



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA LEY 18.576
FRENTE AL DERECHO DE LOS DEPOSITANTES**

AUTOR
FRANCISCO JAVIER VERA ROMERO
PROFESOR GUIA: LUIS MORAND VALDIVIESO

SANTIAGO DE CHILE
2009

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
FUNCIONAMIENTO DE LOS BANCOS Y RAZONES POR LAS CUALES ES IMPORTANTE SU REGULACIÓN	4
1.1 Concepto de Banco.....	4
1.2 Marco regulatorio de la banca comercial.....	5
1.3 Funcionamiento de un banco.....	6
1.4 Operaciones de los bancos.....	7
1.5 La trascendencia de los bancos en la economía.....	8
CAPITULO II	
HISTORIA DE LA REGULACION BANCARIA	11
2.1 Legislación bancaria en Chile.....	11
2.2 Sistema bancario en Estados Unidos.....	14
2.3 El sistema bancario en Francia.....	17
2.3.1 El Comité de Establecimientos de Crédito y Empresas de Inversión	19
2.3.2 La Comisión Bancaria.....	20
2.4 La situación bancaria argentina.....	20
2.4.1 El sistema bancario argentino.....	21
2.4.2 Seguro de garantía de los depósitos.....	22
2.4.3 El “corralito” argentino.....	23
CAPITULO III	
SITUACIÓN CHILENA EN LOS AÑOS 1980, Y LAS REFORMAS DE LA LEY 18.576 COMO CONSECUENCIA DE LA CRISIS DE ESOS AÑOS	25
3.1 La crisis económica.....	25
3.2 La rehabilitación del sistema bancario.....	26
3.2.1 Capitalismo popular.....	27
3.2.2 Cartera Vencida.....	28
3.3 Problemas determinados a partir de la crisis.....	29
3.4 Medidas para regularizar la situación de los bancos.....	31
3.4.1 Transparencia en las operaciones bancarias y control preventivo.....	31
3.4.2 Mecanismos de ajuste de una entidad bancaria.....	33
3.4.3 Los procesos de regularización de la banca.....	35
3.4.3.1 Capitalización preventiva.....	36
3.4.3.2 Proposiciones de convenio.....	37
3.4.3.3 Capitalización de un banco por el sistema financiero.....	40
3.4.3.4 La liquidación forzosa.....	42
CAPITULO IV	

LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS COMO EJE CENTRAL DE CONTROL DE ACTIVIDADES BANCARIAS.....	47
4.1 Generalidades.....	47
4.2 Labor de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.....	48
4.3 Límites a la potestad de la Superintendencia.....	50
4.4 Dimensiones de las facultades de la Superintendencia	51
4.5 Control jurisdiccional frente a las atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras	57
4.5.1 Control administrativo.....	59
4.5.1.1 El recurso de reconsideración.....	59
4.5.1.2 El recurso jerárquico.....	60
4.5.2 Control jurisdiccional.....	61
4.6 Consideraciones acerca de la Superintendencia.....	63

CAPITULO V

CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LA LEY 18.576 A LA LEY GENERAL DE BANCOS.....	66
5.1 Constitucionalidad en el marco de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.....	66
5.2 Constitucionalidad de la Ley 18.576 frente a los depositantes	67
5.3 Situaciones a mejorar en beneficio del derecho de los depositantes.....	72
5.4 El secreto bancario.....	73
5.5 Otros servicios bancarios.....	75
5.6 El recurso de protección al amparo de los afectados	76
5.7 Jurisprudencia en torno a la aplicación del recurso de protección frente a la legislación bancaria y su reforma de 1986.....	78
5.7.1 Recurso de protección “Banco de Chile y sus accionistas contra el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras”	78
5.7.2 Recurso de protección “Banco Hipotecario de Chile con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”	79
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	83

INTRODUCCION

Referirnos a la primera mitad de la década del ochenta en Chile, nos acarrea inevitablemente hacia un magro recuerdo de crisis financiera generalizada en nuestro país. Y la negatividad de dicho recuerdo no parece en ningún punto sobredimensionado si entendemos que ésta afectaba a la totalidad de los bancos, entidades que por sus características constituyen el

motor generador de la economía de un país. Efectivamente, debemos recordar que aquella crisis significó finalmente el desembolso de 25.500 millones de dólares, lo cual equivalía aproximadamente al 35,2% del PIB del Estado chileno. No sólo debieron “re-privatizarse” numerosas instituciones financieras, sino que la intervención del Banco Central como último recurso para la garantía estatal de los depósitos se hizo urgente.

Bajo esta coyuntura económica, nos encontramos con un plan legislativo orientado a contrarrestar los problemas directos que aquejaban a la banca chilena, asentando nuevas bases acordes con la actualidad económica de esos años. En este sentido, una parte importante del desenlace de la crisis fue directamente atribuida a la deficiencia de legislación bancaria existente en la época, que según la opinión generalizada no se correspondía con los tiempos de la economía.

En definitiva, existía una importante desactualización, cuestión que no se correspondía con los nuevos tiempos de la banca. La excesiva confianza tanto de los depositantes como de los accionistas en los negocios bancarios terminaron por generar inversiones cada vez más riesgosas, amparados siempre en la garantía estatal que aseguraba el pago de los depósitos a plazo y a la vista.

La esperada reforma a la Ley General de Bancos tuvo lugar a través de la Ley 18.576, en el año 1986, otorgando mayor consistencia al control de las entidades bancarias, dotando para esto en mayor medida a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Sería mezquino quedarnos con la imagen de una reforma puntual enfocada a esos años ya que la introducción de la Ley 18.576 de 1986 constituye la innovación más profunda a la Ley General de Bancos de la que se tenga cuenta hasta nuestros días.

Sin embargo, al mismo tiempo en que se debatía el proyecto de ley que tenía por objeto comenzar con la reforma a la legislación bancaria, se criticaba que dicha reforma adolecía de inconstitucionalidad, dejándose la propiedad de la banca a manos del control fiscalizador estatal, con lo que se infringían ciertas garantías constitucionales.

El objetivo de este trabajo radica en determinar en qué medida el Estado garantiza el derecho de los depositantes frente a la ejecución del negocio

bancario. Con esta finalidad se ha abarcado dicho análisis en diversas secciones.

En primer lugar, es preciso determinar el área de funcionamiento de un banco, pasando por la definición de esta entidad, su marco legal regulatorio y sus operaciones, con el objetivo de dilucidar en definitiva la importancia de la actividad bancaria en la economía y su trascendencia como garante de la estabilidad del sistema de pagos de un país.

Luego, se describe la historia de la regulación bancaria en nuestro país con anterioridad a la reforma del año 1986. Así también, se ha pretendido investigar acerca de la regulación de los bancos en el derecho comparado, pasando por Estados Unidos, Francia y Argentina principalmente.

Posteriormente se hará referencia a la situación chilena a principios de la década del 1980, enfocándose esencialmente en la reforma a la Ley General de Bancos del año 1986, la Ley 18.576. En efecto, se debe destacar en este capítulo la coyuntura en la que nace dicha reforma, entendiendo en forma particular las discusiones generadas en torno a cada una de las nuevas medidas adoptadas para enfrentar posibles crisis a futuro. En este sentido, podemos anticipar a modo referencial que la reforma en cuestión plantea la estabilidad de la balanza de pagos de una entidad bancaria, procurando identificar desequilibrios financieros en una etapa temprana, de manera de poder anticiparse a la aparición de una eventual crisis. La introducción de las medidas para la regularización de la situación de los bancos han colaborado en gran medida otorgar soluciones prácticas y eficientes para el correcto soporte del sistema de pagos de nuestra economía.

En cuarto lugar se abarcará en profundidad la importancia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, institución mirada como un eje medular en el control de las actividades bancarias. En este sentido, la Superintendencia es el órgano llamado a ejercer la fiscalización sobre las unidades bancarias, de manera a evitar cualquier exceso o abuso en las operaciones realizadas, no sólo con el objeto de precaver eventuales crisis financieras, sino que también salvaguardando los derechos de los depositantes.

Finalmente, dados los presupuestos necesarios para el análisis se planteará una reflexión acerca de la constitucionalidad de la legislación bancaria entendida desde el punto de vista del resguardo del derecho de los depositantes. De este modo será preciso entender en qué medida el Estado no vulnera el derecho de las entidades bancarias, asegurando el ejercicio de los derechos del cliente bancario y la protección de su patrimonio. Se plantea en este sentido que en última medida, quienes se sientan vulnerados en sus garantías constitucionales, podrán hacerse valer del recurso de protección como contrapeso a posibles abusos en las atribuciones sobre la regulación bancaria.

1. Funcionamiento de los bancos y razones por las cuales es importante su regulación

1.1 Concepto de banco

Cuando pensamos en la definición de “banco”, podríamos abarcar varias extensiones de su significado. Por ejemplo, si recurrimos a lo expresamente señalado por la Real Academia Española, obtenemos que un banco, entendido en el contexto en que nos situamos, sería “un establecimiento público de crédito constituido en sociedad por acciones”.

Ahora bien, sabemos en nuestros tiempos que el carácter de público de una entidad bancaria no lo es en términos estrictos ya que en nuestros días la

gran mayoría de la banca ha sido privatizada. Por otra parte, dicho concepto carece de profundidad, al no establecer las operaciones que comúnmente realizan los bancos. De esta manera, será necesario esbozar un concepto de mayor amplitud y que refleje en forma más actualizada la situación de la banca.

En este sentido, el profesor José Luis Guerrero Becar, ha elaborado un concepto más genérico de lo que entendemos por banco: “institución financiera que se dedica en forma habitual a la intermediación de dinero a través de la captación y colocación de fondos, obteniendo como rentabilidad el *spread* o el cobro de comisiones”. Esta definición parece sin duda describir en términos generales pero al mismo tiempo en forma acertada, las actividades a las cuales se aboca un banco, su rol económico, así como también el negocio mismo que realizan dichas entidades.

La definición entregada recientemente, resulta en definitiva bastante parecida a aquella entregada por nuestra legislación. En efecto, el artículo 40 de la Ley General de Bancos dispone que “banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta Ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita.” A partir de este concepto legal, es preciso señalar que se califica a una entidad bancaria como una “sociedad anónima especial”, a lo que se refiere claramente que su actividad así como su institucionalidad se encuentra regulada por una ley especial como lo es la Ley General de Bancos. Asimismo, si vamos un poco más lejos, podemos observar que un banco, por sus características, difiere de cualquier otra empresa, y que por lo tanto se hace necesario dicho tratamiento especial. En otros términos, la banca, así como agrupación de personas jurídicas, posee condiciones tales, en razón de sus operaciones, que se constituye como un ente esencial en el sistema de pagos de una economía.

1.2 Marco regulatorio de la banca comercial

El marco regulatorio de los bancos comerciales se encuentra fundamentalmente dado por la Ley General de Bancos, promulgada en virtud

del Decreto Ley N° 559, del 26 de septiembre de 1925. Recién en 1997 se logró un texto refundido de esta ley, refiriéndose no sólo a los bancos comerciales sino que también dedicándole una parte importante a la tarea de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Además, del texto de la ley de bancos, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras dotada de carácter autónomo, posee las atribuciones para dictar normativas bajo la forma de circulares, de manera a reglamentar ciertos aspectos más específicos del negocio bancario, cuestiones que de no ser respetadas por la banca serían objeto de eventuales sanciones.

Por otra parte, en lo que se refiere a la constitución de los bancos, es preciso señalar que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Bancos, en sus artículos 1 y 27, estas entidades deben iniciarse como una sociedad anónima. En efecto, en todas aquellas materias en que no exista una regulación expresa en la legislación bancaria, deberán los bancos someterse supletoriamente a la normativa establecida para las sociedades anónimas, esto es, la Ley N° 18.046 de 1981. Esta situación constituye una de las razones jurídicas fundamentales por la cual se le atribuye a los bancos la calidad de una sociedad anónima especial, diferenciándose en definitiva por su regulación, por su tratamiento específico y por sus mecanismos de fiscalización, entre tantas otras características más bien de fondo.

1.3 Funcionamiento de un banco

El negocio bancario se conoce clásicamente como una intermediación de fondos, en el cual ciertas personas poseen recursos, a lo que se suman sus proyecciones de inversión (todo esto traducido netamente en capacidad de ahorro), en contraposición a empresas comerciales que disponen de proyectos que pretenden desarrollar y que requieren de estos recursos para ponerlos en marcha. Es en estos términos que la evolución y el desarrollo de la economía han permitido actualmente que se produzca una interrelación entre quienes disponen de fondos en exceso, es decir los ahorrantes, y quienes poseen proyectos pero no tienen los recursos necesarios para la elaboración de éstos. Este papel lo cumplen precisamente los intermediarios financieros, que en este

caso se trata de las entidades bancarias¹. Sin duda, se debe añadir a este sistema la sofisticación del campo de la información, en el sentido que permite a los ahorrantes elegir una institución bancaria entre un gran número, cuestión que finalmente permite una mejoría considerable en cuanto a las pretensiones de rentabilidad y de plazos para dichos ahorros, otorgando así también plena seguridad a los depósitos. Ahora bien, si se le suma a todo esto la competencia generada entre cada uno de los bancos existentes en nuestro país, obtenemos que se ha pasado de un mercado financiero simple bastante regulado, donde se ejercía primordialmente la distribución de créditos asignados por el Banco Central de Chile al ejercicio de actividades económicas, a un sistema bancario con una amplia gama de operaciones disponibles al beneficio del cliente.

En esta línea, básicamente los bancos comerciales se dedican a dos tipos de negocios. En primer lugar se denomina normalmente el servicio de activos, traducido en el otorgamiento de créditos tanto a personas naturales como a empresas comerciales. A partir de este servicio el banco obtiene utilidades mediante la tasa de interés cobrada por sobre el préstamo realizado. Luego, los bancos también realizan servicios de pasivos, los que consisten principalmente en la administración del dinero que depositan los clientes bancarios, ya sean empresas o personas jurídicas. Por este servicio el banco cobra una comisión variable según el tipo de cuenta que se posea. Con el objetivo de financiar dichas actividades, los bancos emiten deuda y capital, donde la deuda se encuentra representada por depósitos a plazo. Así también existen servicios anexos a estas operaciones esenciales como las transacciones, como la recepción de cheques o las transferencias de una cuenta a otra; asesoramiento financiero; custodia de valores en cajas de seguridad; y cambio de moneda extranjera entre otras.

1.4 Operaciones de los bancos

A partir de la estructura de la Ley General de Bancos, las entidades bancarias sólo pueden realizar las operaciones que les permite realizar la

¹ DIAZ Vial, Jorge. El Negocio Bancario: La Intermediación. Tópicos de Legislación Bancaria. Asociación de Bancos e Instituciones Financieras. 1990.

misma ley. Efectivamente es el Título VIII, precisamente en el artículo 69 donde se especifican las actividades que pueden hacer los bancos. Por ende, el giro bancario permite realizar lo siguiente:

- 1) Recibir créditos y celebrar contratos de cuenta corriente bancaria.
- 2) Emitir bonos o debentures sin garantía especial.
- 3) Hacer préstamos con o sin garantía.
- 4) Descontar letras de cambio, pagarés y otros documentos que representen obligación de pago.
- 5) Emitir letras de crédito que corresponden a préstamos otorgados en virtud del Título XIII.
- 6) Adquirir, ceder y transferir efectos de comercio, con sujeción a las normas que acuerde el Banco Central de conformidad a su Ley Orgánica. Cuestión a la que se agregan productos derivados como futuros, swaps, forwards u otros instrumentos o contratos derivados.
- 7) Según la autorización pertinente de la Superintendencia, también se podrán otorgar créditos amparados por garantía hipotecaria.
- 8) Efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos.
- 9) Efectuar operaciones de cambios internacionales con arreglo a la ley.
- 10) Emitir cartas de crédito.
- 11) Avalar letras de cambio o pagarés y otorgar fianzas simples y solidarias, en moneda nacional.
- 12) Emitir letras, órdenes de pago y giros contra sus propias oficinas o corresponsales.
- 13) Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen.
- 14) Recibir valores y efectos en custodia, y dar en arrendamiento cajas de seguridad para el depósito de valores y efectos.
- 15) Constituir en el país sociedades y filiales.
- 16) Aceptar y ejecutar comisiones en confianza.
- 17) Servir de agentes financieros de instituciones y empresas nacionales, extranjeras o internacionales, y prestar asesorías financieras.
- 18) Adquirir, conservar y enajenar bonos de la deuda interna y cualquiera otra clase de documentos, emitidos en serie, representativos de obligaciones del Estado o de sus instituciones.
- 19) Adquirir, conservar y enajenar bonos u obligaciones de renta de instituciones internacionales a las que se encuentre adherido el Estado de Chile.
- 20) Adquirir, conservar y enajenar valores mobiliarios de renta fija, incluso letras de créditos emitidas por otros bancos, y encargarse de la emisión y garantizar la colocación y el servicio de dichos valores mobiliarios.
- 21) Adquirir acciones o tomar participación en bancos o en empresas constituidas en el extranjero.
- 22) Adquirir, conservar, edificar y enajenar bienes raíces necesarios para su funcionamiento o para servicio anexos.
- 23) Adquirir, conservar y enajenar bienes corporales muebles necesarios para su servicio o para la manutención de sus inversiones.
- 24) Emitir y operar tarjetas de crédito.

- 25) Actuar como agentes colocadores de acciones de primera emisión de sociedades anónimas abiertas pudiendo garantizar su colocación.
- 26) Otorgar a sus clientes servicios financieros por cuenta de terceros, en las condiciones establecidas por la Superintendencia.
- 27) Prestar el servicio de transporte de valores.

Cabe destacar que entre las numerosas operaciones existen varias que deben ser realizadas bajo los parámetros establecidos por la Superintendencia. Así vemos como este órgano fiscalizador se encuentra presente en la mayor parte de los negocios de un banco, con la misión de supervigilar y tomar medidas en caso de cualquier infracción a las normativas bancarias dispuestas.

1.5 La trascendencia de los bancos en la economía

Antes de adentrarse en el objetivo de este párrafo, es preciso recordar que a fines de 1973, existía una estatización generalizada de las instituciones financieras en nuestro país. Luego, comienza un proceso de privatización ya a mediados de la década de los setenta, donde se adoptan una gran cantidad de reformas económicas cuyo objetivo consistía en lograr una mayor apertura al comercio internacional mediante el protagonismo de agentes privados. Posteriormente, al no poderse lograr una estabilidad financiera necesaria, a lo cual se sumó una gran deuda externa de principios de la década de los ochenta, fue necesario incurrir en un nuevo proceso de estatización de la banca. Con dichas medidas queda demostrado que el ejercicio del negocio bancario resulta de vital importancia para una economía, de manera que la decisión del Estado de optar por la intervención o por la política del *“laissez-faire”* en la banca puede generar consecuencias dispares pero de gran trascendencia para la economía de una nación.

La importancia fundamental de las entidades bancarias radica en que éstas se constituyen como administradoras de los medios de pago en todo el país. En este sentido, cualquier ruptura en el normal funcionamiento de este mecanismo de captaciones y colocaciones significa la posibilidad latente de producir severos daños en la economía nacional. Es por esta razón esencial que el Estado debe garantizar en última medida los depósitos a la vista y a plazo, de manera de preservar de alguna manera la confianza en el sistema financiero. Dentro de las posibles consecuencias, sin duda alguna destaca la

posibilidad de desatarse, en el peor de los escenarios, una corrida bancaria. Para efectos de evitar un problema de tal magnitud, así como el Estado asegura el pago de los depósitos, se hace igualmente necesario contar con una institución como el Banco Central, la cual se constituye como el prestamista de última instancia de los bancos comerciales.

