



2018050097356

AREA JURIDICA

**REF.: RECHAZA REPOSICIÓN DEL SEÑOR MAURICIO PEÑA MERINO, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 1653 DE 2018.**

**SANTIAGO, 29 DE MAYO DE 2018**

**RESOLUCIÓN EXENTA N° 2084**

**VISTOS:**

1) Lo dispuesto en los artículos primero, cuarto y quinto transitorio de la Ley N° 21.000; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 10 del Ministerio de Hacienda del año 2017; en el artículo 45 del Decreto Ley (D.L.) N° 3.538 de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, conforme a su texto vigente al inicio de este procedimiento sancionatorio; en los artículos 20 N°10, 67 y 69 del D.L. N° 3.538, conforme su texto reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000; 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° 02 de 21 de diciembre de 2017; en el Decreto Supremo N° 1.207 del Ministerio de Hacienda del año 2017.

2) Lo dispuesto en los artículos 59, 161, 162 y 236 de la Ley N°18.045; en los artículos 42, 50 y 129 de la ley N° 18.046; artículos 17, 20, 22 de la Ley que Regula la Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.712; artículo 3° de la Ley N° 18.815; en la Circulares N° 1603, N° 1869, N° 1998; y en los oficios circulares N° 544 y N° 592.

**CONSIDERANDO:**

1. Que, esta Comisión para el Mercado Financiero, mediante Resolución Exenta N° 1653 de fecha 27 de abril de 2018, impuso una sanción de multa de **UF 10.000 al Señor Mauricio Peña Merino**, por las siguientes infracciones:

i. Infracción a lo dispuesto en la letra a) del artículo 162 de la Ley N°18.045 y en la letra a) del artículo 22 de la Ley que Regula la Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales -en adelante "LUF"-, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.712, de acuerdo al período de vigencia de dichas normas, por haber efectuado transferencias de recursos del fondo Insignia para obtener beneficios indebidos directos o indirectos, por medio de transferencias realizadas a doña Catalina Paz Bustos Aravena, Ernestina Aravena, Omar Sanzana Saavedra, la sociedad Hingley Finance Limited y el señor Peña, con excepción de las operaciones señaladas en el Anexo 1 del Oficio Reservado N° 718 anteriores al 6 de febrero de 2014.

ii. Infracción a lo dispuesto en el N°7 del artículo 42 de la Ley N°18.046, en relación a lo prescrito por los artículos 50 y 129 del mismo cuerpo legal en virtud de la aplicación del artículo 3º letra a) de la Ley N° 18.815, e infracción a la letra e) del artículo 236 de la Ley N° 18.045 y el artículo 17 y las letras a), c) y e) del artículo 20 de la LUF, de acuerdo al período en el que corresponde la aplicación de los referidos preceptos. Lo anterior, por haber efectuado transferencias de recursos del fondo Insignia para obtener beneficios indebidos; haber informado a Compass, para valorizar la cartera de los fondos Insignia y Global, valores mayores al real para algunos instrumentos; haber informado dentro de la cartera de activos del fondo Insignia, instrumentos que no eran de propiedad del fondo, e informar, respecto de otros instrumentos, que el fondo poseía una cantidad mayor a la real, implicando todo lo anterior un incumplimiento de lo dispuesto en los reglamentos internos de los fondos Insignia y Global.

iii. Infracción a lo dispuesto en el número 4) del artículo 42 de la Ley N° 18.046, en relación a los artículos 50 y 129 de ese mismo cuerpo legal, en virtud de la aplicación del artículo 3º letra a) de la Ley N° 18.815, e infracción a lo dispuesto en el artículo 236 letra b) de la Ley N° 18.045 y el artículo 20 letra b) de la LUF, de acuerdo al período en el que corresponde la aplicación de los referidos preceptos. Lo anterior, por haber presentado a los aportantes de los fondos Insignia y Global, información falsa correspondiente a los estados financieros de marzo, junio, septiembre y diciembre de los años 2014 y 2015 y marzo y junio de 2016, para el fondo Insignia y los estados financieros de marzo y junio de 2016 para el fondo Global, así como para los valores libro de la cuota, patrimonio neto y activo total, requeridos por la Circular N° 1.603, del fondo Insignia para el período comprendido a lo menos entre el 1 de junio de 2013 hasta el 3 de octubre de 2016, y del fondo Global, para el período comprendido entre el 31 de marzo de 2016 al 3 de octubre de 2016.

iv. En incumplimiento del deber de cuidado establecido en los artículos 161 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores y 17 de la LUF, de acuerdo a su período de vigencia, infracción a lo prescrito por el primer párrafo de la Sección II, el N° 1 del párrafo tercero de la Sección IV y el número 1.1 de la Sección V, todos de la Circular N° 1.869, por cuanto Aurus Capital S.A. Administradora General de Fondos, en adelante Aurus, no contaba con un Manual de Gestión de Riesgo y Control Interno que se ajustara a lo establecido en la Circular N° 1.869.

