

GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE EN EL SECTOR FINANCIERO

Francisco Pfeffer Urquiaga¹
Francisco Galli Burroni²

I. RESUMEN

En este artículo se aborda la forma como las buenas prácticas de gobierno corporativo al interior de una institución financiera se han constituido en una poderosa herramienta para identificar los riesgos infraccionales a que se expone en el ámbito en que se desenvuelve y la manera efectiva en la que el compliance ha contribuido a prevenir que aquellos efectivamente no ocurran.

En primer lugar, se realizará una aproximación a los conceptos de gobierno corporativo y compliance, luego, una descripción general de los principales riesgos infraccionales a que se exponen las instituciones financieras y los agentes que interactúan con ellas. Por último, a modo de conclusiones, referirnos a la forma como se han implementado los mecanismos de prevención para evitar que tales riesgos se materialicen o al menos para minimizar la probabilidad de ocurrencia de los mismos.

¹ Abogado Universidad de Chile. Profesor de Derecho Comercial de la Universidad del Desarrollo.

² Abogado. Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho en la Universidad de Chile con mención en Derecho Privado.

II. GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE.³

Desde un tiempo a esta parte, los conceptos de Gobierno Corporativo y Compliance, que surgieron y se desarrollaron por motivos distintos, aunque ambos compartiendo un común denominador --control preventivo de riesgos, sea para evitar malas prácticas en los negocios o para prevenir delitos--, se han venido acercando al punto de que en la actualidad se presentan como necesarios y complementarios en y para el diseño de toda organización.

Como se sabe, desde fines de la década de los noventa y a partir de su extenso desarrollo en la legislación comparada, se introdujo en nuestro medio el concepto de Gobierno Corporativo, asociado en un inicio, a la noción de combatir las malas prácticas en los negocios. Algunos ejemplos de esto serían: casos de contabilidad maquillada, divulgación de información falsa al mercado, incorrecta resolución de conflictos de interés, operación con información privilegiada por cercanos a la administración, poca o nula consideración de los impactos negativos que producía la actividad productiva en el entorno en que tal actividad se desarrolla --invisibilización de los stakeholders--, son algunos de los eventos corporativos que gatillaron la necesidad de ocuparse, desde la alta dirección de la organización, de cómo prevenir y anticiparse a tales contingencias.

El mundo empresarial ha tomado nota de ello y ha empezado a comprender que la legitimidad y validación del rol que cumple en la sociedad, se gana y consolida cuando la utilidad y el beneficio que se obtiene con el desarrollo de cualquiera actividad económica, es producto del esfuerzo, de la innovación y de la creatividad, y no de la pillería, la trampa o el engaño.

En ese contexto de toma de conciencia, e influido fuertemente por el desarrollo del compliance, según lo que luego se verá, en la actualidad el concepto de gobierno corporativo ha extendido su ámbito de acción, y se asocia, entre otros aspectos, a la idea de que toda organización, desde su más alta dirección, debe ser capaz de controlar y prevenir los riesgos normativos a que esta se ve enfrentada en el desarrollo de su actividad. Se impone como deber de la alta dirección identificar los espacios y personas de la organización más expuestos a incurrir en infracciones legales y reglamentarias, para definir los procedimientos y protocolos, que, ex ante, impongan los controles destinados a minimizar el riesgo de que aquello llegue a ocurrir.

Ello no sólo para evitar daño al capital reputacional de sus ejecutivos, administradores y de la organización como tal, sino que también para minimizar la responsabilidad tanto de la persona jurídica como de la alta dirección por los eventuales perjuicios que el desarrollo de toda actividad económica pueda provocar.

De otro lado, desde la vigencia de la ley N°20.393 --diciembre del año 2012- - se empezó a hablar en el medio local del compliance, anglicismo que inicialmente se asoció

³ Vease nuestro artículo Gobierno Corporativo y Compliance en Revista Actualidad Jurídica N° 40, págs. 229-250. Julio, 2019. Universidad del Desarrollo

solo a la necesidad de implementar al interior de la empresa modelos de prevención destinados a evitar la comisión de los ilícitos tipificados en la citada ley, para configurar así una causal atenuante o eximente de responsabilidad penal.

A partir de la exitosa experiencia adquirida en ese ámbito y en la conciencia de que el desarrollo de la cultura de la prevención es el camino más eficiente y efectivo para enfrentar la responsabilidad derivada de los incumplimientos normativos, se ha ido extendiendo el uso de esta herramienta a los distintos quehaceres en que se desenvuelve no solo el sector empresarial, sino que también para el diseño institucional de cualquiera organización.

Hoy, la expresión compliance, por la que entendemos la cultura del cumplimiento normativo, ha expandido su radio de influencia y está presente en los más diversos ámbitos objeto de regulación (financiero, ambiental, laboral, corporativo, comercial, del consumidor, libre competencia), ya que se ha tomado conciencia de que todo esfuerzo colocado en la prevención de los incumplimientos normativos, es siempre más eficiente y efectivo que colocarlos en la solución de la infracción ya cometida.

Lo anterior se ha traducido en que hoy, hablar de Gobierno Corporativo y Compliance, más allá de entenderse como conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí, importa necesariamente referirse a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica, como de sus equipos gerenciales y ejecutivos.⁴

El sector financiero no ha escapado a esta necesidad y a avanzado gradual y progresivamente en el fortalecimiento de las buenas prácticas en materia de gobierno corporativo y en la identificación de los principales riesgos infracciónelas a que se exponen

⁴ Entre otras y prueba de ello es la reciente --28-02-2019-- sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa rol N°167/2019, más conocida como colusión de los supermercados en la comercialización de pollos. Ilustrativos resultan los siguientes considerandos: "**Centésimo septuagésimo cuarto:** Que, ante todo, conviene recordar que esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que "las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva, y deviene sólo en un amoral ejercicio de levantamiento de ingresos" (Ted Banks y Joe Murphy, "The International Law of Antitrust Compliance", *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 40, 2012, p. 377); **Centésimo septuagésimo octavo:** Que, en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad;

en el desarrollo de su actividad, a fin de prevenir o minimizar la posibilidad de que ellos se materialicen, según se verá en lo que sigue.

II. PRINCIPALES RIESGOS INFRACCIÓNNALES A QUE SE EXPONEN LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y LOS AGENTES QUE INTERACTÚAN CON ELLAS.

1. Determinación de los riesgos infraccionaes que se analizarán.

Las entidades bancarias y financieras se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la ley General de Bancos; la ley de Mercado de Valores; la Recopilación Actualizada de Normas de la ex Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (“SBIF”, actual Comisión para el Mercado Financiero, “CMF”); y la restante normativa sectorial que a su respecto pueda dictar la CMF.

Junto a esta normativa específica también existe una multiplicidad de otros cuerpos legales de carácter más general que deben ser observados por las entidades bancarias y financieras, tal es el caso, a modo ejemplar, de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas; la ley N° 18.010, sobre Operaciones de Crédito de Dinero; la ley N° 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos que indica; la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero (“UAF) y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos; la ley N° 19.496, que establece normas sobre protecciones de los derechos de los consumidores; el Decreto Ley N° 211, en su texto refundido, coordinado y sistematizado, que regula la libre competencia en los mercados, con el fin de promoverla y defenderla; la normativa vigente en materia protección de datos personales, especialmente la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada; y la ley N° 20.712, que regula la administración de Fondos de terceros y carteras individuales y deroga una serie de cuerpos legales, generando una ley única de Fondos

De este vasto conjunto de normas que regula a la actividad bancaria y financiera es posible desprender una serie de riesgos infraccionaes a los que se ven expuestas las instituciones que participan de la misma y los agentes que interactúan con ellas.

Por riesgos infraccionaes identificaremos a continuación aquellos que importan una potencialidad de contravención a la normativa legal, reglamentaria y sectorial que rige la actividad bancaria y financiera.

Sin perjuicio de ello, desde luego advertir que las entidades bancarias y financieras también se ven expuestas a riesgos infraccionaes de incumplimiento a normativa que deriva de su autorregulación, tales como Manuales de Conducta o Códigos de Ética; riesgos que también deben ser considerados en el programa o modelo de compliance que desarrolle una entidad bancaria o financiera en el marco de su actividad, especialmente desde que a estas compañías se le impone tanto por la ley, como por la normativa sectorial de diversas autoridades, tales como la CMF o la UAF, la obligación de contar con políticas de autorregulación en múltiples materias.

Adicionalmente, en lo que interesa a este artículo, nos centraremos en aquellos riesgos infraccionales cuya materialización importa un especial daño o riesgo a la estabilidad del mercado, a la libre competencia o al desarrollo de actividades financieras de manera transparente, atendiendo los deberes de prevención de tales conductas que resultan exigibles a las entidades bancarias y financieras; es decir, que deben ser reguladas en el marco de un modelo de compliance para el sector financiero, por representar la materialización de tales riesgos un incumplimiento normativo de particular gravedad.⁵

Bajo esta premisa, se identifican en este trabajo los siguientes riesgos infraccionales que deben ser especialmente atendidos por las entidades financieras y bancarias al momento de desarrollar un modelo de compliance, considerando la dimensión de prevención de tales conductas: delitos vinculados con el abuso de mercado, tales como el uso indebido de información privilegiada, o la manipulación de la información que se transmite a los mercados bursátiles, especialmente cuando inciden en el precio al que se transan los valores y activos propios de estos mercados; delito de blanqueo de capitales; vinculado íntimamente con esta actividad, los deberes de prevención que consagra la ley N° 19.913, especialmente, el deber de reportar operaciones de carácter sospechosas; y, como último aspecto, infracciones en materia de recepción, tratamiento y uso datos personales.

La razón para centrarnos en estos riesgos infraccionales, es que se observa respecto a ellos un mayor escrutinio respecto a la responsabilidad atribuible a las entidades bancarias y financieras producto de la omisión de los deberes de prevención que les son exigibles, tanto por parte de autoridades sectoriales, tales como la UAF, como por los sujetos perjudicados, particularmente en casos de fraude de alta connotación pública, en los cuales los autores de tales delitos se valieron del sistema financiero / bancario formal, por ejemplo, para blanquear los activos defraudados, según se verá más adelante.

2. Delitos de abuso de mercado.

Teniendo en consideración el contexto antes descrito, nos abocaremos a continuación a tratar estos riesgos infraccionales, comenzando por los delitos de abuso de mercado, que se encuentran regulados en la ley N° 18.045 y la normativa sectorial de la CMF, cuerpo legal que regula especialmente a la oferta pública de valores y sus respectivos mercados e intermediarios.⁶

⁵ Sin perjuicio de que un modelo para este sector debe, a su turno, incorporar aspectos de cumplimiento normativo de legislación más general, según lo adelantado precedentemente.

⁶ Artículo 1° A las disposiciones de la presente ley queda sometida la oferta pública de valores y sus respectivos mercados e intermediarios, los que comprenden las bolsas de valores, los corredores de bolsa y los agentes de valores; las sociedades anónimas abiertas; los emisores e instrumentos de oferta pública y los mercados secundarios de dichos valores dentro y fuera de las bolsas, aplicándose este cuerpo legal a todas aquellas transacciones de valores que tengan su origen en ofertas públicas de los mismos o que se efectúen con intermediación por parte de corredores o agentes de valores.

Las transacciones de valores que no sean de aquellas a que se refiere el inciso primero del presente artículo, tendrán el carácter de privadas y quedarán excluidas de las disposiciones de esta ley, excepto en los casos en que ésta se remita expresamente a ellas.