Finalmente cabe resaltar que en virtud de lo señalado a lo largo de este capítulo, las entidades bancarias, dadas sus características especiales, son tratadas como empresas comerciales especiales dentro de la economía. Es por esto que parece inexplicable la objeción que se realiza a la reforma de la Ley 18.576, en la medida en que se tachan como inconstitucionales las obligaciones y las limitaciones que impone la Ley General de Bancos a las instituciones bancarias en la medida que estas no son aplicadas a las otras empresas comerciales. Cabe tener presente que la situación y la posición en la que se encuentra un banco como motor generador del sistema de pagos de un país entre otras características, distan bastante de la realidad comercial de otras empresas. Efectivamente, este mismo principio se ha seguido por la legislación para diversos sectores de la sociedad. Esta lógica sigue por ejemplo una Compañía de Seguros, o una Administradora de Fondos de Pensiones, entidades que se someten a restricciones y limitaciones especiales, exclusivamente destinadas a ellas y no a otras, no habiéndose nunca tachado de inconstitucional esta situación. Según el profesor Julio Chaná, el derecho constitucional de igualdad ante la ley en ningún momento ha pretendido impedir que se elabore legislación especial respecto del funcionamiento de determinados entes jurídicos que se encuentran sometidos a situaciones particulares. A esto se agrega que el Código Civil sigue el mismo principio en todo momento; así por ejemplo lo dispone el régimen establecido respecto de las incapacidades o de la sucesión².

La misma postura ha adoptado la jurisprudencia. En el año 1983, la Corte de Apelaciones de Santiago, entre sus considerandos para la resolución de un recurso de protección afirmó lo siguiente: “Es indudable que la labor de intermediación [del banco] en el crédito mediante operaciones activas y pasivas, de administración de capitales, de compra y venta de efectos públicos,

² CHANA C., Julio. Informe en Derecho. Revista Chilena de Derecho. Volumen 13 N° 1. 1986.

y demás, que realizan las instituciones bancarias en su giro normal, las hacen integrarse a la actividad financiera o económica a un nivel de gran trascendencia en el desenvolvimiento de la vida nacional y notoria influencia en la normalidad de los negocios del país”³.

En definitiva reafirmamos con lo referido anteriormente que el sistema legal que rige a las instituciones financieras posee características especiales que se insertan dentro del orden público económico que debe regir en todo Estado de Derecho.

2. Historia de la regulación bancaria

Este capítulo tiene como objetivo determinar los orígenes de la legislación bancaria en nuestro país, de manera de poder comprender de mejor manera su evolución hasta la reforma de mediados de la década de los años ochenta. Con esta finalidad se analizará igualmente la regulación bancaria existente en el derecho comparado, intentando demostrar las diferencias imperantes con nuestro sistema financiero, esencialmente en lo que se refiere a la fiscalización estatal.

2.1 Legislación bancaria en Chile

Para encontrar las primeras leyes referidas al tema bancario debemos remontarnos al Gobierno de Don Manuel Montt. Entre los años 1856 y 1858 fueron dictadas las leyes de la Caja Nacional de Ahorros y de la Caja de Crédito Hipotecario. Estas normas tenían como objeto separar las operaciones de largo plazo de las de plazo corto. Así se crearon, con el sentido antes indicado, los Bancos Hipotecarios.

En el año 1860 se dictó la primera Ley General de Bancos, cuya intención era regular la proporción entre el papel emitido y los fondos en oro y

³ I. Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de Protección Rol 21-83 “Banco Hipotecario de Chile con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”. 21 de marzo de 1983. Considerando 14º.

plata que los bancos mantenían en caja. Recordemos que en aquellos años eran los bancos quienes emitían el papel moneda al no existir una entidad como el Banco Central.

Luego, el año 1912, mediante la ley N° 2.621, se creó la Inspección de Bancos. Aunque se considera una “*especie de antecesora de la Superintendencia de Bancos*”⁴ su labor tenía una connotación de recopilación de datos más que de control y fiscalización.

En 1925, y en el contexto económico de varias quiebras de bancos entre 1917 y 1924 en nuestro país, llega a Chile una comisión técnica proveniente de Estados Unidos dirigida por el profesor Erwin Kemmerer. Su trabajo consistió en recomendar adoptar tres leyes fundamentales: La ley Monetaria, la ley del Banco Central de Chile y la ley General de Bancos.

La ley Monetaria apuntaba a consagrar el sistema de padrón de oro vigente, permitiendo la libre convertibilidad de los billetes.

La ley del Banco Central, D.L 486 de 1925, estableció a este organismo como el exclusivo encargado de la emisión de billetes.

Por último, la ley General de Bancos, D.L 559 de 1925, que regulaba a las empresas bancarias, a través de una serie de normas y reglamentos sobre las operaciones que ellos llevaban a cabo, y creaba la figura de la Superintendencia de Bancos, cuya labor era la fiscalización y control de los Bancos Comerciales Nacionales y Extranjeros, la Caja de Ahorro, el Banco Hipotecario y el Banco Central.

De esta forma, la ley General de Bancos se mantuvo sin grandes modificaciones hasta el año 1960, cuando en el Gobierno de Don Jorge Alessandri se revisó el texto de dicha norma. Con eso se promulgó el Decreto con Fuerza de Ley N° 252.

La ley N° 16.253, del año 1965, autorizó el establecimiento de Bancos de Fomento. Había sido recomendada por el Banco Internacional de

⁴ MORAND V., Luis. Legislación Bancaria, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile, pág 9.

Reconstrucción y Fomento como una manera de permitir en el país préstamos a largo plazo dirigidos a la capitalización a través de financiamiento externo. Aunque la discusión se centró en si estos bancos debían ser privados, mixtos o públicos, lo que impidió que se fundaran, la ley igualmente sirvió para generar un sistema orgánico de préstamos reajustables mediante el Banco del Estado y de los bancos hipotecarios.

A partir de 1973 se han producido diversas modificaciones a la Legislación Bancaria.

El Decreto Ley N° 1.097 de 1975 separó el texto de la ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de las demás disposiciones de la Ley General de Bancos.

A la ley General de Bancos se le incorporaron las normas sobre sociedades financieras y sobre Bancos de Fomento. Estos últimos dejaron de existir en nuestra legislación. Por su parte, los Bancos Comerciales y Sociedades Financieras quedaron autorizados a operar a corto, mediano y largo plazo al no tener límites de plazo para sus préstamos.

El Banco Central de Chile se regula por su Ley Orgánica, tal cual lo señala el artículo primero de la ley N° 18.840 dictada de acuerdo al artículo 98 de la Constitución Política. Dicha ley tiene el carácter de orgánica constitucional y concede autonomía al Banco Central.

Asimismo, el Banco del Estado de Chile se rige además por una Ley Orgánica, establecida en el Decreto Ley N° 2.079 de 1978. La importancia que tiene es por la estructura que le asigna a esta institución, ya que las operaciones que puede realizar son las mismas de los Bancos Privados.

En 1986 se realizaron cambios a la Legislación Bancaria a través de la Ley N° 18.576, complementada por las leyes N° 18.707 y 18.818.

Lo mismo ocurrió en 1997. La ley N° 19.528, del 4 de noviembre, autorizó al Presidente de la República para fijar un texto refundido. Para ello se

dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 19 de diciembre de 1997. En este texto, se refundió la Ley General de Bancos y la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras junto a otros preceptos legales dispersos en distintas leyes.

El artículo 41 de la Ley General de Bancos hace aplicable a los Bancos, en subsidio, las normas que rigen a las Sociedades Anónimas Abiertas siempre que puedan conciliarse y no se opongan a sus preceptos originales.

Finalmente, la última modificación importante corresponde a la introducida por la ley N° 20.190, del 5 de junio de 2007⁵.

2.2 El sistema bancario en Estados Unidos

En Estados Unidos, existe una característica esencial que permite diferenciarse con otros sistemas bancarios; esto es que toda la banca se concentra en unos pocos pero grandes conglomerados. Anteriormente existían una serie de restricciones en razón de los condados, que tenían por finalidad no permitir una competencia directa con entidades bancarias de menor escala. Hoy en día, a partir de esta política existen alrededor de 13 mil bancos en Estados Unidos. En los últimos años, se ha comenzado con un proceso de mayor flexibilidad en la regulación bancaria norteamericana, con lo cual se han producido numerosas fusiones y adquisiciones entre los bancos. Así, un número importante de bancos ha ido aumentando su tamaño gracias a las compras de otros bancos de su mismo estado o de algún estado contiguo. Actualmente se estima que el 5% de los bancos en Estados Unidos, detentan el 40% de los depósitos de ese país; adicionalmente, el 85% de la banca posee menos de la quinta parte de la totalidad de los depósitos.

En lo que respecta a la regulación bancaria de Estados Unidos, existe una diversidad importante de ordenamientos y órganos supervisores. Además de las instituciones con competencia propia respecto de los estados, se establece una coexistencia de entidades federales con competencias análogas

⁵ MORAND V., Luis. Legislación Bancaria, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

(*Dual Banking System*). De esta manera se establece una organización de entidades reguladoras de la banca en términos verticales entre las agencias estatales y federales, y en términos horizontales en función de los organismos federales. En este sentido se establecen dos niveles diferentes.

En el nivel primario de supervisión se encuentra principalmente la *Office of the Controller of Currency* (OCC). Este órgano constituye una agencia de carácter federal, integrante del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. La OCC se encarga fundamentalmente de autorizar y supervisar a los *Nacional Banks* aunque éstos deben someterse en cuanto a su funcionamiento a la Reserva Federal o a la *Federal Deposit Insurance Corporation*. Este nivel se constituye por funciones más bien básicas de supervisión, como lo es la definición de las actividades y de las inversiones que pueden ser autorizadas en el negocio bancario, la concesión de autorizaciones para la modificación de la estructura bancaria, la apertura de nuevas sucursales, o la autorización para ordenar la clausura de un banco o someterlo a un régimen de intervención. En lo que respecta a la autorización de funcionamiento de un banco, ésta debe ser otorgada por la OCC, además de la resolución de admisión de la Reserva Federal o bien de la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) según el tipo de banco que corresponda.

En el nivel secundario de supervisión, se encuentran los órganos de tipo federal, como lo son la Reserva Federal o la FDIC.

El sistema de la Reserva Federal constituye el Banco Central de Estados Unidos. Al igual que en nuestro país, la Reserva Federal es una entidad privada, por lo tanto totalmente independiente del gobierno. Este fue fundado por el Congreso en el año 1913, con el objeto de proporcionar mayor seguridad, mayor flexibilidad y mayor estabilidad al sistema monetario y financiero del país. Con el avance de los años, el rol de la Reserva Federal se ha ido expandiendo progresivamente. Hoy en día, las obligaciones de esta institución se enfocan en cuatro áreas. En primer lugar, se establece la conducción de la política monetaria de la nación incidiendo directamente en las condiciones monetarias y financieras, de manera de lograr el máximo nivel de empleo, la estabilidad de los precios y moderar las tasas de interés en el largo plazo. En segundo lugar nos encontramos con la supervisión y la regulación de las entidades bancarias, con el objeto de lograr la solvencia y la seguridad de

los bancos de la nación, asegurando además los derechos de los clientes bancarios. En tercer lugar, es deber de la Reserva Federal mantener la estabilidad del sistema financiero, debiendo contener eventuales problemas que puedan amenazar el mismo. Finalmente, la cuarta tarea consiste en proveer de servicios financieros a instituciones de depósitos, al gobierno estadounidense, y a instituciones extranjeras, jugando un rol de importancia en la operatividad del sistema de pagos de toda la nación.

Una red de doce Bancos de la Reserva Federal y sus veinticinco distritos, se encargan de la distribución de las divisas y del dinero en todo el país, supervisando tanto a los bancos comerciales como a los holdings bancarios y sirviendo en última medida como la banca para la Tesorería de los Estados Unidos. Cada distrito de la Reserva Federal es identificado mediante una letra y un número, y cada banco de la Reserva se encarga de cumplir sus funciones en su propio distrito⁶.

La Reserva Federal se encuentra compuesta por diversos miembros en su estructura; la Junta de Gobernadores, el Comité Federal de Mercado Abierto, los bancos de la Reserva Federal y los bancos miembros, siendo estos últimos aquellos que poseen a los bancos de reserva regionales.

Por otra parte, la FDIC se encarga fundamentalmente de gestionar el régimen de seguro o garantía de depósitos. Adicionalmente, es deber de este órgano la supervigilancia de los *State non member insured banks*, que corresponden a una categoría residual que no dispone de garantía de depósitos y que sólo son objeto de autorización y supervisión estatal. Respecto de los bancos sometidos a la fiscalización de la FDIC, ésta posee facultades de inspección, para ordenar el cese de sus actividades, la aprobación de la apertura de sucursales, y autorizar fusiones y adquisiciones entre otras atribuciones.

Además de los órganos señalados anteriormente, existen otros con facultad supervisora federal, enfocadas a entidades con un régimen específico. Estas son la *Office of Thrift Supervision (OTS)*, que supervisa a las *Savings*

⁶ CLAIR T., Robert y O'Driscoll P., Gerald. Aprendizaje recíproco: la experiencia bancaria de Estados Unidos y Europa. Nueva Época, volumen II, número 2. México. 1993.

and Loans, y la *National Credit Union Administration* (NCUA), que supervisa a las *Credit Union*.

Existe una prevalencia de la legislación estatal por sobre la legislación federal, en lo que se refiere particularmente a cuestiones relacionadas con la solvencia y la estabilidad de las entidades bancarias, así como también en lo que se refiere al correcto funcionamiento del sistema financiero, virtud de la naturaleza federal del sistema de garantía de depósitos.

En definitiva, se ha establecido un régimen bastante restrictivo en torno a las divisiones territoriales de los Estados Unidos. Con esto, los conglomerados bancarios son directamente supervisados por la Reserva Federal, a lo cual se suma una supervigilancia dirigida específicamente a cada institución parte del holding bancario⁷.

2.3 El sistema bancario en Francia

El sistema bancario imperante en Francia posee un alto grado de concentración. En efecto, las 855 instituciones crediticias existentes al año 2005 dan fe de aquello en comparación con los 13000 bancos que aproximadamente se encuentran en Estados Unidos⁸. Su principal fuente legislativa es la ley del 24 de enero de 1984, cuyas disposiciones se encuentran actualmente incorporadas en el Código Monetario y Financiero francés. Luego, dicha ley fue complementada por dos leyes adicionales en el año 1941. Su objeto principal es el estatuto de los establecimientos de crédito y el control de su actividad. En todo caso, el estatuto bancario francés es actualmente muy influenciado por las Directivas del Consejo de la Unión Europea. En cuanto a la reglamentación emanada de las autoridades de control, la ley bancaria de 1984 había creado un Comité de reglamentación bancaria, posteriormente denominado Comité de la Reglamentación Bancaria y Financiera (CRBF), encargado de fijar, sobre la base de las disposiciones de la ley y de los decretos aplicables, las condiciones del ejercicio de la actividad

⁷ CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO DE COSTA RICA. Sistema Uniforme de Calificación de Instituciones Financieras utilizado en los Estados Unidos de América. Estudios sobre regulación y supervisión del sistema financiero. 2000.

⁸ GAVALDA, Christian y Stoufflet, Jean. Droit Bancaire: Institutions, Comptes, Opérations et Services, 7e édition. Lexis Nexis. 2008.

bancaria. Sin embargo, la Ley 2003-701 del año 2003 transfirió al Ministro de Economía el poder de fijar la aplicación de las reglas aplicables a las instituciones de crédito. Dicha ley sustituyó al CRBF por un Comité consultivo de la legislación y la reglamentación financiera, donde sus consejos deben ser seguidos antes de la adopción de decretos en el área bancaria. La Comisión Bancaria posee por su parte, un poder normativo para el cumplimiento de sus funciones.

La ley de 1984 tuvo por objeto principal reagrupar en una profesión única todas las empresas que realizan una actividad bancaria. Esta voluntad confluye por la definición del estatuto profesional de base común ya señalado. En todo caso, existen ciertas diferencias marcadas que el legislador realizó con el objeto de diferenciar instituciones de características particulares como las sociedades financieras, las mutuales y las cooperativas, y las cajas de ahorro y previsión entre otras.

Como se mencionó anteriormente, el control estatal sobre la actividad bancaria es bastante reducido. Esto responde principalmente a la preocupación del control de la creación y de la circulación del dinero por el poder público y a la preocupación de asegurar la seguridad de los depositantes y de acreedores de bancos, y la reputación del sistema financiero.

Se han producido considerables evoluciones en el último tiempo en cuanto a los métodos de control monetario. Los métodos administrativos han sido en parte abandonados, sometiéndose a dinámica del mercado. Con esto, el rol del Banco Central francés creció en cuanto al control monetario. Paralelamente, el control de la gestión de los establecimientos de crédito fue considerablemente reforzado. Otra nueva tendencia se encuentra ligada a la internacionalización de la actividad bancaria con el desarrollo de normas de gestión bancaria europeas e internacionales. En esto se debe resaltar el cambio que significa el sustitución del antiguo Franco por el Euro. A partir de esta situación, la emisión monetaria del Banco Central francés es ejercida como miembro del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), bajo la autoridad del Banco Central Europeo.

Ya en el año 1945, una ley estableció un Consejo Nacional del Crédito (CNC), dotándolo de facultades para orientar la política crediticia, así como tutelar el sistema bancario. Posteriormente, a través de una ley de 1984, el

CNC perdió dichas facultades, delegándole solamente un rol consultivo. En efecto, el poder reglamentario fue confiado al Comité de la Reglamentación Bancaria y Financiera (CRBF), mientras que la toma de decisiones en torno a la creación de entidades financieras se le entregó al Comité de Establecimientos de Crédito y de Empresas de Inversión (CECEI). Luego, el control de la gestión financiera de los bancos quedaba confiado a una institución especializada, la Comisión Bancaria, derivada de la Comisión de Control de Bancos, creada por una ley del 13 de junio de 1941. Sin embargo, este conjunto de instituciones sufrió modificaciones nuevamente en el año 2003, donde sin perjuicio de las atribuciones de la Comisión Bancaria, el poder reglamentario pertenece al Ministro de Economía. Así, la política de la supervisión bancaria fue desarrollándose en vías de incluir diversos negocios financieros, incluyendo incluso empresas de seguros en el año 2003. Del mismo modo, el CNC y el Comité de Usuarios desaparecen, dándole lugar a un Comité consultivo del sector financiero y un Comité consultivo de la legislación et de la reglamentación financiera. El Alto Consejo del sector financiero público y semi público subsiste a todas las modificaciones mencionadas anteriormente. Por otra parte, las directrices y el estatuto de la Comisión Bancaria no han sido modificadas y en la actualidad se plantea en la literatura bancaria francesa una propuesta de fusión entre la Comisión Bancaria y la Comisión del Control de Seguros. A continuación se analizarán los dos órganos dotados de real poder de decisión en el área de la fiscalización del sistema financiero francés: el Comité de Establecimientos de Crédito y de Empresas de Inversión (CECEI) y la Comisión Bancaria.

2.3.1 El Comité de Establecimientos de Crédito y de Empresas de Inversión

El CECEI comprende en su composición al presidente del Banco Central de Francia, al director de Tesorería, al presidente de la autoridad de los mercados financieros, al presidente del directorio de fondos de garantía y ocho miembros designados bajo la aprobación ministerial por un período de tres años. Todos estos miembros tienen la obligación de someterse a las reglas del secreto bancario.

Este Comité se encarga de tomar parte de las decisiones, de acordar las autorizaciones o derogaciones legales y reglamentarias, aplicables a las entidades crediticias, a excepción de aquellas que competen a la Comisión Bancaria. El CECEI es el órgano que posee la facultad de autorizar la creación de los establecimientos de crédito y de las empresas de inversión. Además, las modificaciones importantes al estatuto o a la estructura de una institución financiera son sometidas a su control. Luego, el Comité también debe emitir su opinión frente a proyectos de concentración de establecimientos crediticios, por lo que sus decisiones deben ser motivadas y pueden ser impugnadas por la vía administrativa.

2.3.2 La Comisión Bancaria

La Comisión Bancaria se encarga básicamente de fiscalizar la gestión de establecimientos de crédito, de prestadores de servicios de inversión y de los agentes del mercado reglamentado. En este sentido, la Comisión se encarga de que las entidades financieras funciones conforme a las leyes y los reglamentos aplicables, que su situación financiera sea sana y que respeten las reglas de la buena conducta profesional. Este control incluye además la verificación del respeto de las reglas contables a las cuales deben someterse las empresas comerciales.

La Comisión posee la misión de asegurar, atendiendo al interés público, la seguridad de un sistema bancario y financiero y sólo interviene en aquellos casos en que dichas instituciones atravesen dificultades de carácter financiero. Así también, deben asegurar que los préstamos bancarios no se realicen a tasas manifiestamente bajas, de manera a ser perjudiciales para los prestamistas.

Con esta finalidad el Código Monetario y Financiero la ha entregado competencias disciplinarias, pudiendo aplicar diversas sanciones, que van desde una advertencia hasta la revocación de la existencia de una entidad.

Existe una importante conexión entre todas las autoridades financieras, de manera a lograr de manera más íntegra la misión de éstas, pudiendo así también supervisar mejor la labor de grandes conglomerados financieros que se encuentran instalados actualmente en Francia.

En definitiva, cabe señalar que las empresas del sector bancario francés ejercen una actividad comercial, regidos por un estatuto jurídico particularmente marcado por un estrecho control público, justificado esencialmente por la función monetaria de la banca y por la influencia que ejercen las operaciones en la actividad económica, acentuada por una fuerte cohesión de agentes privados.

2.4 La situación bancaria argentina

2.4.1 El sistema bancario argentino

El marco regulatorio del sistema bancario argentino se encuentra básicamente compuesto por la Ley N° 21.516 de Entidades Financieras, sancionada el 14 de febrero de 1977 y la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, sancionada el 23 de septiembre de 1992. Luego, dichas normativas son igualmente complementadas por la Ley N° 18.924 de Entidades Cambiarias y la Ley N° 19.549 de Procedimiento Administrativo, entre otras disposiciones.

El sistema bancario argentino se compone esencialmente por el Banco Central, los bancos comerciales mayoristas y minoristas, tanto estatales como privados, a lo cual se suman los bancos extranjeros.

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) es una entidad autárquica del Estado nacional, cuya misión primaria es la preservación de la moneda. En efecto, sus políticas monetarias y financieras no se sujetan a las órdenes que pudiera impartirle el Poder Ejecutivo. El BCRA fue creado en el año 1935, como consecuencia de la reforma monetaria y bancaria de ese año, impulsándose cambios esenciales a través de seis leyes, las cuales fueron promulgadas el 28 de mayo. Desde entonces ha adquirido una influencia importante en las políticas macroeconómicas del país, incidiendo directamente en asuntos como la política monetaria o la liquidez del sistema financiero. En este sentido, una de los objetivos fundamentales que posee el Banco Central es la creación, a través de un marco normativo adecuado, las condiciones necesarias para desarrollar y fortalecer la estabilidad financiera. Lo política

financiera es la principal herramienta utilizada por el Banco Central para alcanzar un equilibrio financiero en la economía. De este modo, se ha desarrollado y aplicado un esquema normativo prudencial que sienta las bases de un sistema financiero dotado de la estabilidad necesaria para el crecimiento económico argentino. Esta estructura normativa es finalmente complementada con un sistema de supervisión de las operaciones bancarias.

El órgano encargado de la supervisión de la actividad financiera y cambiaria es la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, la cual depende exclusivamente del Presidente del BCRA. La Superintendencia es presidida por uno de los Directores del Banco Central, quien posee amplias atribuciones en la toma de decisiones.

2.4.2 Seguro de garantía de los depósitos

La Ley N° 24.485 sobre el Sistema de Seguro de Garantía de los Depósitos Bancarios, viene a regular esta área. En efecto, desde 1995 existe en la República Argentina un sistema de garantía que se encarga de cubrir los depósitos en cuenta corriente, en caja de ahorros, a plazo fijo, el pago de remuneraciones, las inversiones a plazo y los saldos inmovilizados provenientes de las imposiciones precedentes, hasta la suma de 30 mil pesos argentinos. De esta manera, dicha garantía cubre el capital depositado y sus accesorios por cualquier concepto, devengados hasta la fecha de suspensión de la institución financiera, sin poder excederse bajo ninguna circunstancia de la suma de 30 mil pesos.

Solamente se excluyen de esta garantía aquellos depósitos que cuenten con incentivos o estímulos adicionales a la tasa de interés pactada y aquellos que convengan una tasa de interés superior a las referenciales (cuestión que se determina sumando dos puntos porcentuales anuales al promedio de tasas pasivas). Además se entienden excluidos los depósitos a plazo fijo transferibles adquiridos a través de un endoso, los depósitos a plazo fijo de títulos valores, aceptaciones o garantías, y los saldos inmovilizados que provengan de depósitos y otras operaciones excluidas.

El seguro de depósitos comienza a hacerse efectivo en el momento en que es revocada la autorización para seguir funcionando a la entidad financiera

respectiva, en la oportunidad y en la forma que lo determine el Banco Central argentino.

Los fondos para hacer frente al seguro de depósitos provienen exclusivamente del fondo administrado por el Seguro de Depósitos S.A. (SEDESA), que se compone esencialmente de los aportes que deben realizar las entidades financieras⁹.

2.4.3 El corralito argentino

En diciembre de 2001 se desencadenó una grave y profunda crisis en la República Argentina. Su origen es múltiple y originado en los años anteriores. Entre las causas *“(...)deben anotarse una profunda depresión económica, un índice de desempleo creciente, un estado sometido a permanentes ajustes pero deficitario, un sistema tributario regresivo y con altos índices de evasión fiscal, una política económica restrictiva, un tipo de cambio fijo mantenido en paridad absoluta con el dólar estadounidense (1\$=1U\$S) de una manera ficticia”*.¹⁰

Para intentar controlar la crisis, el Poder Ejecutivo argentino dictó el 1 de diciembre de 2001 el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1570.

Mediante esta norma se restringieron a los titulares de las cuentas los retiros en efectivo superiores a doscientos cincuenta pesos o dólares por semana. El objetivo era controlar y evitar que esta situación afectara en mayor medida a la economía, asegurando el valor de los activos financieros, como su liquidez, conservación e intangibilidad.

La crisis económica y la inestabilidad institucional acarrearón la renuncia de los ex Presidentes De la Rúa y Rodríguez Saá, pues la gente afectada

⁹ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA [en línea]
<<http://www.bcra.gov.ar/>> [consulta 24 de julio de 2009].

¹⁰ “Los amparos contra el “Corralito” y las libertades preferidas (Notas sobre la valoración de los Jueces y la Jerarquía de los derechos)”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 7, 2003/2004, pág 139. [en línea]
<<http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero7/9-7.pdf>> [consulta 24 de julio de 2009]

manifestó su obvio disgusto y desacuerdo mediante los “cacerolazos” y el surgimiento de “piqueteros”, quienes cortaban y se tomaban las carreteras.

Los ahorristas afectados presentaron acciones de Amparo para defender sus derechos. Así, argumentaban que habían sido conculcados su Derecho de Propiedad, Derecho a la defensa del valor de la moneda, Derecho al desarrollo humano, entre otros. Todos ellos reconocidos en la Constitución y que al ser reclamados colapsaron el sistema jurídico, agotando la capacidad de respuesta del Poder Judicial argentino.¹¹

En suma, este quiebre económico generó, como perjuicio más grande, grave y profundo, un descrédito inmenso en el sistema financiero, sus instituciones y la clase política. Sacando las particularidades contables de esta crisis, posiblemente la consecuencia que persistirá durante más largo tiempo sea, precisamente, la desconfianza de la gente ante sus gobernantes y las instituciones que integran el sistema financiero.

3. Situación Chilena en los años 1980, y las reformas de la Ley 18.576 como consecuencia de la crisis de esos años

3.1 La Crisis Económica

¹¹ Ibid, pág. 141.

La crisis que sufrió Chile a principios de los años ochenta no tuvo carácter aislado en la región. En efecto, entre los años 1982 y 1983 existió una recesión generalizada que impactó sobre un gran número de países alrededor de América Latina. En cualquier caso, resulta interesante observar particularmente que Chile realizó una implementación de una serie de medidas tendientes a ajustar los desequilibrios del sistema financiero, cuestión que más tarde rendiría sus frutos, manteniéndose una gran cantidad de reformas de la época hasta nuestros días.

Esencialmente en la primera mitad de la década de 1980, nuestro país se vio atacado por una fuerte crisis económica, marcada principalmente por un importante aumento de las tasas de interés a los cuales estaba afecta la deuda externa, a lo que se sumó además una gran baja de intercambios comerciales. Dicha situación tuvo diversas consecuencias directas en el mercado microeconómico; se observó un considerable aumento de la tasa de desempleo desde 1980 a 1986 al mismo tiempo que se observaba una reducción real de los salarios.

La crisis económica comenzaba ya a determinarse desde 1975, relacionada directamente con una baja importante del precio del cobre y el aumento sostenido del precio del petróleo. Si bien existió una leve mejoría de los intercambios a finales de la década de 1970, entre los años 1982 y 1985 se produjo la caída más grande desde la gran depresión de 1929.

Efectivamente, antes de la llegada real de la crisis a nuestro país, los niveles de intercambio ya en 1979 tendían hacia el alza, y las tasas de interés presentes en aquella época parecían tentadoras frente a las necesidades chilenas de solventar los gastos en inversión y en empleo, optándose rápidamente por endeudamientos en bancos extranjeros. Así también, el tipo de cambio se mantenía fijo al dólar, con lo cual se generó un importante incentivo para que el sector privado contrajera deudas externas¹².

A diferencia de otros países de América Latina, dados los importantes gastos que Chile realizó en inversión, no se experimentó un aumento significativo del consumo. Según cifras de la época, el aumento sostenido del gasto se concentró específicamente en la inversión, aumentando ésta del 18%

¹² FONTAINE, Juan Andrés. Economía chilena en los años 80: ajuste y recuperación. Serie de Estudio Económicos N° 34. Banco Central de Chile. 1987.

del PGB en 1979 a 23% en 1981. Dichos desembolsos de dinero no se dieron precisamente en el sector público que se mantuvo más o menos estable en esos años, sino que se concentró en un aumento de la inversión privada.

Por ende, tal como lo afirma Juan Andrés Fontaine en su estudio económico para el Banco Central, el hecho de tener que establecer un claro freno a las inversiones del sector privado por medio de la voluntad política, significa desarticular una importante red financiera en la que generalmente se apoyan los proyectos de inversión privada. Tal como se podía prever, el ajuste dio paso a una grave crisis financiera que se tradujo en la intervención por parte del gobierno de las entidades financieras privadas más importantes en 1983. En efecto, entre los años 1976 y 1981, se observaba ya en Chile una importante presencia de la banca privada, fundamentalmente dado por la constante baja de recursos en los que participaba el Banco del Estado en relación al total de éstos.

3.2 La Rehabilitación del Sistema Bancario

El programa rehabilitador del gobierno comienza con una fase de reestructuraciones de deuda. En los años 1983 y 1984 respectivamente se produjeron dos procesos de repactación de deudas contraídas por el sector privado, reduciéndose las tasas de interés a las cuales estaban afectos dichos créditos. De esta manera, aquellos costos debieron ser todos asumidos por el Banco Central de Chile.

3.2.1 Capitalismo Popular

Posteriormente, entre los años 1985 y 1986 se comenzó un proceso de capitalización de la banca, de manera a lograr devolverle la consistencia financiera que anteriormente poseía. Este proceso se realizó a través de una venta de acciones a nuevos propietarios. En los casos particulares del Banco de Chile y del Banco de Santiago se optó por desarrollarse el llamado “Capitalismo Popular”, mecanismo que básicamente consistía en la venta de acciones a pequeños accionistas, quienes efectuaban dichas adquisiciones a través de la obtención de créditos por parte del Estado, mediante la agencia

Corporación de Fomento de la Producción (CORFO). De este modo, el crédito era inmediatamente garantizado con el avalúo que importaba la adquisición de las acciones. El Capitalismo Popular constituía una manera efectiva de lograr una privatización de la banca que se encontraba en aquella época en manos del Estado, diluyendo de esta forma la propiedad de las entidades bancarias. De esta manera, entre los años 1984 y 1987 el sistema bancario recolectó una cifra cercana a los 900 millones de dólares, lo cual equivalía en un aumento bruto del 60% de todo el sistema financiero¹³. A través del capitalismo popular se enajenaron dos de los bancos más importantes, además de una parte importante de dos fondos de pensiones, bajo la exigencia de un pie del 5%, con un préstamo subvencionado para cubrir el saldo, además de otorgar variados beneficios tributarios, cuestión que, como observamos en el capítulo anterior, fue criticado por algunos. En cualquier caso, gracias a este sistema, se logró una importante capitalización de las entidades bancarias. Así también, el sistema financiero completo se transformó, adquiriendo mayor madurez en cuanto a la consideración y la ponderación de los riesgos asumidos en los diversos negocios bancarios. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras adquirió un rol fundamental en ese contexto, siendo capaz de detectar precozmente cualquier problema o desequilibrio financiero que pudiese atentar contra el sistema.

La diseminación de la propiedad que se logró mediante el capitalismo popular, sirvió en forma considerable para disminuir los riesgos de una eventual quiebra. Así, se estima que los quince accionistas más importantes de los dos bancos más grandes, quienes poseían anteriormente el 34% y el 97% respectivamente, llegaron a mantener, con posterioridad al proceso de privatización, unos porcentajes que abarcaban el 6% y el 10% respectivamente. En definitiva, se puede establecer que esta segunda etapa de privatización fue holgadamente superior al primero, toda vez que se contaba con la regulación bancaria y con la madurez empírica necesarias para el éxito de la operación.

¹³ BROCK, Philip. If Texas were Chile: A primer on banking reform. Sequoia Seminar. 1992. p 195.

Paralelamente con este proceso, se realizó otro mecanismo de capitalización impulsado por iniciativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, como manera de acceder a la garantía estatal para el pago asegurado de los depósitos, incentivando de esta manera el aumento de capital de cada una de las entidades bancarias, según la calidad de sus carteras y el monto y la cantidad de deuda contratada.

3.2.2 Cartera Vencida

Otro importante eje del programa de salvataje del sistema bancario estuvo dado por el mecanismo de la compra de la “Cartera Vencida”, realizada entre los años 1982 y 1985. Este proceso consistía básicamente en el traspaso por parte de los bancos comerciales al Banco Central, de todos aquellos préstamos que poseían muy pocas posibilidades de recuperación, a precio de valor libro. En compensación de aquella entrega de la cartera considerada “mala”, se creaba un compromiso de los bancos en forma subordinada al Banco Central, consistente en entregar todas aquellas utilidades rescatables, además de pagar los dividendos a los “capitalistas populares”. Estos últimos tenían la calidad de acreedores preferentes a la hora de pretender recompras dicha cartera. De esta manera a fines de 1986, el monto de los créditos transferidos al Banco Central bajo esta modalidad ascendió a la suma de 3 billones de dólares, lo cual representaba en ese momento el 28% de la totalidad de los créditos existentes en el sistema financiero¹⁴.

3.3 Problemas determinados a partir de la crisis

Parte de los problemas estructurales que sufría la economía chilena estaban dados respecto de las deficiencias que presentaba la legislación bancaria del momento, resaltándose principalmente las grandes dificultades que presentaban las autoridades fiscalizadoras para ejercer sus funciones supervisoras. Este era el caso principalmente de la Superintendencia de

¹⁴ RAMIREZ V., Guillermo, ROSENDE R., Francisco. Análisis de la Legislación Bancaria Chilena. Banco Central de Chile. Alfabetá. 1989.

Bancos e Instituciones Financieras, órgano que no poseía las herramientas suficientes para determinar la verdadera situación patrimonial de las entidades bancarias, por lo que también se hacía difícil prever situaciones de riesgo financiero.

Además del incentivo perverso que lo anterior generaba en el comportamiento de los bancos, existía un seguro implícito a los depósitos a la vista y a plazo que inducía a los depositantes a no ponderar riesgos a la hora de elegir bancos para el resguardo de su dinero, considerando en la mayoría de las veces simplemente una comparación entre tasas de interés ofrecidas por el mercado. Diversos autores comparten esta teoría, señalando que la liberalización del mercado de capitales realizada en 1975 obligó al Estado a constituir avales “en blanco” a los bancos privados. El problema central radicaba no en la liberalización del mercado de capitales sino que en la constitución misma de avales “en blanco”. Esta situación indujo fuertemente a los bancos a tomar riesgos desmedidos bajo el sustento otorgado por la confianza de sus depositantes, generando un contagio generalizado en dicho comportamiento bancario. Esta percepción quedó establecida incluso establecida incluso con posterioridad a la reforma del año 1986, dejando abierta la posibilidad de que el gobierno pudiera decidir a último momento si asumía o no el costo de la insolvencia de un banco en beneficio de los depositantes mediante una intervención de plazo indefinido (artículo 23 del DL 1097 de 1975)¹⁵.

Efectivamente, esta clase de problemas fueron los detectados por Guillermo Ramírez y Francisco Rosende en su estudio Análisis de la Legislación Bancaria Chilena. Los autores afirman que se percibía la existencia de un ineficiente aparato de supervisión por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el sentido que la legislación existente en ese momento sólo le permitía detectar dificultades en las instituciones financieras en un avanzado estado de éstas. Dicha ausencia de medidas preventivas no se contemplaban ni para la Superintendencia ni para la entidad bancaria. En segundo término las reformas a la legislación bancaria debían

¹⁵ VALDES, Salvador y Lomakin Alexandra. Percepción sobre la Garantía Estatal a los Depósitos durante 1987 en Chile. Cuadernos de Economía. Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile. 1988.

tender en gran medida hacia la introducción de incentivos necesarios para la correcta discriminación de los depositantes entre una u otra entidad bancaria; es decir, en relación a la calidad de una cartera de inversiones y no entre una mayor o menor tasa de interés.

Por otra parte, se establecían dos ejes de soluciones para la salvaguarda de la banca chilena. Se pretendía como primera opción un aumento de la regulación del Estado de manera de controlar en forma más eficiente los riesgos asumidos, con el objeto de limitar el nivel de compromiso que debía mantener el Banco Central en el otorgamiento de un seguro a los depósitos. En una segunda vía se podía comenzar una evolución hacia la efectiva privatización de la banca de manera a obtener canales de solución privados para reajustar desequilibrios patrimoniales del sistema financiero bancario, en la medida que así era posible incorporar la variable de los riesgos a los depósitos. En definitiva, cabe señalar que se optó finalmente por ampliar el rango de la anticipación a los problemas financieros con el objeto de evitar especulaciones futuras que terminarían devastando la totalidad de la economía nacional, prefiriendo más bien una actitud prudente en lugar de asumir una política “represor” frente a la solución de problemas.

3.4 Medidas para regularizar la situación de los bancos

Así fue como se designó una comisión bajo la presidencia del abogado Carlos Urenda con el objeto de analizar la legislación bancaria y esgrimir soluciones para los problemas planteados y de esta forma evitar una eventual repetición de aquellos. En síntesis, la Comisión Urenda propuso una amplia modificación a la Ley General de Bancos concretizada efectivamente con la Ley N° 18.576 de 1986, complementada con las Leyes 18.707 y 18.818 de 1988 y 1989 respectivamente.

La elaboración final de la Ley 18.576 del 27 de noviembre de 1986, constituyó un resultado de un tarea ya se había iniciado a partir de principios de los años ochenta por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, organismo que ya se encontraba en proceso de emisión de circulares para efectos de corregir los problemas financieros que ya comenzaban a manifestarse; materias que abarcaron pautas para la

clasificación de portafolios, para la medición del volumen de créditos relacionados y para la constitución de provisiones.

3.4.1 Transparencia en las operaciones bancarias y control preventivo

En primer lugar, se plantean una serie de modificaciones en torno a la medición de calidad de las inversiones de un banco, facultades que corresponden a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; materias que se abordarán en profundidad en el capítulo correspondiente a dicha institución (capítulo IV).