v. En incumplimiento del deber de cuidado establecido en los artículos 161 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores y 17 de la LUF, de acuerdo a su período de vigencia, infracción a lo prescrito por el número 1.2 de la Sección V de la Circular N° 1.869, por cuanto el directorio era el encargado de aprobar los planes de contingencia de la administradora, lo que como consta en estos autos, no ocurrió ya que los planes no se ajustaban en su contenido a la letra c) del número 1.2 antes indicado.

vi. En incumplimiento del deber de cuidado establecido en los artículos 161 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores y 17 de la LUF, de acuerdo a su período de vigencia, infracción a lo prescrito por el tercer párrafo del punto 2 de la Sección V de la Circular N° 1.869 por cuanto desde abril de 2014 hasta el 2 de agosto de 2016, los informes evacuados por el Encargado de Cumplimiento y Control Interno –en adelante “ECCI”- no cumplieron la función requerida de ellos por parte de la Circular N° 1.869, no generándose, en particular, un informe en el que se detallaran los resultados de las pruebas efectuadas para verificar la efectividad de los mecanismos de control, las que además no habían sido efectuadas.

vii. En incumplimiento del deber de cuidado establecido en los artículos 161 de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores y 17 de la LUF, de acuerdo a su período de vigencia, infracción de lo prescrito por la Sección VII de la Circular N° 1.869, dado que Aurus no contaba con un Manual de Gestión de Riesgo y Control Interno, con planes de contingencia y con informes evacuados por el ECCI, que se ajustaran a la Circular N° 1.869, la estructura de gestión de riesgo y control interno de esa Administradora no cumplía con todas las exigencias de la Circular N° 1.869, pese a que las certificaciones anuales remitidas los días 22 de enero de 2015 y 2 de febrero de 2016 señalan que *"cuenta con un sistema de gestión de riesgos y control interno, que se ajusta a lo dispuesto en la Circular N°1.869 de 2008, cuyos aspectos fundamentales se encuentran contenidos en el Manual de gestión de riesgo y control interno"*.

viii. Incurrir en la conducta descrita en la letra a) del artículo 59 de la Ley N° 18.045, por cuanto habría maliciosamente proporcionado antecedentes falsos a la Superintendencia de Valores y Seguros y al público en general correspondiente a: i) marzo, junio, septiembre y diciembre de los años 2014 y 2015 y marzo y junio de 2016, para el fondo Insignia y los estados financieros de marzo y junio de 2016 para el fondo Global; y, (ii) para los valores libro de la cuota, patrimonio neto y activo total, requeridos por la Circular N° 1.603, del fondo Insignia para el período comprendido a lo menos entre el 30 de abril de 2014 hasta el 3 de octubre de 2016, y del fondo Global, para el período comprendido entre el 31 de marzo de 2016 al 3 de octubre de 2016.

2.- Que, en lo atingente, la Resolución N° 1.653 puso término al procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio Reservado N°718 de fecha 10 de agosto de 2017, complementado por el Oficio Reservado N°770 de 16 de agosto de 2017, a través del cual se formularon cargos, entre otros, a don Mauricio Peña Merino.

3.- Que, mediante presentación recibida por este Servicio con fecha 7 de mayo de 2018, los señores Miguel Ángel Chaves Pérez, Marcos Contreras Enos y Alejandro Awad Cherit, todos en representación de don Mauricio Peña Merino, interpusieron recurso de reposición del artículo 69 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980, conforme su texto reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000, contra la referida Resolución N° 1.653, solicitando se revoque la Resolución N° 1653 de 2018 que impuso la sanción administrativa aplicada al señor Peña.

Al respecto, la defensa del señor Peña alega que *"la Comisión pretirió la doctrina y jurisprudencia abrumadoramente mayoritarias en nuestra cultura nacional y española, y pareció contentarse con el único autor en nuestro medio que, con argumentos atendibles -que no están mencionados en la resolución impugnada, por cierto- se inclina, tratándose de la prohibición de punición múltiple, por un concepto "intensional" de hecho (por oposición al concepto extensional), de acuerdo al cual el "objeto de subsunción" solo puede ser identificado en relación "a una determinada descripción típica", o explicado de otro modo, que hay tantos hechos como "instancias de realización" imputables de múltiples tipos"*, agregando que *"la Comisión da por zanjado el punto: no puede haber ne bis in idem tratándose de la infracción de normas de comportamiento distintas, y esto sin consideración ni a su significación delictiva, ni a la relación entre ellas, ni a la existencia de unidad de acción, ni a la existencia de concursos"* (P. 3).

