

# INFORME EN DERECHO A LA SUPERINTENDENCIA DE BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS SOBRE PROYECTO DE REFORMA A LA LEGISLACION BANCARIA

*Julio Chaná Cariola*

## SÍNTESIS

En respuesta a lo consultado por la mencionada Superintendencia, el profesor Chaná concluye que el proyecto de reforma a la legislación bancaria enviado a la Honorable Junta de Gobierno para su conocimiento y decisión, se ajusta plenamente a lo dispuesto en el N° 21 y en el N° 24 incisos 1° y 2° del artículo 19 de la Constitución Política de 1980.

Señala en primer lugar, que en las empresas bancarias y financieras es de su esencia que el dinero que presten sea de terceros y obtenido a través de depósitos, para luego colegir que los controles, fiscalizaciones, inversiones obligatorias, márgenes o límites en los créditos, intervenciones de la autoridad, administraciones provisionales, eventuales multas y liquidación por la Superintendencia y otras particulares exigencias que afectan a estas empresas no son limitantes al derecho de propiedad de los dueños de ellas, sino, al contrario, medidas tendientes a amparar el derecho de propiedad de los depositantes sobre sus dineros, quienes tienen un derecho general de prenda sobre el patrimonio del banco y ninguna injerencia directa en su administración.

Señala el profesor Chaná que, en virtud de lo señalado en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución, la misma ley que permite a una empresa desarrollar un giro bancario puede limitar el desarrollo de este giro, lo que no viola el principio de la igualdad ante la ley en cuanto se hagan las mismas exigencias a todas las empresas que a dicho giro se dediquen.

En apoyo de lo sostenido, agrega que diversas disposiciones de nuestro ordenamiento legal establecen especiales exigencias a quienes administran bienes ajenos y que todas las legislaciones occidentales, respetuosas del derecho de propiedad, contienen normas que resguardan el interés de los depositantes, pues con ello se protege el orden público económico.

También hace notar que ante cualquier abuso de la autoridad administrativa en el ejercicio de las facultades que se le confieren, sería procedente el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución de 1980.

## INFORME

Santiago, marzo 24 de 1986

Señor  
Don Guillermo Ramírez Vilardell  
Superintendencia de Bancos e  
Instituciones Financieras  
*Presente*

Señor Superintendente:

Se ha servido Ud. solicitar del infrascrito un informe en derecho acerca de si el proyecto de reforma a la legislación bancaria que ha sido enviado a la Honorable Junta de Gobierno para su conocimiento y decisión, se ajusta o no a los preceptos constitucionales vigentes.

Dando cumplimiento a lo solicitado, puedo expresar a Ud. lo siguiente:

Los preceptos de la Constitución Política que tienen relación o atinencia con dicho proyecto de la ley son: los N<sup>os</sup>. 21 incisos 1, N<sup>o</sup> 24 incisos 1 y 2 del art. 19 de ese cuerpo legal que dice:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas”:

“21. 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.”

“24. 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 ge-

“nerales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Ahora bien, las empresas bancarias y financieras regidas por la legislación pertinente, cuya modificación trataremos de compulsar con las disposiciones constitucionales transcritas, pueden definirse como “toda institución que se dedique a recibir dinero en depósitos y darlo a su vez en préstamos, sea en forma de mutuo, de descuento de documentos o en otra forma”.

De lo anterior resulta que es de la esencia de las empresas bancarias que el dinero que prestan sea de terceros y obtenido a través de los depósitos que éstos efectúan en la Institución respectiva.

Los Bancos son, pues, los intermediarios naturales en la circulación del dinero y tienen el monopolio de esta actividad, o sea, el Estado les da una autorización para recibir depósitos en dinero del público y con ello ser la fuente obligada a que deben recurrir los que desean obtener dinero en préstamos, lo que los hace ser a la vez intermediarios en la circulación del crédito.

Todo lo anterior significa que la actividad bancaria tiene características especialísimas que las distinguen de las demás empresas comerciales.

Si bien tienen como toda empresa un capital propio, reunido con los aportes de sus accionistas, él no es la base con que desarrollan sus negocios, sino que éstos se basan en la obtención de dinero del público para realizar con él préstamos a su clientela. Lo que está en juego, lo que está sujeto a

riesgos en el negocio bancario, no es el capital de sus dueños sino el dinero de los depositantes. Son éstos, aunque sólo sean acreedores del Banco, los que en realidad deben ser resguardados por la ley y a quienes debe darse amparo legal en cumplimiento del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad. Tienen desde luego, como acreedores, la propiedad sobre el derecho general de prenda sobre el patrimonio del Banco que les otorga el art. 2465 del Código Civil y por tanto los bienes de los Bancos están afectos a esta prenda y para resguardar este derecho real puede la ley tomar todas las precauciones tendientes a tal objeto, con lo que no amenaza ningún derecho de propiedad sino que se asegura el legítimo derecho del verdadero interesado en el negocio, que es el depositante, dueño del dinero puesto en juego en las operaciones bancarias.