Ahora bien, en cuanto a la transparencia del negocio bancario, se impulsaron limitaciones importantes al “secreto bancario”, reduciéndose éste casi exclusivamente a la protección de la privacidad del depositante. Así lo disponen el artículo 154 de la Ley General de Bancos, ayudado por la Ley de Mercado de Valores, Ley N° 18.660, con el objeto de evitar intervenciones estatales ante eventuales situaciones inmanejables en la banca privada, dadas por una excesiva extensión del “secreto bancario”.

Por otra parte, se establecieron restricciones especiales a negocios con empresas relacionadas. Así lo dispone el artículo 84 número dos de la Ley General de Bancos disponiendo que no se podrá conceder créditos a personas favorables de acuerdo a plazos, tasas de interés o garantías más favorables que las que se concedan a terceros. Además se establece un máximo de 5% del capital pagado más las reservas, como límite para realizar un préstamo a una persona relacionada. Adicionalmente, se le entregó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la facultad de oponerse a contratos entre una entidad bancaria y sus empresas relacionadas en virtud de lo señalado por el artículo 20 de la Ley General de Bancos.

Se establece igualmente la creación de empresas clasificadoras de riesgo privadas. La clasificación de riesgo, tal como lo menciona López Lastra, consiste en una “opinión sobre la futura capacidad de que un emisor cumpla a tiempo con las condiciones establecidas en el contrato de emisión de un instrumento representativo de deuda”¹⁶. En este caso, la empresa clasificadora

¹⁶ LOPEZ LASTRA, M. Una Forma de Financiamiento Estructurado: La Securitización y un Análisis Paralelo. Lexis Nexis. 2006.

de riesgo se encargará de entregar al depositante información acerca del banco para evaluar riesgo asumido por dichas entidades en el ejercicio de sus negocios.

Como una medida para prevenir la aparición de desequilibrios financieros de una entidad bancaria, la reforma de 1986 ha impuesto exigencias mayores de liquidez a los bancos, con el objeto de poder enfrentar de mejor manera inesperados cambios en el volumen de obligaciones a la vista. Así lo dispone el DFL 252 en su artículo 80 bis, señalando que existirán problemas de liquidez en un banco en el momento en que se incumpla la obligación de mantener una reserva técnica en aquellos casos en que los depósitos, las captaciones a la vista y las obligaciones a la vista excedan de dos veces y media su patrimonio efectivo¹⁷. Más tarde, el mismo artículo explica que si un banco incurriere en incumplimiento de dicha obligación, el gerente deberá comunicar de este hecho al Superintendente dentro del día siguiente hábil a aquel en que haya ocurrido, así como las medidas que tomará para ajustarse a ella. En caso de que dicho incumplimiento subsistiese por más de quince días, el directorio deberá presentar proposiciones de convenio, sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para designar un administrador provisional en la empresa o para resolver su liquidación.

También se percibe como un problema de solvencia financiera el hecho de infringirse las normas de administración que dispone el Banco Central de Chile a una entidad bancaria, para los efectos de otorgar un préstamo de urgencia a más de quince días o para renovar aquellos ya otorgados. En dicha circunstancia, la ley presume que existe un problema de liquidez del banco en cuestión.

Cabe destacar, la incorporación de importantes restricciones a la capacidad de los bancos para la realización de negocios con personas o entidades relacionadas, por parte de la reforma bancaria. En este sentido lo dicta el artículo 84 número dos de la Ley General de Bancos, disponiendo que un banco no podrá conceder créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente a la propiedad o gestión del banco por más de un 5% del patrimonio efectivo. Dicho límite sólo podrá superarse hasta en

¹⁷ Anteriormente a la modificación del artículo 3 de la Ley N° 20.190, no se hablaba de patrimonio efectivo sino que de capital pagado más las reservas.

un 25% de su patrimonio efectivo si lo que excede del 5% corresponde a créditos caucionados según lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo. Además, el artículo 20 de la Ley General de Bancos le otorga facultades a la Superintendencia para prohibir total o parcialmente por un plazo máximo de seis meses (renovables) la celebración de diversas clases de contratos entre una empresa bancaria y sus partes relacionadas.

3.4.2 Mecanismos de ajuste de una entidad bancaria

Una situación importante que destaca la reforma de 1986 es la posibilidad de compartir riesgos entre los accionistas, los depositantes y el Estado, toda vez que los pasivos de un banco no sean plenamente convertibles.

El mecanismo de ajustabilidad o convertibilidad de los pasivos bancarios consiste en lo siguiente:

- i. Se establece la plena convertibilidad de los depósitos a la vista y a plazo con un período de vencimiento igual o inferior a treinta días; lo cual se encuentra finalmente garantizado por el Banco Central¹⁸. Así también, como se mencionó anteriormente, se exigió una reserva técnica para las deudas líquidas que excedan 2,5 veces el patrimonio efectivo, lo que finalmente consiste en depósitos en el Banco Central o en documentos emitidos por éste o por la Tesorería General de la República, para cuyo vencimiento no falten más de noventa días (así lo señala el artículo 65 de la Ley General de Bancos). Esto constituye un incentivo para que los bancos administren sus carteras de pasivos en forma más conservadora ya que se estaría sancionando la falta de liquidez. Cabe recordar que dicha preferencia de pago de depósitos a la vista y de los depósitos a plazo a partir del décimo día anterior a su vencimiento, se podrá hacer efectiva sólo en aquellos casos en que la entidad bancaria en cuestión

¹⁸ La razón por la cual se realiza dicha convertibilidad, se encuentra expresado en el Informe Técnico acompañado al proyecto de Ley 18.576: "los depósitos bancarios a la vista deben tener un tratamiento distinto que los depósitos a plazo en cuanto a su pago en los casos de insolvencia de la entidad financiera deudora. En efecto, la falta de pago oportuno de los depósitos a la vista afecta gravemente y de inmediato la normalidad de las transacciones de la economía, razón por la cual se les debe asegurar el pago en un 100% de su monto."

se encuentre sumida en graves problemas de solvencia, de manera a haber ya presentado proposiciones de convenio con sus acreedores o bien encontrarse en situación de liquidación forzosa.

- ii. En caso de problemas financieros que no sean tan graves la ley exige a los accionistas un aporte de capital de manera a lograr un apalancamiento que sea de la razón 20:1 entre la deuda y el patrimonio, según lo que establece el artículo 116.
- iii. En los casos de insolvencia más graves, la ley establece que los accionistas o depositantes que posean deuda bancaria a plazo que no corresponda a los pasivos líquidos, podrán acordar convenios de manera a mantener la continuidad de la entidad bancaria, esto como una alternativa distinta al concurso de acreedores al momento de liquidarse un empresa por haber incurrido en quiebra. (artículos 119 al 125). Se termina con la convertibilidad absoluta de las deudas bancarias dependiendo ésta directamente de los activos bancarios, existiendo una garantía asumida por el Banco Central de Chile pero que conlleva el pago de una prima en relación al riesgo asumido. Cabe señalar en este sentido que en el artículo primero transitorio de la ley 18.576 se fue reduciendo paulatinamente el porcentaje de la cobertura de la garantía a los depósitos desde su totalidad de 1981 a 1986, como medida para rehabilitar el sistema bancario, pasando a un 90% a principios del año 1987 y quedando en 60% a fines del año 1988 (artículos 141 a 150 del DFL 252)¹⁹.
- iv. Se realizó un intento de “privatización” bancaria de manera de que el mercado bancario se regulase libremente mediante la autorización a la banca privada de otorgar créditos a los bancos en riesgos de solvencia

¹⁹ Hoy en día, a pesar de haber ya finalizado con esa baja gradual del porcentaje de aseguramiento de los dineros de los depositantes, se garantiza por el Estado el 100% de los depósitos en cuenta corriente, en los depósitos en cuentas de ahorro a la vista, en los demás depósitos a la vista y en los depósitos en cuentas de ahorro a plazo con giro incondicional. Además se ha establecido que se garantizará un 90% de su monto total, con un tope máximo de 108 UF, en todo el sistema financiero por cada año calendario, los depósitos a plazo cuyo titular sea una persona natural y que se traten de depósitos a plazo mediante documentos nominativos o a la orden incluso con libretas de ahorro a plazo con giros diferidos. Todo esto a partir de los artículos 65, 123 inciso 5º, 132 y artículos 144 al 153 de la Ley General de Bancos.

ya que la posibilidad de desequilibrio de la caída de estos bancos sería más perjudicial que el otorgamiento de créditos para el salvataje de éstos. Con esto se pretendía evitar en definitiva una posible corrida bancaria. De este modo, se generaron créditos subordinados computables como capital en virtud del artículo 137 del DFL 252.

3.4.3 Los procesos de regularización de la banca

Quizás una de las reformas más importantes tendientes a la estabilización financiera de la banca en su generalidad, lo constituyen los procesos orientados a la regularización de estas entidades. En este sentido hablamos concretamente de la normativa creada a partir de la ley 18.576, focalizada a los procesos de salvaguarda de una entidad financiera sumida en situación de insolvencia. Se trata de una serie de etapas intermedias que se introducen novedosamente en nuestra legislación, antes de finalizar en el proceso mismo de liquidación forzosa de un banco.

Con anterioridad a las reformas de 1986, existía un evidente vacío legal en esta materia, lo cual significaba un costo enorme tanto para la economía como para los mismos clientes bancarios. Efectivamente, frente a una situación latente de insolvencia, o bien no se actuaba conforme a las posibles consecuencias del problema, o simplemente la Superintendencia optaba por acudir a la salida más rápida; la declaración de la liquidación forzosa. Esta antigua manera de proceder en el sistema bancario dotaba de poca eficiencia y en la administración de vías de solución para la recuperación de recursos que eventualmente podrían haber sido reincorporados al patrimonio de un banco.

Es bajo estas premisas y bajo la promulgación de la ley 18.576, se decidió la introducción del Título XV a la Ley General de Bancos, llamado derechamente como una serie de “medidas para regularizar la situación de los bancos y su liquidación forzosa”, estableciéndose tres mecanismos intermedios antes de derivar una entidad bancaria en una etapa final de liquidación.

3.4.3.1 Capitalización Preventiva

En primer lugar, el artículo 118 de la Ley General de Bancos se refiere a la “capitalización preventiva”, la cual se plantea en aquellas situaciones en que existe un desequilibrio financiero sostenido en el tiempo, vale decir, en aquellos casos en que el directorio no pudiere normalizar la situación en el plazo de treinta días con posterioridad a la presentación del estado financiero. Bajo estas condiciones, el directorio tiene la facultad de convocar dentro del quinto día hábil, a una junta de accionistas, la cual deberá celebrarse dentro de los siguientes treinta días hábiles a la citación, con la finalidad de proponer una reposición de capital bancario que sea necesaria para recuperar niveles de solvencia regulares. Esta convocatoria deberá señalar las condiciones en las cuales se realizará el aumento de capital, además de contar con la aprobación de la Superintendencia. Si la junta de accionistas rechaza el aumento de capital en la forma propuesta o si, una vez aprobado éste, no se entera dentro del plazo establecido o si la Superintendencia rechaza las condiciones contenidas en la convocatoria, el banco no podrá aumentar el monto global de sus colocaciones, ni efectuar inversiones, salvo en instrumentos emitidos por el Banco Central.

3.4.3.2 Propositiones de Convenio

Como segundo mecanismo para regularizar la situación de los bancos, debemos atenernos a lo dispuesto en el artículo 120 y siguientes, para referirnos a las “proposiciones de convenio”. Las proposiciones de convenio pueden darse bajo diversos formatos, entre los cuales existe una enumeración que finalmente queda bajo términos referenciales en virtud de lo establecido por la propia ley:

- i. La capitalización total o parcial de los créditos;
- ii. La ampliación de plazos de deuda no preferente;
- iii. La remisión de una parte de las deudas y;

- iv. “Cualquier otro objeto lícito relativo al pago de las deudas”²⁰.

Las proposiciones de convenio no pueden ser ofrecidas a acreedores que gocen de preferencia, ni a aquellos que sean titulares de obligaciones a la vista. En este sentido, respecto de los acreedores no preferentes, el banco en dificultades de solvencia deberá proponer un convenio con el objeto de lograr una futura capitalización y lograr el consecutivo pago de los depósitos. Se deberá aceptar sin embargo, que en virtud de la complicada situación que experimente el banco, dichos depósitos poseerán un valor inferior al originalmente establecido, o bien se alterará el plazo de vencimiento, o incluso las condiciones de pago del mismo.

Los convenios normalmente deben ser realizados bajo la cláusula “pari-passu”, es decir, guardando las mismas proporciones de los términos, en cuanto a obligaciones y derechos, respecto de todos los acreedores involucrados en dicha propuesta. Así lo explica el segundo inciso del artículo 123, disponiendo que “las proposiciones de convenio deberán ser las mismas para todos los acreedores a que se aplicará el convenio y el que se apruebe no podrá contener, en caso alguno, normas diferentes para ellos.”.

En cualquier caso, resulta de vital importancia, para efectos de aceptabilidad del convenio, el hecho de ser capaz de detectar en una etapa temprana un desbalance en el estado financiero de la entidad bancaria, cuestión que en última instancia dependerá enteramente de la gerencia, órgano que deberá decidir en qué momento terminar con el sistema primitivo de pagos para comenzar a considerar la elaboración de un convenio, llegando a prever las dificultades que consecuentemente se podrían experimentar a partir de un mayor desarrollo de una crisis de liquidez.

Para lograr la aprobación de un convenio es necesaria la mayoría absoluta del total del pasivo, a excepción de las obligaciones a la vista, tal como se mencionó anteriormente. Así también, para ser sometido a la aprobación de los acreedores, el convenio debe ser previamente calificado por la Superintendencia, teniendo en cuenta los efectos reales que dicho convenio tendría en el mejoramiento de la entidad bancaria, y en especial, acerca de si

²⁰ Artículo 123 de la Ley General de Bancos.

es o no indispensable la remisión de la parte de las deudas que se hayan propuesto. Para pronunciarse, la Superintendencia tendrá el plazo de cinco días hábiles, y de no llevarse a cabo en este plazo, se podrá proponer directamente el convenio a los acreedores. La Superintendencia podrá de este modo formular objeciones al convenio, las cuales deberán ser aceptadas por el directorio del banco. Sin embargo, en el caso de no aceptarse estas objeciones o haberse rechazado completamente el convenio en cuestión, deberá proponerse un nuevo convenio al tenor de las indicaciones del artículo 124. Es del caso mencionar que en el proyecto de ley se había establecido que se podía proponer un convenio, sujeto a la aprobación de los acreedores; pero en caso de no ser éste aceptado se debía proceder a la liquidación forzosa directamente por lo que en definitiva, a pesar del objetivo a lograr pensando en la estabilidad del sistema de pagos de una economía, resultaba este escenario una herramienta de manejo indirecto del directorio a los acreedores. Es por esta razón que en la versión definitiva de la ley, se estableció la posibilidad de suscribir un “convenio standard”, en caso de rechazarse el ya propuesto, conforme lo dispone el artículo 123 en su inciso tercero. Esta situación constituye en definitiva una verdadera opción intermedia entre la proposición inicial del directorio y la irrevocabilidad de la liquidación forzosa²¹.

Ahora bien, en caso de lograrse la aprobación del convenio, se deberá realizar, en aquellos casos que corresponda, una nueva emisión de acciones con el sólo mérito del convenio, debiendo inscribirse y publicarse el extracto de dicha operación conforme a lo señalado en el artículo 31 de la Ley General de Bancos²². Estas acciones serán entregadas a los acreedores, a prorrata de la parte capitalizada sus créditos, quienes posteriormente tendrán derecho a exigir que el banco les compre dichas acciones al valor de libros a prorrata y hasta la concurrencia de la utilidad líquida anual, deducido el monto de los dividendos que se acuerden repartir a estos mismo accionistas. Este derecho deberá necesariamente hacerse valer dentro del plazo de noventa días desde a partir de la fecha de celebración de la Junta de Accionistas que aprobó el balance. Asimismo, el banco deberá realizar una repartición de acciones entre

²¹ RAMIREZ V., Guillermo, ROSENDE R., Francisco. Análisis de la Legislación Bancaria Chilena. Banco Central de Chile. Alfabetá. 1989.

²² Artículo 127 de la Ley General de Bancos.

los tenedores que las adquirieron en una emisión anterior al convenio. Cabe recordar que las acciones adquiridas de este modo podrán ser enajenadas en un plazo máximo de tres años a partir de la fecha de capitalización.

En cualquier caso, las entidades bancarias que se vean perjudicadas por la Superintendencia, en cuanto a los criterios para determinar que su situación financiera se subsume bajo uno de los presupuestos enumerados en los artículos 118 inciso cuarto y 122 inciso segundo, pueden solicitar una revisión de dicha resolución ante la misma autoridad, siempre que se acompañen antecedentes que justifiquen dicha resolución²³.

Según los autores Rosende y Ramírez, el proceso de refinanciamiento de un banco, de manera a reequilibrar su situación financiera mediante un convenio, podrá ser considerablemente muy eficaz en la medida que genere confianza en los mismos depositantes y no ocasione una retirada generalizada de depósitos por parte de éstos. En efecto, sería preciso entregar una información consistente y completa a quienes suscriban este convenio, de manera a transmitir la confiabilidad acerca de la liquidez del banco, una vez que ésta sea obtenida. De esta manera será posible asegurar un futuro normal funcionamiento de un entidad bancaria, no debiendo en ninguna medida dar pie a la posibilidad de generar especulaciones entre sus clientes; especulaciones que fundamentalmente tendrían relación con una eventual intervención gubernamental a través del accionar del Banco Central. Es por ello que resulta sumamente importante generar incentivos privados para la capitalización de los bancos comerciales, puesto que de otro modo, es decir mediante el financiamiento estatal de los depósitos, se generan graves problemas económicos en el futuro, esencialmente acompañados por los comportamientos especulativos perversos que esto provoca.

3.4.3.3 Capitalización de un Banco por el Sistema Financiero

Bajo los cuestionamientos anteriores viene a introducirse la tercera medida para regularizar la situación de los bancos, la cual se establece

²³ MALDONADO Escobar, María Angélica. Las Potestades Fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en Relación con las Empresas Bancarias y su Control. 1996.

precisamente en el artículo 140 de la Ley General de Bancos; esta es la mecánica de la “Capitalización de un Banco por el Sistema Financiero”. En efecto, aquellas instituciones bancarias que se encuentren bajo una crisis financiera, además de poder acceder a las dos opciones de regularización señaladas anteriormente, podrá convenir un préstamo con otras empresas bancarias, pactado en un plazo de dos años. Esta modalidad de capitalización de un banco con problemas financieros es posible realizarla, tal como lo establece la legislación bancaria, incluso bajo una administración provisional. En todo caso, es preciso destacar que en caso de existir un concurso de acreedores, este préstamo podrá ser pagado después de haber sido cubiertos los créditos valistas.

La capitalización de los bancos constituye una ingeniosa forma de financiamiento en cuanto se introduce la posibilidad de solucionar en forma privada aquellos problemas de solvencia del sector bancario. Cabe señalar en cualquier caso, que estos acuerdos deben realizarse bajo la autorización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Además, dichos préstamos actualmente no pueden sobrepasar el 25% del patrimonio efectivo del banco prestamista.

El préstamo se computará como capital de la empresa prestataria para los efectos de los márgenes que establece la Ley General de Bancos. Dicho préstamo sólo podrá ser pagado en la medida que la institución bancaria beneficiaria se haya capitalizado nuevamente, independientemente del ya mencionado préstamo otorgado.

En aquellos casos en que no se haya pagado el préstamo en el plazo convenido, la Ley General de Bancos establece tres opciones: 1) Utilizarse como una capitalización previa con el objeto de realizarse una fusión entre el banco prestamista y el prestatario; 2) Pactarse como aumento de capital del banco beneficiario, en aquellos casos en que las acciones emitidas sean suscritas por un tercero; 3) Suscribir y pagarse un aumento de capital, en cuyo caso, las acciones deberán ser enajenadas en un mercado secundario formal en un plazo de ciento ochenta días, a partir de la fecha de capitalización.