Posteriormente señalan *"que el hecho satisfaga más de una descripción típica no se opone al principio de ne bis idem sino que, antes bien, es su principal presupuesto. En palabras del profesor Mañalich: "el ámbito paradigmático de operatividad de la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho está*

*constituido por casos en los cuales el objeto de juzgamiento satisface dos o más descripciones de formas de comportamiento delictivo"*

A continuación, sostienen que *"no hay en la resolución ninguna referencia a eventuales relaciones concursales aparentes. Y esto a pesar de que en nuestros descargos se mostró en detalle esta superposición de "contenidos de significación delictiva", dando cuenta de cómo y en qué medida las conductas que informan la formulación de cargos se encuentran íntegramente abarcadas por las conductas que fueron objeto de la condena penal"* y que *"las sanciones por las infracciones por las cuales fue multado don Mauricio Peña, simplemente no son compatibles con las sanciones penales que se le impusieron por los mismos comportamientos. En palabras de nuestros descargos, porque habría "equivalencia estructural" entre las realizaciones típicas sancionadas penal y administrativamente o porque entre las segundas quedarían "abarcadas" por las primeras. En palabras del artículo citado por la Comisión, porque entre las dos series de normas infringidas habría "superposición desde el punto de vista de sus respectivos de ilicitud"* (P. 5)

Respecto a la supuesta identidad de fundamento, expresan que *"la cuestión es clara y opuesta al análisis emprendido por el único autor citado por la Comisión: nunca podrá haber prohibición de sanción múltiple entre el derecho penal y el administrativo ya que, más allá de los ilícitos de que se trate, el fundamento de una y otra área del derecho es siempre diferente. Lo cierto es que una tesis de esta naturaleza, al modo del cualitativismo más radical no se sostiene ni mínimamente"*.

En cuanto a la sanción por la infracción del artículo 59, letra a) de la Ley 18.045, agregan que *"La Comisión detecta, correctamente, que esta es la única infracción, de todas las que sirven de fundamento a la multa impugnada, que se basa en una disposición penal que haya servido de fundamento para la condena penal. Por ende, dado el concepto intensional de hecho manejado por la Comisión, ésta se ve compelida a reconocer la satisfacción del requisito de identidad de hecho. Por cierto, igual que ante las demás infracciones, la Comisión estima que no se satisface, por las razones ya anotadas, la identidad de fundamento y por lo mismo desecha la objeción de *ne bis in idem* levantada por esta defensa. Esta supuesta diferencia de fundamentos ya fue respondida en la sección anterior de esta reposición."*

*Por lo demás, tratándose de esta infracción específicamente, la Comisión abona su decisión en la expresa decisión del legislador de permitir la sanción acumulativa penal y administrativa, que estaría reflejada en el artículo 58.*

*Lo primero que hay que constatar es que la Comisión no advierte que dicho razonamiento, a contrario sensu, obliga a concluir que tratándose de las otras siete infracciones no habría expresa voluntad del legislador de permitir la acumulación de sanciones penales y administrativas" y que "la Comisión se basa en una incorrecta interpretación del artículo 58 de la Ley 18.045, en el sentido de que esta regla permitiría sancionar penalmente y administrativamente una misma conducta. Cabe admitir, en todo caso, que esta interpretación está relativamente extendida en la doctrina especializada, al punto que el único autor citado por la resolución tratándose de la multa a nuestro representado, lo pone como ejemplo de un "indicador suficientemente fuerte" del énfasis de valoración peyorativa del legislador, que daría pie a sanciones administrativas y penales, sin que esta acumulación pueda ser entendida como una redundancia legislativa, ni como una doble valoración prohibida en razón de la proscripción de punición múltiple"* (P. 7).

En su opinión, el sentido de esta regla es “*excepcionar a los funcionarios públicos de la Superintendencia de Valores y Seguros del régimen general de denuncia obligatoria de delitos conocidos en el ejercicio de sus cargos del artículo 175 del Código Procesal Penal, en el sentido de que a su respecto, se empieza a contar el plazo de 24 horas para cumplir con esta obligación solo después de que se haya confirmado la existencia de los ilícitos*” (P. 8), agregando que “*lo que la disposición compatibiliza eventualmente no son las sanciones administrativas con las penales, sino que, a lo más, solamente las primeras con la “investigación penal”. Ello ya que las denuncias en materia penal dan lugar a investigaciones pero no necesariamente a condenas penales. La citada norma claramente no prejuzga que la sanción penal resulte acumulable a las sanciones administrativas*”.

