

Informe en Derecho Sobre:
“Inaplicabilidad del inciso 1°
del artículo 29 del DL 3538,
en gestión Judicial radicada
en 18° Juzgado Civil de
Santiago.”

SALVADOR MOHOR ABUAUAD

INFORME EN DERECHO.*setecientos sesenta***Antecedentes y Objeto del informe**

- 1- Se nos consulta acerca de la constitucionalidad de la aplicación del artículo 29, inciso 1°, del D.L. 3538, de 1980, que crea y regula la organización y funcionamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS), en la gestión judicial pendiente, radicada en el 18° Juzgado Civil de Santiago.
- 2- En dicho Tribunal se tramita la causa caratulada "Ponce con Superintendencia de Valores y Seguros" (Rol C-21.494-2014), sobre reclamación de multa impuesta en procedimiento administrativo seguido por esa Superintendencia en contra de Don Julio Ponce Lerou. Dicha Multa fue cursada por la SVS mediante resolución exenta N° 223, de 2 de Septiembre de 2014, fundada en el artículo 29 ya señalado.
- 3- El juicio de reclamación radicado en el 18° Juzgado Civil de Santiago (Rol C-21.494-2014) se encuentra actualmente en grado de apelación y, por consiguiente, pendiente. En efecto, en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada por

recurso

ese tribunal con fecha 15 de abril de 2016, y que rechaza en todas sus partes la reclamación de la multa impuesta, confirmando la resolución de la SVS, se ha interpuesto por el afectado un recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 7250-2016).

- 4- En el juicio de apelación que se substancia, se ha dictado ya la resolución “autos en relación”, habiéndose incorporado dicho recurso en la tabla de la octava sala, en el lugar N° 14, para la vista correspondiente, que había sido fijada para el día jueves 6 de octubre de 2016.
- 5- El procedimiento al que legalmente debe someterse la tramitación del recurso de apelación ya señalado se encuentra actualmente en suspensión, por decisión del Tribunal Constitucional, adoptada con fecha 12 de octubre de 2016, como se explica en el párrafo siguiente.
- 6- El día 6 de octubre de 2016 se presentó ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional un recurso de inaplicabilidad con la finalidad de impedir, en el procedimiento de reclamación que se substancia en el 18° Juzgado Civil de Santiago, y que se encuentra en grado de apelación, la aplicación del artículo 29, inc. 1° del DL 3538, ya citado, precepto en el que precisamente se funda la imposición de la multa

retenciones rescata, don

reclamada. Su monto, se ha determinado, en efecto, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el artículo señalado, disposiciones que, según el requirente, de ser aplicadas, producirían efectos contrarios a la constitución, puesto que dicho monto es tan desmesurado que, entre otros, afectaría el principio constitucional de proporcionalidad.

- 7- Con la interposición del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad referido, y en el evento de ser acogido por el Excelentísimo Tribunal Constitucional, se pretende por el recurrente que la multa determinada de conformidad con el art. 29 citado se deje sin efecto y su monto sea fijado por el Tribunal de la instancia, de conformidad con otros preceptos del DL 3538 que constitucionalmente resulten aplicables, desde que el artículo 29 ya señalado, a juicio del recurrente, carece de parámetros normativos que permitan determinar ex-ante, de manera objetiva, razonable y proporcional, la multa correspondiente a la supuesta infracción y debe ser, en consecuencia, declarado inaplicable por infringir diversas normas y principios constitucionales.
- 8- En síntesis, el presente informe en Derecho tiene como finalidad determinar las bases jurídicas que justificarían la interposición y procedencia de un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional (T.C.), a efectos de impedir que la

setecientos setenta y tres

reclamación de multa interpuesta ante el 18 Juzgado Civil de Santiago se resuelva sobre la base de las disposiciones contenidas en el inciso primero del artículo 29, del DL 3538, cuya inaplicabilidad precisamente se solicita.

El desarrollo del presente informe consta de tres partes:

- 1.- Fundamentos de Hechos del conflicto materia del informe.
- 2.- Fundamentos de Derecho.
- 3.- Conclusiones.

1 | *retenciones sesenta y cuatro*

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. El caso concreto

La Superintendencia de Valores y Seguros, en el marco del llamado “caso Cascadas*”, instruyó a partir de 2013, un procedimiento administrativo destinado a sancionar a los responsables de lo que esa SVS calificó como ***“una secuencia de operaciones de compra y venta de acciones con patrones comunes y reiterados en el tiempo, y con el concurso de los mismos participantes, constatándose de esta manera la existencia de un esquema coordinado de operaciones, realizadas entre 2008 y 2011 que beneficiaron a un grupo de accionistas***

El Caso Cascadas muestra como una de sus manifestaciones más aparentes y características, la realización entre 2008 y 2011 de una serie de operaciones bursátiles de compra y venta por parte de diversas sociedades a las que se dio la denominación de cascadas en razón de la modalidad de control que ellas permitían ejercer a los principales accionistas sobre la empresa matriz (Sociedad Química Minera S.A.).

En efecto, la sociedad Norte Grande S.A. controlaba a Oro Blanco S.A. y, a través de Oro Blanco, a Pampa Calichera S.A. que, a su vez, poseía el 23 % de la Empresa S.Q.M. S.A. Por medio de la misma Sociedad Norte Grande S.A. se ejercía control sobre Nitratos de Chile S.A. y, mediante ésta, sobre Potasios de Chile S.A. que, a su vez, era propietaria del 7% de S.Q.M. En síntesis estas sociedades (cascadas) vendieron en remate a otras sociedades, clasificadas por la Superintendencia de Valores y Seguros como relacionadas, vinculadas o instrumentales, diversos paquetes de acciones a valores supuestamente inferiores al precio de mercado, para luego recomprarlos a precios muy superiores, pagando un sobrecosto de aproximadamente 300 millones de dólares. Debido a ello los accionistas minoritarios de las cascadas (AFP y Sociedades de Inversión), sintiéndose perjudicados, iniciaron acciones ante la Superintendencia de Valores y Seguros a fin de que se clarifiquen los estados financieros de las sociedades involucradas y se sancionan los eventuales irregularidades. Desde 2013, la Superintendencia de Valores y Seguros viene realizando diversas investigaciones, en el marco de las cuales fueron sancionadas con elevadas multas (en total ascienden a 164 millones de dólares) aquellos ejecutivos que según la Superintendencia de Valores y Seguros habían asumido un rol protagónico en la realización de las operaciones bursátiles cuestionadas, y que pertenecían a alguna de las sociedades clasificadas por esa Superintendencia de Valores y Seguros en la categoría de relacionadas, vinculadas o instrumentadas, entre ellas don Roberto Guzmán Lyon.

setecientos veintafive

en perjuicio de otros”, razón por la cual los ejecutivos responsables de tales operaciones habrían supuestamente infringido de modo consistente y reiterado la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Sociedades Anónimas. Según la SVS, tales prácticas no favorecerían los intereses de las sociedades cascadas, afectando el normal funcionamiento del mercado de valores, el cual opera sobre la base de la confianza del público y bajo el principio de transparencia y el correcto gobierno corporativo.

2. La sanción

La SVS, por Resolución Exenta N° 223, de 2 de Septiembre de 2014, impuso a los ejecutivos investigados multas exorbitantes y, según ella misma reconoció, las más altas en la historia de su función contralora, en razón de haber participado **en transacciones bursátiles presuntamente ilícitas** y contrarias a los artículos 52 y 53 de la Ley del Mercado de valores. En la especie, la multa aplicada a don Julio Cesar Ponce Lerou asciende a la cantidad de UF 1.700.000, es decir, aproximadamente \$44.540.000.000.

3. Disposiciones legales de mercado de valores invocadas por la SVS

Los artículos de la Ley de Mercado de Valores (Ley N° 18.045, de 22 de Octubre de 1981), supuestamente infringidos a través de las transacciones bursátiles

setecientos sesenta y seis

cuestionadas, se reproducen a continuación en su parte pertinente:

Art. 52. *“Es contrario a la presente ley efectuar transacciones en valores con el objeto de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios”.*

Art. 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.”

4. Disposiciones Legales sobre Sociedades Anónimas invocadas por la SVS

4.1 Artículo 42 N° 1. “Los directores no podrán proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social”.

4.2 Artículo 42 N° 7. “Los directores, no podrán, en general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o el interés social o usar de su cargo para

obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social...”.

4.3 Título XV: De las operaciones con partes relacionados en las Sociedades Anónimas Abiertas y sus filiales. Artículo 146 a 149.

5. Reclamación judicial

Frente a la sanción de multa impuesta por la SVS, don Julio Ponce Lerou, interpuso recurso de reclamación ante el 18º Juzgado Civil de Santiago, causa Rol C. 21.494-2014, caratulada “Ponce con Superintendencia de Valores y Seguros”, cuestionando, por una parte, la procedencia de las infracciones atribuidas por la SVS y haciendo presente, por otra, la arbitrariedad e ilegalidad de la multa aplicada.

6. Artículo 29 del DL 3538 y su relación con el artículo 28 del mismo D.L.

Debe advertirse que para el ejercicio de su potestad sancionatoria la SVS esgrimió como fundamento el art. 29 del DL Nº 3538, de 1980, que regula la organización y funcionamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, prescindiendo del art. 28 del mismo Decreto-Ley que, en el contexto del asunto planteado, se observa como el indicado. Ello, porque solo en virtud de la primera norma se pudo llegar al monto de la multa cursada, cosa que no pudo ocurrir si se hubiera aplicado el artículo 28 de dicho cuerpo legal.”. Ambos artículos

setecientos setenta y ocho

regulan el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SVS, pero determinando en cada caso, de manera no suficientemente clara, su correspondiente ámbito de aplicación. De no ser así, carecería de justificación la existencia de dos preceptos distintos.

En efecto, por lo que respecta al artículo 28, éste señala en lo pertinente que la SVS está facultada ***“para sancionar con multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 15.000 unidades de fomento. En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado”***.

El artículo 29, por su parte, dispone: ***“No obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la SVS, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular”***.

“Para los efectos de los artículos precitados se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a 12 meses.”

La cuestión planteada al inicio de éste párrafo cobra importancia práctica, puesto que de ser declarada la inaplicabilidad del artículo 29, forzosamente la determinación del monto de la multa debería hacerse de conformidad con el artículo 28, por el tribunal de la

setecientos sesenta y nueve

instancia, siempre y cuando se cumplieran los requisitos para imponer una eventual multa.

7. Recurso de Inaplicabilidad

Tomando como base la gestión judicial generada a partir de la interposición del recurso de reclamación ante el 18º Juzgado Civil de Santiago, actualmente en grado de apelación, **el recurrente ha interpuesto un recurso de inaplicabilidad directamente ante el Tribunal Constitucional con el propósito de que se declare inconstitucional la aplicación del art. 29 del DL 3538 en la causa Rol C-21305-2014, actualmente objeto de recurso de apelación rol 7250-2016, para evitar así que el tribunal correspondiente resuelva la reclamación interpuesta sobre la base de lo dispuesto en el mencionado artículo, artículo cuya aplicación permitiría imponer una multa cualitativa y cuantitativamente improcedente. (T.C. Rol 2922-2015).**

8. El conflicto constitucional

El recurrente hace presente, en síntesis, que el aludido artículo 29 del DL 3538, de 1980, no define criterios, parámetros o principios que permitan aplicar una sanción razonable al caso concreto en cuestión, pues no precisa una base de cálculo real y cierta para la determinación del límite superior de dicha sanción, haciendo imposible con ello el conocimiento ex-antes de la misma, con la consiguiente infracción a los principios

000770
retacientos retento

constitucionales de legalidad y de proporcionalidad. De esta forma, se trataría de una ley sancionatoria abierta, que no define claramente los parámetros a considerar por la autoridad administrativa al momento de aplicar la sanción de multa, incumpliendo el legislador su deber de señalar con precisión la sanción aplicable al hecho infraccional. Adicionalmente, se vulnera el principio de proporcionalidad, al no establecer clasificación alguna de las infracciones, ni establecer criterios legales vinculantes para la Administración al momento de determinar la cuantía de la multa, de modo tal que se asegure una relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada.

Por su lado, la parte recurrida, a través del Consejo de Defensa del Estado, contrargumenta expresando que la disposición cuestionada, vale decir, el inciso 1° del art. 29, es solo complementaria de las sanciones descritas en los artículos 27 y 28 del DL 3538, los que sí contendrían los parámetros de cálculo de las multas. A su vez, en cuanto a la infracción de la proporcionalidad, ésta tampoco se materializaría a juicio del Consejo de Defensa, dado que precisamente se trataría de una norma de carácter meramente complementario de aquellas que precisan el modo de llegar a determinar la cuantía de la multa aplicable.