La ley establece sin embargo ciertas limitantes al otorgamiento de créditos interbancarios; no podrán realizar dichos préstamos el Banco del Estado de Chile, así como los bancos que se encuentren bajo administración

provisional, ni las empresas bancarias que posean accionistas comunes que, directa o indirectamente controlen la mayoría de sus acciones²⁴.

De la mecánica de los préstamos ofrecidos por la banca privada puede resultar un doble beneficio. No sólo permiten la subsistencia de un banco insolvente con el objeto de volver a equilibrar sus estados financieros y lograr cubrir sus deudas, sino que también permite al banco prestamista lograr un negocio financiero importante en cuanto a su monto, garantizado con la posibilidad de acceder al mercado financiero en el cual tiene participación el banco prestatario, a través de la eventual toma de su administración, en aquellos casos en los cuales no se llegase a saldar la deuda.

Este sistema de préstamos interbancarios, que finalmente es constituido por la autorregulación del mercado, dista bastante de lo que sucede en España. En dicho sistema financiero se consagra el Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), que dentro de sus modalidades existe una dedicada exclusivamente a los establecimientos financieros. La finalidad del FGD consiste en el aseguramiento de los créditos pertenecientes a los depositantes, ya sean en dinero o en valores. Dicha garantía no es total en todo caso y se encuentra limitada por ley²⁵. Además, el FGD tiene la facultad de intervenir realizando actuaciones en la entidad bancaria, de manera a reforzar su solvencia y su funcionamiento. Este fondo es administrado y conducido según las decisiones que toma una Comisión Gestora compuesta por ocho miembros nombrados por el Ministros de Economía y de Hacienda.

Algo parecido es lo planteado con el *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) de Estados Unidos, el cual promueve y promociona la seguridad en el sistema financiero, mediante el monitoreo y la identificación de los posibles riesgos sufridos por los depósitos, en aquellos casos en que los bancos y las instituciones financieras se posicionen bajo los parámetros aceptables de solvencia económica. Este fondo fue creado a partir de las experiencias vividas durante la crisis de finales de los años 20, con lo cual, a partir de las reformas de fines del año 2008, hoy en día se establece un límite de garantía que asciende a los 250.000 dólares por depositante. El FDCI

²⁴ Artículo 140 de la Ley General de Bancos.

²⁵ En los casos de depósitos en dinero la garantía tiene como límite 100.000 euros por cada depositante de cada entidad bancaria.

constituye el fondo regulador y supervisor primario a nivel federal, respecto de aquellos bancos relegados en estados que no forman parte del sistema de la Reserva Federal. Asimismo, el FDCI se establece como un sistema secundario de supervisión para la generalidad de los bancos y las instituciones financieras, comandado por cinco directores designados por el Presidente con la aprobación del Senado de Estados Unidos.

En Chile, en cambio, al tratarse de sistemas de financiamiento de orden privado, la disponibilidad y el monto del préstamo bancario se encuentra condicionada por la fortaleza económica y en definitiva por la disponibilidad de capital de cada entidad bancaria, sin perjuicio del límite crediticio impuesto por la ley, el cual finalmente se encuentra condicionado por el tamaño del banco.

3.4.3.4 La Liquidación Forzosa

Finalmente, se establece, ya no tanto como método para la regularización de una entidad bancaria, sino que como un mecanismo para mantener el equilibrio, en la medida de lo posible, del sistema de pagos de la institución, la vía de la liquidación forzosa. Este proceso se establece a partir de los artículos 130 y siguientes de la Ley General de Bancos.

La liquidación puede ser de carácter voluntaria o forzosa. La liquidación voluntaria es aquella realizada por el propio órgano administrador del banco, salvo que se haya acordado algo diferente ya sea en los estatutos o en alguna junta de accionistas. En la generalidad de los casos, en los estatutos de una empresa bancaria se establece un procedimiento de liquidación de la entidad, otorgando además atribuciones especiales a una comisión liquidadora con el objeto de llevar a cabo dicho proceso. Durante la liquidación, se podrán seguir realizando juntas de accionistas, en las cuales los liquidadores deberán informar acerca del estado de dicho procedimiento. Por otra parte, existe la liquidación forzosa, la cual tiene lugar en aquellos casos en que no se pudiese lograr un acuerdo con los acreedores mediante la suscripción de un convenio, o bien no se contase con la solvencia requerida mínima para continuar funcionando, caso en el que la Superintendencia revocará la existencia de la entidad bancaria para comenzarse con este procedimiento, previo acuerdo del Comité Ejecutivo del Banco Central. El liquidador será designado por la

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y éste contará con un plazo de tres años para desempeñar su cargo, los cuales son renovables por períodos sucesivos que no excedan de un año, a partir de resolución fundada del Superintendente. En aquellos casos, el liquidador deberá realizar una publicación en un diario de circulación nacional, informando acerca del estado y de las últimas actualizaciones del proceso de liquidación. Además, la persona del liquidador contará con todas las facultades, deberes y responsabilidades que la ley les otorga a los liquidadores de las sociedades anónimas.

Los fondos que permanezcan en caja así como los dineros invertidos en documentos del Banco Central serán utilizados para asegurar el pago de los depósitos a la vista; luego, en el monto en que éstos sean insuficientes, será el Banco Central quien asegure los recursos faltantes, constituyéndose de este modo en un acreedor de grado preferente en relación a todos aquellos que no son portadores de depósitos a la vista. Mediante este proceso de liquidación forzosa comienza un orden de prelación, en el cual el liquidador debe garantizar en primer lugar el pago de los gastos asociados al mecanismo mismo de la liquidación y de los acreedores que gocen de preferencia.

Señala a continuación el artículo 135 de la Ley General de Bancos señala que una vez que la Superintendencia ha resuelto la liquidación forzosa de un banco, no se podrá dar curso a las acciones ejecutivas que se entablen, ni tampoco se podrán decretar embargos o medidas precautorias en relación a obligaciones anteriores a dicha resolución. De esta manera, en la medida en que exista disponibilidad de fondos, el liquidador deberá encargarse de solventar los gastos de la propia liquidación, pagar a los acreedores preferentes y finalmente repartir el efectivo restante entre los acreedores comunes en relación al monto de sus créditos, salvo que no se alcanzaren a cubrir íntegramente éstos últimos con lo que deberán ser cubiertos a prorrata. Esta situación se explica porque una vez que se ha ordenado la liquidación forzosa, se produce una exigibilidad inmediata sobre la totalidad de los créditos en contra de la entidad bancaria.

Sin embargo, existe una salvedad al procedimiento de la liquidación propiamente tal, por cuanto el artículo 134 dispone que este mecanismo no se aplicaría a las letras de crédito, que a su vez posee proceso particular. En efecto, el señor Guillermo Ramírez, Superintendente de Bancos e Instituciones

Financieras afirma al respecto lo siguiente: “Se trata de que no se inviertan esos dineros en hacer negocios en el giro de la liquidación; pero sí que se pueda mantener la continuidad de las transacciones de la economía. [...] Que se pueda incluso seguir girando cheques, o recibiendo depósitos mientras no se produzca un trastorno por el hecho de que un banco esté en liquidación. Esa es la parte sustancial de por qué el Estado entra a apoyar, para no impedir esas transacciones.”²⁶.

En todo caso, si un acreedor fuere a la vez deudor del banco tendría lugar la compensación sólo al tiempo de los repartos de fondos hasta la concurrencia de las sumas que se abonen al crédito, sólo cuando se cumplan los demás requisitos establecidos en la ley. Anteriormente no procedían otras compensaciones que la recientemente señalada en el período de liquidación forzosa; sin embargo, luego de la introducción de la Ley 20.190 publicada el 5 de junio del año 2007, ahora es igualmente posible realizar una compensación legal en dicha situación, a partir de productos derivados, tales como futuros, *swaps* o *forwards* entre otros.

En definitiva mediante la reforma a la legislación bancaria, se pretendió acudir a la vía del sector privado como mecanismo de autorregulación y de ajuste del sistema bancario, de manera a establecer una alternativa viable frente a la intervención del Estado. Esta vía estaría principalmente orientada en determinar estados financieros deficientes, pero de manera a anticipar una crisis en una etapa inicial o prematura, de manera a poder actuar a modo más bien previsor. Los canales de comunicación resultan en estos términos de gran importancia para los efectos de dar cuenta de la evolución de diferentes situaciones financieras. En la práctica, esto principalmente se produce a través de los diversos reportes que debe entregar la gerencia, tanto hacia la directiva como hacia la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

²⁶ Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas del 20 de Mayo de 1986. Página 1035. HISTORIA DE LA LEY: Ley N° 18.576. CHILE. Modifica la Ley General de Bancos. Congreso Nacional de Chile. 17 de noviembre de 1986.

Por otra parte, según los economistas Guillermo Ramírez y Francisco Rosende²⁷, constituye una plusvalía el hecho de impulsar una reforma desde el planteamiento de impulsar la transparencia del sistema bancario en cuanto al manejo de información de los bancos, no sólo para la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras sino que también para el público en general, ya que esto último permite comenzar una elección en relación al riesgo asumido por la entidad bancaria. Sin embargo, afirman los autores, a priori, esta situación pudiese parecer perjudicial para el mercado financiero, si tenemos en consideración que el manejo de información privada por parte de los bancos constituye uno de sus principales activos dentro de su funcionamiento. En todo caso, dadas las deficientes condiciones en que se encontraba el sistema financiero chileno en la primera mitad de la década de los ochenta, devenía imperativa la necesidad de comenzar con soluciones inmediatas y directas tales como la directriz de la transparencia recién señalada, así como la supervigilancia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, con el objeto de recobrar la confianza de los clientes.

Por otra parte, cabe tener presente que las exigencias impuestas a las instituciones bancarias son bastante rigurosas, en términos que a medida que exista un mínimo índice de desequilibrio en el estado financiero de un banco, se debe recurrir a un convenio con los acreedores (artículo 119 del DFL 252). Esta dinámica de obligar a la banca a tomar medidas relevantes frente a pequeñas alteraciones permite incidir considerablemente en una actitud más bien prudente por parte de estas instituciones, quienes tenderán en definitiva a adoptar una política más conservadora, rompiendo de este modo la aventurada costumbre de tomar altos riesgos, extendida en esa época ya por años en nuestro país.

Por último, es preciso señalar que existieron una serie de modificaciones en torno a las atribuciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, cuestiones que se analizarán en el capítulo IV de este trabajo, el cual se refiere por completo a la importancia de dicho órgano en la reforma a la legislación y al sistema bancario en 1986.

²⁷ RAMIREZ V., Guillermo, ROSENDE R., Francisco. Análisis de la Legislación Bancaria Chilena. Banco Central de Chile. Alfabetá. 1989.

4. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras como eje central de control de actividades bancarias

El Estado es quien ejerce la supervigilancia de las entidades financieras, con el objeto de preservar el equilibrio en el sistema de pagos que rige la economía de un país. Este rol debe realizarlo obligatoriamente a través de sus órganos, de manera de poder cumplirlo en forma mucho más eficiente y exhaustiva. Esta actividad deviene sumamente importante en virtud de predominar en ella un interés más bien general en mantener la confianza en el sistema financiero. Es bajo estas premisas que viene a introducirse la figura de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, órgano que en virtud de un mandato estatal se le ha delegado la tarea de velar por el correcto y normal funcionamiento del sistema financiero de nuestro país.

4.1 Generalidades

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras tiene su origen en el año 1925²⁸, con la promulgación de la Ley General de Bancos, la cual tiene inicialmente su origen en el seno de la Misión Kemmerer. Dicha misión efectivamente fue solicitada por el gobierno chileno un año antes, con el objeto de prestar asesoría técnica en materias financieras, comandada por el economista estadounidense Edwin Walter Kemmerer, junto a cuatro asesores

²⁸ D.L. 559 de 26 de septiembre de 1925.

además de un secretario general. En dicha época, aun nos encontrábamos en pleno apogeo del liberalismo económico en su rasgo más amplio y bien todavía no aparecían las consecuencias de la crisis económica de 1929; sin embargo, ya se hacía manifiesta la necesidad de comenzar con un control serio de las instituciones bancarias. De este modo, a partir del D.L. 559 se crea en el seno del Ministerio de Hacienda, una Sección de Bancos, dirigida por el Superintendente de Bancos, con amplias atribuciones, encargado fundamentalmente de fiscalizar los bancos comerciales nacionales y extranjeros, las cajas de ahorro, los bancos hipotecarios y el Banco Central de Chile.

A partir de una modificación que se llevó a cabo el 4 de abril de 1960, se volvieron a actualizar las disposiciones legales para hacerlas acordes a las nuevas necesidades de la época, creando ahora sí un órgano llamado Superintendencia de Bancos, dependiente del mismo Ministerio que la antigua Sección de Bancos, encargada en la misión de fiscalizar las operaciones de todas las instituciones bancarias, sean públicas o privadas.

Con posterioridad, ya en la década de los años setenta, y más particularmente en el año 1975²⁹, se realiza una nueva modificación a la Ley General de Bancos que finalmente crea la actual Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ampliando el rango de las instituciones a supervigilar, dotando a la institución de autonomía y de personalidad jurídica propia, que a su vez tendrá una duración indefinida, tal como se establece en el primer artículo. Efectivamente, se pasó a ampliar la fiscalización sobre todas aquellas entidades, sean públicas o privadas que en sus operaciones manejen dineros del público en general.

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, como todo órgano jerarquizado perteneciente al aparato de la administración del Estado, se encuentra dirigido por la figura del Superintendente, encargado de plantear los ejes de acción y encauzar las políticas de fiscalización encomendadas por la ley. Bajo este mismo lineamiento, el Superintendente posee la facultad de designar y remover de sus cargos a funcionarios que sean de su plena

²⁹ D.L. del 16 de julio de 1975, derogando el Título II del D.F.L. 252 de 1960.

confianza, así como también tiene las atribuciones suficientes para fijarles sus remuneraciones.

Por otra parte en relación a su mecanismo de financiamiento, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras solventa los gastos en los cuales incurre a través de las entidades sometidas a su fiscalización, quienes en última instancia deben asumir dicha obligación.

4.2 Labor de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

La fiscalización realizada por la Superintendencia se rige fundamentalmente por dos aristas: el control de la legalidad y el control de mérito. En primer lugar, en lo que respecta al control de la legalidad, éste se encuentra particularmente ubicado en el artículo 12 de la Ley General de Bancos, el cual dispone que “corresponderá al Superintendente velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan y ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios”. En efecto, consiste en el mandato que obliga a las entidades supervisadas a comportarse según los parámetros establecidos por las leyes de la república. Recordemos en cualquier caso que lo que resoluciones llevadas a cabo por la Superintendencia no producen en ningún caso cosa juzgada, por lo que las instituciones sometidas a dicho órgano estatal autónomo son libres de recurrir a la justicia ordinaria. Dicho de otro modo, este principio de legalidad puede ser considerado como de forma y de fondo. El principio de legalidad visto desde el punto de vista de la forma consiste básicamente que la Superintendencia se atiene a una fiscalización estrictamente en cuanto a si existe o no una infracción al ordenamiento jurídico. En lo que respecta a la legalidad de fondo, ésta se enfoca en prestar atención a las actividades de las entidades supervisadas en relación a un comportamiento determinado considerándose las circunstancias en las cuales se realiza dicha actuación. Es preciso constatar que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras posee ambas características en su labor de fiscalizador de dichas entidades.

Por otra parte, el control de mérito se refiere a la facultad de la Superintendencia para determinar irregularidades en el actuar de los bancos o

las instituciones financieras, en base a su propia discrecionalidad, criterio suficiente para ejercer su poder de ente supervigilante. Dicho control se dispone en diversos artículos de la Ley General de Bancos. En primer lugar, el artículo 12 dispone que el Superintendente podrá “ejercer la más amplia fiscalización sobre todas [las] operaciones y negocios” de las entidades sometidas a su control. Luego, en el inciso tercero del mismo artículo viene a complementar lo anterior estableciendo que se “podrá examinar sin restricción alguna y por los medios que estime conveniente del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos lo antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer.”.

De este modo, observamos que las facultades de la Superintendencia son extremadamente amplias. Al efecto, el profesor Morand afirma que “no sólo se está dando al Superintendente el juzgamiento de legalidad, sino también el de mérito, esto es, un juicio sobre la actuación misma de los administradores de la empresa.³⁰”.

4.3 Límites a la potestad de la Superintendencia

Cabe tener presente que aquella gran amplitud en las atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, posee una limitación suprallegal; esto es lo dispuesto por la Constitución Política de la República. Como bien sabemos las bases del principio de legalidad constitucional se encuentra concentrado en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental. En este sentido, el artículo 6 dispone en su primer inciso que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.”. A continuación, el inciso segundo establece lo siguiente: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”.

³⁰ MORAND V., Luis. Legislación Bancaria, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

A su vez, el artículo 7 señala: “Los órganos del Estado actúan previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”.

Efectivamente, tal como lo señala el profesor Kamel Cazor, la actuación de un órgano ejecutivo que cuenta con importantes atribuciones y facultades, que, traducidas a la vigencia de un Estado de Derecho, requieren imperativamente una sujeción integral a derecho en cuanto a su existir y obrar, es lo que se denomina el principio de legalidad o juridicidad³¹. Por tanto, es bajo dichos términos que, la Superintendencia, en su calidad de órgano estatal, debe someterse al mandato constitucional, así como a las directrices impartidas por la legislación. En definitiva, este principio adquiere una relevancia directa sobre las entidades bancarias, pues es uno de los órganos del Estado el que se encarga de supervigilar las operaciones de los bancos, debiendo en todo momento respetar los límites constitucionales interpuestos, tanto en términos positivos como negativos.

En este sentido, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado viene a reforzar el principio de legalidad en su artículo segundo, estableciendo lo siguiente: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”.

4.4 Dimensiones de las facultades de la Superintendencia

³¹ CAZOR Aliste, Kamel. Principios de Legalidad y Criterios de Vinculación Positiva y Negativa en la Constitución. Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile. Vol. VIII, diciembre 1997, pp. 91-96.

Las facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras pueden abarcar distintas dimensiones en la aplicación de su potestad fiscalizadora. En esta línea, nos referimos a la constitución de una entidad bancaria, tanto en forma previa como en el acto mismo de su creación, a la administración de un banco, a las operaciones que éste realice, y a materias en relación a su disolución y a su liquidación forzosa.

En primer lugar, en lo que se refiere a la constitución de una empresa bancaria, el requisito previo consiste básicamente en entregar un prospecto a la Superintendencia, en el cual se regulen en forma esencial las características de la entidad a crear, presentando además un plan de negocios por los tres primeros años de existencia. A esto se suma, según lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley General de Bancos, la obligación de los accionistas a otorgar una garantía que asciende al 10% del capital social. Posteriormente, en relación a la constitución misma del banco, es necesario solicitar una autorización de existencia, en el plazo de diez meses desde la fecha del certificado de depósito del prospecto presentado. Esta solicitud se hará conjuntamente con la aprobación de los estatutos de la nueva empresa, una vez que ya se ha celebrado el contrato de sociedad anónima correspondiente. Las inscripciones en el registro de comercio y la publicación en el Diario Oficial, se realizarán en el momento en que la Superintendencia haya manifestado su conformidad con todos los demás requisitos exigidos, tanto en cuanto a formalidades como en cuanto a requerimientos de capital.

