

**REF.: APLICA SANCIÓN DE MULTA AL
SEÑOR YAKOB ANÍBAL MOSA SHMES.**

SANTIAGO, 8 DE NOVIEMBRE DE 2019

RESOLUCION EXENTA N°7603

VISTOS:

1. Lo dispuesto en los artículos 5, 20 N°4, 37, 38 y 52 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 1 de junio 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:

I. DE LOS HECHOS.

I.1. ANTECEDENTES GENERALES.

1. Blanco y Negro S.A. (en adelante, “ByN” o la “Sociedad”, indistintamente) es una sociedad anónima abierta que se encuentra inscrita en el Registro de Valores que lleva esta Comisión, desde el 30 de mayo de 2005, bajo el número 902. Sus acciones están inscritas en las bolsas de valores nacionales y se transan con el nombre de Colo Colo (en adelante, “acciones Colo Colo” o “acciones de Colo Colo”, indistintamente).

2. Con fecha 3 de agosto de 2018, el Fiscal de la Unidad de Investigación de esta Comisión recibió el Oficio Reservado N°434 del Intendente de Supervisión del Mercado de Valores, el cual informaba que, producto de un proceso de fiscalización de la División de Control de Infraestructura de Mercado y Monitoreo de esta Comisión, se detectaron casos de posibles infracciones al artículo 165 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, sobre información privilegiada, por transacciones con acciones de Colo Colo

informadas por personas relacionadas a esa Sociedad conforme a la Norma de Carácter General N°269 de 2009 de esta Comisión, con probable conocimiento de los estados financieros de la Sociedad al 31 de marzo de 2018 aprobados por el directorio, antes que los mismos fueran públicos. En particular, se identificaron transacciones con la acción Colo Colo realizadas por el Fondo de Inversión Privado Parinacota (en adelante, “Parinacota”), de propiedad del señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, director de ByN (en adelante e indistintamente, el “Investigado”).

3. Mediante Resolución UI N°26, de 24 de septiembre de 2018, y en razón de los hechos denunciados por el Oficio Reservado N°434 del Intendente de Supervisión del Mercado de Valores, el Fiscal de la Unidad de Investigación resolvió iniciar una investigación respecto del Investigado.

II.2. HECHOS.

A partir de los antecedentes recabados por la Unidad de Investigación de esta Comisión, se ha podido acreditar la ocurrencia de los siguientes hechos:

1. El día 17 de abril de 2018, en la junta ordinaria de accionistas de ByN, se produjo la renovación del directorio de la Sociedad. Concluida la votación de los accionistas, se eligió a los 7 directores de la serie B, entre los cuales se encuentra el Investigado.

2. El principal aportante del Fondo de Inversión Privado Parinacota -en adelante “Parinacota”- es el director de BYN señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, quien además es su representante legal y gerente general. Según consta en la declaración del Investigado, otorgada ante funcionarios de esta Comisión con fecha 10 de octubre de 2018, *“Yo soy uno de los accionistas mayoritarios, soy representante legal del fondo [Parinacota], desde su fundación el año 2008 o 2009; soy además el gerente general y quien gestiona y administra el fondo”*.

3. Adicionalmente, según consta en los registros de clientes y de personas autorizadas para dar órdenes, la persona autorizada para dar órdenes por Parinacota a Santander Corredores de Bolsa Limitada (en adelante, “Santander Corredores de Bolsa”), es el Investigado.

4. Desde la nueva designación del Investigado como director de ByN hasta julio de 2018, Parinacota efectuó las siguientes compras de acciones Colo Colo, según el siguiente detalle:

Transacciones acciones Colo Colo Parinacota FIP			
Compras			
FECHA	Acciones	Monto \$	\$ Promedio
may	5.182.722	1.582.589.067	305,4
jun	195.021	58.148.475	298,2
Total	5.377.743	1.640.737.542	305,1

5. El día 28 de mayo de 2018, se realizó la sesión ordinaria de directorio de ByN, en la cual se aprobaron los estados financieros de la compañía al 31 de marzo de 2018. Conforme consta de la respectiva acta, dicha sesión se inició a las 10:00 horas y terminó a las 13:00 horas, asistiendo a la misma el Investigado.