Finalmente, en esta parte señalan que “*no sólo hay superposición entre los contenidos de ilicitud de las normas en virtud a de las cuales se sancionó penalmente a don Mauricio Peña y las distintas infracciones administrativas por las cuales la Comisión lo sancionó, sino que es posible constatar una clara superposición del contenido de ilicitud al interior de estas últimas, todo lo cual fue alegado e inexplicablemente preterido en la resolución impugnada*”.

En lo que se refiere al concurso aparente entre las infracciones penales y las administrativas, se refiere a que “*la principal función del principio sustantivo de ne bis in idem es evitar la múltiple valoración negativa redundante, cuestión que de acuerdo al Profesor cuya postura asume la resolución impugnada, se operativiza fundamentalmente a través de la figura del concurso aparente*”.

A continuación, describen en términos resumidos, sus razones por las que estiman que existiría coincidencia entre los hechos sancionados en sede penal y los sancionados en sede administrativa.

Finalmente alega una supuesta “*prohibición de hostigamiento procesal*”.

4. Que, en cuanto a la solicitud presentada, esta Comisión estima conveniente formular las siguientes consideraciones:

#### 4.1 FUNDAMENTOS NORMATIVOS

En lo que se refiere a la fundamentación de derecho o normativa de la solicitud de reposición de autos, vale la pena destacar que el recurrente cita sucintamente ciertas posiciones doctrinarias que, en su parecer, harían improcedente el ejercicio de la facultad sancionatoria de esta Comisión respecto de las infracciones legales y normativas incurridas por el señor Peña que se encuentran acreditadas en el expediente administrativo.

Sin embargo, no cita ni hace referencia a ninguna disposición que expresamente prohíba, ya sea ante conductas similares o incluso idénticas, que concurra simultáneamente la sanción penal y administrativa o que de algún modo restrinja las atribuciones sancionatorias conferidas expresamente a la Comisión para el Mercado Financiero en cuanto organismo fiscalizador encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y normas que rigen el mercado de valores, reduciendo su argumentación a una discusión doctrinaria.

Al respecto, cabe señalar que, sin perjuicio de poder citar autores a modo simplemente ilustrativo, este Servicio debe fundar sus actos en las disposiciones contenidas en las leyes y normativa que lo regulan y fijan su ámbito de competencia, y por cuyo fiel cumplimiento le corresponde velar.

En este contexto, resulta necesario recordar que el artículo 4º del D.L. N° 3.538, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros – previo a su modificación por la Ley N°21.000 de 2017- establecía como una obligación de la “*Superintendencia velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan*”, facultándola entre otras materias para “*a) Interpretar administrativamente, en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento*”, agregando a su vez el artículo 27 del mismo cuerpo legal que “*Las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las que rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios, de una o más de las siguientes sanciones (...)”* y que “*(...) Las sanciones señaladas en los números 1) y 2) podrán ser aplicadas a la sociedad, directores, gerentes, dependientes o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia*”- Tales disposiciones se encuentran contenidas en términos similares en el texto del citado Decreto Ley reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero- sucesora legal de la Superintendencia de Valores y Seguros-, en los artículos 1º inciso tercero, 5 N° 1 y 36.

De este modo, conforme al principio de legalidad que rige a la administración pública, el actuar de la Comisión para el Mercado Financiero se debe basar tanto para instruir un procedimiento administrativo sancionatorio por infracciones a las leyes y normas sujetas a su fiscalización, como para cursar una sanción administrativa conforme a sus facultades o bien para excusar de ella en caso que los antecedentes del respectivo expediente administrativo así lo ameriten, en una disposición legal o administrativa que resulte aplicable.

Por lo anterior y ya en esta parte, se debe asentar que la solicitud de reposición no puede ser acogida por cuanto el recurrente no invoca ninguna disposición normativa en cuya virtud pueda verse excusado de su responsabilidad administrativa, particularmente si se tiene presente que ni en el curso del proceso administrativo ni en su recurso, plantea alegaciones o argumentos en que niegue la comisión de los hechos por los cuales fue sancionado.

#### **4.2 FUNDAMENTOS DE HECHO**

En el sentido de lo antes expuesto y complementando lo señalado en el punto anterior, debe asentarse también que el recurrente no refuta ni discute los hechos imputados en la resolución sancionatoria por el contrario y como consta de los antecedentes de autos, los reconoció en sede penal-, de modo que los hechos e infracciones incurridas por el señor Peña que motivan la sanción deben entenderse como no controvertidos.

#### 4.3 NE BIS IN ÍDEM

Como se trasluce de la solicitud objeto de esta resolución, no existe ninguna norma que expresamente prohíba o limite una supuesta concurrencia entre lo infraccional administrativo y penal, de modo que, en este contexto, la aplicación del principio denominado *ne bis in ídem* carece de reconocimiento legal y debe ser desecharo.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene reiterar la falta de coincidencia entre lo infraccional administrativo y lo penal, materia expuesta latamente en la Resolución N° 1653 de 2018.

