

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción del guarismo "1.500", contenido en su motivo Décimoctavo, el cual se reemplaza por "15.000".

**Y se tiene, además, presente:**

**Primero:** Que los sancionados Aníbal Mosa Shmes, Paul Fontaine Benavides y Leonardo Battaglia Castro, dedujeron reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N°7.600, de fecha 8 de noviembre de 2019, por intermedio de la cual la Comisión para el Mercado Financiero los sanciona con multas de 500, 400 y 100 Unidades de Fomento, respectivamente, por infracciones al artículo 147 de la Ley N°18.046.

En particular, el órgano administrativo reprocha la celebración de préstamos con parte relacionada, adquiridos por la sociedad Blanco y Negro S.A. - de la cual los sancionados integraban el directorio, siendo el primero de ellos su presidente - desde el Fondo de Inversión Privado Parinacota (en adelante "Parinacota FIP"), cuyo principal aportante es Aníbal Mosa Shmes. Dichas operaciones, que luego se materializaron en diversos instrumentos, no fueron presentadas al directorio para su aprobación e información acerca del interés comprometido, infringiéndose así el inciso primero y numerales 1° y 2° del artículo 147 ya citado.



**Segundo:** Que, en su reclamación, Aníbal Mosa Shmes, alega una infracción a los artículos 37, 38 y 52 de la Ley N°21.000, artículo 147 N°2 Ley N°18.046 y artículos 11 y 41 Ley N°19.880, por cuanto afirma haber informado a los restantes directores acerca del interés que poseía en Parinacota FIP y, además, se abstuvo de participar en la votación que aprobó el primer préstamo cuestionado, razón por la cual se desestimaron los cargos en su contra respecto de aquel contrato, que es la génesis de aquellos que vendrán después.

En este contexto, sostiene que desde esa operación, de noviembre de 2015, era conocido para el directorio que Parinacota FIP hacía préstamos regularmente a Blanco y Negro S.A. para solventar sus problemas de caja, todo lo cual se informaba por teléfono, correo electrónico o Whatsapp y, además, fue ratificado en los estados financieros.

Reconoce que no consta la aprobación de las operaciones posteriores a 2015 en las actas de las sesiones de directorio, como tampoco quedó registro de alguna votación o discusión, pero ello es distinto a señalar que actuó a espaldas del directorio. De este modo, la resolución reclamada carece de fundamentación, puesto que estimó sancionable una conducta que no afectó al bien jurídico protegido, además de omitirse un análisis respecto de los antecedentes y circunstancias



concretas para determinar la sanción aplicable y su proporcionalidad.

**Tercero:** Que, a su vez, el sancionado Paul Fontaine Benavides esgrime las mismas ilegalidades reseñadas anteriormente, expresando que todas las operaciones se efectuaron en pos del interés social, debido a graves problemas de caja que tenía la sociedad. En este sentido, todos los directores - con excepción de Leonidas Vial - estaban de acuerdo en que los préstamos eran indispensables, circunstancia que deja en evidencia que los cargos consisten únicamente en la omisión de meras formalidades, que no afectaron al bien jurídico protegido por la norma, que es el resguardo del interés social.

Luego de reconocer que no consta la aprobación por el directorio respecto de las operaciones posteriores al año 2015, expresa que ello no implica que se hubieran celebrado con absoluto desconocimiento de los directores, puesto que la situación fue transparentada en el marco de la primera de ellas.

En lo demás, reproduce las alegaciones de falta de fundamentación y proporcionalidad de la resolución reclamada, en los términos indicados con anterioridad.

**Cuarto:** Que, finalmente, el director Leonardo Battaglia Castro expone que en la sesión de directorio de 19 de noviembre de 2015, se indicó expresamente que la compañía debía realizar pagos y estaba en una situación



de caja complicada, puesto que los bancos no le prestaban y, ante el apremio, el director Aníbal Mosa ofreció prestar los fondos desde Parinacota FIP, en condiciones de mercado. En este contexto, tratándose de un mutuo necesario e indispensable, no pueden confundirse los presupuestos de la operación, que están en el inciso 1° del artículo 147 de la Ley N°18.046, con la obligación de dejar constancia en el acta de la opinión de los directores, puesto que la norma no exige condiciones o detalles específicos que deban discutirse en la sesión, sino solamente dejar constancia de los fundamentos de la decisión, lo cual fue cumplido.

Expresa que firmó un solo reconocimiento de deuda, con fecha 24 de marzo de 2017, bajo la creencia de que se trataba de la operación con parte relacionada originalmente aprobada y obrando de buena fe, puesto que no se le informó que se tratara de un préstamo distinto.

**Quinto:** Que la sanción impuesta por la reclamada, se funda en los siguientes hechos:

1. El día 20 de noviembre de 2015 Parinacota FIP, cuyo principal aportante era a la vez el presidente de Blanco y Negro S.A., Yakob Aníbal Mosa Shmes, prestó a dicha sociedad un total de \$532.500.000.