Lo anterior explica suficientemente que esta actividad esté sujeta a controles, fiscalizaciones, intervenciones de la autoridad, a eventuales multas, que se restrinjan las facultades de sus administradores, que, como hemos dicho, no son en último término los representantes de los dueños de los capitales puestos en juego para que el negocio bancario funcione, que, repetimos, son los depositantes que no tienen representación alguna en la administración del Banco, y cuya inversión no tiene otro amparo que las medidas de control que adopte el Estado. Así se explica que la Superintendencia tenga la atribución de comprobar, antes de autorizar el funcionamiento de un Banco, si éste se encuentra preparado para iniciar sus actividades, en las cuales como hemos dicho va a comprometer capitales ajenos; así se explica también que la misma Superintendencia tenga la facultad de proceder a la liquidación de los Bancos cuando ellos no tienen la solvencia necesaria o no puedan dar la seguridad a los depositantes de que sus inversiones no van a derrumbarse.

Así se explica también que la Superintendencia tenga la facultad de nombrar administradores provisionales que reemplacen al Directorio y al Gerente y que tengan todas las facultades de que éstos gozaban, para realizar la gestión en que están en juego no los mandantes de estos últimos, sino, como hemos dicho repetidas veces, las inversiones de terceros, que confiados en el control público a que están sujetos los Bancos pusieron en ellos sus depósitos.

No se trata en este caso de una limitación a la propiedad por las funciones sociales de ésta, se trata simplemente de afrontar un conflicto entre los propietarios del verdadero capital puesto en juego, que lo hicieron precisamente por la seguridad que les otorgaba la intervención de la Superintendencia y los representantes de los dueños de capital de la empresa, que, como hemos dicho también anteriormente, es insignificante en relación con el volumen de depósitos y que por lo demás han tenido la administración en el período ordinario y haciendo uso de ella han llevado el patrimonio del Banco, sustancialmente de los depositantes, al descabro. Es precisamente para defender el derecho de propiedad de los verdaderos dueños del capital comprometido, lo que justifica y aún hace indispensable la intervención de la Superintendencia y la designación de administradores que reemplacen a quienes administrando patrimonios ajenos amenazan desbaratarlos o ya los han dilapidado.

Por otra parte, el N° 21 del art. 19 de la Constitución Política al asegurar la realización de actividades económicas dice que ellas podrán desarrollarse respetando las normas legales que las regulen. Es evidente, pues, que la misma ley que permite a una empresa desarrollar un giro bancario puede limitar el desarrollo de este giro, estableciendo normas como la que se vienen comentando.

No merecen tampoco objeción desde ningún punto de vista constitucional o legal las normas que puedan exigir respecto de los dueños del capital de los Bancos que van a gozar del derecho de recibir depósitos del público y administrarlos, condiciones de idoneidad que obviamente deben ser calificadas por la Superintendencia.

Principio de derecho común es que quien administra bienes ajenos puede estar sujeto a la exigencia de requisitos que resguarden su comportamiento en la administración de esos bienes. Ello sucede respecto de los guardadores, de los albaceas y de otros administradores del patrimonio ajeno, y ello no atenta contra el derecho de propiedad, sino, por el contrario, lo resguarda.

Carente también de toda base, es la objeción que se formula a las normas sobre inversión obligatoria de parte de los depósitos efectuados en los Bancos, para asegurar su devolución. Ello es una norma generalizada en la legislación universal, nadie la ha considerado atentatoria del derecho de propiedad, sino que amparadora del mismo. No puede confundirse la autorización que se dará a una Institución Bancaria para recibir dinero del público con la antigua patente de corso, que en viejos derechos otorgaban para apoderarse del patrimonio ajeno. Es evidente que si se autoriza a una Institución para que en ella el público deposite sus ahorros e inversiones, la misma ley debe tomar las precauciones para que ellos no se volatilicen, suposición que no puede mirarse como fruto de una presunción temerosa y suspicaz, sino como hechos de ordinaria ocurrencia en los últimos tiempos.

No es objetable tampoco la limitación de las facultades de la administración del Banco de conceder créditos más allá de ciertos límites o a ciertas personas, teniendo en consideración el mayor riesgo que tales actuaciones significarían para los depósitos involucrados en los créditos; desde luego, esta no es una limitación al derecho de propiedad, sino a la autonomía de la voluntad y en toda nuestra legislación esta autonomía está limitada cuando con su ejercicio se amenaza el derecho ajeno o los intereses de terceros. Así, está prohibida por el Código Civil la compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente y a nadie se le ha ocurrido sostener que este precepto es atentatorio contra el derecho de propiedad que tienen los cónyuges respecto de sus bienes. La ley es la que califica si el ejercicio de la voluntad de las personas atenta contra el derecho ajeno o los derechos de terceros y debe ser limitado; y al establecer esta limitación no está amenazando derecho de propiedad alguno, sino que resguardando el derecho de propiedad que se vería afectado por el acto que se limita o proscribire.