6. Entre las operaciones mencionadas en el número 4 precedente, consta que el día 29 de mayo de 2018, entre las 9:23 y las 15:41 horas, Parinacota compró un total de 4.714.253 acciones Colo Colo, por un monto total de M\$1.464.792. Todas estas transacciones se realizaron a través de Santander Corredores de Bolsa.

7. Con fecha 30 de mayo de 2018, a las 10:18:11 horas, ByN envió sus estados financieros al 31 de marzo de 2018, aprobados por el directorio, a esta Comisión, las bolsas de valores existentes en el país y al mercado en general.

II. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.

II.1. FORMULACIÓN DE CARGOS.

A través del Oficio Reservado UI N°614 de fecha 18 de diciembre de 2018 (el "Oficio de Cargos"), el Fiscal de la Unidad de Investigación de esta Comisión formuló cargos al Investigado en los siguientes términos:

"Infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N° 18.045, en las adquisiciones de acciones Colo Colo realizadas a través del Fondo de Inversión Privado Parinacota, el día 29 de mayo de 2018, que ejecutó estando en posesión de la información privilegiada referente a los estados financieros de BYN al 31 de marzo de 2018 aprobados por el directorio".

II.2. FORMULACIÓN DE DESCARGOS.

Con fecha 24 de enero de 2019, el Investigado formuló sus descargos (fojas 116 y siguientes del expediente administrativo).

II.3. MEDIOS DE PRUEBA.

1. Mediante Oficio Reservado UI N°90 de fecha 28 de enero de 2019, la Unidad de Investigación de esta Comisión abrió un término probatorio de 10 días hábiles que, una vez prorrogado, venció el 19 de febrero de 2019.

2. A solicitud de la defensa del Investigado, efectuada el 12 de febrero de 2019, se ofició a Blanco y Negro S.A., a efectos que remitiera:

- i) Registro de accionistas de la Sociedad a la fecha.
- ii) Registro de accionistas de la Sociedad para la celebración de la junta ordinaria de accionistas de 17 de abril de 2018.
- iii) Registro de accionistas de la Sociedad para la celebración de la junta extraordinaria de accionistas de 6 de julio de 2018.
- iv) Registro de transferencias de acciones realizadas desde diciembre de 2017 a la fecha, que incluye fecha de la transferencia, valor, comprador y vendedor.

Los antecedentes antes señalados fueron enviados a la Comisión por el gerente general de la Sociedad con fecha 18 de febrero de 2019 y adjuntados a los autos.

3. Asimismo, a petición de la defensa, rindieron declaración testimonial en autos:

i) El señor Alejandro Paul González, gerente general de Blanco y Negro S.A., con fecha 19 de febrero de 2019.

ii) El señor Paul Fontaine Benavides, director de Blanco y Negro S.A., con fecha 5 de marzo de 2019.

II.4. INFORME DEL FISCAL.

Mediante Oficio Reservado UI N°423 de 10 de abril de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 51 del Decreto Ley N°3.538, habiéndose realizado todos los actos de instrucción y vencido el término probatorio, el Fiscal de la Unidad de Investigación remitió al Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero el expediente sancionatorio, informando el estado de éste y su opinión fundada acerca de la configuración de las infracciones imputadas al Investigado.

II.5. OTROS ANTECEDENTES.

Mediante Oficio N°13.334 de 3 de mayo de 2019, esta Comisión citó al Investigado y a su representante legal para la audiencia contemplada en el artículo 52 del Decreto Ley N°3.538, la que tuvo lugar con fecha 9 de mayo de 2019, en la que el representante legal del Investigado efectuó sus alegaciones ante el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero.

III. NORMAS APLICABLES.

1. El artículo 164 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores preceptúa que *“Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.*

También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores”.

2. Por su parte, el artículo 165 de ese mismo cuerpo legal dispone que *“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada.*

Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza.

No obstante lo dispuesto precedentemente, los intermediarios de valores que posean la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior, podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros, no relacionados a ellos siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provengan del cliente, sin asesoría ni recomendación del intermediario, y la operación se ajuste a su norma interna, establecida de conformidad al artículo 33.

Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor”.

3. Finalmente, el artículo 166 letra a) de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores señala que “*Se presume que poseen información privilegiada las siguientes personas:*

a) Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.

[...]”.

IV. DESCARGOS Y ANÁLISIS.

IV.1. DESCARGOS.