Como luego podrá apreciarse en el cuerpo del presente informe, el excelentísimo Tribunal Constitucional, conociendo de un caso similar, desechó las argumentaciones esgrimidas por la parte recurrida,

retenciones intento caso

resolviendo en definitiva la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 29, para dicho caso (sentencia de 29 de septiembre de 2016, Rol N° 2922-15-INA).

II

retenciones retentivas, don

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A continuación nos referiremos a las razones y consideraciones de Derecho que justificarían la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación del art. 29 en la causa rol C-21305-2014, radicada en el 18º Juzgado Civil de Santiago **actualmente objeto de recurso de apelación rol 7250-2016 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago**. La idea es poner de manifiesto no tanto la ilegalidad en que incurre la SVS al fundar la imposición de la multa en las disposiciones del art. 29 y no en las del artículo 28, sino principalmente la inconstitucionalidad a que conduce su aplicación en el caso concreto, considerando los vicios intrínsecos que lo afectan, es decir, vicios que más allá de justificar la inaplicación a un caso concreto, representan deficiencias de tal gravedad que incluso determinan la inconstitucionalidad del precepto legal en sí, en cuanto tales vicios claramente infringen los principios de legalidad y proporcionalidad de la sanción, principios cuya importancia ha sido reiteradamente reconocida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, según luego se apreciará.

1. **El artículo 29, inciso 1º tiene constitucionalmente el carácter de precepto legal decisivo para la resolución del asunto.**

Entre otros requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, el artículo 29 señalado tiene el carácter de precepto legal decisivo para la resolución de la

000775
retenciones retento / res

reclamación formulada, considerando que precisamente el 18º Juzgado Civil de Santiago, para pronunciarse sobre la reclamación interpuesta por el recurrente, tuvo presente lo dispuesto en el mencionado artículo 29, a fin de decidir sobre la procedencia de la multa y monto reclamado, artículo que asume así la categoría constitucional de **“precepto legal decisivo en la resolución del asunto planteado”** (art. 93 Nº 6 inciso 11º).

2. **Artículo 29 del DL 3538: su núcleo esencial.** Como ya se ha expresado en las consideraciones de hecho, el art. 29 dispone que la SVS al aplicar la multa podrá fijar su monto de acuerdo a los límites establecidos en los arts. 27 y 28 del DL 3538, o bien, **“hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular”**. Este es, pues, el núcleo esencial del inciso 1º del artículo 29, tantas veces citado.

3. **Juego normativo de disposiciones**
Sobre el particular cabe razonablemente preguntarse, **¿Cuándo la SVS puede fijar el monto de la multa de acuerdo a lo señalado en el art. 28 (prescindimos del art.27, por no ser relevante para nuestra argumentación) y cuándo, “hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29?**

En principio, para responder a esta pregunta, es menester atender a la naturaleza de la situación infraccional o tipo de infracción que se busca sancionar con la aplicación de la multa. El artículo 28, en efecto, contiene a nuestro juicio la regla general en materia de sanciones, pues dispone que las infracciones a las normas que buscan asegurar el normal funcionamiento del mercado de valores serán sancionadas a beneficio fiscal, ***“hasta por un monto global por entidad o persona equivalente a 15.000 unidades de fomento”***. Luego el mismo art. 28, para facilitar la aplicación de esta regla general, cuando ya no estamos frente a una sola infracción sino a una multiplicidad de infracciones, precisa que ***“en el caso de tratarse de infracciones reiteradas (es decir más de una), podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado”***, o sea, hasta UF 75.000”, por entidad o persona. El artículo 29 define en su inciso 2º lo que debe entenderse por reiteración de infracciones, estableciendo que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 28, ***“se entenderá que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a doce meses”***.

Este es, pues, reiteramos, el principio general en lo que respecta al régimen sancionatorio en materia de infracciones de las normas relativas al correcto funcionamiento del mercado de valores.

Las normas reseñadas, buscando satisfacer las exigencias propias de los principios de legalidad,

setecientos setenta cinco

proporcionalidad, tipicidad y oportunidad, han pretendido establecer, en aras de la seguridad jurídica, aunque no con la precisión que fuera deseable, la modalidad sancionatoria generalmente aplicable a las infracciones de las reglas que buscan asegurar el normal funcionamiento del mercado de valores.

Dicho esto debemos entrar a considerar lo dispuesto en el art. 29 del DL 3538. Este precepto señala en lo pertinente que ***“no obstante lo expresado en los artículos 27 y 28 al aplicar una multa, la Superintendencia de Valores y Seguros, a su elección, podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular”***.

A nuestro parecer este artículo 29 introduce un **elemento de juicio perturbador**, pues objetivamente complica sobremanera la interpretación jurídica del régimen sancionatorio aplicable a las infracciones de las normas del mercado de valores.

En efecto, después de haber determinado el art. 28 los límites legales que deben imperar en la fijación de la cuantía de las multas, el art. 29, sorprendentemente, le otorga a la SVS la **facultad discrecional de prescindir de tales límites legales y optar, a su libre elección, por la aplicación de una multa de hasta un 30% del valor de la emisión u operación irregular, dejando entregada a la**

voluntad de la SVS la determinación de su cuantía máxima.

4. **Ámbito de aplicación de los artículos 28 y 29. Limitada historia de los preceptos.**

Lo único que con claridad se puede desprender de las disposiciones del artículo 29 es su **ámbito de aplicación**, pues de la sola lectura del precepto se deduce que sólo sería aplicable a “una” y no a varias operaciones irregulares, ya que el 30% que se consigna en dicho artículo está referido en términos singulares a “*una omisión u operación irregular*”, seguramente porque solo así podría calcularse con relativa facilidad el monto máximo de la multa a aplicar, tarea que se complicaría en extremo si la base de cálculo estuviera conformada por una pluralidad de operaciones irregulares.

De la lectura de la disposición se desprende que el supuesto de aplicación del artículo 29 del DL 3538, necesariamente habrá de consistir en **una sola operación** y no en un conjunto de ellas, de forma tal que la SVS, bajo dicho supuesto puede -a su libre elección- optar por los parámetros del artículo 28 o decidir que se aplique una sanción de hasta un 30% de la operación irregular.

Por lo que respecta al artículo 28 la sanción en él establecido fue modificada por la Ley N° 19.705, de 2000, que reemplazó el monto primitivo de UF 1.000 por el de un máximo de UF 15.000. Su propósito, aunque existen pocos antecedentes respecto de su discusión, fue el de desincentivar las infracciones.

En la historia fidedigna de la discusión y aprobación de la disposición legal que motiva el presente informe, el entonces abogado de la Superintendencia de Valores y Seguros, señor Orlando Vásquez, explicó en lo pertinente que *“el proyecto propone aumentar las multas pecuniarias cursadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, de tal manera que ellas tiendan a desincentivar las conductas negativas, en beneficio de un actuar correcto en el mercado y no sean una simple evaluación del ente fiscalizador de cometer la infracción a un bajo costo versus el beneficio que ello les pueda reportar en perjuicio del mercado. En atención a lo anterior, se propone aumentar las multas desde el tope de 1.000 unidades de fomento al equivalente de 15.000 unidades de fomento, modificando al efecto los artículos 27 y 28, respectivamente”*.

Todo lo anterior nos permite concluir que el aludido artículo 29 del DL 3538 conlleva el riesgo de favorecer la evasión de las limitaciones cuantitativas del artículo 28, al permitir a la SVS optar por la discrecionalidad de la facultad que le otorga el art. 29, sino se cae en la cuenta de que su ámbito de aplicación se circunscribe a la ocurrencia de una sola operación irregular.

5. **Una precisión metodológica indispensable**

Antes de entrar a analizar la constitucionalidad de la aplicación del artículo 29, es preciso dejar en claro la pertinencia y justificación de la interposición del recurso

000778
retenciones retentiva, oho

de inaplicabilidad en el marco de la gestión judicial ya individualizada.

En efecto, no estamos frente a una mera cuestión de legalidad derivada de la contradicción entre dos preceptos legales (artículos 28 y 29 del DL 3538), susceptible de resolverse mediante la aplicación del que se considera indicado y la desestimación del que no corresponde.

Ello, porque existe el riesgo inminente, grave, cierto, efectivo y actual de que el La corte de Apelaciones de Santiago resuelva en definitiva la contienda planteada, tal como lo hizo el tribunal de primera instancia, de acuerdo a las directrices determinadas por el organismo técnico especializado, vale decir, la SVS, que, como se ha señalado, fundó erróneamente la determinación de la cuantía de la multa en las disposiciones del artículo 29. Tan cierto es lo que se advierte, que, como se ha señalado en los fundamentos de hecho, el 18° juzgado civil que conoció de la reclamación de multa interpuesta por don Julio Ponce Lerou, ha rechazado en primera instancia dicha reclamación con los mismos fundamentos esgrimidos por la SVS, dando especial relevancia al a la aplicación por ese organismo del artículo 29, como consta en su considerando 26º .

Existe ya, por consiguiente, un camino trazado por la SVS **y la única forma efectiva de enderezarlo y neutralizar así la influencia de la “jurisdicción” administrativa, es eliminando la posibilidad de que la justicia civil pueda resolver la reclamación interpuesta aplicando**

000279
Acciones tentativas, mere

igualmente el artículo 29 y eso solo podrá obtenerse mediante un recurso de inaplicabilidad que permita demostrar la inconstitucionalidad de esa aplicación, eliminándola como una posible opción o alternativa de solución.

Lo anterior es sin perjuicio de que estimamos que el precepto legal en cuestión presenta objetivamente vicios de inconstitucionalidad en su propia formulación normativa, lo que ciertamente parece justificar una ulterior acción de inconstitucionalidad con miras a su eventual derogación, en el supuesto, por cierto, de que su inaplicabilidad sea efectivamente declarada, como ya en efecto ha sucedido en la causa Rol 2922-15, según se explicita más adelante.

6. Inaplicación del artículo 29

Siendo así, el artículo 29 del DL 3538 cuya aplicación, como se verá más adelante, es absolutamente inconstitucional, resultaría, además, del todo improcedente para la determinación de la multa en el caso de la especie. El propio Superintendente, ha precisado en la resolución sancionatoria, *“la SVS ha llegado a la convicción de que los sancionados infringieron consistente y reiteradamente la Ley de Mercado de valores y la Ley de Sociedades Anónimas, a través de un esquema de operaciones que beneficiaron a un grupo de accionistas en desmedro de otros.”*

retenciones abiertas

En consecuencia, cabe concluir que, en la especie, se estaría frente a una **pluralidad de operaciones irregulares y no solamente ante “una operación irregular”**, que es el presupuesto jurídico básico y esencial de aplicación del artículo 29. El problema que se enfrenta es que a su improcedencia desde el punto de vista legal, se suma, lo que es más grave, la **inconstitucionalidad de su aplicación**, según podrá apreciarse de los párrafos que siguen.

7. Actuación de la SVS

A pesar de lo señalado, la SVS, prescindiendo de una aplicación razonable, y a despecho de la literalidad del art. 28, ha impuesto a don Julio Ponce Lerou, una multa calculada, sorprendentemente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 29, haciendo tabla rasa del presupuesto jurídico que condiciona necesariamente su aplicación que no es otro que la existencia de una sola y única operación irregular, omitiendo la aplicación del artículo 28, que es el que correspondía considerar, atendiendo a que, en la especie, concurre una pluralidad de operaciones supuestamente irregulares. **De esta manera se opta por la aplicación de una disposición que objetivamente produce efectos contrarios a la Constitución.**

8. Base de cálculo de la sanción

Como en este caso la base de cálculo de la multa está configurada legalmente por una pluralidad de

operaciones irregulares, lo lógico y procedente desde el punto de vista de una interpretación jurídica respetuosa de la literalidad de los preceptos reseñados, así como de los requerimientos de una hermenéutica sistemática y finalista, era la aplicación del artículo 28 del DL 3538, que expresamente **contempla como base de cálculo de la multa la concurrencia de una pluralidad de operaciones irregulares**, o, como expresamente refiere el artículo señalado, **“de infracciones reiteradas”**, vale decir, en términos del art. 29, inc. 2º, **de dos o más infracciones, entre las cuales no medie un período superior a 12 meses”**.

9. Contradicción en la aplicación del artículo 29

Si la propia SVS, en su resolución sancionatoria de 2 de Septiembre de 2014, hace expresa referencia a la concurrencia de una pluralidad de infracciones al expresar que **“esta Superintendencia de Valores y Seguros ha llegado a la convicción de que los sancionados infringieron consistente y reiteradamente la ley de Mercado de valores y la ley de Sociedades Anónimas”**, ¿qué consideraciones mínimamente razonables la llevan a prescindir de la aplicación del art. 28 precepto que de modo explícito contempla la situación de una multiplicidad de infracciones como base de cálculo de las multas, para recurrir, en cambio, a la aplicación de un artículo que sólo ha sido concebido para el sancionamiento de una sola y única operación irregular? Si tales razones efectivamente existen,

000782
reticente ochenta, dos

seguramente ellas discurren por el intrincado mundo de lo meta-jurídico, pero en ningún caso asentadas sobre sólidos basamentos jurídicos y no entraremos, por cierto, a considerarlas.

10. Inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 29 en el caso concreto

Si la aplicación del artículo 29 fuera una opción enteramente ajustada a los presupuestos fácticos del caso concreto, como precisamente ha resuelto la Superintendencia y como estimarse en sede judicial, según efectivamente ya se ha decidido en la primera instancia del juicio de reclamación, entonces cobra sentido preguntarse acerca de la constitucionalidad de un precepto legal (el art. 29) cuya delimitación conceptual, tanto cualitativa como cuantitativamente, no ofrece garantía alguna desde el punto vista de los límites del poder y el resguardo de la situación patrimonial del afectado.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la eventual aplicación del art 29 como fundamento definitivo de la sentencia de apelación de la de primera instancia del 18º Juzgado Civil de Santiago en la causa que nos ocupa, sería absolutamente inconstitucional, por las razones que se expresan a continuación.

revisados cheuto / res

10.1. **El artículo 29 es contrario al principio de legalidad como fundamento del Estado de Derecho.**

Antes que nada, conviene hacer una reflexión doctrinaria para poner claramente de manifiesto las ideas en que se sustenta el principio de legalidad.

En la línea de las democracias liberales, el respeto y promoción de la dignidad de la persona, su libertad y sus derechos, constituyen al mismo tiempo un fin para el Estado así como una limitación al ejercicio del poder.

Precisamente la corriente del constitucionalismo democrático que se perfila con fuerza a partir del siglo XVIII, alimentado por las ideas de Locke, Sieyès, Rousseau, Montesquieu, Diderot, D'Alambert, Voltaire, Kant, entre muchos otros filósofos y tratadistas, nace teóricamente con esa finalidad, transformando la conciencia moral y jurídica de las personas, y haciendo posible la sustitución de la Soberanía del Rey por la soberanía popular representada en los parlamentos.

Se instala así en el acervo jurídico de la época la idea de que sólo el legislador puede válidamente autorizar los impuestos y limitar el ejercicio de la libertad, quedando la

Administración constreñida a respetar la ley en cuanto expresión normativa general y abstracta de la soberanía popular.

Nace así el principio de legalidad cuya filosofía, por cierto, no se agota en el sometimiento mecánico a la ley, sino en la salvaguarda de la libertad y derechos de las personas.

Se busca esencialmente impedir que la Administración, históricamente radicada en el monarca, pueda desvirtuar el goce de las libertades, a través de su expresión normativa característica, los decretos, resoluciones y reglamentos, consolidándose la reserva a la ley de las materias vinculadas al ejercicio de los derechos.

Nuestra Constitución consagra claramente el principio de legalidad, fundamentalmente en sus artículos 6 y 7, en estrecha relación con el reconocimiento y protección de los derechos de las personas como se desprende principalmente de los artículos 1º, 4º, 5º, 9º, 19º, 20º, 21º, y 76º, todos los cuales imprimen su filosofía y contenido esencial al llamado Estado de Derecho, como presupuesto del sistema político Democrático. En efecto, el artículo 1º señalado, exalta la dignidad humana como límite del ejercicio del poder; el artículo 4º instituye la forma democrática de

gobierno; el artículo 5° proclama los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana como limitación al Ejercicio de la soberanía; el artículo 9° condena las conductas terroristas como contrarias por esencia a los derechos humanos; el 19° asegura a las personas los derechos fundamentales; el 20, instituye el recurso de protección para la salvaguarda de esos mismos derechos; el 21°, establece el recurso de amparo para la protección de la libertad personal y la seguridad individual; y el artículo 76°, en fin, instituye el principio de independencia judicial como presupuesto de imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

De todo lo expuesto cabe concluir que en un sistema democrático fundado en el principio del Estado de Derecho, el ejercicio del poder se legitima y valida por su estricta adecuación a los requerimientos constitucionales que buscan encauzarlo por la senda del respeto a la dignidad humana, la libertad y los derechos de las personas. El principio de legalidad, uno de los principios en que se sustenta el Estado de Derecho, se ordena precisamente a ese fin. En el párrafo 10.6 se especifican las razones precisas por las cuales el artículo 29, inc. 1°

relaciones abiertas, veis

infringe abiertamente el principio de legalidad.

10.2. El artículo 29 es contrario al principio de reserva legal en materia de derechos

En el marco de lo señalado, **la reserva legal en materia de derechos solo podría cumplir su objetivo garantista, en la medida en que la regulación o limitación del ejercicio de la libertad y los derechos, sea tan precisa que no deje espacios a la penetración invasiva del Administrador, ni haga por tanto razonablemente posible que sus decisiones puedan desvirtuar la filosofía y contenido esencial de la libertad. Una ley que no cumpliera esa finalidad traicionaría su razón histórica e inevitablemente devendría inconstitucional pues la reserva legal asegurada por la Constitución perdería todo su sentido.** Lo dicho es sin perjuicio de los elementos razonablemente discrecionales que, no de manera infrecuente, puedan contenerse en la potestad conferida por la ley a la autoridad administrativa. El artículo 29, inc. 1° del DL 3538 infringe el principio de reserva legal en materia de derechos, según se explicita más adelante en el cuerpo de este informe, puesto que la ausencia en sus disposiciones de parámetros que permitan

llegar a fijar de manera objetiva, precisa y razonable, el monto de la sanción aplicable a la conducta infraccional imputada, abre al Administrador (SVS) la facultad absoluta e ilimitadamente discrecional de determinarla, lo que ha hecho posible el desconocimiento de los derechos del imputado, en circunstancias que de conformidad con las disposiciones constitucionales de los incisos 8° y 9° del n°3, del artículo 19, las sanciones, de acuerdo al principio de reserva legal en materia penal, **deben quedar expresamente determinadas en la propia ley junto con el delito o infracción al que se aplican.**

Tan cierto es lo que se expresa que por mandato expreso de la Constitución **ni siquiera el propio legislador** al complementar, regular o limitar el ejercicio de los derechos podría afectar válidamente su esencia, ni impedir su libre ejercicio (art 19 N° 26 de la Constitución), lo cual evidencia que la preocupación del constituyente por la dignidad de las personas, su libertad y sus derechos, no solo es predicable respecto del Administrador sino, además, respecto del propio legislador y, por cierto, de cualquier órgano del Estado. Como lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), “si

revisados dentro de

bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean proporcionales” (Roles 1046, c. 22 y 1061, c. 17. Jurisprudencia citada en NAVARRO B. ENRIQUE y CARMONA S. CARLOS, “*Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*”, Cuaderno 59 del TC, 2015).

10.3. El artículo 29, inc. 1° del DL 3538 es contrario a los principios del Derecho Administrativo Sancionador

No es difícil advertir que las sanciones que se establecen para la represión de las infracciones a las normas del ordenamiento jurídico, **constituyen verdaderas limitaciones al ejercicio de los derechos** que resultan afectados mediante la aplicación de esas mismas sanciones. **De ahí es que constitucionalmente solo puedan establecerse por vía de ley y de la manera más restrictiva posible.** Por lo tanto, y

retenciones abiertas y cerradas

considerando que la libertad, prima facie, es el bien jurídico que en el marco de la Subsidiariedad informa y da sentido a las relaciones entre el Estado y las particulares, la sanción **debe ser siempre un recurso de último ratio.**

En el ámbito penal su aplicación es de la competencia de los tribunales de justicia, pero en el ámbito administrativo su aplicación corresponde al órgano administrativo determinado por la ley, al que se haya asignado competencia para conocer y sancionar infracciones de carácter administrativo.

En este último caso estamos ante el **Derecho Administrativo sancionador, vertiente del ius puniendi del Estado en el cual imperan con algunos matices los mismos principios que rigen en la otra vertiente del poder sancionador del Estado, el Derecho Penal, y cuya finalidad esencial es garantizar el imperio de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.**

Los matices diferenciadores, entre otros, discurren en la dirección marcadamente represiva de la lógica que caracteriza al Derecho Penal. La privación de la libertad, por ejemplo, y, en general las medidas que

retenciones preventivas

afectan la libertad personal y la seguridad individual no suelen ser aplicables al ámbito de las infracciones propias del Derecho Administrativo. Tampoco, y por la misma razón, las medidas cautelares propias de esa rama del Derecho, como la detención, la prisión preventiva o el arraigo. Pero los principios que encuentran su fundamento en la necesidad de preservar en la medida de lo razonable, la libertad y la seguridad jurídica, son enteramente aplicables tanto en la esfera del Derecho Penal como en la del Derecho Administrativo.

“El derecho penal presta principios y conceptos a otras ramas jurídicas, como el principio de legalidad y la consecuencia sancionadora -o pena- que con el nombre de sanción rige en el Derecho Administrativo” (Diccionario Jurídico Espasa, Madrid 1994).

El llamado Derecho Administrativo sancionador (que se ocupa de las sanciones administrativas y del infractor del buen orden de la Administración, o de la protección del orden y de la seguridad pública), sanciona al infractor con la privación de bienes o derechos, o con la imposición de multas. *“Pero la Administración no puede imponer sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad por ser*

reiterados momentos pero

contrario a los valores y principios constitucionales” (Ídem). Fuera de estas diferencias con el Derecho Penal, “los principios del Derecho Administrativo sancionatorio son sustancialmente iguales a los del Derecho Penal”. Así, las sanciones administrativas deben respetar los principios constitucionales de legalidad, en sus diversas vertientes: tipificación de la conducta, legalidad de la sanción, legalidad del procedimiento (debido proceso legal) y la presunción de inocencia.” (Ídem).

Así lo ha señalado de manera reiterada el TC (Roles 244, c. 9; 437, c. 17; 479, c. 6; 480, c. 5; 1233, c. 13; 1245, c. 13; 1518, c. 24; 1951, c. 20 y 2682, c. 7).

Estos principios, como se ha dicho, no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal sino **igualmente en el Derecho Administrativo sancionador.**

En ambos casos es **absolutamente indispensable desde el punto de vista jurídico que tanto el tipo infraccional como la sanción asignada, se encuentren clara y precisamente determinados en la ley, a objeto de evitar, hasta donde sea razonablemente posible, los márgenes de discrecionalidad del juzgador. De no ser así, sería el propio administrador quien acabaría**

reticentes morales, por

estableciendo mediante una decisión particular y en desmedro de los caracteres de generalidad, abstracción e impersonalidad de la norma legal, que buscan asegurar la igualdad jurídica en la aplicación de la misma, los límites sustanciales del tipo infraccional y, lo que es tanto o más riesgoso, la envergadura o cuantía de la sanción a aplicar, echando por la borda todos los principios que buscan garantizar la seguridad jurídica y, en último término, las bases del sistema jurídico continental.

Como ha fallado el TC, el principio de reserva legal del cual, los principios de tipicidad, proporcionalidad, congruencia e irretroactividad, no son sino manifestaciones específicas, conduce a que tanto la descripción de la conducta cuya materialización se vincula a una sanción, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior, con todos los beneficios que ello implica desde el punto de vista de la seguridad jurídica (Rol 479, c. 20).

Por lo mismo, el principio de legalidad se traduce tanto en un límite formal, al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, como en un límite

retenciones preventivas
material, al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona (Roles 1432, c. 26 y 1443, c. 23).

En todo caso, como lo ha puntualizado igualmente el TC, los principios de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero, del cual deriva.

La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad, como expresión más específica del principio de legalidad, requiere de 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 (Roles 244, c. 10 y 480, c. 5).

El desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad en la determinación del tipo infraccional y su sanción, resulta más grave aún si se considera que el juzgador mediante sus sentencias o resoluciones decide para cada caso en particular, por el efecto relativo de los fallos (artículo 3º del Código Civil), de modo que el contenido y las

ret ecientes Moreta, Castro

fronteras del tipo infraccional y la sanción aplicable podrían cambiar y ser distintos para cada caso, afectando con ello el principio constitucional de igualdad ante la ley.

En efecto, las luces del faro legal no tendrían la fuerza suficiente para alumbrar y guiar la acción del intérprete **de una manera razonablemente** uniforme, con todo lo cual se resentiría el principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 de la Constitución) y consecuentemente la seguridad jurídica.

Esta última, como principio general del derecho público, implica en lo esencial, dos grandes aspectos: **una estabilidad razonable de las situaciones jurídicas y un acceso efectivo a la protección del derecho** (TC, Rol 1144, c. 53). ¿Cómo podría, en efecto, asegurarse la estabilidad de una situación jurídica, o el acceso a una protección efectiva del derecho, si por la indeterminación suficiente del tipo infraccional y de la sanción correspondiente, se deja abierta la puerta a la entera discrecionalidad del juzgador administrativo?