Tal como ha destacado la CMF en base a evidencia internacional⁷, la existencia de mercados íntegros y transparentes redundan en una adecuada formación de precios, lo que a su turno repercute en una disminución de los costos de financiamiento para las empresas, en un aumento de los niveles de liquidez en el mercado y en un fomento a la innovación.

Sobre la base de medir la reacción de los precios de las acciones frente a anuncios corporativos y, particularmente, el adelantamiento que estos muestran a tales anuncios, la CMF observó al año 2019 que en Chile existía un grado de adelantamiento al anuncio corporativo oficial del 55%, lo que si bien ubicaba a nuestro país en una mejor posición que otros país de la Región, lo dejaba en una situación bastante desmejorada en comparación con países más desarrollados como Estados Unidos o Canadá, concluyendo a partir de dicho estudio que en Chile existiría abusos en el mercado de valores nacional. Frente a ello, la Comisión colocó como énfasis estratégico de su actividad fiscalizadora para el período 2020-2022 el fortalecer la supervisión de conductas en el mercado financiero, a la par de formular cinco propuestas de mejora normativa en la materia.⁸

Una de tales propuestas se materializó en la ley N° 21.314, del Ministerio de Hacienda, publicada el 13 de abril de 2021, que establece nuevas exigencias de transparencia y refuerza las responsabilidades de los agentes de los mercados, regula la asesoría previsional, y otras materias que indica⁹.

Sobre esta base, en la ley N° 18.045 se sancionan diversas conductas que importan un atentado a la estabilidad del mercado de valores y a la transparencia e integridad con que debe operar dicho mercado.

Así, en primer lugar, se tipifican como actividades prohibidas dentro de su título VIII la manipulación de precios (art. 52) y la ejecución de cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, como también la inducción o ejecución de transacciones de valores por medio de actuaciones engañosas o fraudulentas (art. 53).

El artículo 52¹⁰ fue incorporado en su redacción actual por la ley N° 21.314 y en el mismo la conducta sancionable se vincula a la variación del precio de valores de oferta pública, especialmente se busca evitar aquella acción que persiga la estabilización, fijación o variación artificial de tal precio.

⁷Comisión para el Mercado Financiero (2019): Propuestas de cambios legales para reducir abusos en el mercado de valores. Disponible en (consultado el 25 de julio de 2022): https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-28045_doc_pdf.pdf

⁸ Ibídem.

⁹ Pfeffer Urquiaga, Francisco (2021). Nuevas exigencias de transparencia, mayores responsabilidades para los gobiernos corporativos y mayores regulaciones para los agentes de mercado. Impacto de la ley N° 21314 en el mercado financiero, en Revista de Actualidad Jurídica N° 44, julio 2021, Universidad del Desarrollo. Disponible en (consultado el 25 de julio de 2022): <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/08/AJ-N44-julio-2021-Pfeffer-Francisco-Nuevas-exigencias.pdf>

¹⁰ Es contrario a la presente ley la manipulación de precios, entendiéndose por tal aquella acción que se efectúa con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios de valores de oferta pública.

Quedarán exceptuadas de la prohibición contemplada en el inciso precedente aquellas actuaciones que, cumpliendo con los requisitos que establece la Comisión para el Mercado Financiero mediante normas de carácter general, tengan por objeto fomentar la liquidez o profundidad del mercado

Esta nueva redacción es una mejora a la anterior y recoge una de las propuestas de la CMF en la materia. Particularmente, se elimina la exigencia incorporada en la antigua normativa conforme a la cual la manipulación de precios se verificaba únicamente a través de una transacción de valores, ampliándose el ámbito de sanción de la norma a cualquier acción que se verifique respecto de valores de oferta pública, que tenga por objeto la estabilización, fijación o variación artificial de su precio.

Además, la nueva redacción del inciso segundo de la norma en comento apuntó a excepcionar de esta prohibición a la actividad de los denominados *market makers*¹¹.

El segundo catálogo de actividades prohibidas expresamente, contemplado en el artículo 53¹² de la ley, cuya redacción no ha sido objeto de reforma en el último tiempo, apunta a la vulneración de la integridad del mercado de valores, pues ambas refieren a operaciones que se ejecutan con un carácter fraudulento o engañoso. Así, se prohíbe efectuar cotizaciones o transacciones ficticias y, en segundo término, efectuar, inducir o intentar inducir a transacciones, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento. Este tipo de operaciones, desde luego, generan distorsiones artificiales al mercado bursátil y al precio de los valores que se transan en él, afectando su estabilidad y funcionamiento, por lo cual su prohibición aparece como exigencia básica y necesaria para el adecuado desenvolvimiento de este mercado.

Junto a estas actividades prohibidas, es posible encontrar otras prohibiciones que se encuentran dispersas en la ley. Así aparece, por ejemplo, la infracción al deber de información que se contempla en el artículo 54 de la ley, referida a la intención de obtener el control de una sociedad anónima abierta, conducta que también se considera como una operación irregular, especialmente para los efectos de la determinación del monto de la sanción de multa que pudiere aplicar la CMF por la contravención a dicha norma.

Otra conducta sancionable que resulta relevante destacar es la declaración de reserva que se haga de forma dolosa o culpable respecto a un hecho o antecedente cuya divulgación la CMF hubiere determinado hacer exigible a las entidades inscritas en el Registro de Valores conforme a norma de carácter general (“NCG”) emitida por esta última, en virtud de lo prescrito en el artículo 10 de la ley.

Es importante señalar a este respecto, que el deber informativo exigible a dichas entidades en razón de esta norma se vio reforzado de forma reciente a partir de la dictación de la ley N° 21.455, del Ministerio de Medio Ambiente, publicada el 13 de junio de 2022, que establece un cuerpo normativo marco relativo al cambio climático. Esta

¹¹ Por *market makers* se entienden aquellos actores institucionales (bancos, bancos de inversión), que participan activamente proveyendo liquidez en el mercado. Contribuyen a evitar cambios demasiado bruscos en los precios y, por, sobre todo, dan certeza a los otros participantes en el mercado de la existencia de una contraparte con la cual transar.

¹² Artículo 53.- Es contrario a la presente ley efectuar cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, ya sea que las transacciones se lleven a cabo en el mercado de valores o a través de negociaciones privadas.

Ninguna persona podrá efectuar transacciones o inducir o intentar inducir a la compra o venta de valores, regidos o no por esta ley, por medio de cualquier acto, práctica, mecanismo o artificio engañoso o fraudulento.

normativa modifica el inciso primero del artículo 10, incorporando expresamente como información exigible aquella referida a los impactos ambientales y de cambio climático de las entidades inscritas. Ello va en línea con la reciente NCG N° 461 emitida por la CMF el 12 de noviembre de 2021, en que se incorporan deberes informativos en materia de ambiental, social y de gobernanza corporativa (“ESG” por sus siglas en inglés).¹³

Junto a esta normativa, según se adelantó, es importante considerar que la ley le impone a los emisores de oferta pública la adopción de mecanismos de autorregulación, particularmente, en materia de normas, procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades, a partir de las cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, podrán adquirir o enajenar valores de la sociedad o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichos valores (art. 16, inciso primero).

A ello se aúna una extensa regulación en materia de deberes informativos y requisitos patrimoniales exigibles a los corredores de bolsa, agente de valores y bolsas de valores, definidos en la ley (títulos VI y VII especialmente).

Por otro lado, junto a la regulación de las actividades prohibidas referidas en lo precedente, en el título XXI de la ley se regula específicamente el uso de información privilegiada, tipificándose y sancionándose el uso indebido de la misma. Esta normativa debe complementarse con el artículo 16 de la ley, conforme fuere modificado por la ley N° 21.314, que recogió otra de las propuestas de la CMF en la materia, cual es la incorporación de un período de bloqueo obligatorio para la transacción de valores, en que se restringe la realización de operaciones bursátiles respecto de ciertos sujetos en fechas cercanas a la divulgación de los estados financieros trimestrales o anuales del emisor.¹⁴

El uso indebido de información privilegiada es una de las mayores preocupaciones de la CMF dentro de su ámbito fiscalizador, habiendo reiteradamente perseguido este tipo de conductas. A este respecto, cabe destacar lo señalado por el Consejo de la CMF en su última Resolución Sancionatoria aplicada por este tipo de delito:

“2.3. El daño o riesgo causado al correcto funcionamiento del Mercado Financiero, a la fe pública y a los intereses de los perjudicados con la infracción:

Los Investigados infringieron el artículo 165 incisos 1° y 2° de la Ley N° 18.045 en la forma precedentemente consignada, afectando el correcto funcionamiento del Mercado de Valores, pues, en la especie, implicó que obtuvieran una ventaja indebida al adquirir acciones CAP, por sobre los demás actores de dicho Mercado.

En este orden de ideas, la fe pública depositada en el Mercado de Valores fue vulnerada, dado que, en definitiva, el señor xxxx realizó operaciones bursátiles en beneficio propio, indebidamente, al usar información privilegiada, lo que se encuentra prohibido. Asimismo, sus hermanas xxx y xxxx no se inhibieron de operar estando en posesión de

¹³ El artículo 10, a su turno, ya se había visto modificado por la ley N° 21.314.

¹⁴ Dispone la norma: Sin perjuicio de las políticas que adopte cada emisor, los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, así como sus cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, no podrán efectuar, directa o indirectamente, transacciones sobre los valores emitidos por el emisor, dentro de los treinta días previos a la divulgación de los estados financieros trimestrales o anuales de este último.

información privilegiada, al adquirir las acciones CAP, en circunstancias tales que, poseyendo dicha información, no podían adquirir los valores sobre los que recaía, más allá de que tuvieran otras motivaciones según invocan.

Finalmente, no debe perderse de vista, que el señor xxxx no guardó estricta reserva de la información privilegiada que tuvo acceso en su calidad de director de INVERCAP S.A., pues comunicó dicha información a sus hermanas xxx y xxx.

De este modo, lo que busca la Ley de Mercado de Valores, es que los insiders de los emisores de valores no revelen la información privilegiada a que acceden en dicha calidad y que recaen sobre los valores que se transan en el Mercado Bursátil, a fin de resguardar su transparencia, fiabilidad y estabilidad” (destacado es nuestro).¹⁵

La ley regula el uso de la información privilegiada bajo la siguiente estructura:

En primer lugar, se define lo que debe entenderse por información privilegiada¹⁶; enseguida, se establecen deberes respecto de los receptores de la información^{17 18}; como tercer aspecto, la ley consagra presunciones en relación a sujetos que se entienden poseer información privilegiada *per se* y, también, personas que se presumen poseer dicha información en la medida que tuvieron acceso directo al hecho objeto de la información; en cuarto término, la ley dispone de regulación particular respecto de diversos sujetos que por su actividad pudieren tener acceso a información privilegiada, concretamente, los intermediarios de valores y las personas que dependen de dichos intermediarios, auditores externos que auditen los estados financieros de inversionistas institucionales o de los intermedios de valores y, en general, las personas que participen en las decisiones y operaciones de adquisición y enajenación de valores para inversionistas institucionales e intermediarios de valores y aquellas, que, en razón de su cargo tengan acceso a la información respecto de las transacciones de estas entidades; finalmente, la ley consagra en el artículo 172 acción indemnizatoria a favor de aquellas personas que se hayan visto perjudicadas por actuaciones desplegadas en contravención a la normativa consagrada en la ley a propósito del uso de información privilegiada.