Como expresa la Resolución N° 1653 de 2018 las infracciones por las cuales fue sancionado el Sr. Peña por la Comisión, difieren en su fuente normativa respecto de los delitos que motivaron la imposición de las penas a las que fue condenado en sede penal, toda vez que los cargos formulados en sede administrativa dan cuenta de conductas incurridas en su calidad de director y gerente de inversiones de Aurus que infringen normas específicas aplicables a la industria de administración de fondos de terceros, contempladas en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, Ley N° 18.815 sobre Fondos de Inversión, Ley que Regula la Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.712, Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, así como la Circular N° 1869 que imparte instrucciones sobre la implementación de medidas relativas a la gestión de riesgos y control interno en las administradoras de fondos - todas normas sujetas al control y fiscalización de la Comisión, evidentemente distintas a los tipos que contempla el Código Penal, que, en general, busca la sanción de conductas cometidas por cualquier persona en razón de resultar común y socialmente intolerables. A diferencia del Código Penal, la normativa legal y administrativa que rige a la industria de administración de fondos de terceros responde al interés público comprometido en esta actividad económica específica, que radica tanto en el resguardo de los recursos que se administran, como en la mantención de la confianza que los partícipes y aportantes depositan en el sistema.

A estos efectos, sucintamente y para no replicar innecesariamente lo establecido en la resolución sancionatoria, se puede señalar:

(i) El cargo por infracción a la letra a) del artículo 162 de la Ley N°18.045 y a la letra a) del artículo 22 de la LUF, por las transferencias de recursos del fondo Insignia, realizadas en favor de los señores Peña, Catalina Paz Bustos Aravena, Ernestina Aravena, Omar Sanzana Saavedra, y la sociedad Hingley Finance Limited no reprocha la apropiación indebida - conducta sancionada en sede penal-, sino que un incumplimiento a los deberes fiduciarios de correcta administración en el mejor interés de los fondos contemplada en la regulación especial que rige la industria de administración de fondos de terceros, conducta que es objeto de supervisión y fiscalización por la Comisión para el Mercado Financiero y cuya infracción requiere ser sancionada en sede administrativa. Por tanto, se trata de una prohibición enmarcada en el desarrollo de una industria financiera específica y que busca establecer un estándar de conducta respecto de las personas que en la misma asumen roles determinantes para velar por la adecuada protección de los intereses de los inversionistas que canalizan sus ahorros a través de vehículos de inversión colectiva como los fondos de inversión.

Consecuentemente, el delito por apropiación indebida por el cual fue condenado el señor Peña en sede penal tiene un fundamento normativo claramente distinto a aquel que motiva lo infracción administrativa sancionada por la Comisión en el caso de marras.

ii) El cargo por infracción al número 7) del artículo 42 de la Ley N° 18.046, la letra e) del artículo 236 de la Ley N° 18.045, el artículo 17 y las letras a), c) y e) del artículo 20 de la LUF, por haber efectuado transferencias de recursos del fondo Insignia, en contra del interés del fondo, informar valores mayores a los reales para algunos instrumentos, de modo que su valorización no se ajustaba a IFRS, informar dentro de la cartera de activos instrumentos que no eran de propiedad del fondo, e informar, respecto de otros una cantidad mayor a la real, también da cuenta de un incumplimiento de normas legales que se sanciona por afectar bienes jurídicos que interesa primordialmente proteger en la actividad de la administración de fondos de terceros, que, por ende, difieren de los penales y que al igual que el caso anterior, sancionan un incumplimiento a los deberes de correcta administración en interés de los fondos, no asimilables ni comprendidos en aquellos que buscan proteger los tipos penales de estafa, falsificación y uso de instrumento privado falso o de la remisión y certificación de antecedentes y hechos falsos a esta Comisión y al público en general, las que se encuentran tipificadas en preceptos que difieren de aquellos invocados por este Servicio.

En efecto, esta infracción administrativa se refiere a la vulneración del deber de cuidado que debió haber empleado el señor Peña en su carácter de director y gerente de inversiones de Aurus, como también la infracción de los deberes aplicables a los directores de las administradoras generales de fondos, consistentes en velar porque la administración cumpla con lo dispuesto en el reglamento interno de cada fondo; que las inversiones valorizaciones u operaciones de los fondos se realicen de acuerdo con la LUF, su reglamento, las normas dictadas por esta Comisión y sus reglamentos internos; y que las operaciones y transacciones realizadas con los recursos del fondo se efectúen solo en su mejor interés y en beneficio exclusivo de sus partícipes o inversionistas, atendida la fe pública involucrada en la gestión de recursos de terceros.

