, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero revisó los antecedentes y en Sesión Extraordinaria N°67, de 16 de diciembre de 2019, con la asistencia de su Presidente, don Joaquín Cortez Huerta, y de los Comisionados, doña Rosario Celedón Förster, don Christian Larraín Pizarro, don Kevin Cowan Logan y don Mauricio Larraín Errázuriz, se pronunció sobre la reposición interpuesta por el señor Yakob Aníbal Mosa Shmes.

EL CONSEJO DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, POR LA UNANIMIDAD DE LOS COMISIONADOS JOAQUÍN CORTEZ HUERTA, ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER, CHRISTIAN LARRAÍN PIZARRO, KEVIN COWAN LOGAN Y MAURICIO LARRAÍN ERRÁZURIZ, RESUELVE:

1. Rechazar en todas sus partes el recurso de reposición interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°7603 de 8 de noviembre de 2019, manteniendo la sanción consistente en una multa de **UF 10.000 al señor Yakob Aníbal Mosa Shmes.**

2. Remítase a la persona antes individualizada y a su representante, copia de la presente Resolución, para los efectos de su notificación y cumplimiento.

3. El pago de la multa cursada mediante la Resolución Exenta N°7603 de 2019 deberá efectuarse en la forma prescrita en el artículo 59 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980.

4. El comprobante de pago deberá ser ingresado en las oficinas de esta Comisión para su visado y control, dentro del plazo de cinco días hábiles de efectuado el pago. De no remitirse dicho comprobante, la Comisión informará a la Tesorería General de la República que no cuenta con el respaldo de pago de la presente multa, a fin que ésta efectúe el cobro de la misma.

5. Se hace presente que contra la presente Resolución procede el reclamo de ilegalidad dispuesto en el artículo 71 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, el que debe ser interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago dentro del plazo de 10 días

hábiles, computado de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, contado desde la notificación de la presente Resolución.

Anótese, notifíquese, comuníquese y archívese.


JOAQUÍN CORTEZ HUERTA

PRESIDENTE


ROSARIO CELEDÓN FÖRSTER

COMISIONADO



CHRISTIAN EDUARDO LARRAÍN PIZARRO

COMISIONADO



KEVIN NOEL COWAN LOGAN

COMISIONADO



MAURICIO LARRAÍN ERRAZURIZ

COMISIONADO

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO