



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10429-2021

[14 de diciembre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 37 N° 3,
LETRA B), DEL D.L. N° 3538, QUE CREA LA COMISIÓN PARA EL
MERCADO FINANCIERO

RAIMUNDO NIBALDO LÓPEZ LÓPEZ Y RAIMUNDO LÓPEZ
AUDITORES CONSULTORES ASOCIADOS SPA.

EN EL PROCESO ROL N° 339-2021, SOBRE APELACIÓN DE RECLAMO DE
ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA

VISTOS:

Con fecha 5 de marzo de 2021, Raimundo Nibaldo López López y Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA., han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 37, N° 3, letra b) del Decreto Ley N° 3.538, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, en el proceso



Rol N° 339-2021, sobre apelación de reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte Suprema.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“D.L. N° 3538, que crea la Comisión para el Mercado Financiero,

(...)

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

1. Censura.

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

a) La suma de 100.000 unidades de fomento. En el caso de haber sido sancionado anteriormente por infracciones de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado.

b) El 30% del valor de las operaciones sancionadas.

c) El doble de los beneficios obtenidos producto de las operaciones sancionadas.

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

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

a) Suspensión de su cargo hasta por un año.

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



Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior y en los incisos precedentes, el Consejo podrá aplicar como sanción accesoria la de inhabilidad temporal, hasta por cinco años, para el ejercicio del cargo de director o ejecutivo principal de las entidades descritas en el artículo anterior y en el inciso primero del presente artículo, a aquellas personas que hubiesen incurrido en las conductas descritas en los artículos 59, 60 y 61 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, en los artículos 157, 158, 159 y 160 del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, y en los artículos 41 y 49 del decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, del Ministerio de Hacienda, de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio.

Las sanciones establecidas en el presente artículo podrán ser aplicadas a la sociedad, empresa, entidad, personas jurídicas o naturales, administradores o representantes, según lo determine la Comisión.”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Señalan que la sociedad Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA. y su socio representante, persona natural, Raimundo López López, fueron sancionados por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) mediante Resolución Exenta N° 1.287, de 6 de febrero de 2020, con la cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas de Auditoría Externa, con la consecuente revocación de su autorización para tal función, por vulneración a diversas disposiciones de la Ley N° 18.045 y a Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Chile (NAGAs), ante el incumplimiento de los deberes de juicio y escepticismo profesional, el estándar de cuidado y diligencia y el deber de supervisión y revisión de los trabajos.

Refiere que si bien interpuso recurso de reposición en contra de tal resolución administrativa aquel fue rechazado mediante Resolución Exenta N° 2.100, de 5 de marzo de 2020.

La resolución sancionatoria se funda en que la empresa no disponía de la evidencia de auditoría suficiente y apropiada para alcanzar las conclusiones



razonables sobre las cuales basar y emitir las opiniones de auditoría formuladas respecto de los estados financieros terminados al 31 de diciembre de 2015 de Inmobiliaria Estadio Sirio S.A., Transa Securitizadora S.A., Servihabit S.A. y Securitizadora Sudamericana S.A, como también que los informes de auditoría de los estados financieros terminados al 31 de diciembre de 2015, no se fundaban en técnicas y procedimientos de auditoría que otorgaran un grado razonable de confiabilidad, proporcionaran elementos de juicio suficientes, y su contenido fuera veraz, completo y objetivo.

En cuanto a la persona natural Raimundo López López, se estimó que aquel no cumplió la exigencia de independencia de juicio al firmar los informes de las auditorías de Transa Securitizadora S.A., Securitizadora Sudamericana S.A. y Serihabit S.A. por más de 5 años consecutivos (fojas 65 a 70).

Contra la sanción mencionada, la requirente presentó reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, al estimar que, entre otras alegaciones, se vulneraría el artículo 37 del D.L. N° 3.538 de cuyo tenor literal se desprendería que el legislador no permitiría aplicar exclusivamente la sanción de revocación, sino que ella se impone “también”, esto es, en conjunto con aquellas señaladas por los números 1° o 2° de tal disposición (censura o multa), en armonía con los principios de graduación y proporcionalidad, al ser la revocación la más gravosa; además de alegar diversas vulneraciones a sus garantías fundamentales, entre ellas, debido proceso, derecho a defensa, igualdad ante la ley y tipicidad.

Dicho reclamo de ilegalidad fue rechazado en sentencia de 25 de noviembre de 2020 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Y, en contra de tal pronunciamiento, la requirente presentó recurso de apelación ante la Corte Suprema, en actual tramitación bajo el Rol N° 339-2021.

Señala que se infringen en la especie los artículos 7° y 19 N°s 2° y 3° incisos sexto, octavo y noveno, en lo relativo a los principios de legalidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y debido proceso.

Indica el requirente que el precepto legal en cuestión, establecería que la CMF “podrá aplicarles también las sanciones” de suspensión o revocación, sin precisar situaciones, casos u orientaciones que guíen y limiten el actuar de esa autoridad administrativa, la que ante tal indeterminación sancionatoria se vería arrojada a la



discrecionalidad para justificar la aplicación de una u otra sanción, pues la norma solo indica que la revocación procederá *“por causa grave”*, sin precisar el rango de conductas subsumidas en dicha categoría.

Agrega que el legislador, mediante la Ley N° 21.000 del año 2017, procuró subsanar los errores de indeterminación sancionatoria contenidos en el D.L. N° 3.538, creando la Comisión para el Mercado Financiero, pero lo hizo sólo respecto de la sanción de multa, según las circunstancias consideradas en el artículo 38 del referido cuerpo normativo.

Alega, además, que, pese a que la CMF habría ponderado como atenuante la inexistencia de sanciones previas, se le impuso igualmente la más gravosa, por la cual se le impide el ejercicio de la actividad económica de la entidad sancionada.

Afirma que esta indeterminación de la norma aplicada al caso concreto lleva a la CMF a un actuar arbitrario, vulnerando la Carta Fundamental en relación a agentes del mercado financiero que no corresponden a sociedades anónimas y empresas sujetas a fiscalización de la Comisión que incurran en infracciones de leyes, como es su caso.

Explica que el propio texto de la norma establece al regulador un criterio de proporcionalidad para la determinación de la sanción al caso concreto, por cuanto existe en su tenor literal una gradación en gravedad de sanciones, desde la censura, la multa a beneficio fiscal, y, para el caso de personas autorizadas por la CMF para ejercer determinadas funciones, también la suspensión o revocación de su autorización. No obstante, el enunciado del N° 3 del artículo 37 en cuestión carece de criterios que permitan limitar la discrecionalidad del ente administrativo si decidiera aplicar alguna de las sanciones de tal numeral, como es el caso de autos. En efecto, la disposición simplemente establece que la CMF *“podrá aplicarles también las sanciones”* de suspensión o revocación, sin precisar situaciones, casos o siquiera orientaciones que guíen su actuar.

Con lo anterior, se vulnera el principio constitucional de legalidad, recogido en el artículo 19 N° 3° incisos octavo y noveno de la Constitución. Para el cumplimiento del mismo no sólo basta la descripción de la conducta a sancionar, sino que igualmente debe determinarse la sanción, más allá de una enumeración de posibles castigos.



Asimismo, la aplicación de la disposición impugnada vulnera el principio de proporcionalidad. Al tenor de la jurisprudencia de esta Magistratura Constitucional resulta claro que para que una sanción administrativa esté dotada de proporcionalidad requiere que entregue criterios que permitan determinar la entidad de reproche, y, por ende, de la sanción, ex ante de la comisión de la conducta antijurídica.

Analizado el caso de autos, el texto de la norma cuestionada no contiene criterio alguno que permita materializar dicha proporcionalidad, por lo que incurre en el vicio constitucional denunciado.

Es igualmente infringido en la especie el principio constitucional de igualdad. La norma impugnada permitió aplicar la sanción más drástica del catálogo existente en el artículo 37 del cuerpo normativo en cuestión, no sólo para la empresa auditora, sino que también para el socio responsable, que, señala, no aparecía inscrito en tal registro, pero que al ser sancionado es privado de ejercer una labor que había desarrollado por más de 40 años, despojándolo absolutamente del ejercicio de su profesión.

Para lo anterior, la autoridad debería haber ponderado las circunstancias atenuantes y agravantes del caso, pero la ausencia de criterios en tal sentido ha arrojado al ente administrativo a una discrecionalidad forzada prohibida por la Carta Fundamental en su art. 19 N°s 2° y 3°.

Por último, afirma infringida en la especie la garantía fundamental de debido proceso. Se trata este caso de la primera vez en que la CMF aplica la sanción de revocación en el registro de Auditoría tanto a la empresa auditora como al socio responsable y lo hace a partir de una normativa reciente, carente de criterios normativos y jurisprudenciales que permitan salvar su constitucionalidad.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 10 de marzo de 2021, a fojas 99 disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 1 de abril de 2021, a fojas 129, se declaró admisible.



Consta inhabilidad de la Ministra señora María Pía Silva Gallinato a fojas 493, aceptada por el Pleno de esta Magistratura Constitucional a fojas 494.

Conferidos traslados de fondo, el Consejo de Defensa del Estado, a fojas 140, en representación de la CMF, evacúa traslado abogando por el rechazo del libelo.

Traslado del Consejo de Defensa del Estado

En primer lugar, sostiene los siguientes puntos aclaratorios:

a) La disposición impugnada no reviste el carácter de norma *decisoria litis*. Pues aun declarándose inaplicable la norma impugnada, subsistirá, entre otras normas, el artículo 240 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores que regula la supervisión, inscripción, registro y cancelación del registro para empresas de auditoría y sus socios.

b) La declaración de inaplicabilidad de la norma requerida significará, en la práctica, la eliminación de la aplicación de sanciones contra el requirente. Con ello se dejaría un vacío normativo, despojando al Estado de su facultad para sancionar infracciones gravísimas, frente a incumplimientos de ley, órdenes de autoridad o estatutos.

Asimismo, niega la existencia de contravenciones constitucionales, arguyendo, en síntesis, lo siguiente:

a) La disposición impugnada no determinaría la imposición de una sanción independiente como intenta sostener el requirente, sino que es parte del sistema sancionatorio y parte del repertorio de penas contemplado en ese precepto, en relación con el artículo 38 de igual ley, que establece los parámetros para su determinación concreta en el caso de multa, aunque, (por su naturaleza, la revocación no admite gradualidad). De esta forma, la norma permite a los destinatarios de las reglas respectivas prever con precisión la sanción esperable, sin conculcar los principios de legalidad y tipicidad alegados.

Añade que, por su naturaleza, la sanción de revocación no admite gradualidad. Las sanciones que sí admiten un rango o escala son las pecuniarias y, por ello, el artículo 38 del D.L. N° 3.538 entrega las circunstancias que deben tenerse en consideración por la autoridad administrativa a efectos de la determinación del rango de la sanción y del monto específico de las multas, figurando en primer lugar



la circunstancia o criterio de “la gravedad de la conducta”. Ello fue justamente ponderado por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero al momento de la determinación de la sanción plasmada en la Resolución Exenta N° 1.287, por lo que a todas luces lo esgrimido por los reclamantes carece de sustento.

b) En el procedimiento sancionatorio, los requirentes fueron debidamente notificados de los cargos, es decir, conocieron la gravedad de las conductas infraccionales imputadas y evacuaron sus descargos al respecto. Conforme a los principios de debido proceso e igualdad ante la ley, los requirentes vertieron alegaciones, excepciones y defensas y, asimismo, rindieron prueba y, por tanto, conocieron *ab initio* del procedimiento la gravedad de las conductas imputadas y, por lógica consecuencia, debieron representarse que tales hechos infraccionales podían ser sancionados con la revocación para ejercer la actividad de auditoría externa.

Por lo demás, el desarrollo del procedimiento sancionatorio se enmarcó dentro las competencias conferidas por la ley a la CMF, respetando el principio de legalidad contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

c) Añade que el requirente confunde el concepto de discrecionalidad con arbitrariedad. En el caso concreto, la ley le otorga a la CMF una esfera de autonomía al momento de determinar la cuantía de la sanción discutida, lo que no significa que la ley en su aplicación genere arbitrariedad y menos efectos de carácter inconstitucional.

d) La disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad. Aquella establece un elemento ponderador de la aplicación de la sanción “*Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave*”, es decir, la revocación no procede, en cualquier caso, sino que, en aquellas circunstancias que, por su naturaleza, han de estimarse graves, de acuerdo con la ponderación de los hechos y normativa infringida. La gravedad es el principal criterio de graduación de una sanción, y como tal satisface la adecuada proporcionalidad entre la severidad de las sanciones y la gravedad de los ilícitos sancionados, a fin de cumplir con la justicia retributiva. Por lo demás, según se lee de la resolución sancionatoria, se habrían considerado todos los criterios orientadores a que se refiere el artículo 38 del D.L. N° 3.538 para la determinación de la sanción.



e) Afirma que el requirente busca impedir el control de la sanción por el juez del fondo eximiendo de responsabilidad a los requirentes.

Al formalizar su pretensión de esta forma, lo que jurídicamente se impugna es la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del modelo sancionatorio con el que cuenta la CMF para reprender a todas aquellas personas o entidades que no sean sociedades anónimas o empresas bancarias sujetas a la fiscalización de la Comisión, a los cuales se les aplica la regla del artículo 37 del DL. N° 3.538 de 1980.

Acoger la pretensión de la requirente, en definitiva, sí generaría efectos inconstitucionales, pues se dejaría un vacío normativo, despojando al Estado de su facultad para sancionar infracciones gravísimas, frente a incumplimientos de ley, ordenes de autoridad o estatutos.

f) Por último, asevera que el libelo carece de fundamento al referirse a cuestiones que deben ser conocidas y resueltas por el juez del fondo. Ello, en cuanto a su juicio resulta claro que lo cuestionado a través del requerimiento deducido es el sentido y alcance que se le ha otorgado a preceptos legales al dictarse una resolución sancionatoria, cuestionándose en realidad la resolución sancionatoria.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 19 de agosto de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos por vía remota por la requirente Sociedad Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA, de la abogada María Fernanda Juppet Ewing; por el requirente Raimundo Nibaldo López López, del abogado Félix Antolin Martínez, y por el Consejo de Defensa del Estado, del abogado Alfredo Larreta Granger.

Se adoptó acuerdo en sesión del 21 de septiembre de 2021, conforme fue certificado por el relator de la causa.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, se ha requerido la inaplicabilidad del artículo 37 N° 3 letra b) del Decreto Ley N° 3.538, en virtud del cual la Comisión para el Mercado



Financiero puede revocar la autorización o nombramiento para ejercer determinadas funciones o actuaciones por causa grave.

En la gestión pendiente, mediante Resolución Exenta N° 1.287, se dispuso la cancelación de la inscripción de las requirentes en el Registro de Empresas de Auditoría Externa (fs. 72 de estos autos constitucionales) por infracción a lo dispuesto en los artículos 239, 246 y 248 de la Ley N° 18.045 en relación con diversos párrafos de la Sección AU 200, AU 500 y AU 700 de las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas y, adicionalmente, en el caso de la persona natural sancionada, por infracción al artículo 239 inciso final de dicha ley y al párrafo 13 de la Sección AU 220 de las referidas Normas;

SEGUNDO: Que, con relación a la sanción impuesta, consta en dicha Resolución que “(...) además de la consideración y ponderación de todos los antecedentes incluidos y hechos valer en el procedimiento administrativo (...)” (fs. 71), “[e]n cuanto a la gravedad de las conductas, las infracciones en que incurrió el Socio Investigado y la Empresa Auditora Investigada, implican una falta gravísima al cumplimiento de los estándares profesionales contemplados en las NAGAS en las diversas etapas en que se deben cumplir en un proceso de auditoría. Ello en cuanto los hechos dan cuenta de una falta de preparación y desconocimiento de la importancia del rol al efectuar auditorías de estados financieros con la consecuente merma en el cumplimiento de los objetivos de auditoría, particularmente el objetivo de formar una opinión respecto a si los estados financieros se encuentran presentados razonablemente, en todos sus aspectos significativos.

Asimismo, la ausencia de documentación de procedimientos de auditoría conforme se ha examinado, implica que no consta que la Empresa Auditora y el Socio Investigado haya realizado procedimientos de auditoría que le permitiesen obtener suficiente y apropiada evidencia de auditoría para poder alcanzar conclusiones razonables sobre las cuales basar su opinión. No constando la realización de los correspondientes trabajos de auditoría en papeles de trabajo que den cuenta de la realización de la correspondiente auditoría. Todo lo expresado en definitiva implica una conducta grave que deberá ser sancionada” (fs. 71);

TERCERO: Que, dicho acto sancionatorio fue objeto de recurso de reposición, rechazado mediante Resolución Exenta N° 1.200, la que, en lo relativo a la gravedad, expuso que “(...) lo que principalmente fundamentó la medida de cancelación impuesta a los Recurrentes, en especial consideración a la falta de papeles de trabajo que dieran cuenta de la



realización de labores de auditoría, que justificaran la emisión de los informes de auditoría respecto de los estados financieros de Inmobiliaria Estadio Sirio S.A., Transa Securitizadora S.A., Securitizadora Sudamericana S.A. y Servihabit S.A. al 31 de diciembre de 2015” (fs. 84).

CUARTO: Que, examinando la legalidad de lo decidido en sede administrativa, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago da cuenta que una de las cuestiones reclamadas dice relación con la existencia de una graduación de la pena, a propósito de lo cual expone, en el considerando 11° de su sentencia, que el acto administrativo se refiere a la determinación de la sanción que se resuelve aplicar y, previo a resumir lo que hemos transcrito en los considerandos anteriores sobre el contenido de la Resolución N° 1.287, expone que “(...) el razonamiento descrito no vulnera, a juicio de esta Corte, norma legal alguna pues se trata en la especie de cumplir con el deber de motivación de los actos administrativos y, dentro de esa óptica el órgano regulador realiza una ponderación de todas las circunstancias que, a su juicio, son relevantes para decidir la sanción, sin que la coincidencia de criterios que la ley detalla para la imposición de multa tenga la virtud de viciar la decisión. Tampoco se advierte que la sanción se haya aplicado tomando en cuenta solo el riesgo para el mercado sin considerar que no hubo perjuicio, pues en el numeral 3 del acápite V.2 se indica que es indispensable para la adecuada labor de la auditoría externa que se permita el monitoreo de las actividades desarrolladas a través de los estados financieros, que representen adecuadamente y de manera sustancial la realidad de cada entidad, y se agrega “con el consecuente perjuicio para el mercado financiero”. En otras palabras, la autoridad sí considera un perjuicio que no es otro que con el actuar de los reclamantes no es posible monitorear el trabajo desarrollado con la auditoría lo que redundaría entonces en la imposibilidad de saber si lo auditado corresponde o no a la realidad de la empresa auditada” (fs. 378-379).

Asimismo, rechaza también la petición subsidiaria de las reclamantes en orden a rebajar la sanción impuesta, “(...) dado el mérito de los antecedentes y la gravedad de las conductas sancionadas (...)” (fs. 382);

I. DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

QUINTO: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N° 6° de la Carta Fundamental, a esta Magistratura ha sido encomendado el control de



constitucionalidad de preceptos legales, cuya aplicación, en una gestión pendiente, pueda resultar contraria a ella, de tal manera que no nos compete examinar la conducta desplegada por quienes han sido sujetos de fiscalización en el procedimiento administrativo sancionatorio, así como tampoco pronunciarnos acerca de la decisión adoptada por la autoridad administrativa o por el Juez del Fondo, al examinar la legalidad de aquella decisión;

SEXTO: Que, siendo así, las requirentes plantean que el artículo 37 N° 3 letra b), que permite imponer la sanción de revocación del nombramiento o autorización para ejercer determinadas funciones o actuaciones, como la de auditoría, por casos graves, resultaría contrario a lo dispuesto en los artículos 7° y 19 N° 2° y 3° incisos sexto, octavo y noveno, particularmente, en cuanto a que adolecería de “(...) insuficiencias en su texto que interfieren con la labor de la autoridad sancionadora (...)” (fs. 5), lo cual -a su juicio- “(...) genera un espacio inaceptable de discrecionalidad administrativa (...), ya que resulta imposible prever el grado de reproche al que puede estar afecto una determinada conducta, vulnerando así también el principio de certidumbre jurídica también de rango constitucional” (fs. 28);

SEPTIMO: Que, en consecuencia, lo que debemos dilucidar es si la norma legal impugnada, que autoriza a la Comisión para el Mercado Financiero a revocar la autorización o nombramiento de las requirentes para actuar como auditores, por causa grave, puede resultar o no, en su aplicación, contraria a la Constitución, desde que no contiene reglas, parámetros o siquiera criterios para determinar cuándo resulta procedente imponerla o en qué hipótesis o respecto de qué conductas aparece proporcionada, dejando a discreción de la autoridad administrativa la decisión de qué acciones u omisiones son susceptibles de ser castigadas con esa sanción porque esa misma autoridad define que se trata de una conducta grave, especialmente si se sigue la comprensión que la autoridad administrativa ha sostenido en estos autos del artículo 37, en orden a que las sanciones allí previstas son susceptibles de ser impuestas independientemente unas de otras, sin que exista vinculación entre ellas;

II. CUESTIÓN PREVIA ACERCA DEL PRECEPTO LEGAL APLICABLE

OCTAVO: Que, antes de examinar la cuestión de constitucionalidad que se nos ha planteado, cabe considerar la alegación planteada en autos acerca de que un



pronunciamiento estimatorio en esta sede resultaría carente de utilidad o eficacia, pues “(...) aún declarándose inaplicable la norma impugnada, subsistirán, entre otras normas, el artículo N° 240 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores” (fs. 114), desde que “[e]l artículo 37 impugnado es sólo una de las normas en virtud de las cuales la CMF está facultada para sancionar administrativamente al requirente” (fs. 114);

NOVENO: Que, sin perjuicio que ello dice relación con los fundamentos normativos que deben contener las resoluciones sancionatorias para delimitar el ámbito preceptivo respecto del cual su destinatario tiene derecho constitucional a defensa y más allá de lo sostenido por las partes en esta materia, lo cierto es que, en una primera revisión de las Resoluciones N° 2.187 y 1.200, no aparecen siquiera mencionados los artículos 37 y 240. Sin embargo, en el reclamo de ilegalidad deducido por las requirentes se incluye el referido artículo 37 entre las normas infringidas (fs. 243), sin que conste mención alguna al artículo 240.

Por su parte, en el traslado evacuado por la Comisión del Mercado Financiero, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, se advierte una sola mención al artículo 240 aludido como parte de la normativa con la que ejemplifica su afirmación en orden a que “(...) las reformas introducidas a la Ley N° 18.045 en materia de empresas de auditoría externa por la Ley N° 20.382 estimaron adecuadas, entre otras materias, imponer un marco más estricto a esta actividad.

A estos efectos, el legislador señaló, por ejemplo, sus funciones en el artículo 239 de la Ley N° 18.045, las sometió a fiscalización de la CMF en el artículo 240 y estableció un detallado régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como se observa en los artículos 241, 242, 243 y 244 (...)” (fs. 308).

A su vez, el referido traslado contiene varias menciones del artículo 37. Así, para sostener la improcedencia del reclamo de ilegalidad porque, a juicio de la Comisión, no impugna la resolución sancionatoria, sino que se dirige en contra del investigador, por lo que “(...) de acuerdo con el artículo 71 incisos 1° y 2° del DL. N° 3.538, la acción deducida en autos sólo procede contra las Resoluciones Sancionatorias dictadas por el Consejo de la CMF, es decir, contra el acto administrativo en el cual se haya impuesto una sanción conforme a los artículos 36, 37 y 52 del mismo cuerpo normativo” (fs. 304).

Del mismo modo, al hacerse cargo de la alegación de las reclamantes en el sentido que las NAGAs no podrían ser consideradas como normas que permitieran



la configuración de un incumplimiento administrativo, se explica que “[r]especto a las alegaciones por tipicidad de las conductas, cabe señalar que, para cada uno de los cargos formulados, consignados en el apartado VI del Oficio Reservado N° 832, se señala una norma específica infringida, entre otras, los artículos 239, 246 y 248 de la Ley N° 18.045 en relación a las Secciones AU 200, AU 220, AU 500 y AU 700 de las NAGAs, de modo que el deber de conducta vulnerado, se encuentra recogido en una norma obligatoria conocida y exigible a los sancionados.

Asimismo, por expresa disposición legal, la Comisión tiene la facultad de sancionar el incumplimiento o la infracción, entre otras, de las “demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión” (artículo 37 del DL. N° 3538)” (fs. 319-320), agregando que “(...) el artículo 37 del DL. N° 3538, contiene un detalle de las sanciones que el Servicio puede aplicar para el incumplimiento de los deberes de conducta que se establecen en las disposiciones legales, reglamentarias, estatutarias y en las demás normas que rijan a las entidades fiscalizadas, o incluso por el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta la Comisión” (fs. 319-320).

En fin, el acápite IX del traslado está dedicado a la “Correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 del DL. N° 3.538 y correcta determinación de las sanciones de conformidad al artículo 38 de la misma norma” (fs. 323), a propósito de lo cual y luego de transcribirlo expresa que “(...) la norma del artículo 37 del DL. N° 3538 habilita a la Comisión para aplicar tres categorías de sanciones distintas, indistintamente (...)” (fs. 323);

DECIMO: Que, en cualquier caso, en el considerando 10° de la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, se lee “[q]ue entrando ahora en los cuestionamientos específicos de ilegalidad, cabe analizar, en primer término la vulneración al artículo 37 del Decreto Ley N° 3538 hoy ley N° 21.000 (...)” (fs. 376), el cual resulta desestimado, al igual que aquel del que da cuenta el considerando 11° sobre graduación de la pena, sin que, en dicha sentencia, aparezca tampoco ninguna mención al artículo 240;

DECIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, la exigencia contenida en el artículo 93 incisos primero N° 6° y undécimo de la Constitución, en cuanto a que el precepto legal pueda resultar aplicable se encuentra, a juicio de estos sentenciadores, satisfecha, desde que ha sido invocado como una de las normas infringidas en el reclamo de ilegalidad que da origen a la gestión judicial pendiente, habiéndose



pronunciado acerca de dicha alegación el Juez del Fondo y subsistiendo debates en torno de él con motivo de la apelación actualmente pendiente ante la Excelentísima Corte Suprema (por ejemplo, a fs. 387 y siguientes);

DECIMOSEGUNDO: Que, en igual sentido, cabe descartar que un pronunciamiento estimatorio de esta Magistratura sería, en cierto sentido, inconducente, desde que importaría, al fin y al cabo, dejar desprovista de sanción la conducta de que da cuenta la Resolución N° 2.187, pues, desde luego, la decisión sancionatoria se encuentra todavía pendiente ante los Tribunales Superiores de Justicia. Pero, además y tal como lo reconoció la propia requirente, la cuestión de inaplicabilidad planteada no obsta a que, si así procede conforme al mérito del proceso, el Juez del Fondo aplique otra de las sanciones contempladas en el artículo 37, especialmente, si se considera la amplia competencia que cabe reconocer a la Judicatura, en el control y revisión de las sanciones impuestas administrativamente, dado que “(...) [e]l estándar del control plenario no solo obliga a fiscalizar los supuestos fácticos en que se apoya el ejercicio de la prerrogativa, sino que se extiende a la determinación misma de la sanción determinada, que es el efecto y consecuencia de su ejercicio. Parece obvio bajo este prisma que los jueces deben estar habilitados para revisar las interpretaciones y calificaciones jurídicas que determinan la sanción o pena específica que se impone al infractor. Ello es corolario esencial del carácter reglado que se reconoce generalizadamente a la potestad sancionadora de la Administración, y que se correlaciona con la tendencia legislativa a imponer gradaciones de las conductas infraccionales disponiendo sanciones diferenciadas conforme a rangos posibles de castigo en función del carácter más o menos grave que éstas presentan (...)” (Jaime Jara Schnettler: La Revisión Jurisdiccional de las Sanciones Administrativas y la Garantía del Recurso de Plena Jurisdicción”, *Revista de Derecho Público* N° 89, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2018, pp. 77-78);

III. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION

DECIMOTERCERO: Que, esta Magistratura ha debido evaluar, prácticamente desde el Rol N° 244, distintos aspectos de constitucionalidad en relación con disposiciones vinculadas al Derecho Administrativo Sancionador, tanto



respecto de preceptos legales -en sede de control preventivo o con motivo de requerimientos de inaplicabilidad- como de actos administrativos, avanzando, entre otras materias, en el sentido que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución se aplican también a las sanciones administrativas, desde que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado (entre muchos otros, en el c. 3°, Rol N° 6.250); así como acerca del estándar que debe cumplir la descripción de la infracción (c. 11°, Rol N° 2.648), el procedimiento sancionatorio (c. 26°, Rol N° 388 y c. 8° y 9°, Rol 2.682) y la sanción misma (c. 22°, Rol N° 480), fundamentalmente, como se ha dicho, por lo asegurado en el artículo 19 N° 2° y N° 3° de la Constitución.

DECIMOCUARTO: Que, también hemos ido desarrollando en la jurisprudencia, con base en esos derechos, los distintos aspectos del Derecho Administrativo Sancionador que deben ser sometidos al principio constitucional de proporcionalidad, sea, por ejemplo, para el debido equilibrio entre infracción y sanción (c. 6°, Rol N° 5.018) o para la configuración legislativa de la sanción, atendiendo a su gravedad, al margen dentro del cual debe decidirse la sanción concreta por la autoridad competente y a los factores que cabe considerar al momento de imponerla concretamente (c. 18° y 19°, Rol N° 2.264-2012 y c. 7° y 12°, Rol N° 2.658), ya que, “(...) en la actualidad, precisamente, uno de los principios más relevantes que vincula a la Administración del Estado en el ejercicio de sus poderes punitivos, es el principio de proporcionalidad de la sanción, principio conforme al cual, siempre debe existir una razonable adecuación entre el desvalor o naturaleza del ilícito cometido y la sanción que se aplica al autor del mismo (...)” (Alejandro Cárcamo Righetti: “La Obligatoria Observancia del Principio de Proporcionalidad de la Sanción en el Derecho Administrativo Sancionador: Fundamentos, Alcances y Aplicaciones”, *Sanciones Administrativas*, Santiago, Ed. Thomson Reuters, 2.014, pp. 149-165);

DECIMOQUINTO: Que, más específicamente y abundando en torno de las sanciones administrativas, “(...) este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades a favor del principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas. Indicando que esa 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 tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2°), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un



procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3°) (...)” (c. 7°, Rol N° 2.658), por cuanto “(...) el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N° 437, considerando 14°), como es -entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada” (c. 28°, Rol N° 1.518);

DECIMOSEXTO: Que, en el ámbito específico referido a la configuración de la sanción administrativa por parte del legislador, esta Magistratura ha considerado 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 ocurrido 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” (c. 13°, Rol N° 2.678).

DECIMOSEPTIMO: Que, precisamente, aplicando ese parámetro en el ya aludido Rol N° 2.648, a propósito de la multa que establece el artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en la redacción del ex Ministro Domingo Hernández Emparanza, aun cuando se trataba de una sanción impuesta judicialmente y no en sede administrativa, se planteó, en relación con el principio de proporcionalidad como límite del *ius puniendi* estatal, que opera en dos ámbitos. Por una parte, al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla y, de otra, como un límite al *acotado margen*



de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo.

Y, como corolario, particularmente relevante es recordar el considerando 17° de la sentencia Rol N° 2.666, pues allí consta “[q]ue la regulación de la sanción administrativa exige cumplir, junto con los mandatos de reserva legal y tipicidad, el requisito de proporcionalidad. En virtud de la proporcionalidad, la regulación ha de establecer un conjunto diferenciado de obligaciones y de sanciones dimensionadas en directa relación con la entidad o cuantía del incumplimiento. La gravedad relativa de la infracción es determinante de la sanción que debe imponer la autoridad de conformidad con la regulación aplicable (...)”;

DECIMOCTAVO: Que, finalmente, con motivo de algunas de las inaplicabilidades planteadas respecto del artículo 506 del Código del Trabajo, se ha precisado que, en todo caso, “(...) en la disposición reprochada el legislador prescribe que la sanción debe imponerse según la “gravedad” de la infracción, criterio que como se ha explicado en las consideraciones 10 y 11 resulta vacío e insuficiente.”

Como se ha dicho más arriba, y aquí se reitera, aquel no garantiza realmente que el operador encargado de aplicar la misma, vaya a ajustar o calibrar la sanción según la gravedad de la infracción.

Lo anterior, pues en las condiciones y el contexto en que el precepto se inserta, tal cuestión queda entregada enteramente a la apreciación discrecional de este último, no solo porque el legislador no calificó si una infracción era leve, grave o gravísima -lo que por sí mismo transforma en vacío el criterio antedicho- sino que además porque omitió establecer otros factores o criterios obligatorios a considerar para desarrollar tal tarea” (c. 15°, Rol N° 7.554);

DECIMONOVENO: Que, en suma, no hay duda que la potestad sancionadora de la Administración del Estado se sujeta a los principios y normas constitucionales y, especialmente, a lo dispuesto en el artículo 19 numerales 2° y 3° de la Carta Fundamental tanto en su ejercicio por dicha Administración como, previamente, en la configuración de la respectiva potestad por el legislador, de tal manera que los preceptos legales sancionatorios “(...) prevean lo siguiente: la relación entre la conducta y la pena prevista, en vista al bien jurídico protegido; la existencia de márgenes o rangos para la aplicación de las penas; y la presencia de criterios objetivos que auxilien a los intérpretes en la determinación de la sanción definitiva” (Nicolás Enteiche



Rosales: *Las Sanciones Administrativas. El Principio de la Proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 52), lo cual exige, en lo que atañe a este caso, una suficiente determinación de los criterios, parámetros o factores que deben considerarse para imponer la sanción prevista en el artículo 37 N° 3 letra b) del Decreto Ley N° 3.538, que, aun cuando sean más o menos flexibles, sirvan para orientar la decisión sancionatoria y, luego, su control judicial;

VIGESIMO: Que, en efecto, “[p]ara confirmar una potestad sancionadora el legislador recurre a una técnica normativa mixta, constituida por un binomio de potestades regladas y discrecionales, las cuales operarán de manera concatenada y colaborativa durante su ejercicio. Cada una estará conformada por diferentes niveles de densidad normativa, atendidos los fines y objetivos que se buscan lograr con su establecimiento” (Rosa Fernanda Gómez González: *Discrecionalidad y Potestad Administrativa Sancionadora*, Santiago, Tirant lo Blanch, 2021, p. 167);

VIGESIMOPRIMERO: Que, por ende, en el caso que ahora debemos resolver se cuestiona un aspecto preciso de la potestad sancionadora que el legislador ha atribuido a la Comisión para el Mercado Financiero, consistente en dirimir si el precepto legal impugnado ha configurado la sanción de revocación respetando los principios y normas constitucionales referidos, porque sólo una suficiente determinación legislativa permite, después, que la Administración pueda imponerla dentro de esos contornos y que el juez, finalmente, pueda evaluar lo resuelto en aquella sede;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, más precisamente y conforme a la atribución que el artículo 93 inciso primero N° 6° de la Carta Fundamental confiere a esta Magistratura, debemos revisar si la configuración legal de la sanción, atendido el déficit normativo que presentaría, conlleva que su aplicación puede resultar contraria a la Constitución, en este caso concreto;

II. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

VIGESIMOTERCERO: Que, como ya anticipamos, no corresponde a este Tribunal entrar a examinar si se cometió o no la infracción sancionada, hoy reclamada judicialmente, ni tampoco le compete pronunciarse acerca de su gravedad -todo lo cual es materia del Juez del Fondo- y menos, en esta oportunidad, atendidos los términos



de la controversia planteada, cuestionar las facultades de fiscalización y sanción que el legislador ha atribuido a dicha Comisión;

VIGESIMOCUARTO: Que, en este sentido, el Tribunal Constitucional de Alemania, a propósito del artículo 19 de su Carta Fundamental, en virtud del cual “[t]oda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios (...)”, ha señalado -si bien, en un caso referido a un amparo por afectación de la libertad personal- que “[e]l Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental contiene el derecho fundamental de obtener la protección jurídica más completa posible por parte de los tribunales, en contra de actos del poder público (...) cuando el derecho procesal contempla una instancia adicional, entonces el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental garantiza la efectividad de esta protección jurídica, en el sentido de conceder un derecho subjetivo a obtener un control jurisdiccional eficaz (...)” (Jürgen Schwabe: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, México Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 464);

VIGESIMOQUINTO: Que, situados ahora en el ámbito de nuestra función constitucional, el precepto impugnado resulta en su aplicación contrario a los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues no contiene parámetros o factores objetivos, claros y dotados de suficiente densidad normativa que garanticen realmente que la Comisión para el Mercado Financiero pueda determinar su aplicación y, luego, especialmente, que el Juez del Fondo examine -conforme a estos criterios- la sujeción de la respectiva decisión sancionatoria a la legalidad vigente, con lo que su elaboración y definición queda entregada a la sola apreciación discrecional de la misma autoridad administrativa que la impone y de los Tribunales Superiores que realizan el control judicial en el respectivo reclamo.