¹⁵ R.E. N° 4311, del Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero, del 11 de julio de 2022. Disponible en (consultada el 25 de julio de 2022):

https://www.cmfchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=05c1c3ab69fce1f95bd017ec1007dae7VfDwQmVVMXFRVE5OUkVreVQwUIZlazVSUFQwPQ==&secuencia=-1&t=1658242163

¹⁶ El artículo 164 establece tres requisitos para que la información sea considerada privilegiada, siguiendo en esta materia a los últimos lineamientos de la CMF:

a) Que sea referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores emitidos por ellos; o, referida a decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores.

b) Que no haya sido divulgada al mercado.

c) Que sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, es decir, que posea la potencialidad de influir en la cotización, con independencia que así efectivamente ocurra.

¹⁷ Los deberes consagrados en el artículo 165 de la ley son:

a) Deber de reserva.

b) No utilizar la información en beneficio propio o ajeno.

c) No adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales se posea información privilegiada.

¹⁸ Por su parte, el artículo 167 establece que las personas que en razón de su cargo o posición, posean, hayan tenido o tengan acceso a información privilegiada, obtenida directamente del emisor o inversionista institucional, en su caso, o a través de las personas indicadas en el artículo 166, estarán obligadas a dar cumplimiento a las normas de este Título aunque hayan cesado en la relación o posición respectiva.

Crucialmente, tal como advierte la CMF¹⁹, actualmente la normativa en materia de información privilegiada que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas, se restringe a aquella relativas a un inversionista institucional en el mercado de valores²⁰, de conformidad al inciso segundo del artículo 164 de la ley. Es esperable que ello sea actualizado en futuras reformas para incluir las decisiones de adquisición o venta de todo inversionista cuyas operaciones tengan la potencialidad de influir de forma relevante en el precio del valor (e.g. el controlador de una compañía), como propone la CMF conforme a la legislación comparada aplicable en la materia, concretamente la Directiva Europea de Abuso de Mercado.

El riesgo infraccional concreto a que se exponen las personas que incurren en las actividades prohibidas descritas en lo precedente, o en uso indebido de información privilegiada y, en general, en infracciones a las disposiciones contenidas en la ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la CMF, se desglosa en tres ámbitos: responsabilidad civil, consagrándose en el artículo 55 acción indemnizatoria a favor de aquellos que resulten perjudicados por tales conductas, como también la responsabilidad solidaria por tales perjuicios que alcanza a los sujetos definidos en los incisos tercero y cuarto de la norma; responsabilidad administrativa, de conformidad al esquema sancionatorio consagrado en el Título III de la ley orgánica de la CMF; y responsabilidad penal, conforme a la regulación de los delitos que se tipifican en el Título XI de la ley de mercado de valores.

En el mismo artículo 55 se precisa, que por las personas jurídicas responderán, además, civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

Es relevante también considerar que los directores, liquidadores o el gerente de una bolsa de valores, se encuentran expuesto a responsabilidad administrativa y civil por la omisión en el ejercicio de sus deberes de fiscalización, de conformidad al artículo 56 de la ley.

Junto a este régimen general de sanciones, la ley considera también otras sanciones a lo largo de su articulado, aplicables a determinados incumplimientos., Así sucede en los artículos 14 y 15, que contemplan respectivamente la suspensión y cancelación de la inscripción en el Registro de Valores; o la situación de los emisores que se encuentren en estado de insolvencia, tratada en el artículo 63 de la ley.

A su turno, es importante destacar respecto al catálogo de delitos que consagra la ley de mercado de valores en sus artículos 59 a 61, que la CMF ha entendido que este tipo de conductas puede dar lugar no solamente a responsabilidad penal, sino también administrativa, lo que expande significativamente el ámbito fiscalizador y sancionador de la Comisión. Sin perjuicio de que tal cuestión desborda el ámbito de este trabajo, adelantamos

¹⁹ Comisión para el Mercado Financiero (2019): Ob. Citada.

²⁰ Son inversionistas institucionales aquellos definidos por el artículo 4 bis de la ley, en relación a la NCG N° 410 de la CMF, de fecha 27 de julio de 2016.

que esta interpretación de la CMF nos parece problemática, constituyendo la normativa en comento normas de sanción penal, siendo improcedente la persecución de responsabilidad administrativa a partir de las mismas.

Ahora bien, para efectos de desarrollar un modelo de compliance adecuado, deberá tenerse en consideración que el catálogo de conductas descritas en esta normativa no solamente se limita al ámbito penal, sino que, además, por interpretación de la CMF, se expande a la esfera de la responsabilidad administrativa.

Además, habrá de considerarse que el catálogo de delitos y el régimen de penas asociadas a los delitos en el ámbito penal establecido por la ley se hizo más exigente a partir de la modificación introducida por la ley N° 21.314, conforme a las recomendaciones de la CMF. Igualmente, el régimen de sanciones en el ámbito administrativo, especialmente las de carácter pecuniarias, consagrado en la ley Orgánica de la CMF, se vio incrementado sustantivamente, a la par de modificarse las bases de cálculo de tales sanciones, para evitar discusiones en sede judicial y facilitar a la CMF la determinación de la cuantía, siguiendo a las propuestas en esta materia de la Comisión.^{21 22}

Cómo último punto respecto a este riesgo infraccional, es importante destacar que también resta por actualizar la normativa en análisis con el objeto de incorporar figuras más recientes de abuso de mercado, que están tratadas en la legislación comparada. Desde esta perspectiva, el catálogo de actividades prohibidas de forma específica en la ley de mercado de valores es aún exiguo, cómo queda de manifiesto de los artículos 52 y 53 de su cuerpo normativo.

Para un adecuado modelo de prevención en materia de compliance, es importante revisar normativa comparada, particularmente las Directivas de la Unión Europea en materia de abuso de mercado, que constituyen aquel instrumento normativo considerado por la CMF para su última propuesta de actualización al catálogo de conductas prohibidas en la ley.

3. Delito de blanqueo de capitales, ley N° 19.913.

Un segundo riesgo infraccional que debe ser especialmente ponderado de cara a la regulación de compliance en el sector financiero, refiere al delito de blanqueo de capitales, conducta delictual que podemos definir como aquel proceso de carácter complejo a través del cual individuos o grupos de individuos proceden a encubrir el origen ilícito de aquellos activos obtenidos de su actividad criminal.²³

²¹ Comisión para el Mercado Financiero (2019): Ob. Citada.

²² Ver a este respecto: PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2021). Ob. Citada.

²³ En esta materia, seguimos la definición entregada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI o FATF por sus siglas en inglés), organismo independiente de carácter intergubernamental creado el año 1989 a instancias del denominado G-7 o Grupo de los 7, con sede en París Francia. Su misión es desarrollar y promover políticas para proteger al sistema financiero global en contra del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masivas. Las recomendaciones del GAFI son reconocidas como el estándar global en materia de antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo. Chile es miembro del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), el cual tiene la calidad de miembro asociado del GAFI y ha adoptado como propias sus recomendaciones. La UAF es el representante de Chile ante el GAFILAT.

Este delito se configura, por regla general, a partir de tres etapas: colocación, estratificación e integración²⁴: En la primera etapa, los activos obtenidos de la actividad delictiva se trasladan materialmente de un lugar a otro y luego se introducen en el sistema financiero o en otro tipo de negocios de diversa naturaleza. La segunda etapa, de estratificación o enmascaramiento, consiste en deslugar los activos ilícitos de su origen y desmembrarlos, imposibilitando el conocimiento sobre dicho origen, por ejemplo, a través de transferencias bancarias, reventa de bienes, conversión del dinero, etc. La fase final es la de integración, en que los fondos ilegales se insertan nuevamente en la economía bajo una apariencia de legalidad, de manera tal de poder utilizar los fondos, por ejemplo, la inversión en bienes raíces, la creación de empresas fachadas, etc.

La autora Ángela Toso destaca, que “existe consenso en señalar que la mayor posibilidad de detectar el dinero sucio se encuentra en la fase de “colocación (...) de modo que la mayoría de las medidas de prevención están orientadas hacia esta etapa del blanqueo. Ello por cuanto, en las restantes fases se hace necesario un esfuerzo adicional por parte de las autoridades para rastrear el origen delictivo de los fondos, en tanto estos han sido sometidos previamente por los delincuentes a diversas técnicas que dificultan esta tarea”.²⁵

Dado que en esta fase de colocación se utiliza precisamente el sistema financiero para introducir el activo ilícito blanqueado, es de capital importancia para un adecuado modelo de compliance contar con una regulación de esta actividad delictiva, particularmente enfocada en las medidas de prevención que permitan detectarla desde su inicio.

En nuestro ordenamiento jurídico este delito se encuentra regulado actualmente en la ley N° 19.913, del Ministerio de Hacienda, publicada el 18 de diciembre de 2003, que creó la Unidad de Análisis Financiero y vino a introducir el Sistema Nacional de Combate del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Esta normativa ha sido modificada en diversas oportunidades, la última a partir de la ley N° 21.459, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicada el 20 de junio de 2022, que establece normas sobre delitos informáticos, deroga la ley N°19.223 y modifica otros cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al Convenio de Budapest.

Es importante destacar dentro de estas modificaciones la dictación de la ley N° 20.393, que vino a consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por este

Adicionalmente, la UAF ha seguido las recomendaciones en sus diversos ámbitos de actividad, por ejemplo, para elaborar la definición de la estrategia del Sistema Nacional Antilavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo y para la entrega de su primer diagnóstico de riesgos en la materia el año 2017.

Definición disponible en página web del GAFI (consultado el 28 de julio de 2022): <https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>

²⁴ Ver página web de la UAF para más información (consultada el 01 de agosto de 2022): <https://www.uaf.cl/estrategia/>

²⁵ TOSO MILOS, ÁNGELA (2009): Blanqueo de capitales su prevención en el ordenamiento jurídico chileno, en Revista chilena de derecho, vol.35, n.3, p.405-437. Disponible en (consultado el 01 de agosto de 2022): <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000300002>.

tipo de delitos, entre otros, lo que amplió el número de sujetos obligados a adoptar medidas mitigadoras de los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

También cabe referirse a la ley N° 20.818, publicada el 18 de febrero de 2015, que vino a perfeccionar el sistema introducido por la ley N° 19.913.

En tercer lugar, igualmente es importante destacar la referida ley N° 21.314, que vino a introducir tres modificaciones a la normativa vigente. Lo más relevante para efectos de este artículo, es que la nueva ley consagra una evaluación del cumplimiento de las obligaciones consagradas en la ley y en la normativa sectorial aplicable a los sujetos obligados por la misma, sobre la base de un enfoque en riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Para estos efectos, la UAF puede construir matrices de riesgos generales por sector económico supervisado. Habrá que ver las repercusiones que tiene esta modificación en la forma en que la UAF interpreta, evalúa y fiscaliza el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos obligados, lo que a su turno importará introducir modificaciones a los modelos de compliance a fin de adecuarse a estos nuevos criterios. En todo caso, ya a partir de la regulación del deber de diligencia y conocimiento de sus clientes (“DDC”) y con su Oficio Ordinario N° 1.745, del 06 de diciembre de 2019, la UAF mandató a los sujetos obligados a aplicar un enfoque de riesgo para el análisis de operaciones sospechosas y recopilación de antecedentes de los clientes, enfoque que debe considerar la evaluación de riesgos practicada por la UAF.²⁶

Esta normativa principal viene a complementarse por un conjunto de normas, particularmente aplicables en materia financiera: El conjunto normativo de Circulares y Oficios de la UAF²⁷; Los Capítulos 1-14, referido a la prevención del lavado de activos del financiamiento del terrorismo, y 1-16, sobre operaciones con personas expuestas políticamente (“PEP”) de la RAN dispuesta por la CMF²⁸; y las instrucciones sobre prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo de la ex Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”), actual CMF, contenidas en la Circular N° 1.809 del 10 de agosto de 2006, modificada subsecuentemente por la Circular N° 1.853 del 02 de octubre de 2007 y la Circular N° 2.070, del 19 de abril de 2012.