Con fecha 24 de enero de 2019, el representante legal del Investigado presentó sus descargos, mediante los cuales solicita que en definitiva se le absuelva en forma íntegra de los cargos formulados, basándose al efecto en los siguientes fundamentos:

1. En primer lugar, a modo de aclaración previa y luego de un breve resumen de los hechos, la defensa del Investigado señala que éste adquirió las acciones Colo Colo únicamente con el objeto de aumentar su participación accionaria en la Sociedad, y no con el objeto de realizar una compra especulativa con información privilegiada que podía tener en su calidad de director.

2. A juicio de la defensa, lo previamente expuesto resultaría evidente, toda vez que:

i) A la fecha, el Investigado aún mantiene las acciones Colo Colo adquiridas en tal oportunidad, y porque

ii) Las adquisiciones de acciones del 29 de mayo de 2018, antes de la publicación de los estados financieros de ByN al 31 de marzo de 2018, fueron efectuadas a un precio mayor del que tuvieron con posterioridad a su publicación.

3. Refuerza lo anterior señalando que, en efecto, las acciones Colo Colo adquiridas por Parinacota durante el mes de mayo de 2018, es decir, con anterioridad a la publicación de los estados financieros de la Sociedad al 31 de marzo de 2018, lo fueron a un precio promedio de \$305,4 por acción, mientras que las acciones adquiridas por ese mismo Fondo de Inversión en el mes de junio de 2018, esto es, con posterioridad a la publicación de los referidos estados financieros, lo fueron en promedio a un precio menor, de \$298,2.

En ese sentido, señala que lo anterior corroboraría que no existió por parte del Investigado intención de aprovecharse de información privilegiada. Además, a juicio de la defensa del Investigado 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 de mercado.

4. Adicionalmente, en los descargos señala que las compras de acciones cuestionadas no habrían generado rentabilidad alguna para el Investigado, lo que permitiría concluir que la compra de paquetes accionarios del día 29 de mayo de 2018 no fue realizada con la intención de obtener una utilidad en una venta posterior, que – en su concepto – es justamente lo que busca evitar la prohibición legal del uso de información privilegiada.

5. En otro orden de ideas, la defensa del Investigado argumenta que, conforme a la definición de información privilegiada dada por el

artículo 164 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, únicamente tendría dicho carácter aquella información 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 información que no tenga dicha aptitud, por no reflejar cambios importantes o novedosos relativos a la sociedad fiscalizada, no constituiría información privilegiada.

Como consecuencia de lo anterior, argumenta que resultaría necesario recurrir a criterios de materialidad de la información supuestamente aprovechada, y no centrarse solamente en la formalidad de la supuesta transgresión. Agrega que el hecho de que el carácter de privilegiada de cierta información se debe a su capacidad de incidir, en concreto, en las transacciones efectuadas en el mercado de valores, ha sido ratificado por la Corte Suprema, la que, en sentencia de 27 de octubre de 2005, dictada en causa Rol N°4930-2004, ha dicho que “[L]o que realmente importa para clasificar como privilegiada una información en este ámbito es su aptitud para afectar la cotización del valor en el mercado, como asimismo su falta de difusión y publicidad [...]. Conforme a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley N° 18.045, debe entenderse por privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores [...] no divulgada públicamente a los inversores, y que su conocimiento sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos...”.

6. Dicho lo anterior, la defensa señala que, en el presente caso, resultaría 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, pues nunca 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. Adicionalmente, los estados financieros mostraban una sociedad deficitaria, por lo que, si se hubiera querido sacar provecho de esa información, lo lógico habría sido vender acciones, y no comprar, como lo hizo el Investigado.

7. Por otra parte, la defensa del Investigado argumenta que la compra de acciones Colo Colo por parte de su representado no habría afectado el bien jurídico protegido por la norma supuestamente transgredida.

Sobre el particular, hace presente que la potestad sancionadora de la administración constituye una manifestación y ejercicio del *ius puniendi* estatal, y en tanto tal, en opinión de la defensa le serían aplicables las limitaciones y principios del derecho penal. Entre dichos principios se encuentran el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad de la pena y el principio *non bis in idem*, entre otros. Así, no bastaría con que la administración, al momento de sancionar, constate una

mera transgresión formal a cierta norma establecida en el ordenamiento jurídico, sino que sería necesario que dicha transgresión afecte el bien jurídico protegido por la misma.