2. El año 2016, siendo Aníbal Mosa presidente del directorio de Blanco y Negro S.A., Parinacota FIP le



prestó dineros en dos oportunidades: el 30 de junio, por \$160.000.000 y el 11 de julio, por \$330.000.000

3. Durante 2017, continuando Aníbal Mosa como presidente del directorio, Parinacota FIP prestó dineros a Blanco y Negro S.A. en 3 oportunidades: 24 de marzo por \$200.000.000; 22 de mayo por \$110.000.000 y 29 de junio por \$80.000.000.

4. Durante el año 2015, el sancionado Leonardo Battaglia Castro formaba parte del directorio de Blanco y Negro S.A. A partir del año 2016, se integra Paul Fontaine Benavides.

5. Revisadas las actas de las sesiones de directorio de Blanco y Negro S.A. durante el periodo de los préstamos, no hay constancia de que ellos se trataran o acordaran por el directorio de la sociedad y, en otros casos no hay discusión sobre la contribución al interés social o las condiciones de los financiamientos. Tampoco existe aprobación de los directores en cuanto a los créditos y, cuando ellos se mencionan, no hay referencia a los fundamentos para aprobarlos, constancia de la votación o de la exclusión de Aníbal Mosa Shmes en la votación con excepción de las sesiones de fecha 19 y 25 de noviembre de 2015.

6. Todos los directores excepto uno, reconocieron que sabían de los préstamos y que ellos provenían de una empresa relacionada al presidente del directorio.



7. La sociedad Blanco y Negro S.A. no cuenta con política general de habitualidad para operaciones entre partes relacionadas, aprobada por el directorio.

**Sexto:** Que el artículo 147 de la Ley N°18.046, en lo pertinente, dispone: *"Una sociedad anónima abierta sólo podrá celebrar operaciones con partes relacionadas cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan a continuación:*

1) *Los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores que tengan interés o participen en negociaciones conducentes a la realización de una operación con partes relacionadas de la sociedad anónima, deberán informar inmediatamente de ello al directorio o a quien éste designe. Quienes incumplan esta obligación serán solidariamente responsables de los perjuicios que la operación ocasionare a la sociedad y sus accionistas.*

2) *Antes que la sociedad otorgue su consentimiento a una operación con parte relacionada, ésta deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del directorio, con exclusión de los directores o liquidadores involucrados, quienes no obstante deberán hacer público su parecer respecto de la operación si son*



*requeridos por el directorio, debiendo dejarse constancia en el acta de su opinión. Asimismo, deberá dejarse constancia de los fundamentos de la decisión y las razones por las cuales se excluyeron a tales directores”.*

**Séptimo:** Que la materia guarda íntima relación con la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, tópico que ha sido tratado por esta Corte con anterioridad, al señalar: “de los artículos 2.053 del Código Civil y artículo 1° de la Ley N°18.046, se colige que la principal labor de un director es el resguardo del interés social, cuyo contenido ha sido clarificado a través de la doctrina señalando que 'De acuerdo a la legislación chilena, el interés social es el fundamento de todos los derechos y obligaciones de los directores, ejecutivos principales, gerentes y de todos los órganos de administración de la sociedad. Sin embargo, aunque existe una serie de disposiciones legales que regulan los conflictos de interés, el concepto de interés social no ha sido definido por la ley (...). Podemos definir 'interés social' como aquel que es común a todos los accionistas y diferente al interés particular de cada uno de ellos, y que se encuentra relacionado con el objeto y causa de la sociedad, que es el motivo que induce a la celebración del contrato de sociedad, en este caso, la finalidad de obtener un beneficio pecuniario y repartirlo entre los socios. Interés social sería 'el interés común de los



*actuales accionistas de una sociedad en un sentido objetivo y abstracto; el mínimo común denominador de todos los accionistas desde la constitución de la sociedad hasta su liquidación, sin considerar ningún elemento externo', agregando que 'El objetivo final de los directores debe ser la satisfacción del interés de la sociedad. Por lo tanto, el interés social debe ser el elemento subyacente en cualquier acto de la sociedad, sea que fuere realizado por el directorio, los ejecutivos o cualquier otra persona con la autoridad necesaria para representar y/o administrar a la sociedad. De acuerdo al artículo 30 de la LSA este principio es incluso vinculante para los accionistas' (Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio: "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América", en Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N°2, 2004. pp.239-268)" (CS Rol N°3389-2015).*

**Octavo:** Que lo anterior ha llevado a la construcción de aquello que se ha denominado un "derecho-deber" de los directores de las sociedades anónimas de informarse sobre la marcha social y de los negocios por ella celebrados, prerrogativa consagrada en el artículo 39 de la Ley N°18.046 y que no mira en exclusivo interés de su



titular, sino que involucra también la protección del interés social.

**Noveno:** Que, a la luz de lo razonado en los motivos anteriores, conforme al citado artículo 147 las operaciones con partes relacionadas se encuentran prohibidas por regla general, a menos que se cumpla con los presupuestos que el mismo precepto indica. En otras palabras, las operaciones con partes relacionadas solamente están permitidas en tanto se observen las condiciones establecidas por la norma, puesto que lo normal es que aquellas no sean ejecutadas, atendido el conflicto de intereses que involucran, el que pudiera traer consigo la posibilidad de que su celebración sea en condiciones desfavorables para el interés social, escenario que la disposición legal y los requisitos habilitantes que establece, busca evitar.