El tipo penal de lavado de activos se encuentra tipificado en los artículos 27 y 28 de la ley, donde se dispone la descripción de la conducta delictiva, su modalidad de ejecución y el catálogo de delitos precedentes o base, que corresponde a una enumeración de carácter taxativa. Esta normativa se complementa con la ley N° 18.314, que en su artículo 8 tipifica el delito de financiamiento del terrorismo.²⁹

²⁶ Disponible online en (consultado el 02 de agosto de 2022):

<https://www.uaf.cl/legislacion/descargar.aspx?arid=1499>

²⁷ Disponible en (consultado el 01 de agosto de 2022): https://www.uaf.cl/legislacion/norm_sector.aspx

²⁸ Cuyas últimas modificaciones son ambas del 2015.

²⁹ Ver catálogo completo en la siguiente página web (consultada el 01 de agosto de 2022): https://www.uaf.cl/legislacion/nuestra_delitos.aspx

Según explica la UAF, el Sistema Nacional Anti-lavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo se compone de tres pilares fundamentales, encontrándose la coordinación de dicho Sistema a cargo de la UAF: Prevención, Detección y Persecución.³⁰

Indica la UAF, que en el ámbito de la prevención se inscribe tanto la función de los organismos reguladores, como el cumplimiento de la normativa anti lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo por parte de los operadores de los sectores financiero y económico y el sector público. Los órganos reguladores son, además de la UAF y CMF, las respectivas Superintendencias del ramo (Superintendencia de Casinos, Superintendencia de Pensiones y de Seguridad Social, entre otros). La tarea de estos organismos, según la UAF, es fijar el marco normativo en materia de prevención, que deben observar los sujetos obligados por la ley N° 19.913 en el cumplimiento de sus obligaciones.³¹

Por su parte, la UAF destaca que la labor de detección³², se desarrolla principalmente sobre la base de aquella información que le suministran a la UAF los sujetos obligados por la ley, especialmente a partir del denominado Reporte de Operación Sospechosa (“ROS”), que deben emitir tales sujetos al momento de detectar, en el ejercicio de sus actividades, algún acto, operación o transacción calificada de sospechosa de lavado de activos conforme a la respectiva normativa y a las prácticas anti lavado. Junto a esta información, la UAF también analiza diversas bases de datos abiertas y cerradas, nacionales y extranjeras; los denominados Reportes de Operaciones en Efectivo (“ROE”)³³; y Declaraciones de Porte y Transporte de Efectivo, o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los US\$10.000.-, o su equivalente en otras monedas³⁴.

Finalmente, la labor de persecución del delito de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo es desarrollada exclusivamente por el Ministerio Público, a través de Unidad especializada para estos efectos. No se requiere previa denuncia de la UAF para desarrollar esta labor. Sin embargo, es fundamental para esta tarea que la UAF entregue oportunamente la información levantada durante la fase de detección del Sistema.

De lo expuesto, se desprende que la UAF otorga a los sujetos obligados por la ley un rol preponderante en el Sistema Nacional antes descrito, pues dicho Organismo coloca a los antecedentes que recibe de tales sujetos obligados, en el marco del cumplimiento de las obligaciones de prevención que tales sujetos deben observar por ley, como el principal insumo para que puedan desarrollar adecuadamente su labor de detección.

³⁰ UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (2017): Evaluación Nacional de Riesgos de LA/FT, disponible online en (consultado el 01 de agosto de 2022): <https://www.uaf.cl/estrategia/evaluacion.aspx>

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Consagrado en el artículo 5 de la ley N° 19.913, refiere a informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en pesos chilenos, según el valor del dólar observado el día en que se realizó la operación.

³⁴ Este deber se consagra en el artículo 4 de la ley N° 19.913 y es aplicable al portador o transportador de la respectiva moneda en efectivo o instrumento negociable al portador. La información será recabada directamente por el Servicio Nacional de Aduanas y remitida por éste a la Unidad de Análisis Financiero.

Luego entonces, siendo el sector bancario y financiero el principal sector de la economía utilizado por los delincuentes para efectos de llevar a cabo el lavado de sus activos, particularmente en sus fases de colocación y estratificación³⁵, es que el mismo pasa a asumir una responsabilidad crucial en el modelo de combate a este tipo de delitos en Chile. Así las cosas, si ese primer eslabón falla, es decir no se observan adecuadamente los deberes de prevención que normativamente pesan sobre las entidades que operan en el sector bancario y financiero, la UAF carecerá del principal insumo para desarrollar su labor de detección y, con ello, la tarea de persecución del Ministerio Público se verá también impactada, desde que carecerá de la información para llevar adelante dicha función.

En esa misma línea y en el marco de delitos de corrupción y de índole económica de connotación pública³⁶, es que se ha podido observar una creciente persecución

³⁵ La UAF identificó a los Bancos dentro de los sectores más vulnerados por los lavadores de activos entre el 2007 y 2015, con un 54,7% de casos. UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (2017), Ob. Citada, p.24.

³⁶ Es importante poner de relieve, tal como destaca la UAF, que en Chile ha existido un aumento sostenido de la corrupción y delitos de índole económica como delitos bases del lavado de activos.

Dentro de los riesgos que identifica la UAF en su evaluación nacional en la materia, destacan los siguientes dos:

“RIESGO DE LAVADO DE DINERO PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN UTILIZANDO EL MERCADO FINANCIERO O EL SECTOR REAL.

Conceptos: El incremento de sentencias condenatorias por LA asociadas a delitos de corrupción en los últimos años y el alza en el número de formalizaciones, dan cuenta de un mayor riesgo de materialización del fenómeno de LA conducido por actividades de corrupción. La evidencia muestra la creación de múltiples estructuras jurídicas y la utilización preferente del sector financiero para canalizar los activos obtenidos ilícitamente, lo que puede mezclarse en el intenso tránsito de activos del mercado financiero del país.

Categorización:

Amenaza: Corrupción.

Probabilidad: Moderado.

Impacto : Muy relevante.

Nivel de riesgo LA: Alto.

Antecedentes:

En Chile, entre 2007-2015, se han dictado 12 condenas por lavado de activos cuyo delito base corresponde a delitos asociados a la corrupción, agrupados en 9 casos, en los cuales se sentenciaron a 16 personas, equivalente al 10,3% de las personas condenadas por lavado de activos en el paços. La corrupción es un fenómeno de difícil detección y en donde el uso de estructuras jurídicas y testaferros.”

“RIESGO DE LAVADO DE DINERO PRODUCTO DE LA VULNERACIÓN DE LA LEY DE BANCOS Y DE MERCADO DE VALORES.

Conceptos: Los elevados flujos de inversión transados en el país, asociados tanto al sector real como al financiero, representan un canal atractivo para inmiscuir activos de origen ilícito y blanquearlos, empleando las estructuras jurídicas y redes comerciales que ofrece el país. Los cuantiosos flujos de inversión extranjera, la profundidad financiera y elevada accesibilidad a los mercados de capitales, facilitan la diseminación expedita de activos y una veloz transformación de estos.

Categorización:

Amenaza: Delitos de la Ley de Bancos y de Mercado de Valores.

Probabilidad: Menor Probabilidad.

Impacto: Muy relevante.

Nivel de riesgo LA: Medio.

Antecedentes:

- Se ha visto un incremento moderado de causas delictuales asociadas a estos fenómenos, lo que incrementa la probabilidad de ocurrencia de eventos de LA relacionados con delitos de índole económica.
- El país ostenta elevados grados de desarrollo financiero en el contexto regional, según las métricas tradicionales. Indicadores como el tamaño de la capitalización bursátil y la razón del crédito privado sobre el PIB reflejan este hecho.
- Los elevados montos transados y el número de operaciones que se realizan en el país incrementan la posibilidad de ocultar o disimular activos ilícitos, lo que va en directa relación con el impacto o consecuencias negativas que las distorsiones en el mercado financiero pueden causar al país. No obstante, el elevado grado

de la responsabilidad de las entidades del sector financiero y bancario por el incumplimiento a sus deberes de prevención, tanto desde un punto de vista administrativo, a través de procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por la UAF³⁷, responsabilidad civil³⁸ y responsabilidad penal.

En el caso de la persecución en sede administrativa, ella ha respondido en parte a las críticas levantadas en contra de la UAF por no entregar antecedentes al Ministerio Público respecto a operaciones sospechosas en el marco de casos de alta connotación pública. En este sentido, la UAF ha hecho ver las dificultades de supervisar el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley N° 19.913 a las entidades bancarias y financieras y, a la par de ello, ha iniciado recientemente diversos procedimientos administrativos sancionatorios en contra de entidades bancarias para perseguir su responsabilidad administrativa en este tipo de casos.^{39 40}

Por su parte, los perjudicados en caso de fraudes, han perseguido la responsabilidad civil extracontractual de las entidades bancarias por supuestos incumplimientos a sus obligaciones en el marco de la ley N° 19.913, buscando perseguir, en definitiva, indemnización de perjuicios por la imposibilidad o dificultad de rastrear y recuperar los dineros defraudados, en razón de dicho incumplimiento.

De la misma manera, se han presentado querellas por la tenencia de dichos bienes, con ánimo de lucro, en desconocimiento de su origen ilícito por una negligencia inexcusable, de conformidad al tipo penal contemplado en el artículo 27, literal b), de la ley N° 19.913, en su modalidad de negligencia, consagrada en el inciso cuarto de dicha norma: “nuestra legislación contempla una figura imprudente de lavado de activos, que sanciona a la persona – y a la empresa- que por “negligencia inexcusable” no advirtió que determinados activos tenían un origen ilícito. Es decir, no sólo comete este delito la persona que incorpora los bienes al sistema financiero, sino que también podría cometerlo aquel “intermediario” que adquirió, poseyó, tuvo o usó tales activos y, que, por falta de una debida diligencia, no detectó su origen ilícito”.⁴¹

En el caso de la responsabilidad civil y penal, nos parece que lo medular de la discusión radica en la relación causal entre el incumplimiento de las obligaciones que la ley N° 19.913 le impone a las entidades bancarias y financieras y el daño alegado por los sujetos perjudicados en los casos de fraude con utilización del sistema financiero como puerta de entrada para lavar los activos defraudados.

de inclusión financiera permite el acceso a mayor información, rastro y trazabilidad de los flujos incrementando las probabilidades de detección.”

Ibidem, p.46 y 48.

³⁷ En los casos de fraude de Carabineros de Chile y de las Fuerzas Armadas.

³⁸ En el caso del fraude Arcano.

³⁹ Ver al respecto, por ejemplo, Nota de Prensa en Diario La Segunda, titulada “Irregularidades en el Ejército. Por qué fracas la Unidad de Análisis Financiero”, del 21 de agosto de 2019.