En ese sentido, señala que el bien jurídico protegido por las reglas que sancionan el uso de información privilegiada no es otro que la transparencia de la información y la igualdad de los operadores bursátiles en el empleo que hacen de la misma. Así, la compra de acciones Colo Colo por el Investigado no podría 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.

8. Adicionalmente, se argumenta en los descargos que la compra de acciones Colo Colo por parte del Investigado sólo conllevaría una eventual vulneración de la normativa interna de ByN, esto es, el Manual de Manejo de Información de Interés de ByN, de abril de 2010, y de la normativa de esta Comisión, a saber, la Norma de Carácter General N°270 de 2009, por lo que una sanción en tal sentido generaría un incumplimiento del principio de legalidad.

En efecto, señala que uno de los límites de la facultad de castigar en un estado de derecho es justamente el principio de legalidad, el cual se sintetiza en la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine legem*. En otros términos, este principio dictamina que no puede haber crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado.

De este modo, a juicio de la defensa, el requisito general de la facultad sancionadora precedentemente indicado no se cumpliría en el caso de autos, toda vez que las conductas por las cuales se formularon cargos al Investigado únicamente conllevarían una eventual inobservancia de normativa dictada por la Comisión, en este caso, la Norma de Carácter General N°270 de 2009, y del Manual de Manejo de Información de Interés de ByN, de abril de 2010, mas no existe una vulneración de un precepto o de una prohibición legal de carácter vinculante.

Así las cosas, agrega, no podría imputársele al Investigado el haber incumplido las antedichas normas, toda vez que:

i) Respecto del Manual de Manejo de Información de Interés de BYN, éste sólo establece sugerencias o buenas prácticas, mas no tiene el carácter de norma prohibitiva; y

ii) Respecto de la Norma de Carácter General N°270 de 2009, su destinatario no son las personas que transan en el mercado de valores, y que puedan tener información privilegiada, sino que lo son las entidades sujetas a la fiscalización de esta Comisión.

9. Como última consideración, la defensa del Investigado señala que el incumplimiento de la normativa interna de ByN no le es imputable, por cuanto existe un error de prohibición no reprochable.

En efecto, argumenta que, de acuerdo al principio de culpabilidad en materia penal – aplicable en la especie –, no es posible reprochar el actuar de un sujeto imputable si este, por desconocimiento de las normas prohibitivas o permisivas aplicables, no pudo actuar de otro modo. En definitiva, se requiere para que una conducta sea sancionada una mínima conciencia de la ilicitud, a diferencia de las materias civiles, en que se presume el conocimiento de la ley.

En el caso en cuestión, señala, el Investigado infringió una normativa interna de ByN, que establecía un periodo de bloqueo, respecto de la cual existía un desconocimiento generalizado, toda vez que no fue informada a los directores por el gerente general de la Sociedad.

IV.2. ANÁLISIS.

En primer término, resulta necesario señalar que la defensa del Investigado ha reconocido expresamente los hechos que motivan este procedimiento sancionatorio, esto es su participación en la Sesión de Directorio del día 28 de mayo de 2018, en que se aprobaron los estados financieros de BYN a marzo de ese año, y las compras efectuadas de acciones de Colo Colo, el día 29 de mayo del mismo año, esto es antes que los estados financieros ya aprobados por el directorio fueran divulgados al público. A estos efectos, sus descargos (fojas 116) señalan:

“1. El 28 de mayo de 2018 se realizó la sesión ordinaria de directorio de Blanco y Negro S.A. (en adelante, "ByN") a la cual mi Representado, don Aníbal Mosa Shmes, acudió en su calidad de director. En dicha oportunidad, se aprobaron los estados financieros trimestrales de la empresa al 31 de marzo de 2018.

2. El 29 de mayo de 2018, la sociedad Parinacota FIP, controlada por el Sr. Mosa, compró 4.714.253 acciones de ByN, que son transadas con el nombre de Colo Colo, a un precio total de M\$1.464.792. El precio promedio por acción en esta oportunidad fue de 305 4 pesos según da cuenta el mismo Oficio Reservado N° 614.

3. Con fecha 30 de mayo de 2018, la sociedad ByN envió sus estados financieros al 31 de marzo de 2018 aprobados por el directorio a la CMF y las Bolsas de Valores del País”.

Ahora bien, para efectos de analizar los descargos formulados por la defensa del Investigado, resulta conveniente delimitar cuál es la infracción que se le imputa en el Oficio de Cargos.