En segundo lugar, en relación a la administración de los bancos, bajo sus características propias de una sociedad anónima, éstos se componen de tres órganos principales: un directorio, una junta de accionistas y un gerente. La Superintendencia posee una importante injerencia en cada uno de dichos órganos, velando por su correcto desempeño. Respecto del directorio, el artículo 43 de la Ley General de Bancos establece que “la dirección y la administración de las empresas bancarias se ejercerán en conformidad a las disposiciones legales que rijan la materia, a los estatutos de cada banco y con sujeción a las normas impartidas por el Superintendente.”. De esta forma, la Superintendencia actúa como intermediario directo para que las decisiones de un directorio gocen de legalidad; ya sea bajo la aprobación de números

impares en la constitución del directorio, en la reserva en el nombramiento de directores suplentes, o bien en las publicaciones para la elección de directores. En lo que respecta a los gerentes y a los subgerentes, su elección también debe ser comunicada previamente a la Superintendencia³². Además, así como lo dispone el artículo 46 de la misma ley, la Superintendencia puede dictar normas tendientes a asegurar la debida y adecuada información del directorio. Ahora bien, la Ley General de Bancos no se ha encargado de regular en detalle la situación de las juntas de accionistas, limitándose solamente a ciertas disposiciones al respecto, por lo que ésta constituye una materia más bien dejada a cargo de la Ley de Sociedades Anónimas. Sólo cabe hacer presente, y lo señala el artículo 48 de la Ley General de Bancos, que la Superintendencia puede resolver administrativamente cualquier problema que se suscite, a nivel de la calificación de poderes o algún problema referido a la legitimidad de la junta, o bien, en cuanto a los acuerdos que se adopten en dicha asamblea.

En tercer lugar, respecto de las operaciones bancarias, es preciso recordar el artículo 40 de la Ley General de Bancos, el cual entregaba la definición legal de banco³³. A partir de esta definición, entendemos que existen operaciones de crédito pasivas, esencialmente dadas por las captaciones de clientes bancarios, a partir de depósitos de ahorro, a la vista y/o a plazo, además de cuentas corrientes, y de operaciones de crédito activas, en las cuales el banco adquiere un status de acreedor, actuando como inversionista mediante el acto de realizar colocaciones. Es en relación a dichas operaciones que tanto la Superintendencia como el Banco Central establecen una serie de limitaciones y de restricciones con el objeto de mantener dentro de los márgenes de la rectitud el desempeño de las entidades bancarias en el ejercicio de su giro. Efectivamente, los bancos deben someterse a un sistema de encaje, con el objeto de atender a las demandas de efectivo por parte de sus depositantes. Si bien, son tanto la Superintendencia como el Banco Central quienes se encargan de fiscalizar los márgenes aceptables del encaje, es ésta

³² Artículo 44 de la Ley General de Bancos.

³³ Artículo 40 de la Ley General de Bancos: "Banco es toda sociedad anónima especial que, autorizada en la forma prescrita por esta Ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita."

última institución la que debe fijar los rangos de dicha tasa en virtud de lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley General de Bancos y del artículo 34 N° 2 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Para efectos de determinar la tasa de encaje, el Banco Central toma en consideración los depósitos u obligaciones a la vista, que son aquellos cuyo pago puede ser demandado en un plazo inferior a treinta días, y los depósitos a plazo, que son aquellos en que dicho plazo se extiende a treinta días o más. Según el artículo 64 de la Ley General de Bancos, las entidades bancarias que no sean capaces de mantener la razón de encaje o el nivel de reserva técnica incurrirán en una multa, la cual será aplicada por la Superintendencia, equivalente al doble del interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional de menos de noventa días, y en moneda extranjera.

Ahora bien, si un banco incurriere en déficit de las obligaciones impuestas en el artículo 65 de la presente ley, el Superintendente deberá ser informado por el gerente de esta situación al día siguiente hábil de esta situación, así como de las medidas a tomar para solucionar dicho desequilibrio. En estos casos, de extenderse este déficit por más de tres días hábiles, la Superintendencia podrá aplicar una multa consistente en el interés máximo convencional para operaciones no reajustables para cada déficit diario. Sin embargo, de mantenerse el déficit en cuestión por más de quince días, el directorio deberá presentar proposiciones de convenio en la forma estipulada en el artículo 119 de la Ley General de Bancos, sin perjuicio de las facultades del Superintendente para designar un administrador provisional a la empresa o para resolver directamente su liquidación³⁴. En lo que se refiere a la relación deuda-capital, el artículo 66 establece que el patrimonio efectivo de un banco no puede ser inferior al 8% de sus activos ponderados por riesgo y que el capital básico no puede ser inferior al 3% de los activos totales del banco. El objetivo de esta norma es evitar un excesivo crecimiento de los bancos, llámese igualmente apalancamiento financiero, pudiendo de esta forma en todo momento cubrir las necesidades de efectivo de sus depositantes.

En cuarto lugar, las atribuciones de la Superintendencia se extienden a normativa en relación a la disolución de un banco y su liquidación forzosa,

³⁴ Artículo 65 de la Ley General de Bancos.

cuestión que ya se analizó en el capítulo anterior, al enfocarnos en las reformas que conllevaron la introducción de la ley 18.576 en el año 1986.

Las atribuciones que posee la Superintendencia no sólo se limitan a lo considerado como fiscalización de entidades bancarias, sino que además se traduce en potestades normativas y sancionadoras. La potestad normativa se traduce fundamentalmente en la facultad de emitir instrucciones o circulares, que no son más que reglamentos emanados de un órgano autónomo con el objeto de satisfacer en forma técnica y jurídica, los lineamientos de la política económica planteadas por el Estado. Tal como se planteó anteriormente, dicha atribución para emitir normas bajo el amparo de la misma ley o del Ministerio de Hacienda deben especialmente responder a las limitaciones impuestas bajo la línea de nuestra Carta Fundamental. En efecto, el principio de legalidad se establece nuevamente como un límite básico, a través de sus artículos 6 y 7, sancionándose toda infracción producto de algún acto administrativo con la nulidad de derecho público.

Bajo esta misma directriz se establece la potestad sancionadora de la Superintendencia, considerándose ésta como una penalización en aquellos casos en que se observe una infracción a las leyes, a estatutos, a reglamentos y/o a circulares. La facultad sancionadora no sólo se manifiesta bajo formas pecuniarias, sino que además se puede traducir en prohibiciones a la realización de ciertos actos³⁵, o bien, en la posibilidad de designar un inspector delegado y un administrador provisional³⁶. Cabe recordar que la Superintendencia incluso puede revocar la autorización de existencia de una entidad bancaria, además de ordenar su liquidación forzosa³⁷. Luego, esta potestad también se confronta a diversas limitaciones a las cuales debe responder cada vez que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ejecute sanciones. Resulta claro en esos términos, que existe un grado de mayor tangibilidad con el principio del debido proceso señalado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política. A este respecto, el inciso cuarto de dicho artículo señala que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en una proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al

³⁵ Artículo 20 de la Ley General de Bancos.

³⁶ Artículo 23 de la Ley General de Bancos.

³⁷ Artículo 130 de la Ley General de Bancos.

legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.”. De este modo, cualquier dictamen o resolución proveniente de algún procedimiento dirigido por un órgano perteneciente a la administración del Estado debe ceñirse a los parámetros indicados por el principio constitucional del debido proceso. Según palabras del profesor Maturana, un procedimiento racional y justo mirado bajo el prisma del debido proceso, debe responder a diversos elementos. Entre los más importantes se encuentran los siguientes:

- 1) Derecho a que el proceso de desarrolle ante un juez imparcial e independiente.
- 2) Derecho de acción y de defensa.
- 3) Derecho a un procedimiento conducente a una pronta resolución del conflicto.
- 4) Derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio; para lo cual se le atribuye gran importancia a las notificaciones a lo largo de todo el proceso.
- 5) Derecho a un procedimiento que permita a las partes rendir prueba.
- 6) Derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto; en los cual tendría vital importancia el fundamento de las resoluciones llevadas a cabo.
- 7) Derecho a impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso. En esta situación, una vez resuelto un asunto por la Superintendencia, siempre existiría la posibilidad de proceder a la revisión de lo fallado por una instancia superior, que sea igualmente imparcial e independiente en la toma de sus decisiones.

La facultad de conocer, juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado se encuentra atribuida por nuestra Carta Fundamental a los Tribunales de Justicia del país. Sin embargo, esta facultad se le otorga excepcionalmente a ciertos

órganos de la administración del Estado. De esta manera, el Código Penal permite que dicha potestad sancionadora en sus artículos 20 y 501.

Por otra parte, existen otras garantías constitucionales que limitan la potestad sancionadora de la Superintendencia.

En primer lugar, encontramos el artículo 19 número 21, esto es, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica. En efecto, la Superintendencia no podría coartar el ejercicio del giro bancario por medio de una resolución que en definitiva atente arbitrariamente en contra de este precepto constitucional.

Así también encontramos el artículo 19 número 23, traducido en la libertad para adquirir toda clase de bienes; garantía que podría ser eventualmente transgredida en caso de prohibirse por parte de la Superintendencia, la adquisición de bienes que correspondan a activos fijos o a determinadas inversiones de un banco.

Del mismo modo, el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19 número 24 inciso tercero de la Constitución Política, dispone que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella; esto es, cuando lo exijan los intereses de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Luego, en virtud del artículo 20 de la Ley General de Bancos, se la atribuye a la Superintendencia la facultad de establecer diversas prohibiciones en aquellos casos de inestabilidad financiera, las cuales en todo momento deberán ejercerse dentro de los márgenes constitucionales preestablecidos por el constituyente.

4.5 Control jurisdiccional frente a las atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

Para fines de determinar las variantes en el control administrativo y jurisdiccional que es posible ejercer a partir de las resoluciones tomadas por la Superintendencia, es preciso determinar las cualidades que convierten a ésta en un organismo diferente dentro de la administración del Estado.

Siguiendo esta línea, el artículo primero de la Ley General de Bancos define a la Superintendencia como “una institución autónoma, con personalidad

jurídica, de duración indefinida, [regida por esta misma ley, y que] se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda.”. Luego el mismo artículo expone que “su domicilio será la ciudad de Santiago y no obstante su carácter de institución de derecho público, no se considerará como integrante de la Administración Orgánica del Estado ni le serán aplicables las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público y, en consecuencia, tanto la Superintendencia como su personal se regirán por las normas del sector privado, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 5º.”. A partir de este artículo, es posible afirmar que a pesar de que el artículo recientemente citado señale que la Superintendencia no pertenece a la Administración del Estado, debemos considerar que esto constituye un error de la legislación, por cuanto se trata de “una institución autónoma” y de “derecho público”, por lo que claramente constituye parte de la administración estatal. Sucede en todo caso, en virtud de lo expuesto por el artículo primero de esta ley, que la Superintendencia posee características propias y particulares que la diferencian de otros órganos estatales.

En primer lugar, la Superintendencia goza de personalidad jurídica propia, lo que quiere decir que puede adquirir derechos y ejercer obligaciones, además de poder ser representada judicial y extrajudicialmente. Además, por tratarse de un órgano de derecho público debe atenerse a los límites impuestos por el principio de legalidad, en relación a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 18.575, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En segundo lugar, la Superintendencia posee absoluta autonomía en la toma de sus decisiones, las que son efectuadas esencialmente a criterio del propio Superintendente. En todo caso, es preciso recordar que existe un lazo con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda. Por otra parte, el cargo de Superintendente es de exclusiva confianza del Presidente de la República.

En tercer lugar, este órgano estatal posee un patrimonio propio adscrito al ejercicio de sus funciones, siendo las instituciones fiscalizadas las encargadas de este financiamiento según lo dispuesto en la ley.

En cuarto lugar, este organismo público posee un régimen normativo especial, al encontrarse por una parte regulado por la Ley General de Bancos

y, por otra parte, por las normas generales del ordenamiento jurídico público en vigencia.

En quinto lugar, según lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley General de Bancos, el Superintendente será el encargado de designar los intendentes, los empleados, los inspectores y los agentes especiales, además de otros cargos que estime necesario para el correcto funcionamiento de la institución. El Superintendente gozará de la más amplia libertad para el nombramiento y la remoción del personal, con completa independencia de toda otra autoridad. A esto se complementa el Estatuto del Personal dictado por el Presidente de la República en 1975³⁸.

Finalmente, en virtud de lo que establece el artículo 11 de la Ley General de Bancos, la Superintendencia se encuentra sometida a la Contraloría General de la República, pero exclusivamente en lo que concierne al examen de las cuentas de sus gastos.

Entre los controles que se pueden invocar para resguardar bajo los parámetros de legalidad permitidos las resoluciones de la Superintendencia, encontramos un control administrativo y un control de carácter jurisdiccional.

4.5.1 Control administrativo

4.5.1.1 El recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración es aquel que se interpone ante la misma autoridad administrativa que emitió el acto respectivo con el objeto que ésta lo enmiende o lo revoque. Este recurso se establece fundamentalmente en el artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, es decir, procede contra la generalidad de los actos administrativos.

Sin embargo, la Ley General de Bancos se refiere a dicho recurso en forma particular en el artículo 129, donde se señala que un banco podrá solicitar la reconsideración cuando estime que se ha visto afectado por alguna resolución de la Superintendencia en cuanto a la determinación de hechos que hicieren temer por la situación financiera o por la solvencia de la entidad

³⁸ Estatuto del Personal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, D.S. 1383 de noviembre de 1975, Ministerio de Hacienda.

bancaria. Dicha reconsideración deberá solicitarse conjuntamente con todos los antecedentes que la justifiquen. La reconsideración deberá referirse a la calificación general de los activos del banco y se interpondrá dentro del plazo de cinco días hábiles, a partir de la fecha en que la resolución impugnada haya sido comunicada. La Superintendencia a su vez deberá pronunciarse sobre la reconsideración en un plazo que no exceda los quince días, contado desde que se hayan acompañado todos los antecedentes. La reconsideración efectuada deberá además ser puesta en conocimiento del Consejo del Banco Central. Toda vez que la Superintendencia estime rechazar en forma total o parcial una reconsideración, deberá hacerlo con la aprobación de dicho Consejo salvo que éste no se haya pronunciado en el penúltimo día que se establece para que la Superintendencia resuelva.

4.5.1.2 Recurso jerárquico

El recurso jerárquico es aquel acto administrativo de carácter no contencioso, destinado a reclamar respecto de la resolución de un órgano administrativo, directamente ante el superior en la escala jerárquica de la administración del Estado. Este recurso proviene en su esencia de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en relación a los funcionarios de dicha administración, quienes deberán someterse a un régimen jerarquizado y disciplinado, debiendo cumplir de manera fiel y esmerada, las órdenes que le impongan tanto su servicio como su superior jerárquico³⁹. En efecto, la administración del Estado se organiza de forma piramidal, estando comandada en su cúspide por el Presidente de la República.

De este modo, será el órgano superior ante el cual se interponga el recurso jerárquico, el encargado conocer el acto administrativo impugnado, con el objeto de anular, enmendar o suspender la resolución dictada por el órgano inferior, a excepción de que la ley le atribuya a éste último competencia única y exclusiva.

³⁹ Artículo 7 de la Ley 18.757, Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

En definitiva es el artículo 10 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado la que establece la procedencia de este recurso, disponiendo que los actos administrativos siempre serán impugnables a través de los recursos que establezca la ley; así se podrá interponer siempre la reposición ante el mismo órgano del que emanó el acto respectivo, y cuando procediere, también podrá hacerse uso del recurso jerárquico.

En todo caso, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a partir de lo prescrito por la Ley General de Bancos, es una institución autónoma, por lo que no se encuentra sujeta al control jerárquico que pueda ejercer el Poder Central. Efectivamente, las resoluciones tomadas por el Superintendente no pueden ser impugnadas en virtud del recurso jerárquico, por ser el Superintendente el Jefe a la cabeza del órgano fiscalizador, rigiendo solamente respecto de los órganos autónomos el control de tutela o supervigilancia respecto de las decisiones adoptadas por éstos.

4.5.2 Control jurisdiccional

Ahora bien, en lo referente a un control de carácter jurisdiccional, encontramos acciones especiales que son competencia de los tribunales ordinarios de justicia, dando lugar a un procedimiento contencioso administrativo especial. De este modo, el artículo 22 de la Ley General de Bancos establece una acción especial de reclamación frente a medidas sancionatorias dictadas por la Superintendencia. Esta acción judicial de reclamo procede respecto de los siguientes actos:

- i) Multas que las leyes establecen y que le corresponde aplicar a la Superintendencia.

Esta situación tiene lugar en aquellos casos en que las instituciones sometidas a la fiscalización de la Superintendencia incurran en alguna infracción a la ley que las rige, a sus leyes orgánicas, a sus estatutos o a las órdenes legalmente impartidas por el Superintendente, no existiendo en dichas situaciones una sanción especial. Para esto se otorgan amplias facultades a la Superintendencia quien posee causales genéricas para resolver dichas sanciones. Se establece igualmente la responsabilidad personal de directores,

gerentes y funcionarios en general, a los cuales se les podrá amonestar, censurar o multar hasta por una cantidad equivalente a 1000 U.F.⁴⁰.

ii) Resoluciones de la Superintendencia que impongan las limitaciones o prohibiciones en el artículo 20.

El artículo 20 de la Ley de Bancos dispone que cuando una institución financiera fiscalizada presente inestabilidad financiera o administración deficiente, el Superintendente podrá, por resolución fundada, en forma total o parcial y por un plazo máximo de seis meses, renovable por una sola vez, imponer una o más de las siguientes prohibiciones:

- a) Otorgar nuevos créditos a cualquier persona natural o jurídica vinculada, directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución.
- b) Renovar por más de treinta días cualquier crédito.
- c) Alzar o limitar las garantías de los créditos vigentes.
- d) Adquirir o enajenar bienes corporales o incorporales que correspondan a su activo fijo o a sus inversiones financieras.
- e) Enajenar documentos de su cartera de colocaciones.
- f) Otorgar créditos sin garantía.
- g) Celebrar determinados actos, contratos o convenciones o renovar los vigentes con las personas que señala la letra a.
- h) Otorgar nuevos préstamos o adquirir inversiones financieras, siempre que el crecimiento de la suma de las colocaciones e inversiones financieras, en relación al mes inmediatamente anterior, supere la variación de la U.F. en el mismo período.
- i) Otorgar nuevos poderes que habiliten para efectuar cualquiera de los actos señalados en las letras anteriores.

⁴⁰ Artículo 19 de la Ley General de Bancos.

iii) Resolución del Superintendente que designe inspector delegado y administrador provisional, o renovación de dichas designaciones.

Dicha facultad de designación procede en aquellos casos en que una entidad bancaria incurriere en infracciones o multas reiteradas, o adoptase una actitud de rebeldía frente a las órdenes impartidas por la Superintendencia. Por último, esta facultad puede ser aplicada en caso de ocurrencia de cualquier hecho grave que hiciera temer por la estabilidad económica de la institución bancaria.

iv) Resolución de la Superintendencia que revoca la autorización de existencia o decreta la liquidación forzosa de un banco.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que tanto frente a las resoluciones precedentemente como a aquellos dictámenes respecto de los cuales no se ha considerado un mecanismo de impugnación especial, se establece siempre la posibilidad de interponer determinadas acciones de uso común en nuestro derecho. En este sentido, hablamos de la acción declarativa ante el juez de letras, en virtud de su competencia genérica para conocer acerca de lo contencioso administrativo (artículo 38 inciso segundo y artículo 76 de la Constitución Política). Del mismo modo, cabe señalar al recurso de protección y al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Finalmente, la Ley 18.971, ha consagrado una acción de carácter especial destinada a hacer valer las infracciones cometidas al artículo 19 número 21 de nuestra Carta Fundamental, es decir, aquel derecho constitucional que garantiza la libertad de realizar cualquier actividad económica. En efecto, será posible recurrir a la justicia en aquellos casos en que la Superintendencia, con motivo de la aplicación de las medidas fiscalizadoras, amenace o infrinja derechamente la garantía constitucional en cuestión. Esta acción deberá intentarse en el plazo de seis meses desde que se ha producido la infracción, estableciéndose en dichos casos el mismo procedimiento establecido que para el recurso de amparo, siendo competente la Corte de Apelaciones que corresponda.

4.6 Consideraciones acerca de la Superintendencia

Sin duda alguna, respecto de las enseñanzas que dejó la crisis financiera de principios de los años ochenta, se puede destacar como un gran eje de acción para su enfrentamiento, el hecho de aumentar las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Efectivamente, a la víspera de dicha crisis, los bancos asumían altos niveles de riesgos a la hora de realizar sus inversiones, principalmente producto de los incentivos transmitidos desde sus depositantes. Claramente, el hecho de encontrarnos con un ambiente de excesiva confianza que descansa en la existencia de un seguro implícito a los depósitos a la vista y a plazo, significaba un manifiesto peligro exponencial. La ampliación en las atribuciones de la Superintendencia, permitió transmitir políticas mucho más prudentes a las instituciones bancarias, de manera a actuar con cautela en el mundo financiero.