⁴⁰ En cuanto a las dificultades de supervisión, ver RETTIG, Rodrigo (2019): El deber de reporte de operaciones sospechosas y la discutible extensión interpretativa del Artículo 6 de la ley 19.913. Disponible online en (consultado el 02 de agosto de 2022): <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-deber-de-reporte-de-operaciones-sospechosas-y-la-discutible-extension-interpretativa-del-articulo-6-de-la-ley-19913/>

⁴¹ MERINO MERINO, Eugenio (2019): Más atentos al lavado de activos en Chile. Disponible online en (consultado el 02 de agosto de 2022): <https://www.df.cl/opinion/columnistas/mas-atentos-al-lavado-de-activos-en-chile>

Por otro lado, agregar que si bien este tipo de investigaciones es incipiente en nuestro país, no se trata de un fenómeno desconocido en el extranjero:

“Este tipo de investigaciones –desconocidas en nuestro país- en realidad son más comunes de lo que creemos. En España – por ejemplo- el SEBPLAC, Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales (equivalente a la UAF), en conjunto con al Fiscalía de Anticorrupción de dicho país, se encuentran actualmente investigando al HSBC y a la CaixaBank – entre otros bancos- por no informar operaciones sospechosas que podrían haber estado relacionadas con lavado de activos.

Con la reciente incorporación de Chile al Índice de Centros Financieros Globales (GFCI, por sus siglas en inglés), este mecanismo de control – y su persecución penal- cobra aún más importancia, puesto que uno de los principales aspectos que mide este prestigioso índice mundial de competitividad, es la regulación y los niveles de corrupción del mercado financiero de quienes lo integran.”⁴²

Así las cosas, se observa a nivel nacional la existencia de una creciente controversia, librada a nivel judicial, respecto a la extensión de la responsabilidad atribuible a las entidades bancarias y financieras producto de la omisión de los deberes prevención que les son exigibles, en casos en que ha existido la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, conflicto librado por dichas entidades, la UAF y los sujetos perjudicados por tales casos.

Sin perjuicio de que en última instancia serán los tribunales los que deberán precisar el alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y financieras por la omisión de sus deberes de prevención en el marco de este tipo de fraudes, lo cierto es que resulta recomendable que tales entidades refuercen desde ya sus modelos de compliance a fin de hacerse cargo de forma anticipada a estas imputaciones y, de esa forma, protegerse y fortalecer su posición frente a un eventual escenario judicial que se pueda seguir en su contra.

Desde esta perspectiva, es importante entender los deberes que pesan sobre los sujetos obligados del sector bancario y financiero.

4. Deberes de prevención consagrados en la ley N° 19.913.

El principal de estos deberes, es el de reportar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo que se detecten en el marco de sus actividades, consagrado en el artículo 3 de la ley N° 19.913, en complemento a la Circular N° 42 de la UAF, de 2012. Dichos reportes deben efectuarse con las formalidades definidas en la ley y por la UAF y, además, para el cumplimiento de este deber, deberá designarse especialmente un Oficial de Cumplimiento, el que deberá relacionarse con la UAF.

La forma en que este deber se consagra en la ley ha demostrado ser problemática en la práctica en materia de lavado de activos, toda vez que la ley coloca de parte del sujeto obligado definir si un determinado acto, transacción u operación resulta

⁴² *Ibídem.*

inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, “de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate”, sea que se realice en forma aislada o reiterada.⁴³

Por otra parte, la ley indica que le corresponderá a la UAF señalar a las entidades a que se refiere el artículo 3 en comento, las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas, en sus respectivos casos. A este respecto, la UAF ha elaborado una Guía de señales de Alerta.⁴⁴

Como se puede observar, la definición de la ley respecto a operaciones sospechosas es de carácter subjetiva, reconduciendo a criterios imprecisos -“los usos y costumbres de la actividad de que se trate”-, los cuales, además, deberán fijarse a la época de las operaciones, contribuyendo aún más a la incertidumbre.

Esta construcción de la operación importa, en definitiva, el desarrollo de un análisis y depuración del acto, transacción u operación de que se trate, que se sujete a los usos y costumbres propias de su actividad a la época de la operación, así como de su relación con los clientes y de la información que obtenga de los mismos. Así, lo indica la UAF en su Circular N° 49, acápite VII, al momento de definir las señales de alerta como: “una fuente de conocimiento importante, más no la única, siendo un deber de todo Sujeto Obligado complementar internamente la guía que la UAF entrega en su página web, con los hechos y situaciones que deriven de su propia actividad, así como de su relación con sus clientes y la información que se obtenga de los mismos, las que deberán ser consignadas en sus respectivos manuales de prevención.”⁴⁵

Importante destacar, además, que la obligación de reporte nace, a nuestro criterio, cuando la misma adquiere el carácter de sospechosa. Así, una operación que inicialmente no resulta sospechosa, puede resultar serlo con nuevos antecedentes.

En tercer lugar, no consideramos suficiente los elementos de alerta o indiciarios de irregularidad para reportar a una determinada operación como sospechosa, sino que estos deben dar lugar a un análisis depurado que permita definir si debe o no reportarse la operación en cuestión, lo cual también viene a desprenderse de la Circular N° 49, conforme queda de manifiesto de lo destacado respecto a la misma en lo precedente. Asimismo, la propia UAF en sus instrucciones mandata a los sujetos obligados a realizar este trabajo previo de depuración, a modo de ejemplo en su Oficio Ordinario N° 428, de fecha 06 de junio de 2015, en el cual se establecieron exigencias y lineamientos respecto al contenido de los ROS, prescribiéndose por la UAF en dicho Oficio que para efectos de reportar que: “... resulta necesario que el respectivo sujeto obligado reporte solo una vez haya efectuado el respectivo análisis de acuerdo al Sistema Preventivo implementando, y dé cuenta expresa de la existencia de operaciones sospechas”.

⁴³ En materia de financiamiento del terrorismo, deberá observarse si la tales actividades, transacciones u operaciones constituyen alguna de las conductas contempladas en el artículo 8° de la ley N° 18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

⁴⁴ Ver a este respecto (consultada el 02 de agosto de 2022): uaf.cl/entidades_reportantes/senales_nac.aspx

⁴⁵ Circular disponible online en (consultado el 02 de agosto de 2022): <https://www.uaf.cl/legislacion/descargar.aspx?arid=557>

Finalmente, entendemos que entregándose la potestad al sujeto activo para definir una operación como sospechosa, lo que deberá definirse para efectos de imputar responsabilidad al sujeto obligado es si desplegó o no la debida diligencia en desarrollar el análisis de dicha operación para determinar si tal operación debe calificarse o no como sospechosa y no si el análisis fue correcto o incorrecto. Centrarse en lo “correcto” del análisis supondría atribuirle a la UAF la potestad de efectuar la calificación de una operación como sospechosa, lo que implicaría que el legislador le hubiere otorgado tal competencia y que, en consecuencia, la UAF debiere determinar un catálogo de operaciones que deben reportarse como sospechosas, limitándose los sujetos obligados a detectar e informar las operaciones que caben dentro del catálogo dispuesto por la UAF. Nada de ello sucede en la práctica, pues el legislador no diseñó esta estructura para delimitar la obligación de reportar operaciones sospechosas, entregándole la calificación de las mismas al sujeto obligado.

En estos puntos discrepamos de lo afirmado por la UAF en sus Resoluciones Sancionatorias recientes en la materia, cuestión que deberá ser resuelta en última por los tribunales de justicia, al encontrarse judicializada esta cuestión a partir de diversos reclamos de ilegalidad interpuestos por entidades bancarias sancionadas.

Especialmente, la calificación ex post que hace la UAF respecto a lo correcto o incorrecto del análisis que realiza el sujeto obligado respecto a una operación como sospechosa, deja a éste en una situación de arbitrariedad e incerteza jurídica, pues al no existir un catálogo preciso y completo de operaciones que deben reportarse como sospechosas, es la UAF la que a su solo arbitrio y discreción terminaría por definir por sí y ante sí una operación es sospechosa o no, sancionándose al sujeto obligado por no haberse sujetado a dicho criterio, que jamás le fue informado previamente por la UAF, ya que la UAF lo que consagra son señales de alerta o indiciarias.

Más allá de lo que definan los tribunales, nos parece importante que la ley avance en una definición más precisa y objetiva de operaciones sospechosas, para evitar incertidumbre en la materia, especialmente cuando del incumplimiento de dicha obligación puede seguirse no solamente una imputación de responsabilidad administrativa, sino que también puede imputársele a los sujetos obligados responsabilidad civil y responsabilidad penal, además de las negativas consecuencias reputacionales de verse involucrados tales sujetos en este tipo de casos.

Por ello, entre tanto dicha certidumbre no se obtenga por la vía legal, los modelos de compliance que se elaboren para el sector financiero deberán adecuarse permanentemente a los estándares que se vayan fijando por la UAF y los tribunales en cuanto a la extensión y alcance del deber de reportar operaciones sospechosas.

Vinculado con esta obligación, el segundo deber preventivo lo encontramos en el artículo 2 letra b) de la ley, norma en virtud de la cual los sujetos obligados deberán entregar a la UAF, a su solo requerimiento, los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar

el análisis de dicha operación, o bien para efectos del intercambio de antecedentes con sus pares en el extranjero, de conformidad al artículo 2 literal g) de la ley.

El tercero de los deberes que regula la ley, es el de mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, conforme al artículo 5 de la ley, en su primera parte, y, en relación a ello, e informar a la UAF, cuando ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en pesos chilenos, según el valor del dólar observado el día en que se realizó la operación, siguiendo la segunda parte de dicha norma. Esto es lo que se conoce como Reporte de Operaciones en Efectivo (“ROE”).

Luego, existen deberes adicionales que se conforman a partir de la normativa UAF y las normas sectoriales de las autoridades fiscalizadoras de los Bancos y entidades financieras.

El principal de estos deberes es el de la debida diligencia y conocimiento de los clientes (“DDC”): “Esta constituye la base de un sistema efectivo antiblanqueo⁷⁶. El cumplimiento adecuado de los deberes de información que impone la Ley 19-913, se encuentra estrechamente relacionado con el conocimiento que los sujetos obligados han de tener respecto de sus clientes. Así, solo será posible calificar una operación como sospechosa de blanqueo, si se cuenta con antecedentes suficientes, tanto de la propia transacción como de quienes participan en ella. Además, para efectuar las comunicaciones correspondientes, se requiere contar con los datos necesarios para sustentarlas, lo que supone un adecuado conocimiento respecto de los clientes⁷⁷ y las operaciones que estos llevan a cabo. Se ha señalado que este deber no solo debe concebirse como una herramienta orientada a la prevención, sino que también como un mecanismo de gestión eficaz de los riesgos a los cuales está expuesta una entidad⁷⁸”⁴⁶.

Este deber se regula actualmente en la Circular n° 59 de la UAF, del 24 de mayo de 2019, y por la normativa sectorial de la CMF referida en lo precedente, consagrándose en la Circular la oportunidad en que debe cumplirse este deber; la información que debe solicitarse a los clientes y los alcances del deber de identificación; las medias de revisión que deberán adoptar los sujetos obligados respecto a este deber; la existencia de una DDC continua, de una DDC reforzada y de una DDC simplificada, todo ello sobre la base de un enfoque de gestión de riesgo.

En relación con este deber, la UAF impone a los sujetos obligados adoptar una serie de medidas adicionales de DDC respecto de los sujetos que califiquen como PEP, según se desarrolla en la Circular N° 49. Esta materia se refuerza a partir de la guía de “Recomendaciones para la identificación y procedimientos relacionados con Personas Expuestas Políticamente (PEP)”⁴⁷.

⁴⁶ ⁴⁶ TOSO MILOS, ÁNGELA (2009): Ob. Citada.

