

EN LO PRINCIPAL: Interpone Requerimiento de Inaplicabilidad; **PRIMER OTROSÍ:** Solicita suspensión de procedimiento, de conformidad al artículo 85° de la ley N°17.997; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña Documentos; y **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

EXCELENTÍSMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



CARLOS KHADER PEREIRA JADUE, chileno, abogado, cédula de identidad número 16.006.376-9, y MARÍA FERNANDA JUPPET EWING, chilena, abogada, cédula de identidad número 18.171.802-1, ambos en representación de don RAIMUNDO NIBALDO LÓPEZ LÓPEZ, chileno, casado, contador auditor, cédula de identidad número 6.467.023-9, y de la sociedad RAIMUNDO LÓPEZ AUDITORES CONSULTORES ASOCIADOS SpA., empresa del giro, Rol Único Tributario número 78.194.160-3, todos domiciliados para estos efectos en San Pío X, número 2460, oficina 1702, comuna de Providencia, a V.S. Excma. respetuosamente decimos:

Que por el presente acto, y en virtud de lo establecido en el Artículo 93 N°6, inciso undécimo de la Constitución Política de la República, y en los Artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en interponer requerimiento de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad, a fin de que se declare inaplicable en este caso particular la siguiente disposición legal:

I- NORMA LEGAL CUYA APLICACIÓN EN EL CASO PARTICULAR VULNERA LA CONSTITUCIÓN:

Artículo 37 del Decreto Ley N° 3.538 actualizado por la Ley N° 21.000 del 23 de Febrero del 2017 que Crea la Comisión para el Mercado Financiero, en específico su número 3 letra B, que establece que:

“Tratándose de personas nombradas o autorizadas por la Comisión para ejercer determinadas funciones o actuaciones, ésta podrá aplicarles también las sanciones de: B) Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave.”

Por cuanto su aplicación en concreto en la gestión pendiente actualmente tramitada ante la Excm. Corte Suprema, singularizada con el Rol Ingreso N° 339-2021, deviene en sendas infracciones constitucionales, dado que dicha disposición no cumplen con el requerimiento de definir criterios, parámetros o principios que permitan a la autoridad reguladora (CMF) establecer sanciones determinadas legalmente al caso concreto, sin incurrir en discriminaciones arbitrarias en el ejercicio de sus potestades, por cuanto el texto de la norma impugnada carece de elementos que permitan una determinación objetiva de la sanción aplicable en base al reproche que efectivamente produzca la conducta, materializándose ello en una sanción indeterminada e imprevisible para el regulado, vulnerando por tanto las siguientes disposiciones de la Constitución Política de la República:

La aplicación de la norma contenida en Artículo 37 del Decreto Ley N° 3.538, en el caso concreto lo realiza la autoridad administrativa como también la Ilustrísima Corte de apelaciones, verbigracia:

“Del claro tenor del texto legal, resulta inconcuso que es factible la aplicación única de la sanción de revocación de autorización o nombramiento, pues el encabezado de la norma dice que se pueden aplicar “una o más de las siguientes sanciones”, pero tratándose de las personas nombradas o autorizadas por la Comisión para ejercer determinadas funciones o actuaciones el abanico de sanciones posibles se amplía a la suspensión y a la revocación y no solo censura o multa”¹

“La Resolución Exenta N°1287 impuso la sanción de cancelación de la inscripción en el registro de Empresas de Auditoría Externa en consideración a las graves infrancciones constatadas. Junto con a lo anterior, no existe una sanción pecuniaria. Por ello la información de los ingresos no afecta lo resuelto”²

¹ Considerando DÉCIMO Sentencia Rol N° 141-2020, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo al procedimiento judicial pendiente de marras.

² Resolución Exenta N°21000,

0000003
TRES

II- PRINCIPIOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SON VULNERADOS CON LA APLICACIÓN DE LA NORMA SUB LITE.

La aplicación del Art. 37 del D.L. 3.538 al caso concreto transgrede los siguientes preceptos de la Constitución:

- i- El principio de supremacía Constitucional y el principio de juridicidad de los actos de la autoridad establecidos en el Artículo 7 de la Constitución de la República que establece que:
*“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”*
- ii- El principio de Legalidad consagrado en el Artículo 19 N°3, incisos 8° y 9°, en cuanto establecen que la Constitución asegura a todas las personas que:
*“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.
“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”;*
- iii- El principio de Igualdad ante la Ley e Interdicción de la arbitrariedad reconocido en el Artículo 19 N°2 de la Constitución que garantiza: *“La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;*
- iv- El principio de racionalidad establecido en el Artículo 19 N°3 inciso 6°:
“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Todas estas disposiciones constitucionales son vulneradas con la aplicación a este caso concreto de la norma del Art. 37 del D.L. 3.538 debido a insuficiencias en su texto que interfieren en la labor de la autoridad sancionatoria, en virtud de lo que a continuación se expone:

III- ACERCA DE CUMPLIRSE LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DEL LA INAPLICABILIDAD:

El examen de constitucionalidad que implica el presente requerimiento, implica no sólo el análisis de la norma *in abstracto*, sino también de las consecuencias de la aplicación de dicha norma para el sistema jurídico nacional. Así lo ha planteado previamente este Tribunal Excelentísimo en considerando 15° de sentencia Rol N° 478-06:

“... la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber, la norma constitucional, el precepto legal cuya aplicación se solicita y lo más específicamente decisivo el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar a efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella, por eso puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional”.”

A la luz de lo establecido en el Artículo 84 de la LOCTC, se evidencia que la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cumple con los requisitos para ser admitida, a saber:

- i) Legitimación activa: La Empresa Auditora y su socio representante ya individualizados se encuentran plenamente legitimados para interponer la acción de inaplicabilidad, ya que son parte en la apelación contra sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago que resuelve reclamo de ilegalidad, en actual tramitación ante la Excm. Corte Suprema, rol ingreso Corte N°141-2020, según se acredita en certificado que se acompaña.