Cualquiera sea el giro social o la naturaleza del vínculo que configure la relación, el precepto es expreso y no efectúa distinción o exención alguna en virtud de un estado de necesidad social, del modo que expresan los reclamantes.

**Décimo:** Que resultó un hecho establecido que, si bien el sancionado Aníbal Mosa Shmes informó a la sociedad sobre el interés comprometido en el primer préstamo que a Blanco y Negro S.A. realizó Parinacota FIP, el 20 de noviembre de 2015, tal actuación no se



reiteró respecto de las demás operaciones celebradas durante los años 2016 y 2017, de cuya discusión no hay constancia alguna.

En este sentido, conviene recordar que, conforme al artículo 48 de la Ley N°18.046, las actas de las sesiones de directorio deben dejar constancia de las deliberaciones y acuerdos, lo que, para este caso, se traduce en la acabada discusión de aquellos presupuestos que el propio artículo 147 establece en su encabezado, esto es, la contribución de las operaciones al interés social y su celebración en términos, condiciones y precio de mercado al tiempo de su aprobación, de todo lo cual debe quedar expreso testimonio.

No se trata - como señalan los reclamantes - de meras formalidades cuya omisión no afectaría al bien jurídico protegido. Muy por el contrario, constituye la única forma posible que la Ley regula para acreditar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 1° y 2° de la misma disposición y, de este modo, salvar la responsabilidad que asiste a los directores en virtud del deber fiduciario que sobre ellos pesa, en beneficio de los accionistas y de la sociedad misma.

A mayor abundamiento, para descartar tal alegación, basta con recurrir a lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil, conforme al cual "*Cuando la ley declara*



*nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley".*

**Undécimo:** Que, por otro lado, también se asentó como un hecho de la causa que los directores Paul Fontaine Benavides y Leonardo Battaglia Castro, contribuyeron a la materialización de parte de los señalados préstamos, por la vía de firmar, en representación de Blanco y Negro S.A. los reconocimientos de deuda respectivos, sin que se acreditara que tales operaciones obtuvieron la aprobación previa del directorio, en los términos exigidos por el artículo 147 N°2 de la Ley N°18.046.

Tal como se ha razonado, asiste al director el "derecho-deber" de informarse sobre la marcha social, de modo que no puede alegar en esta sede que desconocía tal incumplimiento. Por otro lado, tal como se estableció en sede administrativa y no fue discutido judicialmente, todos los directores, salvo uno de ellos, reconocieron saber de la existencia de los mutuos, de modo que, aun cuando se hubiere cumplido los requisitos legales respecto del primero, debían también asegurarse que ello se observara para los demás, más aun considerando que la empresa carece de una política general de habitualidad, aprobada por el directorio.



**Duodécimo:** Que todo lo indicado configura, en consecuencia, las infracciones al artículo 147 inciso primero, N°1 y 2 de la Ley N°18.046, en los términos que fue resuelto por la autoridad administrativa.

**Décimo tercero:** Que, en cuanto a la determinación de la sanción, debe tenerse presente que se trata de una conducta particularmente grave, por cuanto estamos en presencia de operaciones con partes relacionadas, de altos montos, que se celebraron en condiciones que se desconocen, sin constancia de que aquellas se hubieren realizado en términos de mercado o siquiera de cuáles fueron sus cláusulas y si éstas se ajustan o no al interés social. Por consiguiente, han incurrido los directores que participaron en ellas, en una directa y manifiesta vulneración de sus deberes fiduciarios para con la sociedad misma, como también para con los accionistas, especialmente aquellos minoritarios, a través de conductas que, a la postre, provocan una desconfianza de estos últimos en los órganos de administración y control social, con el consiguiente riesgo para el correcto funcionamiento del mercado financiero, la fe pública y los intereses de los eventuales perjudicados con la conducta.

Por tanto, considerando que conforme al artículo 37 de la Ley N°21.000, las posibilidades que a la Administración se entregan para fijar el monto de la



multa son una cantidad máxima de 15.000 Unidades de Fomento, el 30% del valor de la operación regular o el doble del beneficio obtenido de ella, las cuantías fijadas en estos antecedentes resultan proporcionales a la gravedad de las infracciones cometidas, motivo por el cual tampoco se observa una ilegalidad en su fijación.

**Décimo cuarto:** En este contexto, no corresponde sino concluir que la reclamada actuó conforme a las facultades que le reconoce el ordenamiento jurídico, desde que se limitó a sancionar a los actores por la contravención de diversos deberes, previstos expresamente en la ley, razón por la cual los fundamentos consignados en las apelaciones en examen serán desestimados en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley N°21.000 **se confirma** la sentencia en alzada, de ocho de septiembre de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales.

Rol N°125.574-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firma, no obstante haber concurrido al



acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval por haber cesado en funciones.



En Santiago, a veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