En términos prácticos, podemos hablar del artículo 14 de la Ley General de Bancos que establece las obligaciones de información de la Superintendencia acerca de las entidades fiscalizadas, prohibiéndose expresamente la dilación en la entrega de información contable, ordenándose además el deber de realizar publicaciones periódicas. Así también, el artículo 15 dispone que el Superintendente fijará normas de carácter general para la presentación de balances y otros estados financieros de las instituciones fiscalizadas y en la forma que deberán llevar su contabilidad, debiendo velar por que la aplicación de tales normas permita reflejar la real situación de la empresa. La misma lógica sigue la capitalización preventiva en los artículos 118 y 119 de la Ley General de Bancos, procurando adoptar las providencias necesarias para que un banco vuelva a su equilibrio financiero. Luego, el artículo 126 permite la reconsideración de la Superintendencia en torno a las circunstancias que se presentan al momento de determinar a una entidad bancaria en relación a su solvencia o a su situación financiera. Todas estas situaciones constituyen facultades otorgadas a la Superintendencia con el objeto de medir y evaluar la calidad de las inversiones de los bancos, cuestión que finalmente implica una serie importante de herramientas que permiten prevenir de dificultades a los negocios bancarios, anticipándose de este modo a crisis futuras, interviniendo en aquellos casos que sean considerados extremos.

Finalmente resulta de suma importancia el nuevo enfoque dispuesto por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en cuanto a la fiscalización de las entidades bancarias ante eventuales crisis financieras a partir de la reforma de 1986. Efectivamente podemos observar una determinación de anomalías bajo criterios mayormente preventivos que los que se tomaban antes; ésto especialmente a través de lo relativo a las medidas para regularizar la situación de los bancos así como los mecanismos de liquidación forzosa. De este modo, es fundamental un actuar eficiente y previsor de situaciones, de manera a determinar problemas en etapas tempranas de un desequilibrio financiero de un banco, pudiendo en definitiva aminorarlo con bastante mayor eficacia que en épocas anteriores a la crisis de principios de los años ochenta.

Cabe recordar que los esfuerzos que hizo la introducción de la Ley 18.576 para modificar la Ley General de Bancos ya se encontraban en cierta medida iniciados por la Superintendencia, por la vía administrativa, desde principios de la década del ochenta. En efecto, ya se establecieron pautas de clasificación del portfolio de colocaciones, de medición del volumen de créditos relacionados y en lo relativo a la constitución de provisiones según ese mismo mecanismo; cuestiones que demuestran la importancia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en la corrección de políticas de las operaciones bancarias.

5. Constitucionalidad de la reforma de la Ley 18.576 a la Ley General de Bancos

5.1 Constitucionalidad en el marco de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

Antes de comenzar este capítulo, no resulta en vano señalar que el modo en que el Estado abordó la grave crisis financiera de la primera mitad de los años ochenta, es totalmente armónica con los principios consagrados en nuestra Constitución Política. Efectivamente, en su mayor compromiso con el desafío que planteaba dicha crisis, cabe recordar que se invocó el principio de la subsidiariedad consagrado en la Carta Fundamental, para asegurar férreamente el derecho de los depositantes en relación a los graves riesgos que corría su dinero, siendo éste pagado incluso en caso de quiebra o liquidación forzosa de una entidad bancaria.

En segundo lugar, debemos señalar que, tal como se afirmó en el capítulo anterior, las facultades fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras se ven en última instancia limitadas por la propia Constitución, institución que como órgano del Estado debe someterse en su actuar al principio de legalidad, reconocidos expresamente en nuestra Carta Fundamental en los artículos 6 y 7. Siendo éste principio, que incluso se encuentra complementado a través de la Ley General de Bases de la Administración del Estado en su artículo segundo, constituye la delimitación del dominio dentro del cual a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras le es permitido desempeñarse, no pudiendo bajo ninguna circunstancia excederse en sus atribuciones.

Otro precepto constitucional que se establece como una limitante para las facultades fiscalizadoras, es el artículo 19 número 21 de nuestra Carta Fundamental, disponiendo lo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas: [...] El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”. De esta manera, el precepto aludido anteriormente subraya y reivindica la libertad de realizar y garantizar por sobre todo el ejercicio de una actividad económica, siempre y cuando ésta se produzca dentro de los márgenes establecidos por las leyes. En segundo plano, será deber del Estado regular el correcto y normal ejercicio de dichas actividades económicas, no pudiendo obstaculizarla ni impedirla

bajo falsos presupuestos de ilegalidad o de ilusorias atribuciones fiscalizadoras en su labor supervigilante. Esta labor, como bien sabemos, corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, ateniéndose con rigurosidad al principio de legalidad ya mencionado.

Existe una relación directa entre el artículo 19 número 21 y el principio de la no discriminación arbitraria consagrado en el artículo 19 número 22 de nuestra Carta Fundamental, estableciéndose que la Constitución asegura a todas las personas “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.”. En la situación del derecho bancario, se produce en este caso una alusión directa a la Superintendencia como organismo estatal, donde el ejercicio de sus funciones deben plantearse bajo la prohibición de plasmar diferencias entre entidades bancarias sometidas a condiciones análogas.

Esta norma se relaciona estrechamente además con el artículo 19 número 2, precepto constitucional que reconocer el derecho de igualdad ante la ley⁴¹.

5.2 Constitucionalidad de la Ley 18.576 frente a los depositantes

Ahora bien, en lo que se refiere a la constitucionalidad de la reforma a la Ley General de Bancos de 1986, mirada desde el punto de vista de la protección hacia los depositantes, se pueden establecer diversas observaciones.

Las normas que tienen directa relación con la Ley 18.576 son los números 21 inciso primero⁴², y 24 incisos primero y segundo⁴³ del artículo 19 de la Constitución Política. Efectivamente, los derechos que podrían estar eventualmente en conflicto con las reformas introducidas por la Ley 18.576 son el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y el derecho de propiedad.

Si nos atenemos a la definición de lo que significa una entidad bancaria, según lo analizado en el primer capítulo, obtenemos que los bancos para realizar sus operaciones, toman el dinero de terceras personas, el cual se obtiene a partir de los

⁴¹ “La Constitución asegura a todas las personas: [...] la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

⁴² “La Constitución asegura a todas las personas: [...] El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

⁴³ “La Constitución asegura a todas las personas: [...] El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.”

depósitos efectuados por éstos. Esta situación determina antes que todo a los bancos como instituciones intermediarias en la circulación del dinero dentro de una economía, poseen una especie de monopolio sobre esta actividad siendo ellos el punto de encuentro entre quienes poseen excedentes y optan por el ahorro y quienes necesitan recursos y requieren de un crédito.

De lo anterior se desprende que las entidades bancarias poseen características especialísimas dentro de una economía, lo que las hace diferir radicalmente de cualquier otra empresa comercial, pasando a tener incluso la denominación de una sociedad anónima especial por el hecho de poseer una regulación exclusiva.

En este sentido, si bien existe de por medio el capital de sus accionistas, éste no es el que se encuentra en riesgo ya que es el dinero tomado de los depósitos que es utilizado para efectuar préstamos y otras operaciones del negocio bancario, cuestión que afectaría directamente al depositante. Por ende, son los depositantes quienes deben ser amparados ante todo por el derecho de propiedad amparado en la Constitución Política. Como acreedores del dinero puesto en las arcas de una entidad bancaria, tienen los depositantes el derecho de prenda general invocado en virtud del artículo 2465 del Código Civil, con lo que se estaría asegurando el derecho real de dominio con los bienes pertenecientes al mismo banco.

Según los razonamientos del profesor Julio Chaná, estas consideraciones explican que el negocio bancario está afecto a diversos controles, fiscalizaciones, intervenciones de la autoridad, eventuales multas y que se restrinjan las facultades de sus administradores, en virtud de que son los depositantes quienes no poseen representación alguna frente a las operaciones de los bancos, de manera que será el Estado quien se encuentra encargado de ejercer diversas medidas de control. La misma situación explica que se le otorgue a la Superintendencia las atribuciones necesarias para poder autorizar la creación de una entidad bancaria estudiando si posee la solvencia necesaria para poder funcionar con capitales ajenos. Así también se justifica que la Superintendencia pueda ejercer el mecanismo de liquidación forzosa dadas las circunstancias para que un banco no sea capaz de garantizar los dineros de los depositantes⁴⁴.

En definitiva, los clientes bancarios han decidido invertir sus ahorros en un banco determinado, con lo que han decidido igualmente que sus depósitos tendrán la seguridad necesaria que el amparo del control público les pueda proveer. Un ejemplo claro reside en la atribución de la Superintendencia para nombrar administradores

⁴⁴ CHANA C., Julio. Informe en Derecho. Revista Chilena de Derecho. Volumen 13 N° 1. 1986.

posibilitados de reemplazar al directorio y al gerente con el objeto de proteger las inversiones de terceros.

Con esto, no se estaría afectando derechamente el derecho de propiedad de los depositantes sino que se induce a solucionar efectivamente los conflictos entre los verdaderos dueños del capital depositado en los bancos, quienes han confiado en la seguridad que les pueda brindar un órgano como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y los representantes encargados de la administración de una institución bancaria. En este sentido el profesor Chaná afirma precisamente que es justamente con la finalidad de defender el derecho de propiedad de los verdaderos dueños del capital que la Superintendencia opte por intervenir sobre una entidad bancaria pudiendo incluso reemplazar los administradores que en última medida han sido quienes han dilapidado el capital ajeno⁴⁵.

En lo referente al artículo 19 número 21 de la Constitución Política, en cuanto se garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica dentro del marco que establecen la misma Carta Fundamental y las leyes, es la misma legislación bancaria la que se encarga de regular el giro de este negocio financiero limitándolo y estableciendo una serie de normativas para encauzar su ejercicio. Por ende, no existiría ningún tipo de conflicto al respecto, en la medida en que se permite claramente que los representantes de los Bancos y los dueños de su capital tengan el derecho de captar los depósitos de sus clientes para administrarlos siempre bajo la supervigilancia que realiza la Superintendencia para todas las empresas bancarias y demás instituciones de crédito. Sobre esto, el profesor Chaná asegura que algo semejante sucede con otras instituciones del derecho civil, como albaceas y

⁴⁵ Sin embargo existe otra teoría frente al derecho constitucional de propiedad al respecto. Según lo asegurado por María Angélica Maldonado Escobar en su tesis titulada "Las Potestades Fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en Relación con las Empresas Bancarias y su Control", las entidades bancarias al ser personas jurídicas disponen de los atributos de la personalidad al igual que las personas naturales. En efecto, también poseen un patrimonio propio independiente de los individuos que la componen, siendo titular en definitiva de derecho y obligaciones propias. Por otra parte, en su labor de intermediación, los bancos utilizan los recursos que han sido captados del público a partir del contrato de depósito de dinero establecido en virtud del artículo 2211 del Código Civil. Luego, el Código Civil establece respecto del depósito irregular en el artículo 2221 que el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o sin otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin factura, presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. De este modo, según la autora, se puede desprender que el depósito de dinero constituye un título traslativo de dominio en el sentido que está permitido usar, gozar y disponer del dinero, con la única obligación de restituir otro tanto en la misma moneda. Así quedaría establecido que el dinero que los bancos captan del público, proveniente de los contratos de depósito de dinero, pasan a hacer parte del patrimonio bancario. Por lo tanto, a partir de esta situación, la entidad bancaria sería jurídicamente dueña de los recursos administrados en aquellos casos de contratos de depósito de dinero. En este sentido, todo banco sería titular de un derecho de propiedad sobre su propio patrimonio, amparado por la Constitución Política.

guardadores, quienes deben someterse a una serie de restricciones en el ejercicio de su función de administrar bienes pertenecientes a terceros; dicha cuestión, no sólo vendría a respetar plenamente el derecho de propiedad sino que lo protege y lo resguarda.

Una nueva objeción formulada a la reforma de la Ley 18.576 es la que dice relación con la limitación a las facultades de administración bancaria, por cuanto se establecen claros límites al otorgamiento de créditos más allá de ciertos porcentajes o bien en términos más acotados tratándose de personas relacionadas con la entidad bancaria prestamista. Esta situación no constituye en ningún punto una limitación al derecho de propiedad, sino que más bien se traduce en una plena aplicación del principio de la autonomía de la voluntad establecida en nuestro derecho, el cual se puede ejecutar con total libertad en la medida que no se amenace el derecho ajeno o bien los intereses de terceros. En efecto, el artículo 1796 del Código Civil prohíbe la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente y entre el padre o la madre y el hijo sometido a patria potestad, sin embargo nadie ha criticado esta disposición aseverando que es atentatoria contra el derecho de propiedad tanto de los cónyuges respecto de sus bienes como de los padres y sus hijos. Claramente es la ley la encargada de establecer si el ejercicio de la autonomía de la voluntad atenta o no finalmente contra el derecho ajeno, y el hecho de limitarse esta libertad no existe limitación alguna al derecho de propiedad sino que, por el contrario, un resguardo adicional al derecho de propiedad sujetos que se verían afectados de celebrarse el acto o contrato que se proscribe.

Por otra parte, se ha afirmado que sería inconstitucional la obligación legal impuesta a los bancos de presentar convenios a sus acreedores, toda vez que dicha entidad se encuentre con riesgos financieros que afectan directamente su solvencia y en consecuencia, su futura capacidad de pago. Dicha obligación evidentemente se ha pensado en pos del resguardo del interés de los depositantes, quienes podrían verse afectados ante una mala administración por parte de las autoridades de un banco. Si se le ha entregado el derecho a los administradores de un banco para realizar operaciones financieras con dineros que son en definitiva propiedad de terceros, resulta claro que se debe aplicar una limitante a esta actuación, con la finalidad de evitar una total dilapidación de los capitales. Incluso se les permite con esta obligación, una vía de negociación directa con los verdaderos dueños del capital, de manera a replantear el ejercicio del negocio bancario con niveles de prudencia que resulten del consenso de la institución deudora y sus acreedores.

En otros términos, no se afectaría el derecho constitucional de la igualdad ante la ley por el hecho de aplicarse restricciones y limitaciones especiales a las actividades

de las empresas bancarias. Efectivamente, tal como se dijo anteriormente, las entidades bancarias por encontrarse afectas a condiciones particulares de funcionamiento dentro de la economía nacional, poseen características totalmente diferentes a cualquier otra empresa comercial. Asimismo, el derecho de la igualdad ante la ley corresponde ser aplicado respecto de aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentren en situaciones análogas, no sujetos a estatutos jurídicos especiales, por lo que no existiría en ningún punto un gravamen arbitrario o ilegal. De lo contrario tampoco podría tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de la discriminación positiva que se realiza concretamente a personas pertenecientes a pueblos originarios de nuestra nación.

Reafirmando dicha ideas, el señor Chaná Cariola explica que todos los ordenamientos jurídicos de carácter occidental, en los cuales se incorpora el amparo al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley, también conciben la existencia de normativas que restringen los negocios bancarios con el fin de proteger a los depositantes. El hecho de que exista una mayor o menor intensidad en la aplicación de dichas restricciones no puede ser utilizado en ningún caso como excusa para aducir a una inconstitucionalidad.

5.3 Situaciones a mejorar en beneficio del derecho de los depositantes

Si bien en el párrafo anterior se ha explicado que las disposiciones de la Ley General de Bancos sumadas a las reformas introducidas por la Ley 18.576 y sus complementos no adolecen de inconstitucionalidad, se establecen en el giro bancario ciertas situaciones que generan un perjuicio para los depositantes. Dichas cuestiones se plantean en términos de mejorar el sistema bancario, otorgándole la mayor equidad posible. En todo caso, dichas situaciones son discutidas en la actualidad y no existe una postura definitiva frente a ellas.

En primer lugar, según palabras de don Juan Pedro Santa María Pérez, Presidente del Comité de Asuntos Jurídicos de la Asociación de Bancos, hoy en día es más o menos común que una entidad bancaria no establezca salvedades en los contratos de cuenta corriente suscritos, de manera a poder dar término a dicha cuenta a su sola discreción y sin una expresión de causa particular, simplemente enviando un aviso formal anticipado⁴⁶. Se ha discutido acerca de la validez de esta cláusula en el

⁴⁶ Ley General de Bancos, aspectos jurídicos en las operaciones de los bancos. ASOCIACION DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS DE CHILE A.G. Tópicos de Legislación Bancaria II. 1993.

sentido que esta decisión podría eventualmente provocar serios daños y perjuicios al titular de dicha cuenta corriente. Sin embargo, hay quienes aseguran que no existe obstáculo alguno por cuanto esta situación se englobaría dentro del principio de la libertad contractual, en relación directa al artículo 1545 del Código Civil, encuadrándose esta decisión de mera voluntad del banco dentro de los márgenes de la legalidad.

Por otra parte, se ha criticado que las entidades bancarias, al momento de llevar sus relaciones contractuales con sus clientes, lo realizan bajo la forma de contratos de adhesión, es decir aquellos en los cuales las cláusulas son exclusivamente redactadas por el banco, mientras el cliente bancario simplemente se limita a acatarlas. El rasgo determinante en dichos contratos de adhesión se plantea a propósito de un desequilibrio del poder negociador de las partes contratantes, en el cual el contrato sería obra exclusiva del oferente, en este caso el banco, quien dicta el texto de la convención. El destinatario, en este caso el cliente bancario, siendo el más débil en la negociación, no puede discutir la oferta y debe circunscribirse a aceptarla. Esta no es la opinión de don Juan Pedro Santa María, quien afirma que en virtud de los diferentes contratos que derivan del giro bancario son muchos y de diversa naturaleza. En estos términos cada contrato se repite con un importante número de clientes. Por lo tanto, asegura el señor Santa María que por razones más bien técnicas y operativas, a iguales servicios y contratos bancarios, se tengan los mismos textos. De lo contrario no podría saberse con certeza las condiciones en que está pactada una cartera de colocaciones.

Por otra parte, existen ciertas instituciones de crédito que no poseen la facultad de captar fondos de terceros. Hablamos en estos términos de instituciones de menor envergadura, como las instituciones dedicadas a los micro créditos, tal como es el caso del Fondo Esperanza, entidad financiera que a pesar de tener alrededor de 22 mil clientes, no posee las atribuciones otorgadas por la ley para captar fondos. El problema es que dichas instituciones, al no estar sometidas a la supervigilancia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, no poseen las facultades ya referidas. Claramente, al estarse excluyendo de este tipo de operaciones a estas instituciones se estaría excluyendo igualmente de su capacidad de ahorro a un sector de la población. Esta situación atenta directamente a derecho constitucional de la igualdad ante la ley, existiendo en definitiva un margen de la población excluida del sistema financiero tradicional.

5.4 El secreto bancario

Un párrafo aparte nos merece el análisis del “secreto bancario”, entendiéndose como un principio que podría crear conflictos frente a las facultades fiscalizadoras que posee la Superintendencia. Efectivamente, el “secreto bancario” consiste en aquella obligación dirigida a las entidades bancarias para que éstas no revelen información acerca de sus clientes y de las operaciones financieras que éstos realicen. Se establece de este modo, una distinción en el artículo 154 de la Ley General de Bancos; depósitos y captaciones de las demás operaciones. Respecto de los depósitos y captaciones, éstos no podrán ser revelados sino a su titular, o a quien haya sido expresamente autorizado por él, o bien a su representante legal. En relación a las demás operaciones, éstas podrán ser dadas a conocer a quien demuestre interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. Sin embargo, una empresa bancaria podrá dar a conocer información no personalizada ni parcializada en aquellos casos en que exista un fin estadístico o de información provenientes de un interés público o general que será calificado por la Superintendencia. En este sentido, ya se puede observar un “secreto bancario” en protección de sus depositantes pero que a la vez debe someterse al interés general esbozado bajo el concepto del orden público económico.