- ii) El precepto legal impugnado a través de esta presentación cumple con la condición de no haber sido declarado conforme a la Constitución por este Excmo. Tribunal, pronunciándose acerca del mismo vicio que aquí se denuncia. En efecto, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la disconformidad de la norma impugnada con la Carta Fundamental por las razones que se expondrán en el requerimiento.
- iii) Existencia de gestión judicial pendiente al no haber aún sentencia firme y ejecutoriada sobre el caso, según se acredita en resolución que acoge a trámite apelación a sentencia por recurso de reclamo de Ilegalidad de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N°141-2020 y que actualmente conoce la Excma. Corte Suprema y que al estar en trámite constituye una *gestión pendiente* en el sentido que el texto constitucional exige.
- iv) La acción se dirige en contra de un precepto de rango legal, en específico: el Artículo 37 N°3 del Decreto Ley N°3.538, cuya inaplicabilidad se solicita.
- v) La aplicación del precepto legal impugnado es decisiva en la resolución de la gestión pendiente en que incide esta inaplicabilidad, toda vez que la norma impugnada de inconstitucionalidad es precisamente la que habilita a la Comisión para el Mercado Financiero a aplicar la sanción de “*Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave*” a los incumplimientos imputados a la Empresa Auditora y a su socio responsable y cuya ilegalidad se litiga en apelación actualmente en la Excma. Corte Suprema.

IV- ANTECEDENTES RESPECTO A LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE LA NORMA CONTENIDA EN EL ART. 37 DEL DL 3538 DE 1980, MODIFICADO POR LA LEY N°21.000.

La gestión pendiente en que incide la norma en el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, corresponde a un reclamo de ilegalidad respecto de resoluciones dictadas en el procedimiento administrativo seguido originalmente ante la Superintendencia de Valores y Seguros – en adelante e indistintamente “SVS” –, bajo la apariencia de un procedimiento de fiscalización, para luego iniciarse un procedimiento sancionatorio ante la Comisión para el Mercado Financiero – en adelante e indistintamente “CMF” –, deviniendo en la dictación de la Resolución Exenta N°1287, de 06 de febrero de 2020– en adelante e indistintamente –“Resolución

Sancionatoria”, en cuya virtud se resolvió aplicar la sanción más gravosa que puede aplicarse a un agente de mercado:

“Aplicar a Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA y el Sr. Raimundo López López la sanción de cancelación de su inscripción en el Registro de Empresas de Auditoría Externa”

La sociedad Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA. fue inscrita en el Registro de Empresas de Auditoría Externa el año 2010, singularizada con el número 24, en los registros de Auditores Externos de la Superintendencia de Valores y Seguros de la época.

Por su parte, don Raimundo López López, a quien en su respecto la CMF ordena cancelar su inscripción en el Registro de Empresas de Auditoría Externa, no se encuentra inscrito en esa calidad en dicho registro. Esto que expone de su sola lectura la arbitraria discrecionalidad que la norma provoca para con los sancionados en este caso, como se desarrollará en los títulos siguen en esta presentación.

De acuerdo a la resolución sancionatoria, la sanción se fundaría en el hecho de que la sociedad Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA. y la persona natural don Raimundo López López, habrían vulnerado las siguientes disposiciones: los artículos 239, 246 y 248 de la Ley N°18.045, en relación a las Secciones AU 200 (párrafos 12, 17, 18, 19, 20, A19, A24 y A31), AU 220 (párrafos 10, 17, 18, 19, A14 y A16), AU 500 (párrafos 4, 6, A3 y A6) y AU 700 (párrafos 13, 14, 15, 16, 17 y 18) de las NAGAs y a su socio, la infracción de los artículos 239, 246 y 248 de la Ley N°18.045, en relación a las Secciones AU 200 (párrafos 12, 17, 18, 19, 20, A19, A24 y A31), AU 220 (párrafos 10, 17, 18, 19, A14 y A16), AU 500 (párrafos 4, 6, A3 y A6) y AU 700 (párrafos 13, 14, 15, 16, 17 y 18) de las NAGAs (Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Chile).

Respecto de la persona natural don Raimundo López López, la autoridad agrega adicionalmente como fundamento, que habría vulnerado las siguientes normas:

El artículo 239 inciso final de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores, el párrafo 13 de la Sección AU 220 de las NAGAs.

0000008
OCHO

Todo lo cual lleva a la CMF a aplicar la sanción establecida en el Art. 37 del D.L. 3.538 en su Número 3 Letra B, esto es la pena de Revocación de su autorización en el Registro Público de Auditorías tanto a la empresa consultora referida como a su socio ya individualizado.

Dicha sanción ha sido recurrida en sede administrativa a través de los recursos de reclamación que establece la ley y también se ha recurrido contra ésta mediante la interposición de reclamo de Ilegalidad presentado ante la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago y cuya apelación fue acogida a trámite y se encuentra actualmente radicada en la Excma. Corte Suprema.

V- NORMA IMPUGNADA IMPIDE QUE LA AUTORIDAD APLIQUE PONDERACIÓN DE CRITERIOS Y CON ELLO, VULNERA PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD, DEBIDO PROCESO Y LEGALIDAD, TODOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

a) RESPECTO DEL ARTÍCULO 37 (NUEVO) DEL D.L. 3.538:

La ambigüedad en la redacción de la norma impugnada, hace recordar al antiguo Artículo 29 del mismo D.L. 3.538 que en sentencia Rol N° 2922-15 este Excmo. Tribunal declaró inaplicable por inconstitucionalidad puesto que el margen dado por la norma a la autoridad sancionadora (SVS en aquel entonces) para establecer una multa hasta de un 30% del monto de la operación irregular, carecía de la determinación que la ley debe hacer, de forma previa y cierta, de la sanción administrativa.

Si tal fue el criterio de este Excmo. Tribunal tratándose de la pena de multas en dicha jurisprudencia -que a la postre fue determinante en la dictación de la Ley 21.000 del año 2017 que vino a modificar el D.L. 3.538 creando la Comisión para el Mercado Financiero-, entonces cuánto más inconstitucional es la indeterminación de la norma impugnada en este caso, toda vez que en el proceso que nos ocupa, la sanción aplicada resulta notablemente más gravosa para los sancionados. En efecto, el caso fundante de este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no trata de un problema de interpretación de la norma, sino de los elementos que faltan en su redacción misma y que impiden su aplicación conforme a la Constitución.

0000010
DIEZ

b) ELEMENTOS CONCRETOS DE LA GESTIÓN PENDIENTE QUE DEMUESTRAN LA INCONSTITUCIONALIDAD EN CONCRETO DE LA NORMA IMPUGNADA:

Es del caso destacar que los antecedentes que acá se exponen no persiguen la impugnación de la Resolución de la CMF en sí misma, sino explicar el contenido de la misma por ser relevante para la inteligencia de la arbitrariedad que permite la norma cuya impugnación puntual se pretende. A este respecto, concurre en la especie, la circunstancia de no existir sanciones previas contra el requirente, tal como reconoce textual la Autoridad en su resolución:

“Revisados los registros llevados por este Servicio, no existen sanciones previas respecto de los Investigados”

En tanto que el artículo 38 del D.L. 3.538 establece:

Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias:

Y en su número 5:

5. El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización.

A mayor abundamiento, la autoridad en su resolución sancionatoria, luego complementa textual:

*“Al tenor de lo transcrito, resulta patente que, para efectos de la determinación de la sanción, el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero **tuvo en consideración y ponderó la falta de sanciones previas a los Recurrentes.**”* (Destacado es nuestro).

No obstante, ello, la CMF aplicó la sanción más grave a un auditor externo de empresas reguladas, impidiendo que desarrolle una actividad económica en virtud de la cancelación de la inscripción en el registro de auditores externos, requisito habilitante para desempeñarse en dichas funciones. Es decir, hay a lo menos una circunstancia atenuante de la sanción, pero de igual modo se aplica la más grave de las posibles. Hasta aritméticamente una escala de proporcionalidad no cuadra.

¿Por qué la autoridad incurre en la ilógica de aplicar la máxima sanción, no obstante, reconoce la concurrencia de circunstancias que la atenúan? Porque la misma norma no establece criterios que permitan su aplicación a la Autoridad, según se explica en el siguiente acápite:

- c) LA INDETERMINACIÓN DE LA NORMA APLICADA AL CASO CONCRETO LLEVA A LA CMF A UN ACTUAR ARBITRARIO, VULNERANDO LA CONSTITUCIÓN:

Según establece el artículo 37 del Decreto Ley N°3.538- esta norma determina las sanciones aplicables a agentes del mercado financiero que no correspondan a sociedades anónimas y empresas sujetas a la fiscalización de la Comisión que incurrieren en infracciones de leyes:

Artículo 37.- Las personas o entidades diversas de aquéllas a que se refiere el inciso primero del artículo anterior que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión, podrán ser objeto de la aplicación por parte de ésta de una o más de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios:

1. Censura.

2. Multa a beneficio fiscal equivalente, alternativamente, a un monto global por persona o entidad de hasta:

a) La suma de 15.000 unidades de fomento. En el caso de haber sido sancionado anteriormente por infracciones de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado.

b) El 30% del valor de la emisión, registro contable u operación irregular.

c) El doble de los beneficios obtenidos producto de la emisión, registro contable u operación irregular.

En los casos de las letras b y c la Comisión expresará el monto de la multa en su equivalente en unidades de fomento, señalándolo en la resolución que aplique la sanción.

3. Tratándose de personas nombradas o autorizadas por la Comisión para ejercer determinadas funciones o actuaciones, ésta podrá aplicarles también las sanciones de:

a) Suspensión de su cargo hasta por un año.

b) Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave.

Como se observa, el propio texto de la Ley cuya inaplicabilidad al caso se solicita, establece al Regulador un criterio de proporcionalidad para la determinación de la sanción al caso concreto, por cuanto existe en el tenor literal de la norma una gradación en la gravedad de las sanciones, a saber: n°1) censura, n°2) multa a beneficio fiscal y, n°3) tratándose de personas nombradas o autorizadas por la CMF para ejercer determinadas funciones o actuaciones, también: a) la suspensión o b) revocación de su autorización.

Como se aprecia, la gravedad de estas sanciones varía, siendo la contenida en el numeral 3 (suspensión o revocación de la autorización), la más gravosa al impedir, temporal o definitivamente, el ejercicio de la actividad económica de la entidad sancionada.

Sin embargo, el enunciado del N°3 del artículo 37 carece de criterios que permitan limitar la discrecionalidad de la CMF si decidiere aplicar alguna de las sanciones del numeral 3 como en este caso. En efecto, el artículo referido simplemente establece que la CMF “podrá aplicarles también las sanciones” de suspensión o revocación, sin precisar situaciones, casos o siquiera orientaciones que guíen y limiten el actuar de la CMF, la que ante tal indeterminación normativa se ve arrojada a la discrecionalidad al tener que justificar la aplicación de la sanción de suspensión (menos gravosa) o de revocación (más gravosa), pues la misma norma sencillamente, indica que la sanción de revocación procederá por “*causa grave*”, sin precisar el rango de conductas subsumidas en dicha categoría.

Es importante indicar que este problema normativo afecta específicamente al caso sub lite, pues otras disposiciones del mismo Decreto Ley N°3.538 establecen de forma clara criterios a la CMF para justificar y orientar su actuar. Así, por ejemplo, el artículo 14 N°5 del citado decreto ley, otorga criterios objetivos y precisos para que la autoridad califique como “*incumplimiento grave*” determinadas conductas³, pero en el caso específico de este requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional de la Letra B) del N°3 del Artículo 37), la sanción queda sin criterio y por tanto

³Este artículo establece que: “Serán causales de cesación en el cargo de comisionado las siguientes: (...) 5. Incumplimiento grave de sus funciones y deberes. Serán incumplimientos graves, entre otros, la inasistencia injustificada a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones durante un trimestre calendario; el incumplimiento a la obligación de reserva a que se refiere el párrafo final del numeral 5 del artículo 5 y el inciso primero del artículo 28; el incumplimiento de las obligaciones de presentación de declaraciones a que se refiere el artículo 13, el incumplimiento del deber de abstención a que alude el artículo 16 y cualquier falta al principio de probidad administrativa.”

sometida a la arbitrariedad que repugna a nuestra Constitución que establece las bases de un “proceso racional y justo” y sin “discriminación arbitraria”, entendiendo arbitrariedad en términos de la RAE como “Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”. De tal manera se configura una ley sancionatoria abierta, que no determina con claridad cuáles son los elementos que deben ser considerados por el ente sancionador para su determinación. Lo que manifiesta un error en la constitucionalidad de la norma en comento, ya que el legislador falla en cumplir su obligación de señalar, claramente, la sanción aplicable al incumplimiento que motiva el reproche que la norma establece.

Es importante considerar que este error procuró ser subsanado por el Legislador con la dictación de la Ley 21.000, pero lo hizo sólo respecto de la sanción de multa, al establecer, en el Artículo 38 del D.L. la gradación de las circunstancias que deben ser tenidas en consideración a la hora de determinar el monto de multa aplicable al caso concreto sancionado por la CMF. Con todo, dicha ponderación legal no se realiza frente a la hipótesis de que la autoridad resuelva la imposición de sanciones diversas a la pecuniaria como ocurre precisamente en los antecedentes particulares de este caso.

d) SOBRE CÓMO EL ARTÍCULO 38 DEL D.L. 3.538 COLABORA A AGRAVAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA APLICADA AL CASO:

Es importante atender a la voz “también” contenida en el N°3 del artículo 37. Según define la Real Academia Española de la Lengua “también” significa: “Adverbio que se usa para indicar que lo expresado en la palabra o secuencia a la que afecta se suma a lo dicho con anterioridad” (destacado es nuestro). Es decir, a las sanciones ya mencionadas por el Artículo 37 en sus números 1) Censura y 2) Multas, la norma suma, las del número 3) que van de Suspensión hasta por un año, hasta Revocación y, como se explicó, lo hace sin dictar a la autoridad ningún tipo de orientación de criterio. Situación que en este caso, se hace aún de mayor arbitrariedad pues la misma norma en su artículo siguiente (Artículo 38), impide a la autoridad proceder basada en proporcionalidad por cuanto señala que las circunstancias de criterio para determinar la gravedad de la sanción, se aplican “para la determinación del rango y del monto específico de las multas”, pero en el caso sub lite al no aplicarse la sanción de multas, la autoridad se ve impedida de considerar tales criterios (aunque concurren en la especie).

Entonces, ¿qué criterio debe aplicar la autoridad si la sanción no es una multa? ¿Cómo puede justificar la CMF el por qué aplica la sanción del N° 3 letra a) del artículo 37: “Suspensión hasta por un año” o el de la letra b) “Revocación”, si dicha norma no le da criterios y el artículo siguiente del mismo D.L. lo hace, pero tratándose sólo de multas que no concurren en este caso?

Queda pues, de manifiesto el vacío legal que en este caso particular, lleva a la vulneración de disposiciones constitucionales que se desarrollarán más adelante.

Tratándose del Art. 38 recién referido, establece:

Artículo 38.- Para la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que se refieren los artículos anteriores, la Comisión deberá procurar que su aplicación resulte óptima para el cumplimiento de los fines que la ley le encomienda, considerando al efecto las siguientes circunstancias:

1. La gravedad de la conducta.
2. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese.
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.
4. La participación de los infractores en la misma.
5. El haber sido sancionado previamente por infracciones a las normas sometidas a su fiscalización.
6. La capacidad económica del infractor.
7. Las sanciones aplicadas con anterioridad por la Comisión en las mismas circunstancias.
8. La colaboración que éste haya prestado a la Comisión antes o durante la investigación que determinó la sanción.

La calidad de reincidente del infractor no se tomará en consideración en aquellos casos en que haya determinado por sí sola el aumento del monto de la multa específica de conformidad con lo establecido en la letra a) del numeral 2 del artículo 36 y en la letra a) del numeral 2 del artículo 37.

Así, en el caso concreto, la Autoridad se ve impedida de aplicar consideraciones que, sin embargo, sí concurren en la especie, puesto que el Art. 38 citado, establece expresamente el ámbito de aplicación de dichas circunstancias “para la determinación del rango y del monto específico de las multas”. De este modo, al aplicarse en el caso concreto una pena que no es de multa, sino de Revocación de la Inscripción de registro que se requiere para el ejercicio de la actividad económica de auditoría, esta

sanción no obliga a la autoridad reguladora a aplicar las circunstancias que sí expresamente son establecidas por la ley para las penas de multa. lo que lleva a vulnerar severamente derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en particular, el artículo 7 acerca del principio de legalidad de los actos de la autoridad y del Artículo 19 N°3, Principios constitucionales de Igualdad ante la ley, Legalidad de la sanción estatal, Proporcionalidad del castigo e Interdicción de la Arbitrariedad, todo lo cual provoca un perjuicio grave e irreparable a la requirente. Por esto es indispensable que V.S Excma. declare inaplicable al caso concreto por inconstitucionalidad el Art. 37 del D.L. 3.538.

En síntesis, al adolecer el Artículo 37 Número 3 del D.L. 3.538 de carencia de criterios legales para la determinación de la sanción señalada en su Letra b), ésta queda al mero arbitrio de la autoridad sancionadora, quien por el texto de la norma se ve en ausencia de elementos que le permitan definir la sanción a aplicar, en un problema que como se ha señalado, no es de interpretación, sino de la redacción misma de la norma.

e) SOBRE LA AFECTACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

De los argumentos antes indicados, se puede desprender que la aplicación del artículo 37 Número 3 letra b) del D.L. 3.538, implica la vulneración de múltiples principios constitucionales en materia sancionadora administrativa.

Para ello es necesario considerar las circunstancias particulares del caso sin precedentes que nos convoca, pues es la primera vez que la CMF aplica la sanción del Art. 37 número 3 letra b) del D.L. 3.538: “*Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave*” tanto a la Sociedad de Auditorías como a su socio responsable.

f) SOBRE EL VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD:

Este principio fundamental, ha sido reconocido constitucionalmente por medio de las expresiones “reserva de ley y tipicidad”, en el artículo 19 N°3 incisos octavo y noveno de nuestra Constitución Política de la República, al establecer:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Respecto al artículo 37 número 3 lera b) del D.L 3.538 que se impugna, este principio se ve afectado directamente, ya que la descripción de la conducta no es el único elemento que debe estar previamente determinado en la norma y que en este caso no lo está, sino también ha de estar determinada previamente la sanción, la que más allá de una mera enumeración de potenciales castigos aplicables por el regulador, deberá indicar criterios objetivos que permitan determinar su aplicación en el caso concreto. Elementos todos, de los que adolece la norma cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita declarar a V.S. Excelentísima.

En el análisis del principio constitucional de legalidad este Excmo. Tribunal, ha determinado, en sentencia rol N°244, en procedimiento de control constitucional, lo siguiente:

*“... es necesario destacar los principios de legalidad y tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. **La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.***

Resulta importante comprender el principio de legalidad en los términos actuales considerando que, dadas las exigencias del Estado Moderno, se han trasladado potestades legislativas al ejecutivo, por medio de la creación de una potestad reglamentaria ampliada, la que ve en la Constitución un límite esencial para proteger a los administrados de actos arbitrarios del Estado, tal como ha analizado la doctrina:

“Frente a esta nueva situación, habida cuenta de un poder ejecutivo fortalecido no solo en el desarrollo de nuevas tareas, sino también en el campo jurídico, el concepto de legalidad hubo de cambiar (...) Se enriquecieron así las fuentes de la legalidad. La ley siguió jugando su papel

como principio de condicionamiento y limitación de la actividad administrativa, pero, además, hubo necesidad de tener en cuenta dentro del nuevo contexto la Constitución como fuente, no en el sentido tradicional de base del ordenamiento jurídico, fuente de todos los derechos, que informa las normas de la pirámide normativa, sino como importante conjunto de normas que condicionan y limitan la actividad de la administración”⁴. (Destacado es nuestro)

Por tanto, no se requerirá sólo la determinación de la conducta ilícita considerada como antijurídica por el ordenamiento normativo, sino que, urge para que su cumplimiento esté completo, la determinación de la pena aplicable y su cuantía, a fin de que el potencial sancionado conozca las consecuencias de los hechos de manera previa al acto antijurídico y culpable.

Para Roxin, debe considerarse inconstitucional un marco de sanciones ilimitado, encontrándose en el marco de:

“...una pena de multa de cuantía indeterminada; dado que una sanción así se mueve entre el simple recordatorio y la total destrucción de la existencia económica, no proporciona una garantía suficiente frente a la arbitrariedad”⁵. De tal manera, que el ámbito de aplicación del principio de legalidad es amplio, en los términos que ha referido este Excmo. Tribunal en la sentencia antes citada, que agrega:

“9°. Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del iuspuniendi propio del Estado;

10°. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad [...]” (STC Rol N°244)”.

⁴Ureta Ayola, Manuel; “El poder discrecional”, en *La Revue administrative* 52e Année, No. 9, Numero especial 9: Histoire et perspectives de la juridiction administrative en France et en Amérique latine (1999), pp. 148-158, página 150.

⁵Roxin, Claus (2008). Derecho penal Parte General Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas. Página 174.

La idea antes expresada, se complementa por medio de sentencia en causa Rol N° 480-06 en la que V.S. Excelentísima profundizó en el análisis de dichas garantías constitucionales aplicables al derecho penal, y, por ende, al derecho sancionador administrativo, al indicar:

“Quinto: Que el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado el llamado iuspuniendi y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19”.

Así es como tanto jurisprudencial como doctrinariamente, se ha resuelto que el ejercicio de la facultad sancionadora de la Autoridad debe dar estricto cumplimiento al principio de legalidad tanto de la conducta ilícita como de la sanción aparejada, según consagra nuestra Constitución expresamente. Sin embargo, en el caso específico de este requerimiento la norma impugnada se limita a establecer la pena de “Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave”, sin más guía que aquel indeterminado juicio de valor, vulnerando manifiestamente el principio constitucional de legalidad ya referido.

g) NORMA IMPUGNADA VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROPORCIONALIDAD.

Acerca de este principio constitucional, cabe mencionar lo señalado por la Excelentísima Corte Suprema, en autos Rol 5830-2009::

*“NOVENO: Que finalmente en el reclamo se alega que no se respetó el principio de proporcionalidad. Al respecto es necesario recordar que **este principio apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer**”.*

La gradualidad de dicho principio, a su vez, se ha esclarecido por medio de este Excelentísimo Tribunal Constitucional al resolver en causa Rol 2658-14, en su considerando octavo que:

“...el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, su condición o no de reincidente, etc. Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular.” (Destacado es nuestro).

Asimismo, este Excmo. Tribunal ha determinado que la regulación deberá establecer una graduación en relación a las obligaciones y sanciones que guarden un correlato con la cuantía del incumplimiento, según se observa en causa Rol N° 2666-2014 que declara que::

*“La regulación de la sanción administrativa exige cumplir, junto con los mandatos de reserva legal y tipicidad, el requisito de proporcionalidad. **En virtud de la proporcionalidad, la regulación ha de establecer un conjunto diferenciado de obligaciones y de sanciones en directa relación con la entidad o cuantía del incumplimiento.** La gravedad relativa de la infracción es determinante de la sanción que debe imponer la autoridad de conformidad con la regulación aplicable”.* (Destacado es nuestro).

Postura que ha mantenido a propósito de sentencia Rol N° 2264 - 2012, en la que establece claramente que el principio constitucional de proporcionalidad se trata de una:

*“...garantía de que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, **además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida**”.* (Destacado es nuestro).

Al analizar las sentencias dictaminadas por este Excelentísimo Tribunal, queda claro que para que una sanción administrativa esté dotada de proporcionalidad y, por tanto, no sea vulneratoria de la Constitución, requiere que entregue criterios que permitan determinar la entidad del reproche, y, por ende, de la sanción, ex ante de la comisión de la conducta antijurídica.