De esta manera, la aplicación contraria a la Constitución no deviene del defecto o error en la apreciación en que pueda incurrir la Comisión ni de la mayor o menor laxitud con que se verifique el control judicial, sino que, aun antes, se produce a raíz que el precepto legal contenido en el artículo 37 N° 3 letra b) del Decreto Ley N° 3.538 adolece de los factores, criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental, máxime considerando la secuela revocatoria allí prevista;



VIGESIMOSEXTO: Que, no hay duda de la trascendencia e impacto que tiene la sanción de revocación de la autorización o nombramiento para desarrollar una actividad que es lícita y, más aún, valiosa para el adecuado funcionamiento del mercado, como se justificó al incorporar el Título XXVIII a la Ley de Mercado de Valores en 2009, mediante la Ley N° 20.382, lo que fuerza a requerir -desde esta perspectiva- parámetros que delimiten y orienten, al menos, la actuación de la Administración, proveyendo al juez de elementos objetivos que le permitan, luego, evaluar la actuación del fiscalizador, armonizando cabalmente el inevitable margen de discrecionalidad del que debe hallarse revestida la autoridad en estas materias, con la concurrencia de elementos reglados que confieran suficiente garantía para el destinatario de la decisión administrativa. Pero sin que resulte constitucionalmente admisible que, como lo hemos señalado en sentencias anteriores, que el legislador pueda prescindir de considerar todo criterio que guíe la actuación sancionatoria;

VIGESIMOSEPTIMO: Que, aquella Ley N° 20.382, que *introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas, “[s]e trata de una de las cuatro reformas legales que se le exigieron a Chile para su ingreso como miembro pleno a la OCDE (...)”* (Javiera Vela Dupré: “La Auditoría Externa como Instrumento de Fiscalización Privada de la Administración Social”, *Revista Jurídica Digital UANDES* 2/2, 2018, p. 55), donde la función principal de las empresas de auditoría externa radica en “(...) el control de la administración y la garantía de fiabilidad de la información financiera que la empresa auditada presenta a los interesados y al mercado en general” (p. 34);

VIGESIMOCTAVO: Que, siendo así, la relevante tarea que realizan las auditoras externas requiere de un estatuto jurídico cuidadosamente elaborado en todos sus aspectos, incluyendo también las sanciones que se les pueden aplicar por la administración fiscalizadora y, más todavía, si se trata de la revocación de la autorización o nombramiento para llevar a cabo esa labor que es significativa para el mercado. Ambitos completos de discrecionalidad sumen en la incerteza la actuación de los destinatarios de las normas jurídicas y los dejan desprovistos de medios para objetar, eficazmente, las decisiones de la autoridad ante los tribunales, afectando los derechos que se les aseguran en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución;



VIGESIMONOVENO: Que, por cierto, no se trata, como en el caso de una multa, de fijar montos o tramos para determinar la cuantía, sino de configurar los contornos y deslindes suficientes para que la imposición de la sanción revocatoria pueda ser adoptada, formal y sustantivamente, dentro de la legalidad y susceptible de ser controlada judicialmente y no, en cambio, que ello dependa nada más que de la determinación -por la propia entidad sancionadora- de si la conducta ejecutada es o no grave, sin que aparezca la extensión, los casos, hipótesis o modalidades que la caractericen o se enuncien rasgos o factores que permitan discernir esa calificación u otros elementos que delimiten la actuación estatal y que, luego, permitan al juez evaluarla genuinamente;

TRIGESIMO: Que, precisamente y conforme a las circunstancias del caso concreto, especialmente considerando el contenido de la resolución sancionatoria, de la que rechazó el recurso de reposición y de la sentencia que se pronunció sobre el reclamo de ilegalidad, es posible verificar que los elementos que llevan a la autoridad a calificar la gravedad de la conducta son elaborados por ella misma y, por eso, la Corte de Santiago resuelve que la decisión administrativa no vulnera *norma legal alguna*. Precisamente, porque la ley reduce el campo normativo de la determinación de la sanción nada más que a señalar que la causa que lleva a imponerla debe ser grave, prescindiendo de todo criterio que delimite la actuación de la entidad estatal dotada de potestad sancionadora;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, la indeterminación inconstitucional del precepto legal sancionatorio aparece confirmada por el conjunto de elementos a que la Comisión para el Mercado Financiero acude para sostener su decisión, incluyendo el artículo 38 del Decreto Ley N° 3.538 -que se aplica a las multas y no a la revocación, tal y como lo reconoce la propia Corte de Apelaciones en el considerando 11° de la sentencia recaída en el reclamo de ilegalidad-, pero ello no es suficiente garantía, que debe ser dispuesta por el legislador, en términos generales y abstractos, para conferir certeza al destinatario de la sanción y, especialmente, para que el juez esté en situación de evaluar si lo decidido es o no respetuoso de la legalidad vigente;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, así las cosas y conforme a la función encomendada por la Carta Fundamental a esta Magistratura, la que no tiene por finalidad resolver el apego o no de un acto administrativo a la ley, sino el de ésta a la Constitución, constatamos que el precepto cuestionado adolece de la suficiente



densidad normativa, en particular considerando que nos encontramos en materia sancionatoria y que la consecuencia contemplada en el artículo 37 N° 3 letra b) es la revocación de la autorización o nombramiento para desarrollar una actividad que es lícita y que es importante en el mercado, lo cual torna insuficiente los esfuerzos desplegados en sede administrativa para salvar la objeción de constitucionalidad de que adolece el precepto legal, aun antes de calificar la actuación del Ente Fiscalizador o la del Juez que la examina, a raíz del reclamo de ilegalidad intentado en su contra.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 37, N° 3, LETRA B) DEL D.L. N° 3538, QUE CREA LA COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, EN EL PROCESO ROL N° 339-2021, SOBRE APELACIÓN DE RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE SUPREMA. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores JUAN JOSÉ ROMERO (PRESIDENTE), GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por **rechazar** el requerimiento, por las siguientes razones:



1º.- Que el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido interpuesto en representación de Raimundo López López y la sociedad Raimundo López Auditores Consultores Asociados SpA., ambos sancionados por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) con la cancelación del registro de empresas de auditoría externa, a consecuencia de una serie de infracciones a diversas disposiciones legales de la Ley sobre Mercado de Valores y otras regulaciones correspondientes a las normas de auditoría generalmente aceptadas en Chile (Nagas).

2.- Que en este contexto, los requirentes cuestionan la aplicación del artículo 37, N° 3, letra b) del D.L. N° 3538, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, precepto legal que habría servido de fundamento para la imposición de la penalidad reseñada y que no cumpliría con *“definir criterios, parámetros o principios que permitan a la autoridad reguladora (CMF) establecer sanciones determinadas legalmente al caso concreto, sin incurrir en discriminaciones arbitrarias en el ejercicio de sus potestades, por cuanto el texto de la norma impugnada carece de elementos que permitan una determinación objetiva de la sanción aplicable en base al reproche que efectivamente produzca la conducta, materializándose ello en una sanción indeterminada e imprevisible para el regulado”* (expresión del requirente, a fojas 2 de su presentación). De esta deficiencia normativa, el requirente deriva las infracciones constitucionales alegadas, referidas al principio de supremacía constitucional y principio de juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución; el principio de legalidad del artículo 19 N° 3 inciso octavo y noveno; igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 y de un juzgamiento racional del ya indicado artículo 19 N° 3 en su inciso sexto.

3.- Que antes de entrar a analizar los cuestionamientos señalados, resulta fundamental hacer mención a las circunstancias que dieron lugar a la respuesta punitiva de la CMF en contra de la parte requirente. En primer término, por cuanto la naturaleza de control concreto de constitucionalidad que subyace al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad obliga a tener especial consideración por el contexto particular en el cual se produce la aplicación de los preceptos legales reprochados. Sobre el punto, ha sido la propia jurisprudencia constitucional la que al respecto ha señalado que *“El Tribunal Constitucional está llamado a determinar si la aplicación de un precepto legal en una gestión específica resulta contrario a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados*



contrarios a la Constitución. Por ende, le impide realizar un juicio en abstracto de constitucionalidad contrastando el texto de la norma impugnada con el de la Carta Fundamental, dado que está dirigida a verificar si el precepto legal impugnado produce un resultado inconstitucional en la gestión pendiente de que se trata". (STC 479 c. 3)

4º.- Que, en segundo término, la revisión de las singularidades del caso específico resultan determinantes para descartar las afectaciones constitucionales planteadas por la parte requirente, desde que son dichos antecedentes los que permiten afirmar que no ha existido en la especie una aplicación arbitraria de las facultades sancionatorias que la norma contempla, como se sostiene en el requerimiento, ni que tampoco es efectivo que la medida adoptada por la CMF no haya respetado criterio de graduación alguno que permita vincular la respuesta sancionatoria con la gravedad de la conducta reprochada.

5º.- Que, en efecto, llama la atención la ausencia de mayores antecedentes del caso concreto vertidos en el requerimiento mismo, en confrontación con los cuestionamientos que se hacen a la norma impugnada a la cual se le atribuyen una serie de deficiencias en los términos ya descritos. Ante dicha ausencia de elementos contenidos en la presentación, han sido los restantes antecedentes que obran en el expediente constitucional los que permiten tener una visión más clara de aquel contexto en el cual la norma cuestionada recibe aplicación. En tal sentido, conforme se advierte en los fundamentos de la resolución exenta N° 1287, de 6 de febrero de 2020, por cuyo medio la CMF impuso la medida de cancelación del registro de empresas, Raimundo López Consultores Asociados SpA., se encuentra inscrita desde el año 2010 en el Registro de Empresas de Auditoría Externa de la Comisión para el Mercado Financiero. En el ejercicio de las funciones en cuestión, la sociedad en comento fue la encargada de llevar a cabo la auditoría de los estados financieros al 31 de diciembre de 2015 de las empresas Inmobiliaria Estadio Sirio S.A.; Transa Securitizadora S.A.; Servihabit S.A. y Securitizadora Sudamericana S.A., todas bajo la fiscalización de la CMF. Estos informes fueron suscritos por el propio señor López López en su calidad de socio de la firma consultora. Junto a lo anterior se hace presente que, respecto de tres de las sociedades auditadas, fue la misma empresa y el mismo socio quienes revisaron los estados financieros desde el año 2010, dando cuenta de una relación que se extendía en el tiempo.



6º.- Que, en mayo de 2016, la Superintendencia de Valores y Seguros (antecesora de la CMF) formuló observaciones a la labor del señor Raimundo López como auditor de la empresa Transa Securitizadora S.A., en particular por el número de años de relación existente entre las partes, y a partir de ello se inició un proceso de fiscalización a la empresa requirente, solicitando los papeles de trabajo y antecedentes relativos a las auditorías practicadas. De ahí en más se desarrollaron diversas diligencias durante varios años, todas tendientes a esclarecer los procesos de auditoría realizados, entendiendo que a partir de ellos se emitió información al mercado acerca de la situación financiera de las empresas auditadas, por lo que la misma debía estar sostenida en antecedentes y documentos de respaldo. No obstante ello, la misma resolución transcribe algunas de las respuestas dadas por el requirente, señor López, el cual frente a las solicitudes de la autoridad expresó: *“Respecto de Servihabit y Sudamericana, no tengo información de respaldo del proceso de auditoría ya que no me entregaron los documentos las personas que hicieron la auditoría, que estuvo a cargo de AMR. Voy a consultar a AMR si tiene alguno de los documentos de respaldo del proceso de auditoría y me comprometo a presentarlos el viernes 12 de julio, si los hubiere”* (transcripción que obra a fojas 38 del expediente constitucional).

7º.- Que luego, el 12 de julio, el requirente señor López informó a la autoridad: *“...sobre los papeles de trabajo de Servihabit S.A., Securitizadora Sudamericana S.A. y Transa Securitizadora S.A. para el ejercicio 2015, respondemos a ustedes que no mantenemos en nuestras dependencias papeles de trabajo de las empresas mencionadas anteriormente, esto debido a que en esa fecha el área de auditoría no mantenía los conocimientos necesarios sobre (SIC) las normas de auditoría”* (transcripción que obra a fojas 40 del expediente constitucional). A partir de tal respuesta y de los antecedentes recopilados durante la investigación, la autoridad procedió a formular cargos, dando cuenta de una serie de incumplimientos en el ejercicio de la labor de auditoría del requirente, de los cuales se da cuenta en el respectivo acto administrativo sancionatorio.

8º.- Que esta reseña de la cuestión debatida reviste importancia e interés, porque da cuenta de una conducta infraccional de trascendencia. Se trata del cuestionamiento a la labor de auditoría supuestamente efectuada por la empresa requirente y suscrita en señal de conformidad por el señor López, y que al tratar de ser fiscalizada queda en evidencia que carece de todo respaldo, lo que supone un incumplimiento a un deber básico exigible a un profesional del área y a la empresa



respectiva, cuyas consecuencias inciden directamente en el orden público económico. No olvidemos sobre este punto que el respeto al orden público económico constituye un bien jurídico de relevancia, que por lo mismo cuenta con protección tanto en el ordenamiento jurídico penal como en el administrativo. Por lo pronto esta Magistratura ha señalado a propósito de este orden público económico que este supone "*[e]l arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social (Luis Claro Solar). Por otro lado, se puede sostener que orden público económico es el conjunto de los principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la CPR.*" (STC Roles N° 207, c. 72 y 1144, c.66)

9º.- Que en consideración a la trascendencia de este bien jurídico, la regulación contenida en la Ley N° 21.000 que Crea la Comisión para el Mercado Financiero entrega atribuciones a este organismo para, conforme señala su artículo 1º inciso segundo "*velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas, depositantes y asegurados, así como el resguardo del interés público*". Y dentro de la misma lógica de protección, la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores, dedica un título particular, el XXVIII, a regular a las empresas de auditoría externa, definiendo expresamente sus actividades principales en el artículo 239, indicando que estas:

"a) Examinan selectivamente los montos, respaldos y antecedentes que conforman la contabilidad y los estados financieros.

b) Evalúan los principios de contabilidad utilizados y la consistencia de su aplicación con los estándares relevantes, así como las estimaciones significativas hechas por la administración.

c) Emiten sus conclusiones respecto de la presentación general de la contabilidad y los estados financieros, indicando con un razonable grado de seguridad, si ellos están exentos de errores significativos y cumplen con los estándares relevantes en forma cabal, consistente y confiable."



Como se advierte, se trata de una actividad reglada, que debe ejercerse en cumplimiento de estrictos estándares de precisión, objetividad y fiabilidad de la labor efectuada.

10º.- Que luego el artículo 240 del mismo cuerpo legal principia señalando que *“Las empresas de auditoría externa quedarán sometidas a la fiscalización de la Comisión en lo referido a los servicios de auditoría externa, los que sólo podrán prestar previa inscripción en el Registro y mientras se encuentren inscritas en él”*. Posteriormente, la misma regulación indica los requisitos para que una empresa de auditoría pueda solicitar su incorporación al registro y a continuación plantea expresamente que dicha inscripción: *“podrá ser cancelada cuando la Comisión así lo resuelva, mediante resolución fundada y previa audiencia de la empresa de auditoría externa afectada, por haber incurrido ésta en algunas de las siguientes situaciones:*

a) Dejar de cumplir con alguno de los requisitos necesarios para la inscripción. La Comisión, en casos calificados, podrá otorgar al interesado un plazo para subsanar el incumplimiento, el que en ningún caso podrá exceder de 120 días.

b) Dejar de desempeñar la función de auditoría externa, en los términos señalados en el artículo 239 de esta ley, por más de un año.

c) Encontrarse un socio en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 241 y mantenerse en ella por más de noventa días.

Además, dicha inscripción podrá ser cancelada o suspendida hasta por el plazo de un año en la misma forma señalada en el inciso anterior, cuando las empresas de auditoría externa sean responsables de:

a) Incurrir en infracciones graves o reiteradas a las obligaciones o prohibiciones que le imponen esta ley, sus normas complementarias u otras disposiciones que los rijan.

b) Realizar transacciones incompatibles con las sanas prácticas de los mercados de valores.”

11º.- Que tal como se desprende de las disposiciones legales transcritas, estamos frente a una actividad de la mayor trascendencia, con efectos concretos en el mercado y más ampliamente en el orden público económico. A partir de ello, los servicios desarrollados por las empresas de auditoría externa deben necesariamente someterse a una acuciosa regulación que establece el estándar que deben observar las



mismas en su actividad de revisión financiera. A lo anterior, cabe agregar que se trata de una actividad que cuenta con un exhaustivo control de la autoridad, expresado en la fiscalización que realiza la CMF de las actividades que ejercen estos auditores y más importante aún, únicamente susceptible de ser desarrollada en la medida que cuente con la habilitación legal correspondiente, derivada de la incorporación al Registro de Empresas de Auditoría Externa. Vale decir, estamos frente a una serie de regulaciones que ponen en evidencia que no se trata de una simple actividad de revisión financiera ejercida libremente como cualquier profesión liberal u oficio, sino que, muy por el contrario, se trata de una actividad reglada, con específicos requisitos incluida la necesidad de ser parte del mencionado sistema registral, al que se accede precisamente a través del cumplimiento de lo exigido por la ley y que es controlado por la misma CMF. En definitiva, estamos hablando de una labor que, sin la habilitación legal otorgada por el organismo fiscalizador, no se puede desarrollar válidamente.

12º.- Que todo lo anteriormente descrito, grafica la importancia de la revisión de los estados financieros de empresas y actores relevantes del mercado. En tal sentido, esta regulación normativa no constituye algo ajeno a la vida del derecho si consideramos que detrás de cada regulación, existe una intención de “modelar” una determinada conducta de manera de hacerla conciliar con el resto del ordenamiento jurídico y por supuesto con la protección de bienes jurídicos. Así, podemos concordar en que *“desde las ciencias sociales se destaca que si el «objeto social fundamental» es que las conductas de las personas se ajusten a las reglas aprobadas por la sociedad organizada, entonces el Derecho desempeña un papel relevante en garantizar que se cumpla dicho objetivo, en tanto puede obligar o incentivar, a través del establecimiento de sanciones o recompensas, la ejecución de determinados comportamientos (requiriendo al efecto la modificación de conductas desviadas). Dicha función tradicionalmente se ha logrado con la anudación de consecuencias desagradables frente a la realización de acciones socialmente reprochables o a la omisión de conductas socialmente deseables, lo cual se concreta -frecuentemente- en el recurso a la coerción y, señaladamente, a las sanciones jurídicas. Desde esa perspectiva, el establecimiento de reglas jurídicas comporta la «reducción» o la limitación de las opciones de que disponen las personas para obrar de la manera que ellos prefieran. Pues parte importante -cuando no todos- de nuestros comportamientos se hallan disciplinados o influenciados en alguna medida por normas jurídicas y, por lo mismo, son «obligatorios, en algún sentido»: tales reglas nos*



constrañen, por ejemplo, a conducir por un lado de la calzada o pagar impuestos o cumplir (de buena fe) los contratos que con otros suscribimos o, en su caso, las normas imponen a las empresas proveedoras de servicios determinados estándares de calidad y regularidad o la obligación de respetar los derechos de los consumidores.” (Montero Cartes, Cristian. Reflexiones en torno a la construcción de la noción de sanción jurídica: El indispensable recurso a la teoría general a objeto de distinguir la sanción administrativa de la pena judicial”. Revista de Derecho Público: Teoría y Método. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 4 pp. 125-152. Madrid, 2021)

13º.- Que, despejado el carácter de actividad reglada para aquella que realiza la requirente, en especial consideración al bien jurídico protegido, corresponde verificar si los cuestionamientos planteados en relación a la aplicación del precepto legal contenido en el artículo 37, N° 3, letra b) del D.L. N° 3538, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, resultan efectivos para el caso concreto. Al respecto, cabe indicar que la requirente estima que este precepto legal impide que la autoridad aplique ponderación de criterios, afectando las garantías constitucionales ya descritas. Lo cierto es que el artículo 37 regula las infracciones a leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que rijan, o el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que imparta la CMF, estableciendo un catálogo de infracciones, comenzando con censura, para luego pasar a multa a beneficio fiscal, mientras que el numeral 3 alude a las infracciones de personas nombradas o autorizadas por la CMF para ejercer determinadas funciones o actuaciones -cual es el caso de la empresa requirente-, a quienes se le podrá aplicar también las sanciones de:

- a) Suspensión de su cargo hasta por un año.
- b) Revocación de su autorización o nombramiento por causa grave.