(iii) El cargo por infracción al artículo 236 letra b) de la Ley N° 18.045, el número 4) del artículo 42 de la Ley N° 18.046, el artículo 17 y el artículo 20 letra b) de la LUF, por haber presentado a los aportantes de los fondos Insignia y Global información falsa correspondiente a los estados financieros, valores libro de la cuota, patrimonio neto y activo total de los fondos Insignia y Global, da cuenta del incumplimiento de deberes contenidos en disposiciones distintas a aquellas que fueron esgrimidas para efectos de la condena penal.

Al igual que en los casos anteriores, estas conductas difieren claramente de aquellas sancionadas penalmente y se orientan a la protección de bienes jurídicos que no se identifican plenamente con aquellos que busca resguardar la norma penal. En efecto, en el cargo se estima infringido el deber del señor Peña, en su calidad de director, de velar por que la información proporcionada a los aportantes de los fondos Insignia y Global fuera veraz, suficiente y oportuna, a fin de permitir que estos pudieran adoptar sus decisiones de inversión, lo cual claramente no es recogido por la norma penal que, según el recurrente, abarcaría tal conducta.

(iv) En el cargo por incumplimiento al primer párrafo de la Sección II de la Circular N° 1.869 en relación al número 1.1 de la Sección V de la misma Circular, todo ello en relación al N° 1 del párrafo tercero de la Sección IV de la Circular N° 1869, por no contar Aurus con un Manual de gestión de riesgo y control interno que se ajustara a lo exigido por la Circular N°1869, se aprecia aún con mayor claridad la diferencia entre los tipos penales y administrativos sancionados, toda vez que en sede administrativa se sanciona el incumplimiento del señor Peña a sus deberes como director de Aurus en cuanto a la falta por parte de dicha administradora de fondos de un manual que se ajustara a los requerimientos de la Circular N°1.869 que regula la gestión de riesgos y el control interno de la administradora general de fondos, lo cual

constituye una obligación permanente para este tipo de sociedades en razón de la naturaleza y especial sensibilidad de dicha actividad, y que no presenta la más mínima vinculación con los delitos comunes de apropiación indebida, estafa y falsedades sancionadas en sede penal.

En este sentido, la normativa vigente dictada por la Comisión para la industria de administración de fondos de terceros, les instruye contar con sistemas de gestión de riesgos y control interno consistentes con su tamaño y la complejidad de sus negocios. Esta misma norma determina las actividades o procesos críticos en la administración de recursos de terceros y, por tanto, requieren el establecimiento de políticas, procedimientos y mecanismos de control, que incluyen materias vinculadas a la valorización de los instrumentos incluidos en las carteras de los fondos y la custodia y resguardo de la titularidad de los mismos - ámbito en el que se enmarcan las infracciones sancionadas por la Comisión.

De esta manera, el cargo en análisis no guarda relación alguna con los delitos por los cuales fue condenado el señor Peña en sede penal, ya que el incumplimiento por el que se le imputa responsabilidad en su calidad de director, ha consistido en infringir la obligación de velar por que el Manual de Gestión de Riesgos y Control Interno de Aurus contemplara los elementos mínimos exigidos por la Circular N°1869, como también que éste fuera aprobado por la alta administración de la entidad, lo que claramente difiere de cualquier tipo penal invocado en los autos en los que el Sr. Peña fue condenado.

(v) El cargo por incumplimiento a lo establecido en el número 1.2 de la Sección V de la Circular N° 1.869, se fundamenta en no haber aprobado planes de contingencia que dieran cumplimiento a lo requerido por la Circular N°1869.

En este cargo, se repite la situación descrita respecto del Manual de Gestión de Riesgos y Control Interno, ya que se imputa el incumplimiento de una obligación permanente para las sociedades administradoras generales de fondos establecida en razón de la actividad y giro específico y especial que éstas realizan y, por ende, para sus directores, consistente en que éstas deben contar con los planes de contingencia requeridos por la citada Circular N°1869, obligación que no dice relación con ninguno de los delitos a los que se ha hecho referencia y por los cuales fue condenado el señor Peña en sede penal. En este sentido, la falta de aprobación de un plan de contingencia o la aprobación de un plan de contingencia deficiente, son hechos que no pueden, de ninguna manera, ser asimilados al engaño fraudulento que constituye el delito común de estafa ni la apropiación indebida, como tampoco una falsificación o uso de instrumentos privados falsos, ni menos comunicar o certificar maliciosamente hechos o antecedentes falsos.

(vi) El cargo por incumplimiento del tercer párrafo del punto 2 de la Sección V de la Circular N° 1.869, se funda en no haberse remitido al directorio de Aurus, en una primera etapa, los informes requeridos del Encargado de Cumplimiento y Control Interno por la Circular N° 1.869 y, en una segunda etapa, por no haber cumplido los informes remitidos por el referido Encargado las exigencias de esa Circular.