En el caso concreto que nos ocupa, la sanción aplicada por el ente sancionador, debe ser proporcional al reproche determinado por la ley, en razón de la conducta antijurídica y culpable que se le imputa, erigiéndose como un control respecto de las sanciones aplicables por la administración. **El problema constitucional radica en que el texto de la norma impugnada por este requerimiento no contiene criterio alguno que permita materializar dicha proporcionalidad.**

Revisando el sistema sancionatorio conformado por los artículos 36 y 37 del D.L. 3.538, tanto respecto de las entidades de valores como financieras, en el primer caso, y de aquellos participantes en el mercado de valores no considerados en el artículo anterior, en el segundo; resulta interesante determinar que el cuestionamiento referido a la sanción aplicable al caso concreto, es similar al de la determinación de las multas, existente hasta la reforma a dicha regulación especial, antes de la ley 21.000, ya que, el vicio que se reconoció y eliminó por el Legislador fue sólo respecto de las sanciones pecuniarias, dejando a la deriva los otros tipos de sanciones, perpetuando así la indeterminación de su sistema sancionatorio. Así es como en este caso resulta plenamente aplicable lo determinado por SS.E. al resolver en Sentencia Rol 3236-16-INA, que:

*“SEXTO. El precepto legal impugnado que establece cuál es la sanción por la comisión de las infracciones a la Ley de Mercado de Valores **adolece de una falta de precisión tal, que quien ha de fijar el cuántum de la multa, sea un juez o un órgano administrativo, se verá enfrentado a muy diferentes opciones igualmente viables desde el punto de vista legal y que pueden dar lugar a multas de diferente cuantía**”.* (Destacado es nuestro).

Dicho planteamiento, viene a reforzar lo dictaminado por SS.E. en autos Rol 2922- 2015, al establecer:

“CUADRAGESIMONOVENO: Que efectivamente no existe ningún parámetro de "objetividad" para la aplicación del artículo 29 del DL 3.538. Si bien se alude en términos genéricos al principio de proporcionalidad, en los hechos su aplicación al caso concreto produce efectos contrarios a la Carta Fundamental y, específicamente, a dicho principio, concreción de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria (artículo 19, N° 2°) y el derecho a un justo y racional y debido proceso administrativo (artículo 19, N° 3°); desde que se hace una mera remisión, también general y no motivada, a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del D.L. 3.538, este último - como se ha explicado- relativo al evento de que exista una multiplicidad de hechos infraccionales, con un tope de UF 75.000 (5 veces la sanción de UF 15.000). Así las cosas, la aplicación del inciso primero del artículo 29 del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, al caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República, específicamente, al principio de proporcionalidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso, por qué un porcentaje específico y no otro. La disposición legal impugnada impone de esta manera una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del cuántum de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso administrativo.” (Destacado es nuestro).

Así es como las mismas consideraciones que llevaron a este Excmo. Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del texto del Art. 29 del mismo D.L. 3.538, son también procedentes y aplicables a este caso particular respecto al Art. 37 número 3 letra b), toda vez que también incurre en las indeterminaciones que vulneran el principio de proporcionalidad consagrado en nuestra Carta Fundamental y lo hace con aun mayor gravedad, por cuanto no trata de sanciones pecuniarias, sino a la inhabilitación para ejercer una actividad económica (*“Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave”*).

En efecto, en los autos objeto del presente recurso, no es un hecho de la causa el discutir el merecimiento o no de una sanción por parte del recurrente ni cuál debería ser ésta, ni tampoco de

los hechos que motivan la sanción, ya que aquellos puntos son objeto del recurso de ilegalidad en apelación actualmente pendiente de resolución por la Excm. Corte Suprema.

En cambio, lo que específicamente sí se somete a conocimiento y resolución de este Tribunal Constitucional, es que dadas las particulares características del caso expuestas en los acápites IV y V de este requerimiento, la aplicación del Art. 37 número 3 letra b) del D.L. 3.538, viola preceptos textuales de la Constitución de la República y principios que ésta consagra como garantías (desarrolladas en el acápite V de esta presentación) y que ello tiene como causa el texto de la ley referida y no se trata de problemas interpretativos privativos de otra sede jurisdiccional.

En síntesis, la indeterminación de la norma y no otra cosa es la que lleva a la vulneración del principio constitucional de la proporcionalidad que consagra la carta fundamental en su Art. 19.

h) LA NORMA IMPUGNADA VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL IGUALDAD ANTE LA LEY E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.

En el caso en concreto de este requerimiento, la norma impugnada permitió aplicar al requirente la sanción más drástica del catálogo existente en el artículo 37 del cuerpo legal en comento, esto es la Revocación de la inscripción en el registro de auditores externos, no sólo de la empresa auditora, sino que también del socio responsable -el que, por cierto, no aparecía inscrito en el registro, pero que al ser sancionado es privado de ejercer una labor que había desarrollado por más de cuarenta años-, despojándolo absolutamente del ejercicio de su profesión. Para ello, la autoridad correspondiente deberá ponderar proporcionalmente las circunstancias atenuantes y agravantes, según el valor que tengan. Pero la ausencia de criterios que permitan discernir al ente administrativo sancionador entre diversos reproches posibles ante una determinada conducta, lo arroja a una discrecionalidad forzada que es indefectiblemente inconstitucional por cuanto el texto de la Constitución repudia la arbitrariedad y así lo declara expresamente en los Art. 19 n°2 y 3 sobre la igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación arbitraria.

Para efectos del caso concreto que nos ocupa, la autoridad desestimó el apoyo en la investigación desplegado por el sancionado, así como su confesión inculpatória, los años de experiencia en el medio sin una sanción previa, la inexistencia de un daño efectivo en el mercado y, fundamentándose en la ponderación de un daño potencial abstracto, procedió a imponer la penalidad máxima permitida por la norma aplicable al caso. Ello no es un problema dado por

discrepancias en la ponderación ni por el criterio administrativo-judicial aplicado, sino que la causa es que la norma impugnada carece de los criterios necesarios para servir de premisa mayor a la fundamentación de la resolución que impone la sanción.

En la misma línea de ideas, la ya referida sentencia de este Excmo. Tribunal en causa Rol N° 480-06, estableció una clasificación respecto de las normas que operan en la actividad sancionadora del Estado, distinguiendo entre:

- a) normas que establecen las conductas de los administrados;
- b) normas que entregan potestades sancionatorias a la Administración;
- c) normas que establecen las sanciones que deben aplicarse a las conductas que infringen deberes (considerando tercero).

Tras referir dicha clasificación, este Tribunal Constitucional agregó en su considerando décimo noveno que: que:

“El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones”.