10.4. Principio de corrección funcional

La deficiencia anotada precedentemente equivaldría a aceptar que el juzgador, sea en

Atacienta Novato / cinco

la esfera penal o administrativa, tenga el poder de auto-determinar su competencia en cada caso, con todo lo cual se infringiría abiertamente el principio según el cual ***“ninguna magistratura puede, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente le hayan sido conferidos por la constitución o las leyes”*** (art. 7º inc. 2º de la Constitución), a riesgo de que la infracción acarree la nulidad de sus actuaciones. No debe olvidarse que nuestro sistema constitucional **se estructura sobre la base de la corrección funcional**, lo que significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos públicos (TC, Rol 2258, c. 8). Cuando el juez administrativo (SVS), aprovechando los espacios que el legislador no ha cubierto suficientemente, debiendo haberlo hecho, queda en situación de entrar a configurar el tipo infraccional y determinar a su amaño la cuantía de la multa a aplicar, entonces el administrador (la SVS) invade el campo que la Constitución ha reservado al legislador (art. 19 N° 3, incisos 8° y 9°), violando con ello el principio de legalidad y, específicamente, el principio de corrección funcional. En efecto el inciso 8° del numeral 3°

Atascos noventa, rein

recién señalado, advierte que ningún delito (o tipo infraccional) se castigará con otra pena o sanción que la que señale una ley; y el inciso 9°, por su parte, dispone en términos perentorios, que la conducta que se sanciona debe estar **expresamente** descrita en la ley, puesto que de no ser así, **ni siquiera el propio legislador podría constitucionalmente establecer sanciones para castigar una conducta que no ha precisado suficientemente.**

Podría contrargumentarse en el sentido de que las disposiciones constitucionales citadas solo tendrían aplicación en la materia delictual pero no infraccional, puesto que se refieren expresamente a los delitos. Semejante interpretación, es absolutamente errónea, no sólo porque en las Actas de la C.E.N.C. se ha dejado expresa constancia de su aplicación extensiva a cualquier clase de sanciones sino, y fundamentalmente, porque toda sanción, sin excepción, en cuanto tal, conlleva en mayor o menor medida una restricción al ejercicio de los derechos y libertades y, en esa medida, sólo pueden establecerse por ley (art. 19 N° 26 y 64, inc. 2°, de la Constitución).

revisión pendiente

10.5. Aplicación contraria a la Carta Fundamental y gestión pendiente

A la luz de los principios y criterios expuestos, la solicitud de inconstitucionalidad de la aplicación del artículo 29 del DL 3538, artículo sobre la base del cual la Superintendencia ha sancionado a don Julio Ponce Lerou, y que, en sede civil podría eventualmente servir de fundamento definitivo a una decisión sancionatoria, se justifica plenamente, según se ahonda en los párrafos que siguen.

10.6. El artículo 29 del DL 3538 es contrario al principio de legalidad previsto en los artículos 6 y 7 de la Constitución.

En efecto, de conformidad con esos artículos los órganos del Estado **deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, de modo que sólo pueden actuar válidamente si lo hacen previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley.** Pues bien, estimamos que el art. 29 infringe tales preceptos constitucionales y específicamente el artículo 7º inc. 1º, en la medida en que **no se precisa de modo indubitable la competencia del ente “sancionador”, en este caso, de la SVS, permitiéndosele actuar con entera**

retenciones noventa y ocho

discrecionalidad, en desmedro de la seguridad jurídica, en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar, con el riesgo cierto, inminente grave y actual de influir o determinar la decisión que en definitiva se adopte en sede civil, como que ya en primera instancia se ha rechazado la reclamación interpuesta.

Así las cosas, a su libre elección, la SVS, sin ninguna justificación objetiva legalmente prevista, pudo desembarazarse de las limitaciones del art. 28 para optar por la modalidad sancionatoria prevista en el art. 29, vale decir, fijar el monto de la multa hasta en un 30% del valor de la operación irregular, y abandonar así el límite cuantitativo de las UF 15.000 por entidad o persona que impone el artículo 28, o la aplicación de una multa de hasta cinco veces ese valor, que ese mismo artículo contempla para el caso de infracciones reiteradas.

¿Cuáles son los criterios que deben inspirar semejante opción?

El artículo 29 guarda absoluto silencio y en ello reside básicamente la multiplicidad de objeciones que es dable formular desde el punto de vista de su constitucionalidad.

La cuestión no es baladí, **desde que la opción por el 30% ha significado multiplicar en más**

000799
retenciones porcentuales

de un 700% la multa que procedería de conformidad con el artículo 28: UF 1.700.000, equivalente a \$44.540.000.000.

¿Puede decirse entonces que la ley haya cumplido con su rol fundamental, a la luz del principio de juridicidad, **de determinar con razonable precisión y claridad la competencia de la SVS, en aras de la seguridad jurídica, si la opción de recurrir al artículo 29, a efectos de determinar el monto de la multa, y prescindir consecuentemente del artículo 28, parece quedar entregada a la sola discrecionalidad del juzgador, al margen de toda fundamentación objetiva prevista en la ley?**

¿No parece evidente que en tal caso el cerco legal de la competencia administrativa se ha **diluido en desmedro de la libertad, con clara infracción de lo dispuesto en los artículos 6 inc. 1º y 7 incisos 1º y 2º de la Constitución, preceptos que buscan asegurar a través de sus disposiciones los sagrados espacios de autodeterminación de las personas? Aquí no se trata de escabullir la aplicación de la sanción bajo el supuesto de que efectivamente llegue a comprobarse la conducta infraccional. Se trata sólo de asegurar que la sanción que eventualmente**

se aplique al recurrente, sea la que en Derecho corresponda. ¿Es mucho pedir?.

Puede entonces concluirse que, en el hecho, el artículo 29 impugnado en sede constitucional no encauza, delimita u orienta de modo efectivo la actuación del Administrador, dando pábulo a eventuales abusos en la determinación de la sanción.

Siendo así se rompe el principio constitucional de legalidad administrativa que impone al administrador el deber de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y, específicamente a la ley, según se desprende de los artículos 6º, 7º y 24º inc. 2º, por ausencia en la especie de una ley que precise su competencia de manera razonable e indubitada. ¿No existe entonces el riesgo efectivo de que en sede judicial se vuelva a incurrir en el mismo error cometido en sede administrativa, bajo el influjo de una jurisprudencia supuestamente especializada?

10.7. Infracción a la reserva legal

Si la ley, entiéndase el art. 29 del DL 3538, no ha definido en absoluto los criterios para determinar o calcular la cuantía de la multa, limitándose a fijar su cuantía máxima; si ella no ha clasificado las sanciones atendiendo a la

gravedad de la infracción a reprender; si tampoco ha definido con precisión el tipo de infracción ni ha tipificado sus diversos niveles de gravedad y la cuantía de la multa correspondiente a cada uno de ellos, quedando esta materia entregada a la discrecionalidad del administrador, es decir, de la SVS, entonces **habrá forzosamente que concluir que las atribuciones del Administrador no han sido suficientemente precisadas en la ley, sino que es el propio administrador el que discrecionalmente auto-determina sus limitaciones y alcances, invadiendo así los ámbitos que la Constitución entrega privativamente al legislador. Porque la determinación de las competencias que a cada órgano corresponde; la configuración del tipo infraccional; la fijación de la sanción aplicable; la clasificación del tipo infraccional de acuerdo a sus diversos niveles de gravedad, con miras a asegurar la proporcionalidad de la sanción; la especificación de las sanciones que a cada uno de esos niveles corresponde; y la aplicación de la norma sancionatoria en el tiempo, son todas manifestaciones específicas del principio general de legalidad. Dicho de otro modo son todas materias de**

reserva legal (artículos 6°, 7°, y 19°, N° 19, N°, inc. 8° y 9° y 24 inc. 2° de la Constitución.

En consecuencia, no se ha respetado el precepto Constitucional del art. 7 inciso 2º de la Constitución, **según el cual, los órganos del Estado tienen la autoridad o derechos que expresamente les atribuye la Constitución y las leyes.**

La deficiencia anotada queda de manifiesto a la luz de las siguientes interrogantes: **¿Si se opta por las sanciones del art. 29, cuándo la SVS aplicará el 30% del valor de la operación irregular? ¿Cuándo el 20%, el 10%, o el 5%, si es evidente que el legislador no ha graduado el nivel de gravedad de las infracciones ni ha definido la sanción correspondiente a cada uno de esos niveles?**

Nada de esto resuelve el legislador, dejando al administrador la facultad discrecional de decidirlo **¿Podría decirse que en tales casos la ley opera como efectivo medio de control de la actuación administrativa? Ciertamente, no.**

10.8. Infracción específica al principio de tipicidad

De todo lo expuesto con anterioridad también debemos concluir que, al no clasificar el legislador en el artículo 29, los tipos de infracción de acuerdo a su nivel de gravedad,

a fin de poder establecer con una precisión razonable la cuantía de la multa a aplicar en cada caso, dejando entregada la solución del problema a la decisión discrecional del administrador, **se infringe abiertamente el principio de tipicidad y reserva legal** establecido con claridad en el art. 19 N° 3, incs. 8º y 9º, según los cuales ***“ningún delito se castigará con otra pena que la que señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*** y ***“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”***.

Si las infracciones no se han clasificado de acuerdo a su nivel de gravedad a fin de seleccionar la sanción a aplicar desde el punto de vista de su cuantía, entonces habrá de concluirse que la ley no ha determinado expresa y técnicamente ni la tipicidad ni la sanción correspondiente al tipo infraccional. Estamos frente a una de ley que abre al administrador amplios espacios para la arbitrariedad con evidente desmedro de la seguridad jurídica.

10.9. **Necesidad de una descripción esencial de la conducta y aplicación de artículo 29**

Profundizando lo señalado en el punto anterior, el artículo 29 infringe igualmente, a nuestro juicio, el inciso final del numerando 3º, del art. 19 de la Constitución. Expresa el artículo mencionado que ***“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”***.

Pues bien, si hemos de concluir que el legislador de la época no hizo en el artículo 29 la clasificación de los distintos tipos de infracción que quedan afectos a la sanción de multa, atendiendo a parámetros, tales como, la gravedad de la infracción, el daño causado, su incidencia en el normal funcionamiento del mercado, u otros semejantes, ni tampoco precisó la cuantía de las multas correspondientes a cada tipo de infracción, entonces no podría sostenerse razonablemente que las penas y las conductas punibles estén clara y expresamente determinadas en la ley, infringiendo el artículo 29, también por este concepto, la Constitución.

Estaríamos, pues, en la práctica, frente a una **verdadera ley penal en blanco** desde que será el Administrador (la SVS) quién al

resolver el conflicto suscitado, determine para cada caso, al margen de los condicionamientos legales, la gravedad del tipo infraccional y, más aún, la cuantía de la sanción aplicable.

Como lo ha sentenciado el TC, **el principio de tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que los sujetos imperados por ella tengan suficiente noticia acerca de la conducta que les resultará exigible (Rol 479, c. 25). En otras palabras, el núcleo esencial debe estar descrito en forma clara y patente (Rol 1973, c. 10).**

Como consecuencia de lo anterior y en aras de la protección de los derechos fundamentales, la legislación debe **detallar los criterios o parámetros para el ejercicio de potestades administrativas como, así mismo, cumplir con el principio de tipicidad, determinando con claridad las conductas sujetas a sanciones administrativas (Rol 799, c. 9).**

10.10. El artículo 29 del DL 3538, infringe peligrosamente el principio constitucional de irretroactividad de la ley sancionatoria, contemplada en el art. 19 N° 3, inc. 8° de la Constitución.

Según este precepto, *“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”*. Se trata de una limitación esencial de toda ley penal (TC, Rol 15, c.3).

Resulta claro que si ni el tipo de infracción a sancionar, determinado en función de su nivel de gravedad, daño causado, personas o entidades afectadas, u otros parámetros semejantes, ni la sanción aplicable a cada uno de esos niveles, como creemos haber demostrado, se encuentran precisados en el artículo 29, de tal manera que la fijación de sus límites y alcances han quedado entregados a la discrecionalidad del administrador, quien sería el que en definitiva determine por sí y ante sí, en cada caso, el nivel de gravedad de la infracción y la cuantía de la multa correspondiente (enfrentando como única restricción legal cierta el que la multa no exceda del 30% del valor de la

ochocientos siete

operación irregular), **las personas quedan en la imposibilidad material y jurídica de conocer de antemano si las operaciones irregulares que eventualmente lleven a cabo constituyen una infracción leve, grave o gravísima, y cuál será la multa que se les aplicará en el amplio rango de uno a treinta por ciento a que se refiere al art.29.**

Es claro entonces que con ello se infringe abiertamente el principio de irretroactividad de la ley sancionatoria, **puesto que esas personas solo llegarán a conocer el tipo y nivel de gravedad de las infracciones y sanciones cuando sean juzgados y sancionados por el Administrador**, quien pasa a sustituir al legislador en la determinación de las infracciones y de la correspondiente sanción. Las personas quedan, pues, en la imposibilidad de conocer de antemano y de modo razonable si las conductas perpetradas constituyen realmente una infracción, o acerca de cuál es su nivel de gravedad y la sanción que les corresponderá. La inseguridad jurídica es patente.