En ese sentido, el señor Fiscal de la Unidad de Investigación formuló cargos al Investigado por *“Infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N° 18.045, en las adquisiciones de acciones Colo Colo realizadas a través del Fondo de Inversión Privado Parinacota, el día 29 de mayo de 2018, que ejecutó estando en posesión de la información privilegiada referente a los estados financieros de BYN al 31 de marzo de 2018 aprobados por el directorio”, parte final que prohíbe expresamente “adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada”*

Así las cosas, las defensas y alegaciones esgrimidas por la defensa del Investigado en sus descargos no resultan suficientes ni atingentes para desvirtuar el cargo citado, por las razones que se pasan a exponer.

1. De la aclaración previa contenida en los descargos.

La defensa del Investigado afirma que éste *“...adquirió estas acciones únicamente con el objeto de aumentar su participación accionaria en la sociedad, y no con el objeto de realizar una compra especulativa con información que podía tener en su calidad de director”* (página 2 de los descargos, rolante a fojas 117 del expediente administrativo).

En concepto de la defensa, lo anterior se vería reforzado con los siguientes hechos: i) A la fecha, el Investigado aún mantiene las acciones Colo Colo adquiridas en dicha oportunidad; y porque ii) las acciones adquiridas el 29 de mayo de 2018,

esto es, antes de la publicación de los estados financieros de ByN al 31 de marzo de ese año, lo fueron a un precio mayor al que tuvieron con posterioridad a su publicación.

Ahora bien, el artículo 165 inciso primero de la Ley N°18.045 dispone que *“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada”*.

Como se observa, la citada disposición contiene un **deber de abstención o prohibición absoluta de adquirir o enajenar valores de los cuales posea información privilegiada**, el cual se encuentra consagrado en los siguientes términos: *“Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, ... [no podrá] adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada”*.

Dicho lo anterior, resulta necesario destacar que el señor Fiscal imputó al Investigado la infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, esto es, que con las adquisiciones de acciones de Colo Colo efectuadas el día 29 de mayo de 2018, el formulado de cargos infringió el deber de abstención, consistente en la prohibición absoluta de adquirir o enajenar valores sobre los cuales se posea información privilegiada.

Así las cosas, la infracción al mencionado deber de abstención se configura por el sólo hecho de adquirir o enajenar valores sobre los cuales se posea información privilegiada, lo cual constituye una imputación de carácter normativo, que se satisface con verificar si el formulado de cargos incurrió o no la conducta prohibida contenida en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, sin atender a la intencionalidad o motivación del agente. Lo anterior, por cuanto el bien jurídico que subyace a esta conducta es la transparencia y credibilidad del mercado de valores, que, así como la norma pretende, se cautela evitando que se efectúen operaciones con asimetría de información.

Dicha interpretación ha sido sostenida invariablemente 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), y ratificada por la Corte Suprema

(Sentencias de 28 de noviembre de 2012 y de 14 de abril de 2014, dictadas en causas Roles N°3.054-2010 y N°1.625-2013, respectivamente).

Por consiguiente, esta alegación no puede ser atendida para desvirtuar los cargos formulados.

2. De la afirmación relativa a que los estados financieros de ByN no constituyen información privilegiada.

Respecto de este punto, la defensa del Investigado argumenta que los estados financieros de ByN no constituyen información privilegiada, toda vez 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”* (página 4 de los descargos, rolante a fojas 119 del expediente administrativo).

Sobre el particular, el artículo 164 de la Ley N°18.045, al definir el concepto de información privilegiada, señala que *“...se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.*

También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores”.

Por consiguiente, la disposición citada califica como privilegiada a cualquier información que cumpla con los siguientes requisitos: i) Que se refiera a uno o varios emisores de valores, o a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos; ii) que no haya sido divulgada al mercado, y; iii) que su conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos.

En ese orden de ideas, los estados financieros aprobados por el directorio de una sociedad anónima reúnen cada uno de los requisitos precedentemente anotados, por lo que, por su naturaleza, constituyen siempre información

privilegiada; atendida además 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 transcendental para vislumbrar la situación financiera del emisor.

El criterio anterior ha sido refrendado 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”*.