14º.- La norma en cuestión establece una regulación sancionatoria en atención al sujeto infractor, dentro de los cuales se encuentran las empresas de auditoría. Luego delimita la respuesta sancionatoria susceptible de ser aplicada y establece un numeral específico para *“personas nombradas o autorizadas por la Comisión para ejercer determinadas funciones o actuaciones”*, cuyo caso es el de la requirente, con las sanciones ya indicadas previamente.

15º.- Que lo cierto es que las sanciones que se contemplan en el indicado numeral 3 del artículo 37 de DL 3528 (suspensión y revocación) son absolutamente



concordantes con el carácter de los sujetos infractores, esto es, personas nombradas o autorizadas por la CMF para desarrollar sus labores. Tal como señalamos, se trata de una actividad reglada, sometida a requisitos en su configuración y que depende de la conformidad de la CMF para poder operar válidamente. De este modo, no resulta cuestionable que en caso de infracciones normativas cometidas por personas que habían sido previamente autorizadas para operar, se considere como una de las posibles sanciones, la revocación de dicha autorización.

16º.- Que junto a lo anterior, la medida de revocación de la autorización o nombramiento tiene un fundamento específico que la sustenta, y que esta consignada en la misma norma, cual es la existencia de una causa grave. Vale decir, no se trata de una simple medida discrecional de la autoridad frente a un hecho constitutivo de infracción, sino que es la respuesta concreta a una infracción revestida de gravedad. Al respecto, cabe tener presente que conforme señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, algo es grave cuando es “*grande, de mucha entidad o importancia*” (<https://dle.rae.es/grave>). Pues bien, solo frente a transgresiones de este carácter la autoridad está facultada para adoptar la medida de revocación de la autorización o nombramiento. Y es ello precisamente lo que ha ocurrido en la especie, desde que las infracciones establecidas respecto de la requirente no aluden a incumplimientos normativos menores o a defectos en los procedimientos susceptibles de ser enmendados. En el caso concreto, lo que la investigación ha evidenciado es la inexistencia de papeles de trabajo, vale decir, la falta de antecedentes respecto de tareas de auditoría realizadas respecto de diversas empresas, cuya información fue entregada al mercado, el cual las incorpora en el entendido que se trata de un proceso de revisión sometido al cumplimiento de todos los estándares regulatorios vigentes.

17º.- Que nada de ello ha ocurrido en la especie, desde que la conducta de la empresa requirente y su socio es de tal grado de deficiencia, que incluso pone en tela de juicio la realización efectiva de los procesos de auditoría, generando un espacio de incerteza que se traslada al mercado, ocasionando efectos negativos en el mismo. Lo antes indicado queda reflejado en los argumentos de la resolución sancionatoria en cuanto señala “*Respecto de ambos, la sanción se fundamentó en la infracción a lo dispuesto en los artículos 239, 246 y 248 de la Ley N° 18.045, en relación a las Secciones AU 200 (párrafos 12, 17, 18, 19, 20, A19, A24 y A31), AU 220 (párrafos 10, 17, 18, 19, A14 y A16), AU 500 (párrafos 4, 6, A3 y A6) y AU 700 (párrafos 13, 14, 15, 16, 17 y 18) de las NAGAs,*



por incumplimiento de los deberes de juicio y escepticismo profesional, el estándar de cuidado y diligencia, y el deber de supervisión y revisión de los trabajos. Sin perjuicio de aquello, respecto del Sr. Raimundo López López, se impuso la sanción de cancelación –además- por infracción a lo dispuesto en el artículo 239 inciso final de la Ley N° 18.045 y el párrafo 13 de la Sección AU 220 de las NAGAs, al no haber dado cumplimiento a la exigencia de independencia de juicio al firmar los informes de las auditorías de Transa Securitizadora S.A., Securitizadora Sudamericana S.A. y Servihabit S.A. por más de 5 años consecutivos”, agregando “En definitiva, la ausencia de documentación de procedimientos de auditoría que hayan sido desarrollados por la Auditora Sancionada –conforme a los elementos presentes en el expediente administrativo- llevó a constatar que la Empresa Auditora y el Socio Sancionados no realizaron procedimientos de auditoría, que les permitiesen obtener suficiente y apropiada evidencia para poder alcanzar conclusiones razonables sobre las cuales basar su opinión; no obstante lo cual, emitieron informes de auditoría respecto de los estados financieros de Inmobiliaria Estadio Sirio S.A., Transa Securitizadora S.A., Securitizadora Sudamericana S.A. y Servihabit S.A. al 31 de diciembre de 2015.”

18°.- Que por lo demás, a una conclusión similar arribó la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer del reclamo de ilegalidad en contra de la resolución sancionatoria al indicar que “cabe considerar que la resolución sancionatoria en su acápite V.2 se refiere a la determinación de la sanción que se resuelve aplicar y dice que además de la consideración y ponderación de todos los antecedentes incluidos y hechos valer en el procedimiento administrativo tiene en consideración los parámetros aplicables en la legislación, así se refiere a la gravedad de la conducta, catalogándola de una falta gravísima en relación al cumplimiento de los estándares profesionales contemplados en las NAGAs, considera que hay una falta de preparación y desconocimiento de la importancia del rol al efectuar las auditorías a los estados financieros, que así se merma el cumplimiento del objetivo de las auditorías, que la ausencia de documentación de procedimientos de auditoría implica que no consta que los procedimientos de auditoría realizados permitiese obtener suficiente y apropiada evidencia para alcanzar conclusiones razonables. Aludió también al beneficio económico determinando que no se observó otro que la remuneración que se recibió por la auditoría, se consideró también el riesgo al correcto funcionamiento del mercado y al perjuicio para el mercado financiero en general. De igual forma ponderó la participación de los investigados en las infracciones imputadas, atribuyéndoles la calidad de autores, se consideró la capacidad económica de los reclamantes, la inexistencia de sanciones previas y que no hubo colaboración del socio



investigado ni de la empresa auditora limitándose a responder los requerimientos formulados en su calidad de fiscalizados. Que el razonamiento descrito no vulnera, a juicio de esta Corte, norma legal alguna pues se trata en la especie de cumplir con el deber de motivación de los actos administrativos y, dentro de esa óptica el órgano regulador realiza una ponderación de todas las circunstancias que, a su juicio, son relevantes para decidir la sanción, sin que la coincidencia de criterios que la ley detalla para la imposición de multa tenga la virtud de viciar la decisión” (transcripción que rola a fojas 378 y 379 del expediente constitucional)

19º.- Que, de este modo, es posible establecer como un hecho fehaciente que la conducta del requirente tanto como empresa de auditoría y en su rol de socio de la misma ha revestido la mayor gravedad, al no dar cumplimiento al más mínimo estándar exigible a la actividad y poner en entredicho la ejecución de la misma, con las implicancias que de ello deriva para el mercado y la buena fe de quienes reciben la información de estas empresas que forman parte de los registros de la CMF. En tal sentido, no es posible esgrimir que en la especie ha existido un ejercicio discrecional y arbitrario de la autoridad, carente de un parámetro que sustente la sanción impuesta. En primer término, porque tal como se ha expuesto, la conducta de los sancionados ha revestido una gravedad incuestionable. En segundo lugar porque la actividad de auditoría externa desarrollada por empresas solo es posible en la medida que estas se encuentren debidamente inscritas en el registro respectivo a cargo de la Comisión para el Mercado Financiero, quedando además sujeta en el ejercicio de dicha tarea de auditoría externa sujeta a la fiscalización de la misma autoridad por así disponerlo expresamente el artículo 240 de la Ley Nº 18.045 sobre Mercado de Valores, de manera tal que las empresas dedicadas a esta actividad, conocen de antemano el marco regulatorio y de control al que se encuentran sometidos, sin que sea posible operar al margen de dicha normativa.

20º.- Que, en un tercer orden de ideas, tampoco resulta atendible la alegación de la parte requirente al analizar los fundamentos de la resolución sancionatoria y el análisis efectuado para alcanzar la decisión sancionatoria de revocación. En efecto, la resolución exenta Nº 1287 de la CMF, establece en su apartado V.2 del capítulo “Decisión” los criterios bajo los cuales la autoridad ha arribado a la sanción. Y expresamente menciona: 1) la gravedad de la conducta, las que califica de gravísima en relación al cumplimiento de los estándares profesionales contemplados en las Nagas y que deben ser observados en el desarrollo de las auditorías; 2) se consideró



el beneficio económico, señalándose que este no paso de la remuneración respectiva; 3) se ponderó el riesgo causado al correcto funcionamiento del mercado; 4) se tuvo en cuenta la participación que cabe a los sancionados en los hechos infraccionales; 5) se tuvo en cuenta la ausencia de sanciones de este tipo a empresas de auditoría; 6) se analizó la capacidad económica de la requirente, con específica consideración de sus ingresos por auditorías externas realizadas a entidades fiscalizadas por la CMF como aquellas que no tienen tal condición; 7) se hizo presente la ausencia de sanciones pecias y 8) se estimó que no hubo colaboración de los sancionados en el proceso investigativo.