10.11. **La aplicación del artículo 29 implica infracción al principio de proporcionalidad**

Pero el art. 29 del DL 3538 no solo infringe grave y abiertamente los principios constitucionales ya señalados, sino, además, y fundamentalmente, **el principio de proporcionalidad de la sanción, principio que, en estricto sentido, deriva del principio de legalidad y se vincula estrechamente con el principio más general de igualdad ante la ley, como uno de sus aspectos más significativos, según tendremos oportunidad de apreciar.**

La magnitud de la sanción, su intensidad o extensión no pueden ser ilimitados **pues la sanción no es una venganza de la sociedad en contra del infractor**, sino el justo castigo infligido para provocar en él, por una parte, el dolor o sufrimiento con que la sociedad reprende un comportamiento que la ha lesionado y con el cual evidencia su molestia de acuerdo al nivel de gravedad de la infracción y, por otra, el justo disuasivo que sirva para prevenir, en alguna medida, futuras infracciones, dejando también razonables espacios para la rehabilitación.

Justamente el llamado principio de proporcionalidad **responde a la consecución de tales objetivos.**

El principio de proporcionalidad en materia de sanciones busca establecer una relación de equilibrio adecuada entre la sanción y la conducta infractora, atendiendo no solo a la gravedad de la misma, el nivel del daño causado, su incidencia en el normal funcionamiento del mercado, u otros parámetros similares, sino, además, a la necesidad y conveniencia de que la sanción cumpla con los fines que se le atribuyen y que se han reseñado. Y es responsabilidad del legislador el llegar a establecerla.

El TC ha recordado que dicho principio se vincula con el debido proceso y con la igualdad ante la ley (Rol 2365). En tal sentido, la relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viene a materializar aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (Rol 2658, c. 7) Dicha Magistratura Constitucional ha otorgado amplio reconocimiento al así llamado principio de proporcionalidad (aspecto positivo) o de interdicción de la arbitrariedad (aspecto negativo), el cual si bien no está enunciado gramaticalmente de manera explícita y de modo general, sí tiene

en cambio nítidos fundamentos textuales específicos en la Constitución, que permiten elucidarlo y enunciarlo por vía interpretativa, con validez general, como aquel en virtud del cual, sustantivamente, las diferencias de trato en el contenido de la ley **deben estar basadas en criterios objetivos, reproducibles y explícitos, conforme con los valores y principios superiores que la Constitución consagra**, y en función de los fines legítimos que la misma Constitución define, **de manera que los efectos que existan sobre los derechos de las personas, no se basen en motivaciones arbitrarias, inefables o disvaliosas, ni excedan la medida equitativa y razonable de intervención estatal en balance con su fin esencial.**(Roles N°s 280, 1153, 312, 467, 28, 53, 219, 811, 1217 y 1254, 2196 y 2365, y, especial y recientemente, el Rol 2922-15).

El mismo TC ha sentenciado recientemente que ***“el principio de 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. Ésta, 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 ius puniendi 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, en el caso concreto". (Rol 2648, c. 13).

Por lo mismo, toda vez que la norma legal impugnada en su aplicación no evidencia **criterios objetivos, reproducibles y**

verificables, en virtud de los cuales el juez competente esté habilitado para imponer una sanción pecuniaria de menor o mayor magnitud o cuantía (en este caso por infracción a la legislación de urbanismo y construcciones), se manifiesta así un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal, lo que alberga la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales, desde que no puede saberse con certeza sobre la base de qué motivaciones explícitas el juez las puede adoptar. (Rol 2648, c. 19).

El principio de proporcionalidad aplicado especialmente a la sanción de multa presupone una clara determinación de la naturaleza de la infracción y su clasificación en función de la gravitación social que produzca, lo que lógicamente debería servir como base de cálculo para la fijación de la sanción que habrá de corresponderse con los diversos niveles de gravedad asignados a la infracción.

Ahora bien, si los niveles de gravedad de la infracción no han sido determinados por el art. 29 del DL 3538: ¿cómo podrían ajustarse proporcionalmente a ellos, desde el punto de vista de su cuantía, las sanciones

000813
ochocientos trece

correspondientes?; ¿cómo saber si una determinada operación irregular debe sancionarse por el juzgador, en este caso la Superintendencia de Valores y Seguros, con una multa de 10%, 20% o 30% del valor de esa operación? ¿la gravedad de la infracción habrá de determinarla discrecionalmente el administrador a efectos de fijar el monto de la sanción aplicable?

Estas interrogantes ponen de manifiesto el riesgo de arbitrariedad y desproporcionalidad a que está expuesto el supuesto infractor por la aplicación del artículo 29.

En la especie, se ha aplicado a don Julio Ponce Lerou una multa que excede del 700% de aquella que correspondería por aplicación del art. 28 del DL 3538, sin que exista ningún parámetro legal objetivo que permita determinar con alguna certeza su justificación y procedencia.

La sanción como se ha dicho no constituye una venganza social destinada a destruir la situación patrimonial del supuesto infractor, puesto que, con ello también se terminaría afectando a la sociedad, al eliminar eventualmente una pluralidad de fuentes de trabajo y frenar el desarrollo corporativo y de la sociedad.

Chorrientos Castro

Es importante, por otra parte, advertir que la falta de proporcionalidad atenta en contra del principio de congruencia en cuanto impide que exista una adecuada correspondencia entre la infracción que supuestamente se ha cometido y su correspondiente sanción y, además, **contra el principio de igualdad ante la ley, pues doctrinariamente no solo cuando se hace víctima a las personas de un tratamiento que implique discriminación arbitraria se infringe ese principio, sino igualmente cuando no exista relación de proporcionalidad entre ese tratamiento y el fin que con él se persigue.**

Por ello, **debe concluirse que una multa como la que afecta a Julio Ponce, determinada al margen de todo parámetro referencial objetivo de carácter legal y solo de acuerdo al discrecional criterio del Administrador, atenta inexorablemente contra el principio de igualdad, pues no será el criterio general y abstracto del legislador sino la voluntad subjetiva de la SVS, lo que en cada caso determine la cuantía de la sanción que se aplique y, en la especie, la cuantía de la multa que se pretende aplicar al requirente. Se ha pretendido por algunos que el DL 3538 establece en los artículos que**

ochocientos quince

preceden al 29 los parámetros de acuerdo a los cuales la SVS quedaría en situación de llegar a determinar la cuantía de la multa que proporcionalmente corresponda al presupuesto infractor, tales, entre otros, como la gravedad de la infracción, o los daños causados por la conducta infraccional. Pero la verdad es que tales parámetros, por su generalidad e imprecisión, no tienen la virtud que se les atribuye. Porque, en efecto, ¿cuál sería el nivel de gravedad, o la cuantía de los daños causados, que permitirían a la SVS, llegar a graduar objetiva y razonablemente los niveles porcentuales de la multa a aplicar? Si la ley no ha definido la cuantía de la multa en atención al monto de los daños causados, ni ha precisado el concepto de gravedad del daño, ¿cuándo aplicar el 10%, el 20% o el 30% para llegar a, determinar la multa. Peor aún, ¿sobre qué base cuantificada o cuantificable, habrían de aplicarse tales porcentajes? ¿cuál sería, en otros términos, la llamada base de cálculo de la multa?

10.12. Aplicación del artículo 29 en términos contrarios a la Constitución Política

Independientemente de las deficiencias e insuficiencias de que intrínsecamente adolece

el artículo 29, **desde el punto de vista de su constitucionalidad**, y que lo tornan no sólo inaplicable al caso concreto, sino que, a nuestro juicio, justificarían una ulterior declaración de inconstitucionalidad con miras a su derogación, **su aplicación en la gestión judicial tramitada en el 18º Juzgado Civil de Santiago, actualmente en apelación, resulta enteramente improcedente, por la sencilla razón de que su ámbito regulatorio se ha concebido para el sancionamiento de una sola y única operación irregular y no para una pluralidad de transacciones bursátiles como sucede en la especie.**

Estas últimas están claramente sancionados en el artículo 28 del DL 3538, que expresamente previene: ***“En el caso de tratarse de infracciones reiteradas de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado”***, refiriéndose a la multa de UF 15.000 aplicable por persona o entidad que haya participado **en una infracción determinada.**

Confirma esta interpretación el hecho de que cuando la propia ley **ha querido que una pluralidad de operaciones irregulares se sancionen como una sólo operación**, es decir

ochocientos diecisiete

de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 29 del DL 3538, lo ha señalado expresamente, como sucede con el artículo 54 de la ley 18045 sobre Mercado de valores, según el cual ***“las operaciones que permitan obtener el control (de una sociedad anónima abierta) que no cumplan con las normas de este título (IX), podrán ser consideradas en su conjunto, como una sola operación irregular, para los efectos de lo dispuesto en el art. 29 del DL 3538, de 1990”.***

Lo expresado, por cierto, libera de mayores consideraciones y comentarios.

Por todo lo señalado debemos concluir que la aplicación del art. 29 del DL 3538 en la gestión judicial radicada en el 18º Juzgado Civil de Santiago, actualmente en apelación, es absolutamente improcedente, no solamente porque técnicamente su ámbito de aplicación es radicalmente diferente de aquel en que se pretende hacer valer, sino, principalmente por su abierta y sorprendente inconstitucionalidad.

Según se ha expresado **este artículo está referido exclusivamente a operaciones irregulares de carácter singular, pero no a una multiplicidad de transacciones bursátiles**

o, como señala expresamente la ley, "infracciones reiteradas", a menos que la ley explícitamente disponga lo contrario de acuerdo al ejemplo recién señalado que, por cierto, no es nuestro caso.

A pesar de todo lo señalado, el riesgo de que en sede judicial se resuelva tomando como fundamento el artículo 29 es a nuestro juicio, inminente, sobre todo teniendo en consideración que generalmente las decisiones emanadas de organismos técnicos administrativos especializados, como son las Superintendencias, terminan influyendo en mayor o menor medida en el espíritu de la justicia civil. De ahí la necesidad imperiosa de un recurso de inaplicabilidad que lo impida a la luz de los principios, valores y normas constitucionales ya referidos y sobre todo teniendo presente que el 18° Juzgado Civil de Santiago, que conoció de la reclamación interpuesta por Ponce Lerou en contra de la SVS, ha terminado por confirmar en primera instancia la resolución sancionatoria de la SVS lo que es actualmente objeto de la apelación pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago.

10.13. **Pluralidad de operaciones cuestionadas**

Sin perjuicio de lo anterior, como ya se ha señalado, la determinación de la multa aplicada a Julio Ponce Lerou no debió hacerse por la Superintendencia de Valores y Seguros ni por el 18° Juzgado civil en primera instancia, en aplicación del art. 29 del DL 3538, dado que en la especie se reprocha una pluralidad de operaciones bursátiles o infracciones supuestamente reiteradas, todo lo cual evidencia la necesidad de impedir su aplicación definitiva en el juicio civil por la vía del recurso de inaplicabilidad que ha sido interpuesto precisamente con ese objeto.

10.14. **Infracción al debido proceso en la aplicación del artículo 29**

Por último, es evidente que la lógica del artículo 29 en cuestión contraviene los requerimientos del debido proceso legal, garantizado claramente en las disposiciones de los incisos 5º y 6º del art. 19, Nº 3 de la Constitución.

Como ha tenido oportunidad de recodar el TC, entre los elementos mínimos de un justo y racional proceso, que también se aplican en materia administrativa, pueden citarse *“el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia,*

aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador” (Rol 481, c. 7).

De esta forma, entre las garantías mínimas, se encuentran entre otras, el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de pruebas, así como el derecho a impugnar lo resuelto a través de un tribunal (Rol 1557, c. 25).

En efecto, si en definitiva la determinación de la cuantía de la multa corresponde discrecionalmente a la S.V.S. al margen de parámetros que objetivamente permitan adecuarla a la gravedad de la infracción, **el afectado en la práctica es colocado en una situación de indefensión**, pues nada podría hacer en el procedimiento administrativo para controvertir una decisión que el Administrador ha podido adoptar discrecionalmente en el ejercicio de una facultad que supuestamente le otorga la ley (el art. 29 del DL 3538 de 1980). Sorprendentemente, pues, el art. 29 le permitiría a la SVS desprenderse a su arbitrio de las limitaciones cuantitativas del artículo 28 del mismo decreto-ley, para luego proceder a sancionar discrecionalmente con la tasa porcentual que soberanamente

determine en el rango de 1 a 30% de los valores comprometidos, según su parecer.