Adicionalmente, y en lo que respecta a la supuesta invariabilidad del precio de la acción de Colo Colo una vez publicados los estados financieros de ByN al 31 de marzo de 2018, es menester destacar que, según se han manifestado previamente esta Comisión y los Tribunales Superiores de Justicia, el artículo 164 de la Ley N°18.045 requiere que la información privilegiada *“sea capaz”* de influir en la cotización de los valores, esto es, que tenga dicha potencialidad, independientemente a que la variación en la cotización de los valores efectivamente se verifique.

Por consiguiente, y en atención a lo previamente expuesto, la defensa en esta parte deberá ser rechazada, al no ser apta para desvirtuar los cargos formulados.

3. De la afirmación que la compra de acciones Colo Colo por parte del señor Mosa no afectó el bien jurídico protegido por la norma transgredida.

En este punto de su presentación, la defensa del Investigado señala que *“...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” (página 5 de los descargos, rolante a fojas 120 del expediente administrativo).

Al respecto, como se señaló previamente, la infracción imputada al Investigado, cual es la no observancia del deber de abstención consagrado en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, se configura con la sola realización de las conductas prohibidas, a saber, comprar o enajenar valores de los que se posea información privilegiada, sin considerar la intención que motive el actuar del infractor.

Ello es así, toda vez que el bien jurídico protegido por la norma en cuestión, 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 adquieran o enajenen valores en posesión de información privilegiada, independientemente de la intención que haya tenido el infractor para realizar dichas operaciones.

Por consiguiente, en razón de lo expuesto, las defensas del Investigado deberán ser rechazadas en este punto.

4. De la afirmación que la compra de acciones Colo Colo por parte del señor Mosa sólo conlleva una eventual vulneración de normativa de esta Comisión y normativa interna de ByN.

La defensa del Investigado argumenta sobre este punto que, en el procedimiento administrativo sancionatorio de autos, no se cumpliría con el principio de legalidad, “...*toda vez que como fluye de la formulación de cargos contenida en el Oficio Reservado N° 614, las conductas por las cuales se formularon cargos a mi Representado únicamente conllevan una eventual inobservancia de normativa interna de la CMF, en este caso, la NCG N° 270 de 2009, y del Manual de Manejo de Información de Interés de ByN de abril de 2010, mas no existe una vulneración de un precepto o de una prohibición legal de carácter vinculante, que pueda provocar una reacción estatal en la forma de una sanción”* (página 6 de los descargos, rolante a fojas 121 del expediente administrativo).

Sobre el particular, es preciso reiterar nuevamente que el Oficio de Cargos señala expresamente que al Investigado se le formularon cargos por “*Infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N° 18.045”*. De esta forma, siendo evidente que en el presente proceso sancionatorio no se le imputó infracción alguna

a la Norma de Carácter General N°270 de 2009 ni al Manual de Manejo de Información de Interés de ByN de abril de 2010, sino que a una norma de rango legal expresa contenida en la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, la alegación así planteada y las consecuencias que de ella se derivarían según la defensa del Investigado, es improcedente y, por ende, no logra desvirtuar los cargos formulados por el Fiscal.

No obstante lo anterior, es necesario destacar que, conforme al inciso primero del artículo 37 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, *“Las personas o entidades diversas de aquellas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión, podrán ser objeto de la aplicación por parte de ésta de una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios...”*.

Por consiguiente, esta Comisión detenta además, la facultad de sancionar incumplimientos de normas, instrucciones y órdenes, por lo que, sin perjuicio de que las citadas alegaciones de la defensa son improcedentes en el caso de autos, tampoco resultan atendibles en lo que se refiere al ejercicio de la facultad sancionatoria de la Comisión.

5. Del supuesto error de prohibición no reprochable en que incurrió el señor Mosa la incumplir la normativa interna de ByN.

Finalmente, y respecto de la alegación de la defensa relativa a que no sería sancionable el incumplimiento de la normativa interna de ByN por parte del Investigado, por cuanto se configuraría en su persona un error de prohibición no reprochable, se reitera que lo que se imputa al señor Mosa en el Oficio de Cargos es la infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, por lo que las alegaciones relativas a un supuesto error de prohibición no resultan atendibles.

Por tanto, en consideración de los hechos asentados en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, de la prueba rendida y que obra en el mismo y del análisis de los descargos efectuado en los párrafos precedentes, esta Comisión puede concluir que las alegaciones y defensas esgrimidas por el Investigado en sus descargos no permiten desvirtuar los cargos formulados.