En todo caso, la justicia ordinaria y la justicia militar se establecen como excepciones específicas al secreto bancario, en referencia a antecedentes que tengan relación directa con las causas que conocen, a partir de las operaciones de quienes tengan el carácter de partes o de imputado en el proceso.

Son diversas las ventajas de establecerse un “secreto bancario” en nuestra legislación; principalmente en la medida en que se crea confianza del cliente bancario, asegurando un mayor porcentaje de depósitos en los bancos de nuestro país, que de lo contrario, serían capitales que emigrarían hacia el extranjero. Bajo esta línea, la obligación del “secreto bancario” se desprende del derecho de propiedad señalado en la Constitución Política, a partir del artículo 19 N° 24, en el cual finalmente todo titular tiene derecho a exigir que no se difunda información acerca de sus negocios y operaciones, sin otras limitaciones que la ley y nuestra Carta Fundamental. De cualquier manera, cabe tener presente que el “secreto bancario” no se aplica a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, por cuanto este órgano estatal debe ejercer su función fundamental de fiscalizador con amplias facultades para indagar en todo tipo de operaciones bancarias, siempre en defensa de lo que el interés público promueva. Sin embargo, existe una limitación impuesta a dicho órgano, precisamente en virtud del “secreto bancario”; no es posible revelar la información de la cual se ha servido la Superintendencia para la realización de su función contralora.

Efectivamente, no se permite facilitar datos a terceros, cuestión que incluso se encuentra expresamente señalada en el artículo 7 de la Ley General de Bancos disponiendo que queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios a la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En caso de infracción a dicha disposición se establecen sanciones pecuniarias establecidas en los artículos 246 y 247 del Código Penal.

En esta medida, el “secreto bancario” no obstante significar una importante forma de proteger la información de los depositantes y de los bancos frente a sus pares, debe entenderse sometido al lo que dicten la Constitución y las leyes en nombre del interés general de la nación. Es precisamente por este motivo que con la reforma de la Ley 18.576 se tendió a disminuir los márgenes del “secreto bancario”, con el objeto de evitar la detección de futuras crisis financieras. En cualquier medida, las restricciones impuestas a la Superintendencia ayudan en gran medida a evitar posibles abusos a dichas atribuciones, manteniendo un campo de acción acotado hacia la información financiera de particulares.

5.5 Otros servicios bancarios

Existen otros servicios bancarios además de las colocaciones y las captaciones conocidas como el clásico negocio de la banca. En este sentido, hablamos de casos como el de las transacciones, la custodia, la securitización de activos o el servicio de pago de cuentas entre otros. Dichos servicios reportan altas utilidades a los bancos, producto de las comisiones cobradas por su prestación. Si bien dichos servicios son bastante atractivos para la banca en relación a las utilidades que reportan, dichos encargos profesionales requieren bastante atención ya que involucran directamente al patrimonio de terceras personas en cada una de las operaciones. En este sentido, la jurisprudencia ha tendido a ser bastante severa respecto de la otra al ponderar la diligencia de las entidades financieras en el ejercicio de estos servicios frente a reclamos y demandas por perjuicios de terceros afectados. En opinión de don Juan Pedro Santa María, dicha situación es injusta considerando que las comisiones recibidas por los bancos son muy marginales en comparación con el monto de los valores y los documentos involucrados. A partir de esta situación que la banca ha intentado excluir su responsabilidad en la medida de lo posible aunque no con muy buenos resultados.

Sobre esto podemos citar un recurso de protección que conoció la Corte de Apelaciones de Santiago en enero de 1983, reclamándose la calidad del servicio de un banco. El banco demandado recibió del extranjero una suma ascendente a los US\$ 45.000 del Midland Bank de Londres para entregársela posteriormente a una entidad deportiva en nuestro país. Sin embargo, el 5 de agosto de 1982, el banco demandado transformó los dólares a nuestra divisa nacional a una tasa de \$46,80 por dólar, sin haberle consultado previamente al beneficiario. Inesperadamente ese día, por determinación de la autoridad, el dólar quedó libre, con lo que la divisa ascendió al valor de \$60 por dólar. El banco se excusó de aquella decisión aduciendo que se estaban obedeciendo las órdenes impartidas directamente por el Midland Bank, debiendo depositar dicho dinero en una cuenta corriente que requería una obligada transformación a pesos chilenos. Finalmente la Corte resolvió que el banco había actuado unilateralmente sin dar aviso al beneficiario previamente al acto de disposición que realizó. La Corte tomó mayor razón de esta decisión con el conocimiento del hecho que habiéndose cumplido el encargo por el banco, éste fue reembolsado en \$45.000 por un banco de Nueva York según las instrucciones otorgadas previamente por el emisor en Londres⁴⁷.

5.6 El recurso de protección al amparo de los afectados

La introducción del recurso de protección en nuestro ordenamiento jurídico, viene a dar una mano a todos aquellos que se sienten afectados en la vulnerabilidad de sus derechos constitucionales. Este recurso se encuentra establecido por el artículo 20 de la Constitución Política y por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 1992, acerca de la tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, modificado por el Auto Acordado de 1998, que posteriormente fue nuevamente modificado por el Auto Acordado del año 2007.

Este mecanismo de defensa jurisdiccional, en cuanto a su naturaleza jurídica, es más bien una acción constitucional para el resguardo de las garantías constitucionales, ya que de ser un recurso tendría por objeto impugnar una resolución judicial.

Según la definición del profesor Cristián Maturana, el recurso de protección es una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales

⁴⁷ Ley General de Bancos, aspectos jurídicos en las operaciones de los bancos. ASOCIACION DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS DE CHILE A.G. Tópicos de Legislación Bancaria II. 1993.

superiores de justicia, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que impone una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondiente.

No es objeto de este trabajo adentrarse en la tramitación o en las características de este recurso, y nos referimos a éste como un mecanismo de última ratio en caso de verse vulnerado tanto por la actividad bancaria como por la legislación que le compete. En esta medida, de ser interpuesto por las empresas bancarias, dicho recurso no puede interponerse simplemente aduciendo un temor de amenaza a un derecho constitucional. En cualquier caso, efectivamente a través de este mecanismo se podría tachar cualquier disposición, tanto de la Ley General de Bancos como de la Ley 18.576, como contraria a la Constitución Política.

En todo caso, tal como lo asegura el profesor Chaná Cariola, sólo el olvido de las situaciones reales de la actividad bancaria, en la cual el empresario no opera con sus propios bienes sino que con los ajenos, en que los dueños de los capitales comprometidos poseen un derecho de prenda general sobre todo el patrimonio del gestor de negocios, y en que no tienen una representación directa sino a través de la Superintendencia, puede hacer pensar que para frenar la salvadora vigilancia y el control de la actividad bancaria, pueden invocarse disposiciones constitucionales sobre la defensa del derecho de propiedad o de garantía de igualdad ante la ley⁴⁸.

Es preciso señalar que una parte importante de las restricciones impuestas por la Ley General de Bancos y su reforma de 1986 constituyen en definitiva limitaciones a la autonomía de la voluntad por cuanto ciertos actos o contratos podrían eventualmente afectar lesivamente el interés de los depositantes y de los acreedores de una entidad bancaria. Efectivamente, con esta medida lo que se está resguardando por sobre todas las cosas es el orden público económico, concepto que se plantea como uno de los límites evidentes al principio de autonomía de libertad.

El concepto de orden público económico es definido por el profesor José Luis Cea como el conjunto de 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 Constitución⁴⁹. Hoy en día, las economías descansan en base a la honorabilidad de sus instituciones que resguardan la

⁴⁸ CHANA C., Julio. Informe en Derecho. Revista Chilena de Derecho. Volumen 13 N° 1. 1986.

⁴⁹ CEA E., José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Editorial Jurídica de Chile. 1988.

confianza de quienes participan en el mercado, ya sea como oferentes o demandantes. Por ende, resulta necesario proteger las bases de la libre competencia en la medida en que no se generen obstáculos a la buena fe en los negocios, toda vez que existen numerosos intereses comprometidos en el sistema bancario financiero, el caso que no atiene en este trabajo.

5.7 Jurisprudencia en torno a la aplicación del recurso de protección frente a la legislación bancaria y su reforma de 1986

5.7.1 Recurso de protección “Banco de Chile y sus accionistas contra el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras”

Se trata de una sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 21 de marzo de 1983, frente al reclamo de los accionistas del Banco de Chile que consideraban como una medida arbitraria la designación del señor Francisco Ibáñez Barceló como administrador provisional por el Superintendente, en ejercicio de sus facultades otorgadas en virtud del artículo 23 del DL 1097 de 1975, poniendo según ellos en serio riesgo la estabilidad económica de dicho banco. Se aseguraba por los recurrentes que se infringían directamente los números 16, inciso primero y segundo, 22 y 24, incisos primero y tercero del artículo 19 de la Constitución Política; lo que correspondería a la libertad de trabajo, a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, y al derecho de propiedad. En definitiva se aduce por los accionistas del banco que el artículo 23 del Decreto Ley 1097 se encuentra derogado por tener el carácter de inconstitucional. La decisión de la Corte de Apelaciones señala categóricamente que en atención al interés nacional y por la naturaleza y trascendencia de sus funciones en la economía del país, el DL 1097 somete en su artículo segundo a las empresas bancarias a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y se faculta en su artículo 12 al Superintendente para velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos y otras disposiciones a las cuales se encuentren sometidas. Se señala finalmente que si bien existe una limitación del derecho de propiedad de los accionistas del banco, ésta se realiza en atención a la función social que cumplen las empresas bancarias y en resguardo del interés general de la nación.

Luego, la resolución de la Corte Suprema reafirma la idea de la Corte de Apelaciones, agregando que efectivamente se establece una limitación al derecho de dominio pero que simplemente se estaría limitando la manera de administrar dicha

propiedad, toda vez que su administración ordinaria estaría poniendo en peligro el orden público económico o los dineros de los depositantes que acuden al banco.

5.7.2 Recurso de protección “Banco Hipotecario de Chile con Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”

En este recurso interpuesto, el recurrente reclama que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras le ha revocado la autorización de existencia y lo ha declarado en liquidación forzosa, vulnerándose la garantía constitucional establecida en el número 24 del artículo 19, es decir, el derecho de propiedad. Dicha medida ha sido tomada por la Superintendencia en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 55 de la Ley General de Bancos, que según el Banco Hipotecario de Chile, ha sido derogado por la propia Constitución. Además se ha estimado por los recurrentes que la medida de liquidación forzosa fue tomada a partir de estimaciones arbitrarias acerca de los hechos concernientes al estado financiero del banco.

Sobre esto, la Corte de Apelaciones de Santiago en su resolución de fecha 30 de marzo de 1983, señala que, en virtud de no existir ninguna alusión explícita en la ley acerca de la derogación del artículo 55 de la Ley General de Bancos, tendría que observarse si existe una derogación tácita de la disposición. Que a partir de lo observado, tampoco ha podido encontrarse una derogación tácita, toda vez que no se han percibido disposiciones que no puedan conciliarse con el artículo en cuestión. Asimismo, refiriéndose al giro financiero, la Corte señala que las actividades financieras deben sujetarse con mayor rigor en su ejercicio a las reglas que establezca la autoridad en resguardo del orden público económico, dada la gravedad y extensión que los efectos de cualquiera inestabilidad en este sector producen en la comunidad toda. Luego, aplicando la definición que el profesor Cea ha esbozado y a la cual se aludió anteriormente, la Corte de Apelaciones determina que el bien común, que está estrechamente vinculado a la función social de la propiedad y a las actividades económicas, vienen a ser el resultado del ejercicio del derecho de dominio. En este sentido, la limitación impuesta al derecho de dominio de los accionistas del banco recurrente se ha realizado en resguardo del bien común que afecta a la nación.

CONCLUSIONES

Sin duda alguna, las modificaciones a la legislación bancaria que comienzan a partir de 1986, constituyen un fuerte e importante asentamiento dirigido a evitar que ocurran nuevas situaciones de crisis, tales como las que se experimentaron en los primeros años de la década de los ochenta. Efectivamente, la generalizada liberalización del mercado globalizado requería de bases legislativas sólidas y estables, tales como las que instituyó la Ley 18.576 de manera a orientar en forma sostenida la solvencia de las entidades bancarias.

De esta manera, resulta de gran importancia el aporte de la reforma a la legislación bancaria, en la medida en que otorgó las herramientas necesarias para poder detectar problemas financieros de la banca en épocas tempranas, en momentos de gestación de desequilibrios. A partir de esto, es posible lograr una estabilidad en términos más prolongados, devolviendo progresiva confianza a todo el sistema financiero.

Sin embargo cuando hablamos de las reformas a la legislación bancaria, es difícil pensar que éstas espontáneamente fuesen capaces revertir una situación económica que, con certeza, trasciende las bases legales de un país. En esta medida viene a incidir fuertemente la figura de la Superintendencia de

Bancos e Instituciones Financieras como ente supervigilante de la actividad bancaria. Evidentemente, dicha institución ha colaborado en gran medida a que los bancos comiencen a adoptar más bien políticas conservadoras a la hora de realizar sus operaciones relativas al crédito, otorgándole así mayor prudencia y equilibrio a todo el sistema bancario.

A partir de estas reformas se comenzaron a generar una serie de debates, entre los cuales se aducía por una parte que la reforma a la legislación bancaria afectaba directamente los derechos constitucionales de las entidades bancarias, en la medida en que afectaba directamente el control de la propiedad que debían supuestamente detentar en su totalidad los accionistas de la banca. Además se discutía que esta situación traía como consecuencia directa, una evidente discriminación hacia los bancos, generándose un trato desigual con respecto a las demás empresas que funcionan en nuestra economía. Lejos de desaparecer, las críticas a la excesiva regulación bancaria han ido más lejos, asegurándose que esto no resulta en ningún punto provechoso, toda vez que se les priva de diversificar sus riesgos con esta política.

Ahora bien, a partir del análisis de las características de un banco, se ha podido desprender que estas instituciones poseen características exclusivas dentro de un mercado, de tal modo que constituyen un eslabón dentro de la cadena del comercio. En estos términos, ante cualquier descalabro de los bancos se generaría eventualmente una ruptura generalizada del ordenamiento económico. Esto no sucede con las demás empresas. En efecto, debemos considerar que esta consecuencia afectaría directamente el interés general de la nación, afectando en definitiva el bien fundamental del orden público económico. De esta manera, las aprensivas regulaciones y fiscalizaciones a las cuales se encuentran sometidos los bancos deben justificarse en la medida en que el giro bancario toma sentido mediante la realización de operaciones a partir de capitales pertenecientes a terceros. Es en resguardo de dicha propiedad ajena que se restringe la actividad bancaria.

En cualquier caso en ningún momento se ha planteado una desprotección total a la propiedad de la banca. El recurso de protección se manifiesta como una herramienta efectiva para el reclamo de los accionistas ante cualquier vulneración o amenaza de sus garantías constitucionales. Así lo

demuestran la interposición de recursos de esta índole que han llegado a manos, tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema.

En definitiva, serán los tribunales de justicia quienes determinen en última medida si, en el caso concreto, se han planteado excesos a las atribuciones entregadas por ley a los entes reguladores de la actividad bancaria, y si en este sentido se ha producido una infracción a los derechos constitucionales que amparan tanto a personas naturales como a personas jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

1. MORAND V., Luis. Legislación Bancaria, quinta edición. Editorial Jurídica de Chile. 2008.
2. MORAND V., Luis. Apuntes sobre la Fiscalización Bancaria en Chile. Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. 2000.
3. MORAND v., Luis. Comentario acerca de la Reforma Bancaria. Revista Chilena de Derecho Vol 1, N° 5-6. 1974.
4. RAMIREZ V., Guillermo, ROSENDE R., Francisco. Análisis de la Legislación Bancaria Chilena. Banco Central de Chile. Alfabetá. 1989.
5. BROCK, Philip. If Texas were Chile: A primer on banking reform. Sequoia Seminar. 1992.
6. RIVAS Bascuñán, Claudia Paz. Seguridad de los Depósitos Bancarios del Pequeño Ahorrante: Análisis Comparativo. Tesis (Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2003.
7. VERGARA, Rodrigo. Privatización de la Banca: La Experiencia Chilena. Centro de Estudios Públicos. 1996.
8. REINSTEIN, Andrés y Vergara, Rodrigo. Hacia una Regulación y Supervisión más eficiente del Sistema Bancario. Estudios Públicos N° 49. 1993.
9. MALDONADO Escobar, María Angélica. Las Potestades Fiscalizadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en Relación con las Empresas Bancarias y su Control. Tesis (Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas). Valparaíso, Chile. Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho. 1996.
10. CAZOR Aliste, Kamel. Principios de Legalidad y Criterios de Vinculación Positiva y Negativa en la Constitución. Revista de Derecho (Valdivia). Universidad Austral de Chile. Vol. VIII, diciembre 1997, pp. 91-96.
11. MATURANA Miquel, Cristián. Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento. Separata Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2006.

12. VALDES, Salvador y Lomakin Alexandra. Percepción sobre la Garantía Estatal a los Depósitos durante 1987 en Chile. Cuadernos de Economía. Instituto de Economía Pontificia Universidad Católica de Chile. 1988.
13. GAVALDA, Christian y Stoufflet, Jean. Droit Bancaire: Institutions, Comptes, Opérations et Services, 7e édition. Lexis Nexis. 2008.
14. ASOCIACION DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS DE CHILE A.G. Tópicos de Legislación Bancaria. 1990.
15. ASOCIACION DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS DE CHILE A.G. Tópicos de Legislación Bancaria II. 1993.
16. CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO DE COSTA RICA. Sistema Uniforme de Calificación de Instituciones Financieras utilizado en los Estados Unidos de América. Estudios sobre regulación y supervisión del sistema financiero. 2000.
17. CLAIR T., Robert y O´Driscoll P., Gerald. Aprendizaje recíproco: la experiencia bancaria de Estados Unidos y Europa. Nueva Época, volumen II, número 2. México. 1993.
18. FONTAINE, Juan Andrés. Economía chilena en los años 80: ajuste y recuperación. Serie de Estudio Económicos N° 34. Banco Central de Chile. 1987.
19. URENDA Z., Carlos. Comentarios a la Legislación Financiera. Centro de Estudios Públicos. 1983.
20. LOPEZ LASTRA, M. Una Forma de Financiamiento Estructurado: La Securitización y un Análisis Paralelo. Lexis Nexis. 2006.
21. CHANA C., Julio. Informe en Derecho. Revista Chilena de Derecho. Volumen 13 N° 1. 1986.
22. CEA E., José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Editorial Jurídica de Chile. 1988.
23. HISTORIA DE LA LEY: Ley N° 18.576. CHILE. Modifica la Ley General de Bancos. Congreso Nacional de Chile. 17 de noviembre de 1986.
24. ECO-FINANZAS [en línea]
<http://www.eco-finanzas.com/diccionario/P/PARI_PASSU.htm>
[consulta 08 de mayo de 2009]
25. FONDOS DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS [en línea]
<<http://www.fgd.es>> [consulta 11 de mayo de 2009]
26. FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION [en línea]
<<http://www.fdic.gov>> [consulta 11 de mayo de 2009]
27. SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS [en línea]
<<http://www.sbif.cl>> [consulta 14 de mayo de 2009]
DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]
<<http://www.rae.es>> [consulta 15 de mayo de 2009]
28. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE VALPARAISO, ESCUELA DE DERECHO [en línea]
<<http://www.profesores.ucv.cl/joseluisguerrero/economico2/diccionario.htm>>
[consulta 15 de mayo de 2009]
29. REVISTA TELEMATICA DE FILOSOFIA DEL DERECHO [en línea]
< <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/9-7.pdf> > [consulta 24 de julio de 2009]
30. BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA [en línea]

<<http://www.bcra.gov.ar/>> [consulta 24 de julio de 2009]
31. OMNI NET BANK [en línea]
<<http://www.omninetbank.com/BANKINGSYSTEMS.pdf>> [consulta 24 de julio de 2009]