Esta situación de indefensión en la que queda el particular afectado y que se proyecta el juicio civil, puesto que la ley (en la especie el DL 3538) es vinculante tanto para la autoridad administrativa (SVS) como para el Juzgado civil que conoció de la reclamación de multa y la Corte de Apelaciones que conoce del recurso de apelación deducido contra la sentencia de primera instancia , **viene a ser equivalente en la práctica a la situación de quien al cual se le presume de derecho su responsabilidad infraccional (19 N° 3, inc. 7 de la Constitución), ya que no estaría en situación de controvertir una decisión que supuestamente el juzgador ha podido adoptar de conformidad a la ley en forma discrecional, al margen de criterios objetivos susceptibles de discutir y revertir.**

En esta situación **la exigencia del proceso previo** previsto en el inciso 6º del numeral 3º del art. 19 de la Constitución, pierde todo su sentido, **desde que su razón de ser responde precisamente a la necesidad de asegurar al imputado la posibilidad de una defensa cierta y razonable,** cosa que en la especie,

por cierto, no sucede de acuerdo a lo ya señalado.

10.15. **Jurisprudencia reciente del TC en relación con el artículo 29 del DL 3538.**

Con satisfacción y agrado hemos podido comprobar que las ideas vertidas en este informe, han sido recogidas prácticamente en su totalidad en una señera sentencia del TC, pronunciada con fecha 29 de septiembre de 2016. Nos referimos a la sentencia Rol 2922-15-INA que acoge el requerimiento de inaplicabilidad presentado por el abogado Gabriel Zaliasnik en representación de Roberto Guzmán Lyon y mediante el cual se solicita declaración inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 1° del artículo 29 del DL 3538, de 1988. La inaplicabilidad declarada por el TC ha impedido que el 16 Juzgado Civil de Santiago pueda aplicar el artículo 29 señalado, a efecto de determinar el monto de la multa impuesta a Roberto Guzmán por la S.V.S., multa que había sido objeto de un recurso de reclamación interpuesto precisamente ante ese Tribunal. Como podrá apreciarse la similitud de los casos Guzmán y Ponce Lerou es evidente. Las razones que llevaron al TC a declarar la inaplicabilidad del artículo 29, inc. 1° del DL

3538 para de esta manera evitar que el monto de la multa aplicada fuera calculado de conformidad a lo dispuesto en ese precepto, principalmente en torno a la infracción del principio de proporcionalidad y sus consecuencias, son las siguientes.

1. Reconocimiento constitucional implícito del principio de proporcionalidad.

Expresa el fallo en los considerandos 19° y 20° que la Constitución no recoge, explícitamente, el principio de proporcionalidad, pero el intérprete constitucional ha estimado que él se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19 N° 2, en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos prevista en el artículo 19 N° 26, en el debido proceso (19 N° 3, incisos 5° y 6°) y en la igual repartición de los tributos (19 N° 20) (Arnold, Rainer y otros, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, 2012).

2. **El principio de proporcionalidad es predicable tanto respecto de la ley como de su ejecución.**

En el considerando 21, se señala que el principio de proporcionalidad es primariamente materia de ley para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así sucede cuando el legislador, considerando la relevancia del bien jurídico protegido, 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, la condición de reincidente, etc. (Rol N° 2658-2014).

3. **Los estándares del principio de proporcionalidad.**

En el considerando 22, el TC agrega que el principio de proporcionalidad, conocido también como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición del exceso, es uno de los estándares normativos empleados por el T.C, para determinar la

validez de una interferencia en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental.

En su virtud se examina **la idoneidad** de la medida con miras a la consecución del fin que persigue; **la necesidad** de su aplicación **y la proporcionalidad estricta** de la medida que interfiere con el derecho desde el punto de vista de su cuantía o magnitud. (Diccionario Constitucional chileno, García Pino y Contreras Vásquez). (Considerando 22).

Desarrollando la idea, el TC precisa que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado, vale decir, sea idónea para la consecución del fin que se pretende (**juicio de idoneidad**). Agrega que dicho principio exige, además, que la medida limitativa sea lo menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego frente a la posibilidad de aplicación de otras medidas existentes (**juicio de necesidad**); y que, por último, conlleve un mandato de ponderación de los intereses en juego, cuando existen principios en pugna (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**).

4. **Los requerimientos de la proporcionalidad en la concepción de Robert Alexy.**

En el considerando 23 y siguiendo a Robert Alexy, el TC señala que la proporcionalidad requieren que se considere el peso de cada uno de los derechos que podrían entrar en colisión por causa de medida legal que interfiere con su ejercicio, en cada caso concreto.

5. **Las dimensiones del principio de proporcionalidad.**

Expresa la sentencia del T.C. que *“la primera dimensión en que resulta plenamente aplicable la observancia del principio de proporcionalidad, es precisamente la legislativa, proporcionalidad que debe traducirse en que las sanciones que se establezcan en la ley, en términos abstractos o genéricos, deben ser proporcionales, razonables y adecuadas al ilícito que se pretende castigar y, por cierto, al riesgo o daño que la conducta puede generar al bien común o interés jurídico que se estima digno de tutela, cuestión que en la actualidad resulta plenamente controlable por nuestro Tribunal Constitucional”*. (Considerando 24)

Ochocientos Veintisiete

6. **La proporcionalidad presupone la gradualidad de la sanción en función de determinados parámetros.**

En otra parte observa el TC que la correspondencia armónica que el principio de proporcionalidad exige entre la infracción y la sanción, busca *“impedir que la ley autorice y que la autoridad que la ejecute tome medidas innecesarias y excesivas e importa que en su aplicación y vigencia se respeten criterios de graduación de las sanciones”* basados en parámetros tales como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia u otros (Tamara Arancibia Madariaga, Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas, 2015. (Considerando 24).

7. **La Corte Suprema y el principio de proporcionalidad.**

En el considerando 25 el TC cita una sentencia de la Corte Suprema (Rol 11.488-2011) según la cual **“si una norma punitiva establece límites entre un mínimo y un máximo de sanción, la impugnación que se formule no puede excluir- sin que medie disposición legal expresa- la**

regulación de su extensión, pues de lo contrario dicha graduación sólo quedaría al arbitrio de la autoridad administrativa”

8. **La proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Español.**

Refiriéndose a una sentencia del Tribunal Constitucional Español. (Rol 207-90, de 1990), el TC refiere que **entre el ilícito y la sanción debe existir una correspondencia que, en modo alguno, puede dejar márgenes a la discrecionalidad de la autoridad judicial o administrativa que impliquen entregarles totalmente a ella la adopción de la decisión.** Así, la norma que permite la imposición de multas desde 2.500.000 pesetas en adelante es contraria a la Constitución, por introducir elementos de indeterminación de la sanción administrativa imponible, incompatibles con el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución (equivalente al artículo 19 N° 3 inc. 8° de nuestra Constitución).(Considerando 26°).

9. **Necesidad de graduar y determinar en la ley la sanción a aplicar.**

En el considerando 27° el TC nos recuerda que el principio de predeterminación

normativa (o de legalidad) se integra también con la necesidad de una correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción respectiva, precisando que si bien esa correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad del juzgador (civil o administrativa) en función de las características del caso concreto, le está **vedado al legislador-so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en lo que respecta a la delimitación de la potestad sancionatoria-prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del monto de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia.** En consecuencia para el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, los órganos dotados de ius puniendi deben sujetarse a ciertos límites impuestos objetivamente por el legislador para efectos de ponderar la sanción, a fin de restringir la discrecionalidad del ente sancionador. (Considerando 27°).

10. **La clasificación de las infracciones. Los parámetros a considerar.**

Por lo señalado precedentemente, argumenta el TC, es que la ley 18.410 de 22 de mayo de 1985, **clasifica las infracciones** a efectos de su sancionamiento por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, **en gravísimas, graves y leves** (art. 15), y fija una escala de multas, en función del nivel de gravedad de la infracción (art. 16 A).

A efectos de la ponderación del monto de la multa y su asignación al nivel de gravedad de la infracción, de acuerdo a la graduación señalada, la ley citada establece como parámetros: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; el porcentaje de usuarios afectados; el beneficio económico obtenido con la infracción; la intencionalidad que mueve al infractor; grado de participación; conducta anterior, y capacidad económica del infractor.

En el mismo orden, se cita por el TC la ley N° 20417, de 26 de enero de 2010, **que clasifica también las infracciones ambientales y establece criterios de cuantificación de las sanciones** que faculta aplicar a la Superintendencia de Medio

Ambiente (artículo 36 y 40). (Considerando 28°).

000881
ochocientos treinta y uno

11. La motivación de la sanción.

En el considerando 29, el TC advierte que la proporcionalidad exige la **debida motivación de la decisión administrativa sancionatoria** adoptada por el órgano competente, debiendo éste especificar cuáles son los elementos que concurren a integrar la determinación final. De esta manera se facilita el control judicial de la decisión administrativa, a efectos de determinar si hizo o no buen uso de su libertad de apreciación

Precisa el TC que, por esta razón, debe motivarse no solo la decisión misma de sancionar, sino que también debe motivarse la justificación del quantum de la sanción (Fabián Harpa Artigas, “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionatoria de la Administración, su control a través del principio de razonabilidad”). (Considerando 29).

12. La discrecionalidad de la *ochocientos treinta, dos*

Administración no puede ser absoluta.

Agrega el TC, en el mismo considerando 29°, que si bien la discrecionalidad de la autoridad administrativa es aceptable en la decisión de ejercer o no ejercer la potestad sancionatoria en un caso concreto (principio de oportunidad), una vez iniciado el procedimiento, **la eventual existencia de un margen de apreciación para la determinación del monto de la sanción a aplicar, nunca puede suponer discrecionalidad en sentido estricto** (“Alejandro Huergo Lora, Las sanciones administrativas”). En otros términos, no puede haber discrecionalidad absoluta en el mandato de ponderación de la sanción.

Agrega el TC, citando al ex ministro Enrique Navarro que **dado el riesgo de que no se respete la regla de prudencia en la relación de armonía que debe existir entre la infracción y la sanción, es que resulta fundamental la necesidad de establecer las instancias judiciales que permitan revisar la cuantía de la sanción impuesta por el órgano sancionador administrativo** (“Principios que rigen en materia de Derecho Administrativo Sancionador reconocidos por la

ochocientos treinta y tres

jurisprudencia constitucional chilena”, en obra colectiva “Nullum Crimen, Nulla poena sine lege”. U. Finis Terrae, 2010).

13. La ausencia de parámetros objetivos y razonables en la ley conduce a la arbitrariedad de la Administración.

En el considerando 30° del fallo que se resume, el TC advierte que el criterio asumido en casos similares que ha debido resolver por ausencia en las leyes de elementos objetivos, reproducibles y verificables que limiten la potestad del juzgador en lo que respecta a la determinación del monto de la sanción a aplicar, se ha uniformado en el sentido de considerarlas inconstitucionales por infracción al principio de proporcionalidad (Rol 2648-2014; Rol 2743-2014; Rol 2744-2014; Rol 541-2006; Rol 2666-2014; Rol 1584-2009; Rol 951-2011; Rol 1518-2009).

En efecto, el TC ha concluido que en estos casos **se produce un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal, lo cual alberga la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales por**

Ochocientos treinta y cuatro

parte del juzgador (Rol 2648-2014).
(Considerando 30°).

Ha expresado igualmente que un precepto legal sancionatorio no cumple con los estándares de constitucionalidad reseñados por el propio TC de acuerdo el principio de proporcionalidad, **cuando no establece una gradualidad en su aplicación, entregando total libertad al juez (civil o administrativo) para fijar la cuantía de la sanción, lo cual vulnera el principio de proporcionalidad, al carecer de reglas suficientemente precisas para evitar la discrecionalidad excesiva en la aplicación e imposición de tal sanción** (Rol 2743-2014). (Considerando 30°).

14. Vínculo racional entre infracción y sanción.

En el considerando 32° el TC, siguiendo la línea interpretativa ya reseñada, ha expresado que el cumplimiento del mandato de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, exige la vigencia de normas que establezcan un vínculo racional, fundado, estable y predecible entre deberes de acción u omisión impuestos a sujetos de derecho y las consecuencias o efectos

ochocientos treinta y cinco

negativos derivados de su infracción (Rol 541-2006) (C.32°).

Precisa el TC que cuando la Constitución exige la regulación normativa mediante ley de materias que pueden afectar garantías y derechos fundamentales, pretende lograr cierta fijeza regulatoria en orden a asegurar que el sujeto obligado será capaz de prever en el futuro las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus deberes. De esta manera la regulación de la sanción se torna proporcional. A la inversa, **el régimen punitivo no es proporcional cuando no ofrece información jerarquizada o priorizada acerca de esas consecuencias.** (Considerando 32°).