Por tanto, el estándar de certeza requerido en materia administrativa sancionadora, ha de cumplir con los principios y reglas constitucionales referidas al control sobre la facultad sancionatoria del Estado, entre los que están que la normativa aplicable se haya establecido con anterioridad a la perpetración del hecho considerado como antijurídico por la administración así como la pena que acarrea, evitando espacios de discrecionalidad administrativa en la aplicación de las normas sancionatorias, todo lo cual se encuentra garantizado a nivel constitucional en lo referido al derecho a un proceso racional y justo y que se vulnera manifiestamente en la aplicación de la norma impugnada en este requerimiento.

A este respecto, SS.E. ha razonado acerca de los requisitos constitucionales que debe observar una norma que establece sanciones, valorando específicamente la existencia de criterios claros que permitan dar cumplimiento a las garantías establecidas en la Constitución, así en causa Rol N° 480-06, señala:

“Trigésimo Sexto: El último reproche que hace la actora a estos preceptos, en su requerimiento, radica en que la norma establece un rango muy amplio de sanciones pudiendo llegar a cifras muy cuantiosas. Las sanciones que se establecen en los preceptos impugnados van desde una multa de diez mil unidades tributarias anuales o clausura tratándose de infracciones gravísimas; hasta cinco mil unidades tributarias anuales o revocación de autorización si se trata de infracciones graves y multa de hasta quinientas unidades tributarias anuales si se trata de infracciones leves. Como puede apreciarse, el rango de las sanciones es amplio, aunque regulado según se trate de infracciones gravísimas, graves o leves, las que el artículo 15 clasifica según la conducta de que se trate, en un caso, o según los efectos o resultados que produzca el incumplimiento, en la mayoría de los casos.”

En aquella sentencia, V.S. Excma., afirmó la constitucionalidad de la norma impugnada comprendiendo que, en aquel caso concreto, la aplicación de las sanciones se basaba en la determinación de criterios basados en la misma ley, evitando espacios de discrecionalidad al ente administrativo sancionador. Cosa muy distinta a lo que ocurre en el caso del presente requerimiento, en el que la norma del Art. 37 número 3 letra b) del D.L. 3.538 no establece escala de ponderación alguna que permita marginar la discrecionalidad de la autoridad en la aplicación de la sanción, sino que sólo refiere la sanción ante “*causa grave*”.

La antedicha indeterminación de la ley, además genera un espacio inaceptable de discrecionalidad administrativa, que, impacta gravemente a los participantes del mercado de valores que se encuentran bajo la potestad de la CMF, ya que resulta imposible prever el grado de reproche al que puede estar afecto una determinada conducta. vulnerando así el principio de certidumbre jurídica también de rango constitucional.

- i) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INTEGRADORES DEL DEBIDO PROCESO VULNERADOS POR LA NORMA IMPUGNADA EN EL CASO CONCRETO.

Entre los criterios empleados por este Excmo. Tribunal para dilucidar la constitucionalidad de normas, ha sido enfático en cuanto al cumplimiento del requisito de imprescindible tipificación cierta previa tanto de la conducta como de su sanción como mecanismo de control de poderes del Estado y por cuanto se orienta a evitar la discrecionalidad en la aplicación de la sanción normativa. Al respecto, este Excmo. Tribunal Constitucional en sentencia causa Rol N°2648-14, considerando 13° ha sostenido que:

“El principio de la predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrido en las consideraciones precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador – so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora - prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. Esta, por lo demás, ha sido la impronta seguida en general en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en el ámbito de la regulación económica comprobándose que, para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los órganos dotados de iuspuniendi deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderación de la sanción. El esquema habitualmente utilizado se orienta a restringir la discrecionalidad del ente sancionador, a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la ponderación de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones”⁶ (Destacado es nuestro).

En relación al caso particular que fundamenta este requerimiento, si bien es cierto que las potenciales conductas sancionables están contempladas en la normativa, y que el artículo 37 del D.L. 3.538, enumera las sanciones aplicables, no existe una correlación entre ellas que permita eliminar la discrecionalidad administrativa en su aplicación por cuanto no determina las conductas a que deben

aplicarse las sanciones, incurriendo así en lo que denuncia la doctrina en palabras de Cordero Quizacara:

“A pesar de todos los resguardos adoptados y del cuidado que ha tenido el Tribunal Constitucional para abrir las puertas de la reserva legal, la realidad nos muestra una situación lamentable, pues buena parte de los deberes que se imponen a los particulares se encuentran en normas administrativas (reglamentos, circulares, instrucciones, oficios, etc.) con una mínima vinculación a la ley, las que muchas veces utiliza fórmulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que dejan un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa”⁷.

Si bien no se pretende que la determinación de las conductas y las penas aplicables sea tan estricta que no permita un espacio de flexibilidad razonable para la ponderación de las características propias del caso concreto, lo anterior no obsta a que se requiere el establecimiento de parámetros que eviten arbitrariedades. Así lo ha afirmado contundentemente este Excmo. Tribunal en sentencia causa Rol N° 3542-17:

*“QUINTO. IMPRECISIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO. SÍNTESIS. Que, como se desarrollará a lo largo del fallo, este Tribunal constata un grado insuficiente de determinación o especificidad legal de la norma que establece la sanción, tanto en la estructura de la misma, dado la vaguedad del objeto sobre el cual se calcula el porcentaje ("valor de la operación irregular"), como en cuanto a la forma en que debe aplicarse, por la ausencia de criterios de graduación. **A mayor abundamiento, la imprecisión del sistema sancionatorio se ve potenciada por la ausencia de una normativa reglamentaria que permita atenuar la falta de densidad normativa suficiente respecto de la tipificación de la norma sancionatoria impugnada.***

Como se ha desarrollado en este requerimiento, en este caso particular, tampoco existe dicha densidad normativa que permita dar cumplimiento a las garantías constitucionales referidas al debido proceso y ya desarrolladas en esta presentación.

⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Sanciones administrativas y mercados regulados. *Revista de derecho (Valdivia)*, 2013, vol. 26, no 1, p. 119-144. Página 133 - 134.