⁴⁷ Disponible online en (consultada el 02 de agosto de 2022): <https://www.uaf.cl/legislacion/descargar.aspx?arid=726>

Igualmente, se impone un deber de aplicar medidas de DDC Reforzada a las transacciones que eventualmente realicen los sujetos obligados con países o jurisdicciones que se encuentren bajo proceso de seguimiento (GAFI) por deficiencias estratégicas en sus sistemas Anti-lavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo.

Adicionalmente, deberán aplicar contramedidas a las transacciones que eventualmente realicen con países o jurisdicciones cuando el GAFI haga un llamado en ese sentido.

Asimismo, los sujetos obligados deberán guardar especial observancia en su quehacer diario a las transacciones que eventualmente realicen con países o jurisdicciones que se encuentren en el listado publicado por el Servicio de Impuestos Internos, sobre países y jurisdicciones que se considera tienen un régimen fiscal preferencial.⁴⁸

También se impone una regulación de DDC particular para emisores y operadores de tarjetas de pago con provisión de fondos, y cualquier otro sistema similar, consagrada en la Circular N° 58 de la UAF, del 08 de noviembre de 2018.

Por otro lado, la UAF estableció como deber adicional el de mantener registros relativos a transferencias electrónicas de fondos, ya sean transfronterizas o nacionales, de conformidad a la referida Circular N° 49, modificada en este aspecto por la Circular n° 59.

También vinculado con este deber de DDC, la UAF ha consagrado la obligación de los sujetos obligados de identificar y registrar los beneficiarios finales de personas y estructuras jurídicas, lo cual se regula en la Circular N° 57 de la UAF, del 12 de junio de 2017.

Por otro lado, en la Circular N° 49, acápite II.- y VI.- respectivamente, se establecen obligaciones de crear y mantener una serie de registros y deberes vinculados con la creación del sistema de prevención interna con que deben contar los sujetos obligados.

Finalmente, en la misma Circular, complementada por la Circular n° 54 del 2015 y luego por la Circular N° 60, del 03 de septiembre de 2019, se establece la obligación de revisar el listado que la UAF publique en su página web y que derivan del cumplimiento de lo establecido en los Comités de Sanciones y en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas indicadas en la Circular N° 60, así como de toda otra resolución que las adicione o reemplace, y que estén contenidas en decretos supremos publicados en el Diario Oficial.⁴⁹

Como se ve, se trata de una regulación muy exhaustiva que coloca a los actores del sector bancario y financiero en la obligación de identificar con precisión los deberes y obligaciones que se deben cumplir (matrices de riesgo); las personas a cargo de ese cúmulo de cumplimientos, para así poder generar los mecanismos de control que permitan

⁴⁸ Listados disponibles en (consultado el 02 de agosto de 2022):
https://www.uaf.cl/asuntos/lista_paises_no_cooperantes.aspx
https://www.uaf.cl/asuntos/lista_paises_reg_fiscal_preferencial.aspx

⁴⁹ Listado disponible en (consultado el 02 de agosto de 2022):

asegurar que tales potenciales riesgos infracciónes no se materializarán (modelos de prevención), lo que a su vez le permitirá constituir una causal eximente o atenuante en su responsabilidad, tanto civil, administrativa como penal.

5. Protección de datos personales.

La regulación en Chile sobre datos personales arranca de la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, publicada el 28 de agosto de 1999.

Esta norma debe ser complementada en la actualidad con la consagración a nivel constitucional de la protección de datos personales como garantía fundamental reconocida en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, dentro del derecho a la intimidad de las personas, como consecuencia de la publicación de la ley N° 21.096, del 16 de junio de 2018.

Es relevante también señalar, que en Chile se encuentra aún pendiente una modificación sustancial al régimen consagrado en la ley N° 19.628, especialmente para los fines de recoger las recomendaciones formuladas en esta materia a nuestro país por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), que se remontan al 2010, época en que Chile ingresó a dicho organismo.

Desde esta perspectiva, si bien la ley ha sido objeto de una serie de modificaciones menores en el último tiempo, existe consenso en señalar que la misma es insuficiente y requiere una actualización, especialmente, considerando los cambios experimentados durante los más de veinte años de vigencia de la ley en materia de recopilación, tratamiento y uso de datos personales, a raíz de los avances tecnológicos, el fenómeno de la globalización y su impacto en la actividad económica.

Ante la ausencia a nivel legislativo de una autoridad central, que vele por la protección de datos personales, organismos como el Servicio Nacional de Protección al Consumidor (“SERNAC”), o la CMF, han intervenido en esta materia, dentro del ámbito de sus competencias.

Los Bancos e instituciones financieras son un actor relevante en materia de tratamiento de datos personales, ya que captan información de múltiple índole respecto a la situación patrimonial de las personas.

Estos antecedentes de carácter patrimonial y financieros tienen una naturaleza sensible para las personas y, además, son de gran relevancia, ya que además de su almacenamiento y recopilación, los Bancos e instituciones financieras utilizan dicha información para distintos propósitos, como, por ejemplo, para la evaluación crediticia de sus clientes o potenciales clientes.

Además, los Bancos e Instituciones financieras son obligados a entregar a variadas Instituciones y Organismos, información de sus clientes, para distintas finalidades.⁵⁰ Es decir, comunican la información que recopilan y almacenan.

Reconociendo esta relevancia, la CMF, según se señaló, ha intervenido en el tratamiento de datos personales, particularmente de clientes del sector bancario y financiero, adoptando normativas y directrices en la materia.

Durante el año 2020, introdujo el Capítulo 20-10 de la RAN, que contiene una serie de disposiciones referidas a la gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad.⁵¹ Esta norma entró en vigencia el 01 de diciembre de 2020.

La normativa impone a los Bancos e Instituciones Financieras la adopción de un proceso de gestión de riesgos de seguridad de la información y ciberseguridad, que debe cumplir ciertas etapas y lineamientos mínimos que se definen en la normativa.

Igualmente, se impone responsabilidad al Directorio en la adecuada gestión de la seguridad de la información, como de la ciberseguridad, responsabilizándolos de la aprobación de la estrategia institucional en la materia, como también la supervisión de que la entidad cuente con un sistema de gestión de tales aspectos que permita la administración específica de riesgos, conforme a las mejores prácticas internacionales existentes.

Igualmente, se impone a los Bancos e Instituciones Financieras la obligación de identificación de sus activos críticos y los mecanismos de resguardo de éstos. En vinculación con ello, se obliga a tales entidades a desarrollar protocolos y procedimientos para la identificación de los activos que componen la infraestructura crítica de su actividad y, particularmente, del sistema de pagos, con el objeto de que pueda existir un adecuado intercambio de información técnica de incidentes que afecten o pudieran afectar a la ciberseguridad de la entidad.

Esta normativa debe complementarse con el Capítulo 20-7 de la RAN, que define los riesgos que asumen los Bancos e Instituciones Financieras en la externalización de sus servicios, regulándose expresamente la tercerización de los sistemas de procesamiento

⁵⁰ Los Bancos e Instituciones Financieras, participan del denominado Sistema de Deudores, consagrado en la Ley General de Bancos, principalmente en los artículos 14 y 154 inciso segundo de la ley, cuyo objetivo es la evaluación de la situación financiera de los Bancos e Instituciones Financieras, correspondiéndole su fiscalización a la CMF.

Además, también participan del Sistema de Información Comercial, creado a partir del Decreto Supremo N° 950, de 1928, debiendo los Bancos remitir antecedentes de forma semanal a la Cámara de Comercio de Santiago, de conformidad al artículo 1º, numeral quinto de la normativa en comento. La Cámara de Comercio de Santiago recopila, almacena y distribuye esta información al pública a través del denominado Boletín Comercial, que contiene antecedentes relativos a protestos de cheques, letras y pagarés. Adicionalmente, la Cámara maneja una base de datos denominada INFOCOM, que contiene información económica, financiera bancaria y comercial de morosidad en el Sistema Financiero o Comercial. Ambas son comercializadas por la Cámara, generalmente a distribuidoras privadas.

⁵¹ Disponible online en (consultado el 29 de agosto de 2022):

http://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/articles-29310_doc_pdf.pdf

de datos de tales entidades ⁵²; y con la normativa de la CMF en materia de gestión del riesgo operacional.⁵³

A este respecto, es importante tener en consideración que una de las mayores preocupaciones en materia de protección de datos personales, es la filtración de los mismos, habiéndose incrementado en el último tiempo los ataques informáticos en contra de Bancos e Instituciones Financieras que operan en Chile, los cuales han tenido como consecuencia la extracción y filtración de tales datos, como, por ejemplo, el caso de robo de información Redbanc, ocurrido el 2019 o de Banco de Chile el 2018.

Por otro lado, la CMF en junio del año 2021 publicó su Política relativa al desarrollo de estándares y principios generales en materia de Conducta de Mercado referidos a Protección al Cliente Financiero.⁵⁴

En dicho documento, la CMF indicó que la supervisión de Conducta de Mercado (“CdM”), que realiza la CMF se basa en dos pilares:

“El primer pilar tiene como objeto resguardar la existencia de un mercado de valores transparente e íntegro, en el que las entidades bajo supervisión reporten información al público fidedigna, donde no se generen abusos ni manipulaciones por los actores que actúen en dicho mercado, y donde se resguarden los derechos de los accionistas minoritarios. El segundo pilar de la CdM busca la Protección al Cliente Financiero (PCF), propiciando un trato justo hacia ellos en el proceso de comercialización y durante la vigencia del contrato financiero. Este es, precisamente, el sentido del presente Documento de Política. Así, tomando como base el marco jurídico vigente y los más altos estándares internacionales en la materia, se desarrollan en este trabajo cinco principios generales aplicables a las entidades financieras que están dentro del perímetro de supervisión de la Comisión.”

La PCF se basa referida por la CMF en lo transcrita, se basa en cinco principios: “Los cinco principios son: i) trato justo a los clientes de entidades financieras; ii) adecuada gestión de conflictos de interés; iii) protección de la información de los clientes; iv) transparencia en la comercialización y publicidad de productos financieros y; v) gestión diligente de reclamos y presentaciones.”

Respecto al tercer principio indicado por la CMF, se señala en su Documento de Política, en resumen, lo siguiente:

- En la prestación de servicios financieros la seguridad de la información es sumamente relevante dada la cantidad de antecedentes significativos que se recopilan, almacenan y procesan, de carácter financiero, médico y personal, siendo una de las principales responsabilidades de la industria de servicios financieros la salvaguardia de estos antecedentes.

⁵² Disponible online en (consultado 31 29 de agosto de 2022): <https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/w3-article-28982.html>

⁵³ Capítulos 1-13, 20-8 y 20-9 de la RAN.

⁵⁴ Disponible online en (consultado el 29 de agosto de 2022): https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-47839_doc_pdf.pdf

- Uno de los elementos centrales a resguardar es contar con datos obtenidos de forma lícita (consentimiento, ley o fuente pública) y que dichos datos sean usados con una finalidad explícita y bajo el principio de proporcionalidad.

- Se debe respetar el derecho de los clientes a ser informados sobre la comunicación o cesión de datos; a acceder a los mismos o portarlos; a obtener la pronta corrección de ellos; a caducar el consentimiento; y/o a eliminar datos inexactos o recopilados ilegalmente.