V. CONCLUSIÓN.

El Título XXI de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, que regula la información privilegiada, fue incorporado por la letra b) del artículo primero de la Ley N°19.301, y luego perfeccionado por la Ley N°19.398, con el fin de recoger y regular dicha institución, definiendo el concepto de información privilegiada, estableciendo conductas prohibidas e identificando a los destinatarios, entre otras materias. Dicha regulación tuvo por objeto preservar la transparencia, confianza, integridad y equidad en el mercado de valores, protegiendo a los inversionistas frente a los riesgos propios de la asimetría de información.

En efecto, conforme a lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de la Ley N°18.045, los emisores de valores de oferta pública se encuentran obligados a divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna toda información esencial respecto de sí mismos, de los valores ofrecidos y de la oferta, con la periodicidad, publicidad y en la forma que esta Comisión determine. Lo anterior, por cuanto dicha información permite a los inversionistas tomar decisiones de inversión informadas, promoviendo por tanto una transparente y correcta formación de precios de los valores transados en el mercado.

Es por ello que la información cobra una relevancia trascendental en el mercado de valores, y por lo cual el legislador centra especialmente su atención en que ésta fluya y se reparta equitativamente entre los distintos actores de mercado, evitando de esta manera que ciertos actores privilegiados puedan operar con asimetría de información, obteniendo ventajas respecto del resto, o que aquellas personas que, por su cargo o posición en una entidad, tengan información privilegiada de ésta, puedan arbitrar o enviar señales equivocadas al mercado, atendido su especial y privilegiado conocimiento del emisor.

En ese sentido, para erradicar los efectos nocivos que la asimetría de información tiene en el mercado de valores, el legislador no sólo estatuye una prohibición de uso de información privilegiada, sino que además establece una prohibición absoluta de transar valores con información privilegiada, sin importar si en dichas operaciones el sujeto activo tuvo algún particular motivo o intención tendiente a obtener una ventaja o beneficio económicos. Esto, por cuanto como se ha señalado reiteradamente a lo largo de la presente Resolución, el bien jurídico que subyace a la regulación de la información privilegiada se ve igualmente lesionado con la mera compra o enajenación de valores con asimetría de información.

Dado lo anterior, la infracción al deber de abstención consagrado en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045, cometida por el Investigado, ha de considerarse como particularmente grave, toda vez que lesiona uno de los bienes jurídicos más preponderantes y celosamente resguardados por la regulación del

mercado de valores, como son la transparencia, confianza, fiabilidad y equidad, los cuales refuerzan uno de los pilares sobre los cuales descansa la estructura del mercado de valores, cual es la repartición equitativa de la información disponible.

Lo anterior da cuenta que el Investigado accedió a información privilegiada, desde el momento en que participó en la sesión de directorio de 28 de mayo de 2018, en la que se aprobaron los estados financieros de ByN al 31 de marzo de 2018, y que estando en posesión de esa información, realizó una conducta expresamente prohibida por el artículo 165 de la Ley N°18.045, al comprar acciones de esa sociedad emisora, al día siguiente, 29 de mayo, antes de que la información privilegiada a la que había tenido acceso, esto es los estados financieros referidos al 31 de marzo de 2018, fueran puestos a disposición del mercado, situación que constituye, como se ha dicho, una infracción al deber de abstención que impone el citado artículo 165.

Ahora bien, en este contexto, habrá que considerar que la infracción al deber de abstención, a que se ha hecho referencia, se confirma en la circunstancia que el Investigado, mantuvo la misma posición compradora de acciones, que había desarrollado con anterioridad a acceder a la información privilegiada, lo que asociado a la motivación que esgrime para sus compras, esto es, mejorar su posición política dentro de la sociedad, permite descartar a su respecto, la hipótesis agravada de uso de información privilegiada.

En consecuencia, en razón de lo expuesto, esta Comisión deberá desechar en todas sus partes los descargos formulados por la defensa del Investigado.