En este caso, se da la misma situación descrita respecto de los cargos (iv) y (v), por cuanto lo que se imputa es una infracción a la Circular N°1.869, esto es, la falta o deficiencia en los informes que debe emitir al directorio de la administradora de fondos el Encargado de Cumplimiento y Control Interno de modo que los directores puedan, entre otros aspectos, contar con información oportuna sobre la efectividad y eficacia del sistema de gestión de riesgo y control, lo que no es de ninguna manera equiparable –dadas las razones expuestas- a los delitos comunes tipificados en el Código Penal que motivaron la condena del Sr. Peña. Ello fluye de la sola lectura del cargo, que dice relación con una falta de cuidado de los directores que se aprecia en la no remisión y, posteriormente, en la remisión de

informes que eran manifiestamente deficientes respecto a lo exigido por la Circular N°1869, y que resultaban necesarios para el monitoreo y evaluación periódica del sistema de gestión de riesgos y control interno de la administradora, conducta que no resulta asimilable a lo que podría ser una estafa, falsificación o apropiación indebida.

(vii) El cargo por incumplimiento de la Sección VII de la Circular N°1.869, deriva del hecho de haber certificado que Aurus contaba con un sistema de gestión de riesgos y control interno que se ajustaba a lo dispuesto por la Circular N°1.869, en circunstancias que dicho sistema no cumplía con lo requerido por la misma (como se ha visto de los números anteriores).

En este cargo, se puede aplicar el mismo criterio empleado en el análisis de los anteriores, para descartar su relación con las conductas sancionadas en sede penal, por cuanto lo que se imputa en el mismo es la infracción de la Circular N°1.869 y no las conductas típicas contenidas en nuestra legislación penal.

En efecto, lo que se le atribuyó al señor Peña en sede administrativa, fue haber avalado la certificación en comento, en circunstancias que la estructura de gestión de riesgos y control interno adolecía de las graves deficiencias, entre las que se encuentran aquellas que dicen relación con el contenido del Manual de gestión de riesgos y control interno, los informes del Encargado de Cumplimiento y Control Interno y los planes de contingencia. Esta conducta infraccional nace de una obligación especial que se impone a los directores y gerente general de una administradora de fondos, contenida en la Circular N° 1.869 en razón de la especial sensibilidad de la actividad que realiza la entidad, conducta que difiere de la información falsa sancionada en el artículo 59 letra a) de la Ley N° 18.045, por la que el Sr. Peña fue sancionado penalmente.

#### **4.4 ARTÍCULO 59 LETRA A) DE LA LEY N° 18.045**

Como se ha relatado anteriormente, no existe ninguna norma que expresamente prohíba o limite una supuesta concurrencia entre lo infraccional administrativo y penal, de modo que, en este contexto, se debe reiterar que la aplicación del principio denominado *ne bis in idem* carece de reconocimiento legal y debe ser desecharo.

Así, el Sr. Peña fue sancionado por conductas incurridas en su calidad de director y gerente de inversiones de Aurus, que infringen normas sujetas al control y fiscalización de la Comisión. En este caso, la normativa legal y administrativa que rige a la industria de administración de fondos de terceros responde al interés público comprometido en esta actividad económica específica, que radica tanto en el resguardo de los recursos que se administran, como en la mantención de la confianza que los partícipes y aportantes depositan en el sistema.

En la especie, el cargo por incurrir en la conducta descrita en la letra a) del artículo 59 de la Ley N° 18.045, se funda en haber proporcionado maliciosamente información falsa en los estados financieros, valores cuota, patrimonios y activos totales de los fondos Insignia y Global, y por haber certificado maliciosamente que el sistema de gestión de riesgo y control interno de Aurus era suficiente e idóneo, conociendo sus deficiencias.

Al respecto, se debe tener presente que, tal como se señaló en el punto 4.1 de esta Resolución, no existe una disposición legal o normativa que prescriba que la conducta en cuestión no pueda ser sancionada en

sede penal y administrativa. Más aún, el artículo 58 de la Ley N° 18.045 contempla expresamente la posibilidad de sancionar la infracción a su artículo 59, tanto en sede administrativa como en sede penal, de modo que esta imputación, se funda en una norma legal expresa de la Ley N° 18.045, que al efecto señala:

*"Art. 58. La Superintendencia aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos que los rigen y de las resoluciones que dicte conforme a sus facultades, las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley.*

*Con el fin de obtener los antecedentes e informaciones necesarias para el cumplimiento de sus labores de fiscalización y para clausurar las oficinas de los infractores en los casos que sea necesario, la Superintendencia podrá solicitar directamente el auxilio de la fuerza pública con facultades de allanamiento y descerrajamiento.*