21º.- Que los criterios reseñados, corresponden a aquellos que consigna expresamente el artículo 38 del DL 3538, a propósito de la determinación del rango y monto específico de las multas que contemplan los artículos anteriores del mismo cuerpo legal, elementos de juicio objetivo que han sido aplicados en la resolución sancionatoria de la especie y que han sido objeto de fundamentación en cada uno de los ocho criterios que la norma consigna. No cabe dentro de esta discusión el analizar si la norma del artículo 38 corresponde como criterio general de aplicación para sanciones distintas de multa o si es necesaria una modificación legal que explicita este punto. Lo cierto es que para el control concreto de constitucionalidad que nos convoca, queda evidenciado que la autoridad ha recurrido a tales criterios y en un afán de fundar debidamente su decisión y disipar cualquier cuestionamiento de arbitrariedad, ha dado razón de cada uno de los factores que motivan la decisión sancionatoria.

22º.- Que en tal sentido, planteamientos como los esgrimidos por la parte requirente en orden a que pese a no tener sanciones previas *“la CMF aplicó la sanción más grave a un auditor externo de empresas reguladas”* (a fojas 11 del expediente constitucional), constituyen cuestiones propias de la discusión de fondo y escapan al control de constitucionalidad. Asimismo, que se observe que el precepto legal cuestionado contenga la expresión *“podrá aplicarles también las sanciones de”* (a fojas 13 del expediente constitucional) supone desconocer la particular habilitación de que gozan las empresas auditoras externas para desarrollar su labor y como en el ejercicio de su actividad fiscalizadora, la CMF tiene atribuciones legales para poner término a la inscripción del registro, conforme consigna el artículo 240 de la Ley Nº 18.045, sobre Mercado de Valores y que no ha sido objeto de cuestionamiento.



23º.- Que de este modo, forzoso resulta descartar los cuestionamientos de la parte requirente, desde que -tal como se ha expuesto- la decisión de la CMF en el caso concreto resulta perfectamente ajustada al orden constitucional, en la medida que la decisión encuentra su fundamento legal en la naturaleza de las funciones desarrolladas por las empresas de auditoría externa y la protección del orden público económico. Asimismo, queda evidenciado que en la especie la decisión sancionatoria cuenta con la densidad de fundamentos necesaria para entender que la misma no responde a un acto arbitrario y carente de criterios que permitan ponderar la gravedad de hechos y la respuesta punitiva correspondiente.

24º.- Que en relación a la supuesta transgresión a la garantía constitucional del principio de legalidad contenido en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N° 3 constitucional, cabe indicar que en concepto de estos disidentes, tal infracción no es efectiva, desde que tal como ha indicado esta Magistratura *“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. Excepcionalmente, no es necesario detallarlo cabalmente, cuando la autoridad llamada a ejercer la sanción debe, para esto, fundamentar explícitamente con consideraciones de derecho la imputación de la conducta”*. (STC 799 cc. 9 y 10). Pues bien, de los antecedentes vertidos a lo largo de este voto, es posible apreciar como las conductas imputadas a los requirentes han sido acreditadas dentro de un contexto investigativo y decisorio enmarcado en las garantías de un debido proceso, y cada una de dichas imputaciones encuentra el respaldo normativo para justificar la respuesta sancionatoria.

25º.- Que por otra parte, la necesaria relación que debe existir entre la gravedad de la conducta reprochada y la penalidad impuesta, expresión del principio de proporcionalidad, de íntima vinculación con la garantía constitucional en comento, no puede tampoco ser objeto de cuestionamiento en la especie, desde que tal como se ha indicado, la decisión de la autoridad se ajusta a parámetros objetivos que se condicen con las circunstancias del caso concreto, sin que pueda pretenderse un grado de detalle tal que deje sin margen de acción a la autoridad, frente a conductas infraccionales de particular gravedad. En efecto, tal como ha señalado la doctrina *“[l]a graduación de las sanciones presupone la existencia de un margen de decisión que opere, aunque con intensidad suficiente, en todos los niveles. En el ámbito normativo el legislador*



tiene un margen amplísimo que solo puede ser controlado por el Tribunal Constitucional cuando sus determinaciones sean irracionales, violen algún derecho fundamental o no sean congruentes con los fines proclamados. Menor, aunque también muy amplio, es el margen de los reglamentos, que en cualquier caso no pueden exceder de los límites señalados por la ley. El arbitrio judicial a la hora de atribuir sanciones está sometido a los límites generales propios del ejercicio de su arbitrio y en particular a la atención de las circunstancias del caso concreto y de sus relaciones con las tipificaciones normativas. Lo que aquí, con todo, más interesa es el alcance de la discrecionalidad administrativa (correlativa del arbitrio judicial); porque la discrecionalidad aplicativa es el complemento imprescindible de la proporcionalidad ya que cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional de la Administración” (Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, 4º edición, Madrid 2005, p. 355)

26º.- Que, en tal sentido, no es lo mismo discrecionalidad que arbitrariedad. Mientras que esta última se encuentra proscrita de nuestro orden constitucional, por resultar inconciliable con la garantía de igualdad ante la ley, la discrecionalidad alude a la concesión de un grado de actuación a la autoridad de modo tal de que esta pueda plasmar en una decisión -en este caso sancionatoria- el texto general y abstracto de la ley, a la gravedad de los hechos infraccionales y circunstancias de su imputación, cuestión que se encuentra debidamente sustentada en la especie, en las características de los hechos reprochados y en la aplicación de criterios que respaldan el actuar del servicio público al encontrarse fundada la decisión sancionatoria en los parámetros normativos de carácter legal ya reseñados.

27º.- Que tampoco resulta posible acoger los cuestionamientos de los requirentes en orden a estar frente a una decisión arbitraria, la que como tal, vulneraría la garantía de igualdad ante ley del artículo 19 N° 2 constitucional, por cuanto tal como se ha expuesto, la decisión de la CMF -ratificada además por la misma Corte de Apelaciones de Santiago- se ha basado en una resolución sustentada en regulaciones legales que atribuyen una respuesta sancionatoria como la de la especie ante conductas de tal gravedad, que comprometen la estabilidad del mercado y el interés público económico, tal como ocurre en la especie donde pese a todas las solicitudes y requerimientos efectuados por la autoridad, tal como indica la propia Corte al resolver el reclamo de ilegalidad indicando que “*el reproche se refiere a la falta de documentación de los procedimientos desarrollados por la empresa auditora que esté*



orientado a obtener la evidencia de la auditoría que se hace, y que estas fueron desarrolladas en cumplimiento con la NAGA y los requerimientos legales y regulatorios, es esa la documentación de respaldo que debió tenerse y no se tuvo...” (c. décimo tercero)

28º.- Que respecto al cuestionamiento referido a una eventual falta de tipificación de la conducta reprochada como su sanción y por esta vía transgresión de uno de los elementos integradores del debido proceso, cabe indicar que tal como se ha argumentado previamente, ello no es efectivo desde que las normas vulneradas por los requirentes contemplan una descripción detallada de conductas que son exigibles en el ámbito de las auditorías, las que están detalladas en la resolución sancionatoria y a su vez la norma reprochada contempla las posibles sanciones, las que además han sido determinadas en su aplicación al caso concreto sobre la base de los criterios de gravedad de la conducta, unido a los parámetros del artículo 38 del Decreto Ley N° 3538, como ya se ha explicado.

29º.- Que como corolario de lo ya señalado, tampoco puede estimarse que exista una vulneración de los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, por cuanto tal como se ha indicado, en la especie no se ha transgredido de modo alguno la Constitución, desde que la fiscalización, investigación y posterior sanción se han ajustado a las preceptivas correspondientes, sin que pueda estimarse que existe un desconocimiento del marco constitucional en toda esta actividad sancionatoria, reforzado lo anterior por cuanto, tal como ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional *“La autoridad para que ejerza sus facultades discrecionales con respeto al principio de supremacía constitucional, debe proceder siempre aplicando un procedimiento racional y justo, ya se trate de un acto administrativo desfavorable, o derechamente, de una sanción administrativa”* (STC 3770 c. 36), tal como ocurre en la especie. Por otra parte, la actuación de la CMF se ha ajustado a las competencias y funciones que el ordenamiento jurídico le confiere, teniendo un mandato en orden a velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, labor dentro de la cual se enmarca el actuar del organismo público sin que pueda entenderse que existe una transgresión al texto constitucional como sugiere la parte requirente.

30º.- Que no existiendo las infracciones constitucionales alegadas, el cuestionamiento a la entidad de la medida impuesta y la efectividad de los hechos reprochados, son aspectos que deben ser analizados en la instancia judicial respectiva, sin que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad constituya la vía



para zanjar la controversia entre las partes, motivo por el cual estos disidentes consideran que la presente acción constitucional debió ser rechazada.

PREVENCIÓN

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre al pronunciamiento sin compartir lo razonado en los considerandos 16° a 19° de la sentencia.

Redactó la sentencia el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. La disidencia corresponde al Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

La prevención corresponde al Ministro señor RODRIGO PICA FLORES.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.429-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.