Igualmente previene el TC que en estos casos, la potestad ilimitada para aplicar cualquiera de las sanciones previstas en la ley, vulnera la proporcionalidad cautelada por el número 3° del artículo 19 de la Constitución (Rol 2666-2014. (Considerando 32°).

15. **La proporcionalidad y la igualdad ante la ley.**

En el considerando siguiente (33°), el TC nos advierte que **la aplicación del principio**

ochocientos treinta y seis

de proporcionalidad debe asociarse al principio de igualdad ante la ley, puesto que la ausencia de parámetros objetivos que aseguren la proporcionalidad de la sanción conduce directamente a la transgresión de la igualdad ante ley, desde que no hay forma de asegurar que la sanción que corresponda a infracciones semejantes sea lógicamente la misma. (Rol N° 1584-2009). (Considerando 33°). Sobre el particular el profesor Enrique Navarro aludiendo a la jurisprudencia del TC (Roles 1518-2009, 1584-2009, y 2022-2011), expresa que el principio de proporcionalidad en materia de sanciones o penas, supone una relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, lo que viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), cuanto aquella garantía que encauza la protección en los derechos en un procedimiento justo y racional (art. 19 N° 3°) (MERCURIO LEGAL 13.10.2016)

ochocientos treinta y siete

16. La proporcionalidad y la igual aplicación de la ley.

El considerando 35° de la sentencia que se analiza pone de manifiesto la relación de la proporcionalidad con el artículo 19 N° 3, inc. 1°, precepto constitucional que asegura a todas las personas “**la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos**”, desde que la ausencia en la ley de parámetros objetivos que garanticen la proporcionalidad de la sanción, **conspira contra la igual aplicación de la ley sancionatoria respecto de casos similares**. Por esta razón “la sanción que en definitiva se impone al infractor deja de ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales del infractor y a los objetivos político criminales perseguidos, excediendo las condiciones que la tornan necesaria” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49). (Considerando 35°).

17. La proporcionalidad y el debido proceso.

En el considerando 36°, se puntualiza que el derecho a un procedimiento justo y racional (19 N° 3 inc. 6° de la Constitución) no sólo comprende aspectos adjetivos o

000000
ochocientos treinta y ocho

formales **sino también sustantivos, como la proporcionalidad de las medidas adoptadas** (Rol 1518-2009). (Considerando 36°). Por lo tanto la falta de proporcionalidad infringe también el debido proceso asegurado en el artículo 19 N° 3 inc. 5° y 6° de la Constitución.

18. Ámbitos de la aplicación de los artículos 28 y 29 del DL 3538.

En el considerando 39°, el TC concluye que la aplicación del inciso 1° del art. 29 al caso concreto, para la determinación de la multa aplicable **no es estrictamente necesaria, pues recayendo la imputación en una multiplicidad de operaciones de compra y ventas supuestamente irregulares, es el artículo 28 del DL 3538 y no es 29 inc. 1° el que correspondería aplicar a efectos de determinar el monto de la multa en cuestión**, desde que este último ha sido concebido para sancionar una sola operación de mercado irregular, en cambio el 28, para sancionar múltiples operaciones irregulares, como sucede en la especie. Tratándose, pues, de operaciones reiteradas, el artículo 28 autoriza para quintuplicar el quantum de la multa que

correspondería a una sola operación irregular y que es de UF 15.000, al alcanzando así el monto UF 75.000.

Agrega la sentencia que **a la falta de necesidad** de la sanción aplicada por la SVS, se suma **la falta proporcionalidad en sentido estricto de la medida**, pues resulta a todas luces evidente que la norma cuestionada no fija parámetro o baremo alguno de carácter objetivo a considerar para singularizar el monto de la multa. (Considerando 39°).

19. **Excesiva generalidad de los parámetros establecidos en el manual de Fiscalización a empresas de la SVS.**

En el considerando 42°, el TC razona en torno a los parámetros generales que deben inspirar a la SVS para la imposición de multa, según el manual de Fiscalización a Empresas, aprobado por resolución exenta N° 271, de 29 de diciembre de 2015, de la misma Superintendencia. Sobre el particular expresa que si bien, dicho manual considera para la aplicación de multas, en términos muy generales, 1. La reiteración de la falta; 2. La comisión de otras faltas o infracciones en los últimos 24 meses; 3. La gravedad de la falta y sus

consecuencias; 4. La capacidad económica del infractor; y 5. La magnitud de multas aplicadas con anterioridad, lo cierto es que para la aplicación del artículo 29 no resultan razonables pues no existen criterios objetivos que sirvan para determinar la forma en que corresponde aplicar la sanción prevista en el artículo 29, que se limita a facultar discrecionalmente a la autoridad administrativa para imponer una multa de hasta un 30% del valor de la operación irregular. (Considerando 42). Todo lo anterior, sin perjuicio de que el manual indicado se ha concebido para el sancionamiento de empresas y no de personas naturales.

20. **Relación cronológica entre el manual y las sanciones aplicadas.**

El TC destaca el hecho de que el Manual de Fiscalización a que la SVS hace referencia para justificar la sanción aplicada **es de fecha posterior a la resolución dictada por esa Superintendencia y mediante la cual se impone la multa al requirente**, pues está datada el día 29 de Dic. De 2015. En cambio la resolución sancionatoria es de Septiembre de 2014. (Considerando 43°).

Ochocientos sesenta y cinco

Es obvio, pues, que se pretende aplicar con efecto retroactivo.

21. **El artículo 29° infringe el principio de proporcionalidad.**

Reitera el TC que la disposición cuestionada a través del recurso de inaplicabilidad, vale decir, el artículo 29 del DL 3538, no fija parámetro alguno de razonabilidad a la autoridad administrativa, **lo cual no se compadece con criterios mínimos de proporcionalidad.** Precisa que, en efecto, dicho artículo no entrega parámetros objetivos para determinar “cómo y por qué” se aplica una multa del 1%, o en su grado máximo, del 30% (Considerando 35°).

22. **La tendencia existente en materia de sanciones.**

En el mismo 45°, el TC se refiere a expresiones vertidas por el destacado constitucionalista, Mario Verdugo Marinkovic, en obra colectiva, “Poder Judicial”, p. 327: ***“lamentablemente en nuestro país el catálogo de sanciones, por lo general, no va acompañado de parámetros claros y suficientemente***

ochocientos cuarenta y dos
**reglados que permitan con certeza
determinar la sanción que corresponde al
eventual infractor". (Considerando 45°)**

**23. El deber del legislador con relación a la
Administración.**

Luego, citando el fallo Rol 2648, 2014, del mismo tribunal, agrega: **le está vedado al legislador- so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en cuanto a la delimitación de la potestad sancionatoria de la administración, prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del quantum de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia. (Considerando 45°).**

24. Los límites del ius puniendi.

En el mismo considerando, se precisa que para el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, los órganos dotados de ius puniendi **deben sujetarse a ciertos límites** impuestos objetivamente por el legislador para efectos de pondera la sanción, **a fin de restringir la discrecionalidad del ente sancionador. (Considerando 45°).**

25. **La aplicación de multas no es puramente discrecional.**

Luego citando un fallo de la Corte Suprema (Rol 5937-2008), expresa el TC que la imposición de multas no puede aparecer ***“como el ejercicio de un poder puramente discrecional, desprovisto de los motivos fundamentales y circunstancias que den cuenta de los parámetros utilizados para la fijación del monto de la multa en cuestión”***. (Considerando 45).

26. **Excesiva generalidad de los parámetros utilizados por la SVS.**

En el considerando 46, el TC desestima como límite objetivo de la potestad sancionatoria administrativa, las diversas razones esgrimidas por la SVS en su resolución sancionatoria de Septiembre de 2014 por su generalidad, tales como, la gravedad de la infracción, sus consecuencias, la capacidad económica del infractor, la reiteración de otras infracciones en los últimos 24 meses, entre otras. **Expresa el TC al respecto que en dicha resolución no se observa la razón concreta de por qué se opta por un determinado monto pecuniario, lo que se constata, además, del tenor literal de la**

ochocientos cuarenta y cuatro

disposición legal que no ha fijado parámetros (baremos) precisos para arribar el "quantum" de la multa, multa que en definitiva queda entregada al arbitrio de la autoridad administrativa. (Considerando 46°).

Agrega el TC que no puede confundirse el ejercicio de una potestad discrecional con el ejercicio arbitrario de una potestad, desde que no existen potestades discrecionales absolutas. Lo que hay son potestades con uno o más elementos de apreciación subjetiva, pero a diferencia de la arbitrariedad en que no se dan razones que justifiquen el actuar de la autoridad, en el ejercicio de una potestad discrecional hay antecedentes de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la actuación del órgano competente (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Derecho Administrativo, p. 480-481). (Considerando 46).

27. El método hermenéutico del TC.

En el considerando 48°, y como razonamiento justificativo para acoger el recurso de inaplicabilidad interpuesto, el TC advierte que su fallo se estructura sobre la base de un método hermenéutico

ochocientos cuarenta y cinco

fundado “en la justicia, en lo sensato, lo prudente, lo oportuno, lo proporcional y lo equitativo” (Enrique Valenzuela Somarriva “Criterios de Hermenéutica Constitucional del Tribunal Constitucional”, 2006). (Considerando 48°).

28. **El artículo 29 produce en su aplicación efectos contrarios a la Constitución.**

El TC concluye en el considerando 49° que efectivamente no existen parámetros de objetividad para la aplicación del artículo 29 del DL 3538, **produciendo su imposición efectos contrarios a la Constitución, pues dicha aplicación infringe concretamente los principios de proporcionalidad, igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias (19 N° 2) y el derecho al debido proceso administrativo (19 N°3).** Ello, porque sólo se hace una mera remisión general y no motivada a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del DL 3538, y 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 para

ochocientos cuarenta y seis

determinar el quantum de la multa aplicada. (Considerando 49°).

29. Declaración de inaplicabilidad del artículo 29.

En fin, sobre la base de los Considerandos ya sintetizados el T.C. concluye que la disposición del inciso 1° del artículo 29 del DL 3538 resulta contraria a la Constitución en su aplicación al caso concreto, por lo que corresponde acoger el correspondiente requerimiento de inaplicabilidad, declarándose en consecuencia que dicha composición no podrá aplicarse en la gestión pendiente, recurso de apelación rol: 7250-2016 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que incide en la sentencia definitiva dictada en los autos sobre reclamación de multa el 18° Juzgado Civil de Santiago (Rol N° C-21.494-2014,), caratulado "Ponce Lerou Julio con Superintendencia de Valores y Seguros".

COROLARIO DEL FALLO RESEÑADO

De la simple lectura del fallo que se ha sintetizado se desprende como conclusión esencial la confirmación de una tesis que nuestro informe ha defendido fundada y reflexivamente a través de todas sus líneas, y que transversalmente cruza de modo integral los considerandos que ella formula. El legislador, en aras del estado de derecho, enfrenta el deber ineludible de precisar los parámetros (o baremos) objetivos, precisos y verificables que habrán de condicionar el actuar de la autoridad administrativa sancionadora en la determinación y cuantificación de la multa a aplicar como sanción, **específicamente mediante la debida clasificación del tipo infraccional en función de su gravedad, peligrosidad o consecuencias, y la graduación correspondiente de la sanción.** El incumplimiento de este deber conduce a la absoluta discrecionalidad del juzgador en el ejercicio de su potestad sancionadora y, consecuentemente, a la configuración de discriminaciones arbitrarias. Es precisamente éste el vicio de que adolece el artículo 29, inc. 1° del DL 3538, en el marco de cuyas disposiciones la SVS ha podido imponer al requirente una multa desmesurada carente de toda razonabilidad, lo que inexorablemente selló su destino en el juicio de inaplicabilidad.

ochocientos cuarenta y ocho

Como bien expresa el profesor Enrique Navarro, el reciente fallo del TC viene a coronar una ascendente línea jurisprudencial seguida por este tribunal en los últimos años –especialmente después de la reforma constitucional de 2005- y que ha venido a motivar diversas decisiones.

Así, por ejemplo, se ha estimado como desproporcionado el interés moratorio del 1,5% mensual establecido en el artículo 53 del Código Tributario, desde que se obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como injusta y abusiva (Rol 1951-2011). Del mismo modo, una multa sanitaria, que puede derivar en prisión, conforme el artículo 169 del Código Sanitario, también infringe la proporcionalidad, al no guardar relación con la gravedad de las faltas (Rol 15187-2009). Igualmente se ha cuestionado la sanción contenida en el artículo 207 de la ley del tránsito, al imponer una doble sanción por mismo hecho infraccional (Roles 2045-2011 y 2254-2012). En el mismo sentido se ha fallado respecto del artículo 108 b) de la Ley de Propiedad Industrial, al establecer diferencias en materia indemnizatoria, permitiendo obtener beneficios desligados de la relación causal entre el uso antijurídico de la propiedad industrial y el enriquecimiento del requirente directamente obtenido por tal uso, provocando en este último resultados gravosos que exceden

ochocientos cuarenta y nueve

desproporcionadamente la finalidad legítima de la norma (Rol 2437-2013). También el TC ha destacado cierta falta de proporcionalidad en materia de sanciones ambientales (Rol 2666-2014). De igual forma, se ha concluido que habría una desproporción o inequidad entre el presupuesto fáctico constituido por el incumplimiento de una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva por dicho incumplimiento (Rol 2744-2014). (El Mercurio Legal, 13 de octubre de 2016).