VI. CIRCUNSTANCIAS A CONSIDERAR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.

Que, para efectos de la determinación de la sanción que se resuelve aplicar, además de la consideración y ponderación de todos los antecedentes incluidos y hechos valer en el procedimiento administrativo, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero ha tenido en atención los siguientes parámetros:

i) La conducta del Investigado ha de estimarse de extrema gravedad, por cuanto atenta contra uno de los principales fines que el legislador tuvo en mira al momento de incorporar el Título XXI, de la información privilegiada, a la Ley N°18.045

de Mercado de Valores; cual es el resguardar la transparencia y equidad en el mercado de valores, evitando que se realicen operaciones con asimetría de información.

ii) No consta en el expediente que el Investigado haya obtenido un beneficio económico producto de las operaciones bursátiles cuestionadas.

iii) También, deberá considerarse el riesgo al que se expuso el correcto funcionamiento del mercado financiero y el menoscabo causado a la fe pública, transparencia, equidad y fiabilidad del mercado de valores, por cuanto – como se señaló – la sola concurrencia de la conducta prohibida por el artículo 165 de la Ley N°18.045, a saber, la compra o enajenación de valores en posesión de información privilegiada, afecta el bien jurídico que la sustenta, cual es evitar que se realicen operaciones con asimetría de información.

iv) El Investigado ha reconocido su participación en la adquisición de acciones Colo Colo el día 29 de mayo de 2018.

v) Esta Comisión no cuenta con antecedentes que den cuenta de la capacidad económica del Investigado.

vi) Adicionalmente, de acuerdo a los registros con que cuenta esta Comisión, no consta que se hayan cursado sanciones previas al Investigado.

vii) En lo que se refiere a la colaboración que el Investigado haya prestado a esta Comisión antes o durante la investigación de autos, se hace presente que pese a reconocer los hechos constitutivos de la infracción, éste sólo se limitó a responder los requerimientos formulados por esta Comisión.

viii) Finalmente, esta Comisión ha sancionado conductas similares incurridas por otras personas, entre las que se pueden considerar las Resoluciones Exentas N°306, N°307, N°659, N°660, N°661 y N°662, todas de 2007.

VII. DECISIÓN.

1. Que, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero ha considerado y ponderado todas las presentaciones, antecedentes y pruebas contenidos y hechos valer en el procedimiento administrativo, llegando al convencimiento de que el Investigado ha infringido lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores.

2. Que, en virtud de todo lo anterior y las disposiciones señaladas en los vistos, el Consejo para el Mercado Financiero, en Sesión Ordinaria N°156, de 8 de noviembre 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, dictó esta Resolución.

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. Aplicar al señor Yakob Aníbal Mosa Shmes, RUT N°9.752.828-4, la sanción de multa, a beneficio fiscal, **ascendente a 10.000 unidades de fomento**, pagaderas en su equivalente en pesos a la fecha efectiva de su pago, por **infracción a la parte final del inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045**.

2. Para los efectos de lo dispuesto en el N°20 del artículo 5 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, se ha estimado que no existen beneficios percibidos por las operaciones objeto de la presente sanción por el señor Yakob Aníbal Mosa Shmes.

3. Remítase al sancionado, copia de la presente Resolución, para los efectos de su notificación y cumplimiento.

4. El pago de la multa cursada deberá efectuarse en la forma prescrita en el artículo 59 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980.

5. 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.

6. Se hace presente que contra la presente Resolución procede el recurso de reposición establecido en el artículo 69 del Decreto Ley N°3.538 de 1980, el que debe ser interpuesto ante la Comisión para el Mercado Financiero, dentro del

plazo de 5 días hábiles contado desde la notificación de la presente resolución; y el reclamo de ilegalidad dispuesto en el artículo 71 del Decreto Ley N°3.538, 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 resolución que impuso la sanción, que rechazó total o parcialmente el recurso de reposición o desde que ha operado el silencio negativo al que se refiere el inciso tercero del artículo 69.

Anótese, notifíquese, comuníquese y archívese.

 Firma recuperable

X  
JOAQUIN CORTEZ HUERTA
PRESIDENTE
COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO

PRESIDENTE

Firmado por: Joaquin Indalicio Cortez Huerta

 Firma recuperable

X  
ROSARIO CELEDON FORSTER

COMISIONADO

Firmado por: Rosario Celedon Forster

 Firma recuperable

X  
KEVIN NOEL COWAN LOGAN

COMISIONADO

Firmado por: Kevin Noel Cowan Logan

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO

 Firma recuperable

X  
CHRISTIAN EDUARDO LARRAIN PIZARRO

COMISIONADO

Firmado por: Christian Eduardo Larrain Pizarro

 Firma recuperable

X  
MAURICIO LARRAIN ERRAZURIZ

COMISIONADO

Firmado por: Mauricio Larrain Errazuriz