- Las entidades deberían adoptar todas las medidas necesarias para proteger la información de sus clientes, resguardando su confidencialidad. En este marco, es importante destacar, que la CMF insta al desarrollo de políticas y procedimientos adecuados de resguardo de la información, capacitación al personal, implementación de controles internos para verificar su cumplimiento; la adopción de tecnología y procedimientos transaccionales adecuados; y contar con planes de contingencia que permitan mitigar los riesgos y el impacto de cualquier destrucción, alteración, filtración o uso indebido de la información.

- A su vez, la CMF también insta a la transparencia e información al cliente sobre la política de tratamiento de datos de la entidad.

- En materia de registro de deuda, señala la CMF que las entidades financieras deben brindar a los clientes acceso fácil y gratuito a sus reportes y detallar los procedimientos a seguir para corregir errores, respetando en todo momento la periodicidad que fija la ley para la actualización de la información del cliente.

- Por otro lado, se destaca que las entidades deben tener en cuenta el riesgo que presenta la tercerización de actividades, y, en estos casos, deberán verificar que las instituciones contratadas cuenten con adecuados mecanismos para resguardar la confidencialidad y seguridad de la información, así como reportar a la entidad contratante las vulneraciones a las medidas de seguridad.

- Finalmente, se prescribe que las entidades deberán tener presente el cumplimiento de la legislación vigente respecto al manejo de información de clientes entre partes relacionadas.

A partir de estos lineamientos y principios generales, la CMF apunta a la fiscalización de las entidades bancarias y financieras en el marco de su actividad, como parte de su política de supervisión de la CdM.

A lo anterior, se suma la propuesta de modificación a la RAN 18-5, ingresada a consulta pública por la CMF el 22 de abril de 2022, que busca la protección de datos personales financieros.⁵⁵

⁵⁵ Disponible en (consultado el 29 de agosto de 2022):

Esta norma pretende incorporar la exigencia de contar con una Política Interna de Seguridad y manejo de la Información sobre Deudores (“PISMID”), con miras a mejorar los estándares en el tratamiento de datos personales, alineándolos con las disposiciones del referido Capítulo 20-10 de la RAN.

Otro reflejo de la creciente preocupación por la protección de datos personales en el sistema financiero, es la incorporación de protección de datos personales en el proyecto de la denominada ley Fintech, que busca regular la actividad de prestación de servicios financieros a través de medios tecnológicos.

Todo ello da cuenta de la necesidad actual de desarrollar un modelo de compliance para el sector financiero, que considere procedimientos y protocolos particulares para el tratamiento de datos personales que recopilan las entidades bancarias y financieras en el marco de sus actividades, adoptándolo a las mejores prácticas y estándares internacionales, especialmente a los lineamientos de la OCDE, considerando que la CMF se encuentra cada día más preocupada de esta materia dentro de sus programas de supervisión de CDM.

A ello se suma, que el SERNAC también ha intervenido y perseguido la responsabilidad de las entidades bancarias en casos de filtración de datos personales, por infracción a la ley N° 19.496.

Desde esta perspectiva, a través de la ley N° 21.398, del 24 de diciembre de 2021, se incorporó el artículo 15 bis a la ley, que hace aplicable los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de las competencias legales de otro órgano.

Conforme a esta normativa, se aplican a la protección de datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, las normas relativas al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento.

También se le otorga competencia en esta materia al SERNAC de forma expresa, habida consideración a la referencia que se hace al artículo 58 de la ley, que establece las competencias o potestades del SERNAC.

Finalmente, también es menester considerar en esta materia, que los tribunales superiores de justicia también han intervenido favorablemente en materia de protección de datos personales a través de recursos de protección, especialmente a partir del reconocimiento a nivel constitucional de dicha protección.

Estas circunstancias ponen de relieve la necesidad de que un modelo de compliance comprenda una regulación específica en materia de protección de datos personales de los clientes o potenciales clientes de las entidades bancarias y financieras.

III.- CONCLUSIONES:

1.- La noción actual de Gobierno Corporativo y Compliance son conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí. Ambos conducen a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica, como de sus equipos gerenciales y ejecutivos.

2.- El sector financiero ha recogido esta necesidad, lo cual implica, desde luego, desarrollar una adecuada identificación de los riesgos infraccionales a que se exponen las entidades que operan en el sector, e implementar mecanismos de prevención específicos para evitar que tales riesgos se materialicen o al menos para minimizar la probabilidad de ocurrencia de los mismos.

3.- En este trabajo se han identificado riesgos infraccionales, que importan una potencialidad de contravención a la normativa legal, reglamentaria y sectorial que rige la actividad bancaria y financiera; y, particularmente, cuya materialización conlleve a un especial daño o riesgo a la estabilidad del mercado, a la libre competencia o al desarrollo de actividades financieras de manera transparente, atendiendo los deberes de prevención de tales conductas que resultan exigibles a las entidades bancarias y financieras.

4.- Bajo esta premisa, se identifican en este trabajo los siguientes riesgos infraccionales: delitos vinculados con el abuso de mercado, tales como el uso indebido de información privilegiada, o la manipulación de la información que se transmite a los mercados bursátiles, especialmente cuando inciden en el precio al que se transan los valores y activos propios de estos mercados; delito de blanqueo de capitales; vinculado íntimamente con esta actividad, los deberes de prevención que consagra la ley N° 19.913, especialmente, el deber de reportar operaciones de carácter sospechosas; y, como último aspecto, infracciones en materia de recepción, tratamiento y uso datos personales.

5.- En cuanto al primero de estos riesgos, el abuso de mercado representa una conducta particularmente nociva, toda vez que atenta contra de la integridad y transparencia de los mercados, factores que redundan en una adecuada formación de precios, lo que a su turno repercute en una disminución de los costos de financiamiento para las empresas, en un aumento de los niveles de liquidez en el mercado y en un fomento a la innovación.

6.- Respecto de este riesgo, se han destacado los siguientes aspectos:

a) La ley N° 18.045 sanciona diversas conductas que importan un atentado a la estabilidad del mercado de valores y a la transparencia e integridad con que debe operar dicho mercado.

b) Se tipifican como actividades prohibidas dentro de su título VIII la manipulación de precios (art. 52) y la ejecución de cotizaciones o transacciones ficticias respecto de cualquier valor, como también la inducción o ejecución de transacciones de valores por medio de actuaciones engañosas o fraudulentas (art. 53).

c) Junto a estas actividades prohibidas, es posible encontrar otras prohibiciones que se encuentran dispersas en la ley, las cuales se describen a lo largo de este trabajo.

d) Complementando la regulación de las actividades prohibidas referidas en lo precedente, en el título XXI de la ley se regula específicamente el uso de información privilegiada, tipificándose y sancionándose el uso indebido de la misma, bajo la siguiente estructura: En primer lugar, se define lo que debe entenderse por información privilegiada ; enseguida, se establecen deberes respecto de los receptores de la información; como tercer aspecto, la ley consagra presunciones en relación a sujetos que se entienden poseer información privilegiada per se y, también, personas que se presumen poseer dicha información en la medida que tuvieron acceso directo al hecho objeto de la información; en cuarto término, la ley dispone de regulación particular respecto de diversos sujetos que por su actividad pudieren tener acceso a información privilegiada, concretamente, los intermediarios de valores y las personas que dependen de dichos intermediarios, auditores externos que auditen los estados financieros de inversionistas institucionales o de los intermedios de valores y, en general, las personas que participen en las decisiones y operaciones de adquisición y enajenación de valores para inversionistas institucionales e intermediarios de valores y aquellas, que, en razón de su cargo tengan acceso a la información respecto de las transacciones de estas entidades; finalmente, la ley consagra en el artículo 172 acción indemnizatoria a favor de aquellas personas que se hayan visto perjudicadas por actuaciones desplegadas en contravención a la normativa consagrada en la ley a propósito del uso de información privilegiada.

e) Actualmente la normativa en materia de información privilegiada que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas, se restringe a aquella relativas a un inversionista institucional en el mercado de valores, de conformidad al inciso segundo del artículo 164 de la ley. Es esperable que ello sea actualizado en futuras reformas para incluir las decisiones de adquisición o venta de todo inversionista cuyas operaciones tengan la potencialidad de influir de forma relevante en el precio del valor (e.g. el controlador de una compañía), como propone la CMF conforme a la legislación comparada aplicable en la materia, concretamente la Directiva Europea de Abuso de Mercado.

f) El riesgo infraccional concreto a que se exponen las personas que incurrir en las actividades prohibidas descritas en lo precedente, o en uso indebido de información privilegiada y, en general, en infracciones a las disposiciones contenidas en la ley, sus normas complementarias o las normas que imparta la CMF, se desglosa en tres ámbitos: responsabilidad civil, consagrándose en el artículo 55 acción indemnizatoria a favor de aquellos que resulten perjudicados por tales conductas, como también la responsabilidad solidaria por tales perjuicios que alcanza a los sujetos definidos en los incisos tercero y cuarto

de la norma; responsabilidad administrativa, de conformidad al esquema sancionatorio consagrado en el Título III de la ley orgánica de la CMF; y responsabilidad penal, conforme a la regulación de los delitos que se tipifican en el Título XI de la ley de mercado de valores.

g) Junto a este régimen general de sanciones, la ley considera también otras sanciones a lo largo de su articulado, aplicables a determinados incumplimientos, según se describen en este trabajo.

h) Respecto al catálogo de delitos que consagra la ley de mercado de valores en sus artículos 59 a 61, es importante destacar que la CMF ha entendido que este tipo de conductas puede dar lugar no solamente a responsabilidad penal, sino también administrativa, lo que expande significativamente el ámbito fiscalizador y sancionador de la Comisión. Además, habrá de considerarse que el catálogo de delitos y el régimen de penas asociadas a los delitos en el ámbito penal establecido por la ley se hizo más exigente a partir de la modificación introducida por la ley N° 21.314, conforme a las recomendaciones de la CMF.

i) Resta por actualizar la normativa en análisis con el objeto de incorporar figuras más recientes de abuso de mercado, que están tratadas en la legislación comparada. Desde esta perspectiva, el catálogo de actividades prohibidas de forma específica en la ley de mercado de valores es aún exiguo, cómo queda de manifiesto de los artículos 52 y 53 de su cuerpo normativo.

En consecuencia, para un adecuado modelo de prevención en materia de compliance, es importante revisar normativa comparada, particularmente las Directivas de la Unión Europea en materia de abuso de mercado, que constituyen aquel instrumento normativo considerado por la CMF para su última propuesta de actualización al catálogo de conductas prohibidas en la ley.