CONCLUSIONES FINALES

1. Es importante advertir, a efectos de asegurar una mejor comprensión de los alcances del presente informe, que históricamente, en la línea del constitucionalismo democrático, la necesidad y conveniencia de salvaguardar la libertad llevó a la configuración de determinados principios los que de modo general buscan ponerla a buen recaudo de las intromisiones del Poder y fundamentalmente de las invasiones del Administrador.

Tales principios tienen raigambre constitucional y globalmente se insertan en el de juridicidad, principio matriz que condiciona la validez de las actuaciones de los órganos del Estado a su estricta conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 6º, 7º y 24 inc. 2º de la Constitución).

Las manifestaciones de este principio se proyectan hacia las diversas esferas de la vida relacional y, específicamente, en el campo de la represión de las conductas antijurídicas, dan origen a los principios de reserva legal en materia penal, tipicidad, irretroactividad de la ley sancionatoria y proporcionalidad.

Atociencia Cuentas penales

2. Siendo la reprensión de las diversas conductas antijurídicas, manifestación de un mismo poder, el llamado *ius puniendi* del Estado, su sancionamiento se encuentra sometido básicamente a los mismos principios.

De ahí es que ellos se apliquen no sólo en el ámbito penal, sino también en el de las sanciones administrativas, configurando lo que se denomina el Derecho Administrativo Sancionador.

Por lo tanto, el principio constitucional de juridicidad o legalidad y sus expresiones más específicas (reserva legal, tipicidad, irretroactividad y proporcionalidad) condicionan y dan forma al régimen sancionatorio de las conductas administrativas.

En consecuencia, si la Administración, en la especie la SVS, al sancionar lo hace en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del DL 3538 y no de acuerdo al art. 28 del mismo decreto, incurre en abierta ilegalidad, **pero al hacerlo pone en aplicación un precepto abiertamente inconstitucional, puesto que se opone definitivamente a todos los principios y normas constitucionales ya reseñados, debiendo el órgano de control respectivo así declararlo (artículos 6º y 7º de la Constitución y sus manifestaciones normativas específicas.**

Chocientos cincuenta y dos

Corresponde en consecuencia al T.C. la facultad de impedir la aplicación del artículo 29 en sede judicial, en armonía con la jurisprudencia vertida por ese tribunal de conformidad con los principios y normas constitucionales que se han analizado, con miras a asegurar una decisión en sede judicial que se conforme con esas directrices y especialmente con las disposiciones de los artículos 6º, 7º, 19º N° 3 y 24 inc. 2º de la Constitución, 10º de la L.O.C. sobre bases generales de la Administración del Estado (18.575) y 28 del DL 3538.

3. Si la SVS pretende fundar la validez de la resolución administrativa de carácter sancionatorio en las disposiciones del artículo 29 del DL 3538, de 1980, como en el hecho ha sucedido, y dar así una apariencia de legalidad a su decisión, **entonces debiéramos concluir que la única vía razonable para impedir este actuar contrario a la Constitución en sede judicial, es como se ha señalado, la del recurso de inaplicabilidad.**

4. En síntesis el artículo 29 de DL 3538, de 1980, contraviene el principio de juridicidad en sus diversas manifestaciones, según se reseña a continuación, y su aplicación en la gestión judicial pendiente, **recurso de apelación rol: 7250-2016 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que incide en la sentencia definitiva dictada en los autos sobre reclamación de**

ochocientos cincuenta y tres

multa del 18º Juzgado Civil de Santiago (Rol C 21.494 - 2014) produciría efectos absolutamente contrarios a la Constitución.

4.1 Como ya se ha referido, **desconoce el principio de reserva legal**, consagrado en el art. 19 Nº 3, incisos 8º y 9º, ya que no establece con precisión el tipo infraccional a sancionar, dejando entregado al Administrador (en este caso, la SVS) la determinación de sus límites conceptuales, especialmente desde el punto de vista de sus niveles de gravedad.

En efecto, se refiere genéricamente a la sanción de una “operación irregular”, sin mayores especificaciones ni distinciones, lo que es absolutamente indispensable, porque si el monto de la multa que ese precepto contempla puede ser fijado por la SVS hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular, pudiendo por tanto **recorrer discrecionalmente toda la escala porcentual** (de 1% a 30%), lo lógico e imprescindible hubiera sido **clasificar el tipo infraccional de acuerdo a su nivel de gravedad**, y sancionar cada uno de esos niveles con el tramo porcentual correspondiente de la multas.

Esto último, ha sido destacado recientemente por el TC en un caso en que se otorgaba potestad discrecional a un juez de policía local en materia urbanística (Rol 2648), según ya se ha referido con anterioridad. Con mayor razón, en este caso, al tratarse de una autoridad administrativa que fija sanciones sin razonabilidad o gradualidad. Pero fundamentalmente, y sin duda, la sentencia más emblemática del TC es precisamente aquella que por igual razón termina declarando, como ya se ha expresado y comentado en detalle, la inaplicabilidad del artículo 29, inc.1° del DL 3538 (Rol 2922-2015)

- 4.2 Igual, y consecuentemente, **el artículo 29 desconoce el principio de tipicidad**, el cual impone por razones de seguridad jurídica la exigencia de precisar y delimitar con exactitud la conducta que habrá de sancionarse, tanto en su faceta conceptual y de extensión, como de oportunidad e intensidad, de modo que la represión del Estado recaiga exactamente sobre la conducta reprochable, predeterminada y susceptible de ser reconocida de antemano por la comunidad, y no sobre otra distinta,

cuya determinación quede entregada a la voluntad del Administrador.

Por éste concepto se infringen las disposiciones constitucionales del artículo 19Nº 3, incisos 8º y 9º, **pues si no se determina con precisión en la ley el tipo infraccional se termina afectando la reserva legal a que se refieren tales incisos.**

De la sola lectura de tales preceptos se desprende indubitadamente que tanto la descripción del tipo delictivo como la determinación de la sanción respectiva, deben ser establecidos y precisados en la ley, salvo los casos en que la parte más substancial del tipo se encuentra normado en la ley, encargándose a la Administración la determinación por vía reglamentaria de los aspectos más secundarios de la conducta delictiva que se sanciona, que, por cierto, no es el caso de la especie.

En efecto, mientras el inciso octavo señalado dispone que ***“ningún delito se castigara con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración...”***, el inciso noveno del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución expresa que ***“ninguna ley***

ochocientos cincuenta pesos
 podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella”.

Adviértase, pues, que la Constitución no solo exige el establecimiento por vía de ley de la conducta delictiva y su correspondiente sanción sino, además, y esencialmente la descripción expresa del tipo delictivo, lo cual presupone una descripción que satisfaga los requerimientos de seguridad jurídica del eventual imputado. Pues bien, a la luz de lo referido ¿podría concluirse que el artículo 29 ha descrito con la precisión que la Constitución exige todos los aspectos de la conducta delictiva y su sanción?. Ciertamente, no, como ya se ha puesto de manifiesto.

- 4.3 Se contraviene también de una manera sorprendente el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, el de igualdad ante la ley, consagrados fundamentalmente en el artículo 19 N° 2 y 3° de la Constitución, puesto que la determinación porcentual de la multa no aparece condicionada objetivamente por la gravedad de la infracción, quedando enteramente entregada a la

000857
ochocientos cincuenta / multa

discrecionalidad de la SVS que bien, por sí y ante sí, podría resolver, si así lo decidiera, aplicar el máximo porcentaje de la multa, independientemente de cualquier fundamento objetivo y razonable.

Con el agravante de que siendo relativo el efecto de las sentencias, el Administrador quedaría en situación de resolver cada caso como le viniera en ganas, modificando libre y soberanamente los criterios que le llevan a sancionar e infringiendo con ello gravemente el principio constitucional de igualdad ante la ley y seguridad jurídica. Es precisamente por esta razón que el Superintendente se ha sentido con la libertad de aplicar multas desmesuradas, al margen de todo fundamento basado en parámetros que razonablemente delimiten la potestad sancionadora del administrador.

- 4.4 En fin, el artículo 29 **infringe severamente el principio de la irretroactividad de la ley sancionatoria, según el cual nadie puede ser condenado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a los hechos que se habrán de sancionar (art. 19 N° 3, inc. 8°)**, lo que queda en evidencia si se

ochocientos cincuenta y ocho

considera que quienes infringen las normas de la Ley sobre Mercado de Valores nunca podrían estar en situación de prever la gravedad objetiva de la infracción y su correspondiente sanción, con anterioridad a la perpetración de los hechos, desde que en la lógica del artículo 29 correspondería a la SVS su real y definitiva delimitación conceptual y cuantitativa, al momento de la condena, de manera que solo entonces quedarían los supuestos infractores en estado de advertir la real dimensión de la infracción y su sanción, con evidente perjuicio de la seguridad jurídica.

- 4.5 Por último, es evidente que a la luz del art. 29 en cuestión, también se resienten las **exigencias del debido proceso** (art. 19 N° 3, inc. 5ª y 6ª de la Constitución), ya que si en el procedimiento administrativo no le resulta al afectado legalmente posible entrar a cuestionar las razones que objetivamente llevaron al Administrador a fijar el monto porcentual de la multa, en razón de que dicho artículo entrega a la SVS la facultad discrecional de determinarla, **se lo coloca en una situación de verdadera indefensión.**

ochocientos cincuenta y nueve

En esta situación, la exigencia de condicionar la condena a un proceso previo, como previene el art. 19 N° 3, inc. 6° de la Constitución, carecería de todo sentido puesto que su razón de ser responde precisamente a la necesidad de permitir al afectado la posibilidad de una adecuada defensa y, en la especie, ello no ha podido suceder si es la propia ley (DL 3538) la que otorga al juzgador Administrativo una potestad sancionatoria enteramente discrecional, con el riesgo que por la misma razón sea ella reconocida por la justicia civil, como en los hechos ya ha ocurrido en la 1° instancia.

¿Qué efectividad cabría concebir en la defensa de quién está expuesto a la aplicación de una ley que confiere al Administrador la facultad de determinar discrecionalmente los niveles de gravedad de la infracción y la cuantía de la multa a aplicar en cada caso?

5. Por lo tanto, a la luz de todo lo expuesto, cabe concluir que la aplicación del art. 29 del DL 3538, de 1980, en la gestión judicial pendiente, el recurso de apelación rol: 7250-2016 de la I. Corte de Apelaciones

de Santiago, que incide en la sentencia definitiva dictada en los autos sobre reclamación de multa del el 18º Juzgado Civil de Santiago, sería absolutamente inconstitucional, **pues generaría efectos contrarios a la finalidad de la Carta Fundamental, en razón de las objeciones de Constitucionalidad derivadas de la infracción a las disposiciones de los artículos 1º, 6º y 7º, 19 Nº 5, 2, 3, incisos 5º, 6º, 7º, 8º, y 9º, que es posible formular respecto de las disposiciones del art. 29 mencionado y que han sido objeto de análisis en el cuerpo de este informe.**

No estando descartada la amenaza probable de una confirmación definitiva en sede judicial de la decisión vertida en sede administrativa, por las razones que ya se han expuesto, resulta de toda sensatez y sentido de previsión optar por la vía de la inaplicabilidad para obviar de modo definitivo la aplicación de un precepto que, como se ha podido apreciar, no resiste un escrutinio mínimo de constitucionalidad, tal como lo ha señalado por lo demás el propio TC en diversos casos durante los últimos años, respecto de otros regímenes sancionatorios (Roles 2648-2014, sanciones municipales; 2365-2012, sanciones industriales; 2045-2011, infracciones del tránsito; y 1518-2009, sanciones sanitarias, entre otras) y, últimamente en la sentencia Rol 2922-2015, que derechamente declara

ochocientos sesenta y uno

la inaplicabilidad del artículo 29, en su inciso 1°, y que se ha reseñado en el cuerpo de este informe.

SALVADOR MOHOR ABUAUD
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

Santiago Enero 2017

FIRMO ANTE MI
20 MAR 2017
2da NOTARIA DE SANTIAGO

FRANCISCO JAVIER BEVA CARVALLO
NOTARIA SANTIAGO
NOTARIO PUBLICO

[Handwritten signature]