Además, continúa S.S.E. en el mismo considerando, señalando que:

“Asimismo, el tipo de operación que se ha objetado y sancionado por la autoridad administrativa es inédita, por lo que no es una que haya sido objeto de mayor precisión por medio de un desarrollo interpretativo de carácter jurisprudencial. Igualmente, la historia de la ley tampoco agrega valor sobre el particular. Lo mismo ocurre cuando se contrasta el sistema legal impugnado con la normativa comparada relevante, la que presenta niveles de precisión superiores.” (Destacado es nuestro).

En analogía al caso de este requerimiento, precisamente concurren circunstancias particulares similares a las consideradas por este Tribunal Constitucional en la jurisprudencia citada. En efecto, el caso de este requerimiento es inaudito, pues es la primera vez que la Comisión para el Mercado Financiero aplica la sanción de Revocación en el registro de Auditoría tanto a la empresa auditora como al socio responsable y lo hace a partir de una normativa recientemente puesta en vigencia: la Ley 21.000 que modifica el D.L 3.538 y precisamente crea a la CMF. Es decir, estamos frente a una total falta de criterios normativos y jurisprudenciales que permitan salvar la inconstitucionalidad de la sanción aplicada por el Art. 37 n° 3 letra b) de la norma señalada y cuya impugnación se pide a US. Excma. por las razones expuestas.

POR TANTO,

RUEGO A V.S. EXCMA. tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 37 número 3 letra b) del Decreto Ley N° 3.538 del año 1980 actualizado por la Ley N° 21.000, en tanto su aplicación contraría los artículos 7, 19 N° 2 y 19 N° 3 incisos 6°, 8° y 9°, todos de la Constitución Política de la República, respecto de la gestión pendiente de la forma descrita, en relación a la apelación que actualmente conoce la Excma. Corte Suprema en causa Rol 339-2021, admitirlo a tramitación, y en definitiva declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto.

PRIMER OTROSÍ: **RUEGO A V.S. EXCMA.** se sirva a decretar, a través de la sala que corresponda al Excmo. Tribunal Constitucional, la suspensión del procedimiento en que incide la presente acción de inaplicabilidad, esto es, el recurso de ilegalidad, seguido ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en autos caratulados "Molina con Comisión para el mercado financiero",

Además, continúa S.S.E. en el mismo considerando, señalando que:

“Asimismo, el tipo de operación que se ha objetado y sancionado por la autoridad administrativa es inédita, por lo que no es una que haya sido objeto de mayor precisión por medio de un desarrollo interpretativo de carácter jurisprudencial. Igualmente, la historia de la ley tampoco agrega valor sobre el particular. Lo mismo ocurre cuando se contrasta el sistema legal impugnado con la normativa comparada relevante, la que presenta niveles de precisión superiores.” (Destacado es nuestro).

En analogía al caso de este requerimiento, precisamente concurren circunstancias particulares similares a las consideradas por este Tribunal Constitucional en la jurisprudencia citada. En efecto, el caso de este requerimiento es inaudito, pues es la primera vez que la Comisión para el Mercado Financiero aplica la sanción de Revocación en el registro de Auditoría tanto a la empresa auditora como al socio responsable y lo hace a partir de una normativa recientemente puesta en vigencia: la Ley 21.000 que modifica el D.L. 3.538 y precisamente crea a la CMF. Es decir, estamos frente a una total falta de criterios normativos y jurisprudenciales que permitan salvar la inconstitucionalidad de la sanción aplicada por el Art. 37 n° 3 letra b) de la norma señalada y cuya impugnación se pide a US. Excma. por las razones expuestas.

POR TANTO,

RUEGO A VS. EXCMA. tener por interpuesto el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 37 número 3 literal b) del Decreto Ley N° 3.538 del año 1980 y sus modificaciones, en tanto su aplicación contraría los artículos 7, 19 N° 2 y 19 N° 3 incisos 6°, 8° y 9°, todos de la Constitución Política de la República, respecto de la gestión pendiente de la forma descrita, en relación a la apelación que actualmente conoce la Excma. Corte Suprema en causa Rol 339-2021, admitirlo a tramitación, y en definitiva declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto.

PRIMER OTROSÍ: RUEGO A VS. EXCMA. se sirva a decretar, a través de la sala que corresponda al Excmo. Tribunal Constitucional, la suspensión del procedimiento en que incide la presente acción de inaplicabilidad, esto es, el recurso de ilegalidad, seguido ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en autos caratulados "Molina con Comisión para el mercado financiero",

Rol N° 339- 2021, oficiándose al efecto, ello de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero N° 6 e inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, cumpliéndose los presupuestos de la cautela, dado que sin la suspensión solicitada del procedimiento seguido ante la Excelentísima Corte Suprema, aquel conocerá y resolverá la reclamación deducida, haciéndose ilusoria la tutela constitucional de las garantías hechas valer en el presente acto.

SEGUNDO OTROSÍ: RUEGO A VS. EXCMO. Tener por acompañados los siguientes documentos.

1. Copia de la Resolución Exenta N°1287 de la CMF de fecha 06 de febrero de 2020;
2. Copia de la Resolución Exenta N° 2100 de la CMF de fecha 05 de marzo de 2020;
3. Copia de piezas del expediente autos caratulados "Molina con Comisión para el Mercado Financiero", Rol C N° 141-2020, sustanciado ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago;
4. Certificado emitido por la Excma. Corte Suprema que acredita la existencia de una gestión pendiente ante dicho tribunal, para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 79 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional;
5. Escritura Pública de Mandato Judicial de la sociedad Raimundo Lopez Auditores Consultores Asociados SpA., otorgado con fecha 24 de febrero del 2020, ante doña María Patricia Donoso Gomien, Notario Público Titular de la Vigésima Séptima Notaría de Santiago; y
6. Escritura Pública de Mandato Judicial de don Raimundo Nibaldo López López, otorgado con fecha 24 de febrero del 2020, ante doña María Patricia Donoso Gomien, Notario Público Titular de la Vigésima Séptima Notaría de Santiago.

TERCER OTROSÍ: RUEGO A VS. EXCMA. Tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión asumimos personalmente el patrocinio y poder en este requerimiento en defensa y representación de los requirentes.