*Cuando en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la Superintendencia tomen conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de los delitos señalados en los artículos 59 y 60 de esta ley, salvo en lo referente a la conducta ministerial de sus subalternos, el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código Procesal Penal, solo se contará desde que la Superintendencia haya efectuado la investigación correspondiente que le permita confirmar la existencia de tales hechos y de sus circunstancias, todo sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones".*

Como se puede apreciar de la norma legal transcrita, y a diferencia de la lectura que de la misma hace el recurrente, expresamente se señala que la denuncia penal es sin perjuicio de las sanciones administrativas que se pueden aplicar, agregando que esas sanciones (vocablo que da cuenta que la administración puede obviamente sancionar) pueden decir relación con las "*mismas situaciones*", de modo que la **norma no excluye de ninguna manera la coexistencia de sanciones administrativas y penales**. En efecto, la disposición anterior tiene un sentido completamente contrario al invocado por los recurrentes. Por tanto, tampoco se pueden acoger los argumentos del recurrente en lo que a este cargo respecta.

#### 4.5 NE BIS IN ÍDEM PROCESAL

Se ha argüido finalmente un supuesto exceso u hostigamiento del ejercicio del *ius puniendi* estatal, en términos que el recurrente denomina "**Ne Bis In Idem Procesal**".

A este respecto, cabe hacer presente que en términos normativos, no se ha citado disposición alguna que consagre este supuesto *ne bis in idem* procesal, como tampoco han existido actos de hostigamiento, ni vulneración respecto del Sr. Peña., sino que, por el contrario, durante todo el procedimiento se ha permitido el pleno ejercicio de su derecho a la defensa, siendo debida y oportunamente informado sobre las actuaciones realizadas, teniendo la posibilidad de presentar pruebas e incluso, ser escuchado por el Consejo antes de la decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe dejar asentado que la existencia de un procedimiento penal no es un obstáculo a que esta Comisión ejerza las facultades y atribuciones que le otorga su Ley Orgánica, para fiscalizar y en su caso sancionar las infracciones normativas que conozca.

5. Que, conforme lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley Orgánica de la CMF, la Comisión para el Mercado Financiero será considerada para todos los efectos la sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Valores y Seguros, correspondiéndole a su Consejo pronunciarse respecto de los procesos sancionatorios instruidos con anterioridad a su comienzo de funciones.

6. Que, como se ha explicado latamente, esta Comisión considera que la Reposición no aporta elementos que permitan desvirtuar los incumplimientos sancionados o eximir de responsabilidad al sancionado, de modo que no puede ser acogida.

7. Que, en virtud de todo lo anterior, el Consejo para el Mercado Financiero revisó los antecedentes, de modo que en Sesión Extraordinaria N°18, de 29 de mayo de 2018, con la asistencia de los comisionados don Christian Larraín Pizarro, don Kevin Cowan Logan y don Mauricio Larraín Errázuriz, se pronunció sobre la reposición interpuesta por los señores Miguel Ángel Chaves Pérez, Marcos Contreras Enos y Alejandro Awad Cherit, todos en representación de don Mauricio Peña Merino.

**EL CONSEJO DE LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, POR LA UNANIMIDAD DE LOS COMISIONADOS CHRISTIAN LARRAÍN PIZARRO, KEVIN COWAN LOGAN Y MAURICIO LARRAÍN ERRÁZURIZ, RESUELVE:**

1) Rechazar en todas sus partes el recurso de reposición interpuesto en contra de la **Resolución N° 1653 de 2018**, manteniendo la sanción **de multa de UF 10.000 impuesta a don Mauricio Javier Peña Merino**.

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

3) El pago de la multa cursada mediante la Resolución indicada, deberá efectuarse en la forma prescrita en el artículo 59 del Decreto Ley N° 3.538 de 1980, conforme su texto reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000.

4) El comprobante de pago deberá ser ingresado en las oficinas de esta Comisión dentro de quinto día de efectuado el pago.

5) Se hace presente que, contra la presente Resolución procede el reclamo de ilegalidad dispuesto en el artículo 71 del D.L. N° 3.538 de 1980, conforme su texto reemplazado por el artículo primero de la Ley N° 21.000, el que deberá 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.



CHRISTIAN LARRAÍN PIZARRO  
PRESIDENTE (S)



KEVIN COWAN LOGAN  
COMISIONADO



MAURICIO LARRAÍN ERRÁZURIZ  
COMISIONADO

**COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO**

Av. Libertador Bernardo  
O'Higgins 1449, Piso 1º  
Santiago - Chile  
Fono: (56 2) 2617 4000  
Casilla 2167 - Correo 21  
[www.cmfchile.cl](http://www.cmfchile.cl)