7.- En cuanto al riesgo infraccional referido al blanqueo de capitales, destacamos en este trabajo lo siguiente:

a) En la fase de colocación de este delito se utiliza precisamente el sistema financiero para introducir el activo ilícito blanqueado, por lo cual es de capital importancia para un adecuado modelo de compliance contar con una regulación de esta actividad delictiva, particularmente enfocada en las medidas de prevención que permitan detectarla desde su inicio.

b) A su turno, la Unidad de Análisis Financiero (“UAF”) otorga a los sujetos obligados por la ley, entre ellos Bancos e Instituciones Financieras, un rol preponderante en el Sistema Nacional de combate de lavado de activos, pues dicho Organismo coloca a los antecedentes que recibe de tales sujetos obligados, en el marco del cumplimiento de las obligaciones de prevención que tales sujetos deben observar por ley, como el principal insumo para que puedan desarrollar adecuadamente su labor de detección.

c) En consecuencia, sostiene la autoridad, siendo el sector bancario y financiero el principal sector de la economía utilizado por los delincuentes para efectos de

llevar a cabo el lavado de sus activos, particularmente en sus fases de colocación y estratificación, es que el mismo pasa a asumir una responsabilidad crucial en el modelo de combate a este tipo de delitos en Chile. Así las cosas, si ese primer eslabón falla, es decir no se observan adecuadamente los deberes de prevención que normativamente pesan sobre las entidades que operan en el sector bancario y financiero, la UAF carecerá del principal insumo para desarrollar su labor de detección y, con ello, la tarea de persecución del Ministerio Público se verá también impactada, desde que carecerá de la información para llevar adelante dicha función.

d) En esa misma línea y en el marco de delitos de corrupción y de índole económica de connotación pública, es que se ha podido observar una creciente persecución de la responsabilidad de las entidades del sector financiero y bancario por el incumplimiento a sus deberes de prevención, tanto desde un punto de vista administrativo, a través de procedimientos administrativos sancionatorios iniciados por la UAF, responsabilidad civil y responsabilidad penal.

e) Vinculado con el punto anterior, observa a nivel nacional la existencia de una creciente controversia, librada a nivel judicial, respecto a la extensión de la responsabilidad atribuible a las entidades bancarias y financieras producto de la omisión de los deberes de prevención que les son exigibles, en casos en que ha existido la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, conflicto librado por dichas entidades, la UAF y los sujetos perjudicados por tales casos.

f) Sin perjuicio de que en última instancia serán los tribunales los que deberán precisar el alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y financieras por la omisión de sus deberes de prevención en el marco de este tipo de fraudes, lo cierto es que resulta recomendable que tales entidades refuercen desde ya sus modelos de compliance a fin de hacerse cargo de forma anticipada a estas imputaciones y, de esa forma, protegerse y fortalecer su posición frente a un eventual escenario judicial que se pueda seguir en su contra. Desde esta perspectiva, es importante entender los deberes que pesan sobre los sujetos obligados del sector bancario y financiero.

8.- Como tercer riesgo infraccional, nos hemos referido al deber de reportar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo que se detecten en el marco de sus actividades, consagrado en el artículo 3 de la ley N° 19.913, en complemento a la Circular N° 42 de la UAF, de 2012, respecto de determinados sujetos obligados, entre ellos, Bancos e Instituciones Financieras.

9.- De este deber, destacamos los siguientes aspectos:

a) La definición de la ley respecto a operaciones sospechosas es problemática, pues es de carácter subjetiva (depende de la actividad del sujeto obligado), reconduciendo a criterios imprecisos -“los usos y costumbres de la actividad de que se trate”-, los cuales, además, deberán fijarse a la época de las operaciones, contribuyendo aún más a la incertidumbre.

b) La obligación de reporte nace, a nuestro criterio, cuando la misma adquiere el carácter de sospechosa. Así, una operación que inicialmente no resulta sospechosa, puede resultar serlo con nuevos antecedentes.

c) No consideramos suficiente los elementos de alerta o indiciarios de irregularidad para reportar a una determinada operación como sospechosa, sino que estos deben dar lugar a un análisis depurado que permita definir si debe o no reportarse la operación en cuestión.

d) Entendemos que entregándose la potestad al sujeto activo para definir una operación como sospechosa, lo que deberá definirse para efectos de imputar responsabilidad al sujeto obligado es si desplegó o no la debida diligencia en desarrollar el análisis de dicha operación para determinar si tal operación debe calificarse o no como sospechosa y no si el análisis fue correcto o incorrecto.

e) En estos puntos discrepamos de lo afirmado por la UAF en sus Resoluciones Sancionatorias recientes en la materia, especialmente, la calificación ex post que hace la UAF respecto a lo correcto o incorrecto del análisis que efectúa el sujeto obligado respecto a una operación como sospechosa, deja a éste en una situación de arbitrariedad e incerteza jurídica, pues al no existir un catálogo preciso y completo de operaciones que deben reportarse como sospechosas, es la UAF la que a su solo arbitrio y discreción terminaría por definir por sí y ante sí una operación es sospechosa o no, sancionándose al sujeto obligado por no haberse sujetado a dicho criterio, que jamás le fue informado previamente por la UAF, ya que la UAF lo que consagra son señales de alerta o indiciarias.

f) Para salvaguardar esta discusión, nos parece importante que la ley avance en una definición más precisa y objetiva de operaciones sospechosas, con miras a evitar incertidumbre en la materia, especialmente cuando del incumplimiento de dicha obligación puede seguirse no solamente una imputación de responsabilidad administrativa, sino que también puede imputársele a los sujetos obligados responsabilidad civil y responsabilidad penal, además de las negativas consecuencias reputacionales de verse involucrados tales sujetos en este tipo de casos.

g) Por ello, entre tanto dicha certidumbre no se obtenga por la vía legal, los modelos de compliance que se elaboren para el sector financiero deberán adecuarse permanentemente a los estándares que se vayan fijando por la UAF y los tribunales en cuanto a la extensión y alcance del deber de reportar operaciones sospechosas.

10.- También, dentro de este tercer riesgo infraccional, nos hemos referido a otros deberes que nacen de la ley N° 19.913 y de la normativa de la UAF.

En definitiva, concluimos que esta normativa constituye una regulación muy exhaustiva que coloca a los actores del sector bancario y financiero en la obligación de identificar con precisión los deberes y obligaciones que se deben cumplir (matrices de riesgo); las personas a cargo de ese cúmulo de cumplimientos, para así poder generar los mecanismos de control que permitan asegurar que tales potenciales riesgos infraccioneles no

se materializarán (modelos de prevención), lo que a su vez le permitirá constituir una causal eximente o atenuante en su responsabilidad, tanto civil, administrativa como penal.

11.- Finalmente, como cuarto riesgo infraccional, nos hemos referido al tratamiento de datos personales, destacando los siguientes aspectos:

a) La legislación actual, que arranca de la ley N° 19.628 es insuficiente y se encuentra pendiente de una modificación sustantiva, especialmente con la finalidad de adecuarla a los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) en esta materia.

b) A falta de una regulación integral en materia de tratamiento de datos personales y de una autoridad central que vele por su resguardo, distintos Organismos del Estado han intervenido en la protección de estos datos, dentro del ámbito de su respectiva competencia, entre los que destacan, en lo concerniente al sector financiero, la Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”) y el Servicio Nacional del Consumidor (“SERNAC”).

c) Los Bancos e instituciones financieras son un actor relevante en materia de tratamiento de datos personales, ya que captan información de múltiple índole respecto a la situación patrimonial y financiera de las personas, de carácter sensible; la utilizan para distintos fines, entre ellos, algunos procesos de capital importancia en el sector financiero, como lo son los procesos de evaluación crediticia; y, finalmente, son comunicadores de dicha información, por ley, participando de diversos sistemas a nivel nacional de divulgación de estos antecedentes.

d) Reconociendo esta relevancia, la CMF ha intervenido en el tratamiento de datos personales, particularmente de clientes del sector bancario y financiero, adoptando normativas y directrices en la materia.

e) Durante el año 2020, introdujo el Capítulo 20-10 de la RAN, que contiene una serie de disposiciones referidas a la gestión de la seguridad de la información y ciberseguridad. Esta norma entró en vigencia el 01 de diciembre de 2020.

La normativa impone a los Bancos e Instituciones Financieras la adopción de un proceso de gestión de riesgos de seguridad de la información y ciberseguridad, que debe cumplir ciertas etapas y lineamientos mínimos que se definen en la normativa.

f) En junio del año 2021 la CMF publicó su Política relativa al desarrollo de estándares y principios generales en materia de Conducta de Mercado referidos a Protección al Cliente Financiero, constituyendo dicha Protección uno de los pilares de la supervisión de Conducta de Mercado, basándose la misma en cinco principios: i) trato justo a los clientes de entidades financieras; ii) adecuada gestión de conflictos de interés; iii) protección de la información de los clientes; iv) transparencia en la comercialización y publicidad de productos financieros y; v) gestión diligente de reclamos y presentaciones.”

En el marco de ese tercer principio, la CMF desarrolla una serie de lineamientos en materia de protección de datos personales aplicables al sector bancario y financiero.

g) A partir de estos lineamientos y principios generales, la CMF apunta a la fiscalización de las entidades bancarias y financieras en el marco de su actividad, como parte de su política de supervisión de la Cdm.

h) A lo anterior, se suma la propuesta de modificación a la RAN 18-5, ingresada a consulta pública por la CMF el 22 de abril de 2022, que busca la protección de datos personales financieros.

Esta norma pretende incorporar la exigencia de contar con una Política Interna de Seguridad y manejo de la Información sobre Deudores (“PISMID”), con miras a mejorar los estándares en el tratamiento de datos personales, alineándolos con las disposiciones del referido Capítulo 20-10 de la RAN.

i) Todo ello da cuenta de la necesidad actual de desarrollar un modelo de compliance para el sector financiero, que considere procedimientos y protocolos particulares para el tratamiento de datos personales que recopilan las entidades bancarias y financieras en el marco de sus actividades, adoptándolo a las mejores prácticas y estándares internacionales, especialmente a los lineamientos de la OCDE, considerando que la CMF se encuentra cada día más preocupada de esta materia dentro de sus programas de supervisión de Cdm.

j) A ello se suma, que el SERNAC también ha intervenido y perseguido la responsabilidad de las entidades bancarias en casos de filtración de datos personales, por infracción a la ley N° 19.496, especialmente, a partir de la incorporación del artículo 15 bis a la ley, que hace aplicable los artículos 2 bis letra b), 58 y 58 bis respecto de los datos personales de los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo, salvo que las facultades contenidas en dichos artículos se encuentren en el ámbito de las competencias legales de otro órgano.

k) Finalmente, también es menester considerar en esta materia, que los tribunales superiores de justicia han intervenido favorablemente en materia de protección de datos personales a través de recursos de protección, especialmente a partir del reconocimiento a nivel constitucional de dicha protección.

l) Estas circunstancias ponen de relieve la necesidad de que un modelo de compliance comprenda una regulación específica en materia de protección de datos personales de los clientes o potenciales clientes de las entidades bancarias y financieras.

12.- Así las cosas, más allá de la adopción de modelos, protocolos y procesos estándares de compliance, conforme a las directrices e ISOS más utilizados a nivel nacional y comparado, el sector financiero presenta específicos riesgos infraccionales que derivan de la naturaleza, características y relevancia de la actividad para la economía, lo cual importa, en definitiva, adoptar un modelo de compliance que sea capaz de identificar oportunamente tales riesgos, incorporarlos a la matriz de riesgos gestionados por el modelo de compliance,

y considerar una regulación que tenga el dinamismo y la flexibilidad necesaria para ir incorporando sistemáticamente los mayores estándares que se van desarrollando en el sector

Respecto a este último punto, cómo se observa a lo largo de este trabajo, estos riesgos son dinámicos, existiendo actualmente una legislación que se encuentra en constante evolución y con Organismos Sectoriales de fiscalización que se encuentran permanentemente actualizando y complementando la normativa legal, a fin de ajustarla a las mejores prácticas o estándares internacionales.

Por ello, resulta recomendable que los modelos de compliance no se limiten a recoger la regulación o normativa actual, sino que se proyecten en el mediano y largo plazo, de manera de internalizar con la debida anticipación los mayores costos derivados del aumento de los estándares regulatorios y, a su turno, evitar caer en vacíos que importen una responsabilidad para la entidad bancaria o financiera que cada día se visualiza de mayor complejidad y envergadura, pues compromete múltiples ámbitos legales (administrativo, penal y civil), además de un daño al capital reputacional de la entidad, de difícil manejo, contención y recuperación.