Argumentación similar puede formularse respecto de las limitaciones que la ley de bancos y sus modificaciones establecen para la concesión de créditos para determinadas personas, sea por su vinculación con los que otorgan el préstamo, sea por su monto o por otra causa.

Carece también de toda base la objeción a que se exija la reposición del capital si éste ha sido disminuido de los límites que la ley considera prudentes para su funcionamiento. Esta norma se justifica por todas las razones que hemos señalado anteriormente y además tiene su base en la letra misma del Nº 21 del art. 19 de la Constitución Política: las actividades económicas pueden desarrollarse al amparo de la ley, pero respetando a la vez las normas que ella misma establece; y si el legislador considera que para la seguridad de los depositantes debe haber un resguardo mínimo de un capital de cierto monto,

es obvio que él debe ser restablecido en caso de que las circunstancias lo disminuyan.

Igualmente ajustada a la ley constitucional es la obligación que impone la ley de bancos y sus modificaciones, a los administradores de una empresa bancaria de presentar convenio a los acreedores en caso de situaciones financieras amenazantes o angustiosas.

Ello se establece para resguardar los intereses de los depositantes directos del patrimonio que está viéndose destruido y amenazado, y si los administradores del banco han tenido el privilegio de recoger dinero del público, de incorporarlo al patrimonio de la institución, de administrarlo sin intervención de los depositantes, que son en último término los dueños, es obvio que la ley les imponga la obligación de tratar de no llegar al despeñadero, y en situaciones angustiosas tratar de solucionarlas con convenios con los acreedores. Es inexplicable que se tache de inconstitucional esta norma, y se pretende tácitamente que la Constitución desea que los administradores de bienes ajenos no estén obligados a tomar medidas de prudencia para resguardar esos bienes, sino que deban llegar en su administración hasta su total dilapidación.

También se ha señalado como circunstancia que coloca a la legislación bancaria en situación contraria a las disposiciones constitucionales, el hecho de que ella establece para los bancos, como se ha dicho, obligaciones, limitaciones y restricciones que no se aplican a las entidades que no son bancos.

En los párrafos anteriores hemos señalado la justificación jurídica de tales medidas y es obvio que ellas se apliquen a las entidades para quienes existen tales justificaciones, y no a las otras entidades o personas que no están en tal situación. Ello es de general ocurrencia en la legislación. Las Compañías de Seguros están sometidas a restricciones que no se aplican a las entidades que no son Compañías de Seguros; las Administradoras de Fondos de Pensiones están sujetas en su vida y en su funcionamiento a restricciones que no son aplicables a entidades que no son tales; y sería majadero continuar señalando casos semejantes.

Jamás la Constitución Política ha pretendido que la igualdad ante la ley impida regular con normas propias el funcionamiento y la actividad de entes jurídicos que están en situaciones particulares. El Código Civil está lleno de la aplicación de estos principios. Todo régimen de incapacidades se funda en ellos, y creemos que es ocioso insistir en otros argumentos sobre el particular.

La igualdad ante la ley se aplica y supone entes jurídicos colocados en la misma situación, que no están sujetos a situaciones especiales que justifiquen un estatuto jurídico peculiar y en que, por consiguiente, la discriminación sería caprichosa y arbitraria, fundada, seguramente, en el ánimo de otorgar beneficios a unos que no se dan a otros, o de gravar a cierto sector sin motivo razonable, dejando libre al que se quiere favorecer.

Nada de esto ocurre con la existencia y aplicación de la legislación bancaria y sus modificaciones, y por ello carece de todo fundamento tratar de sabotearla para debilitar los controles que amparan a los dueños de los depósitos bancarios, invocando una igualdad que no tiene relación con la situación en análisis.

Creemos que no se justifica detenerse mayormente en este punto.

Después de haber hecho las consideraciones anteriores, debemos señalar que estimamos ocioso entrar al análisis o escudriñar los antecedentes constitucionales para demostrar que la intención del constituyente, coincidente con la letra del

cuerpo constitucional, fue la de establecer un amparo amplio al derecho de propiedad; la de crear un sistema de libre empresa sujeto a las restricciones pertinentes y la de defender la igualdad ante la ley y de proscribir las discriminaciones arbitrarias.

Como estimamos que ha quedado demostrado, ninguno de estos puntos está amenazado por la legislación bancaria y sus modificaciones. Ella no descansa en un resquicio de esos preceptos, sino en su aplicación honesta y completa, y por tanto se funda en la letra y el espíritu de la Constitución y todos los antecedentes que demuestran que su espíritu fue establecer lo que ella consignó en sus disposiciones no hacen sino confirmar la adecuación de toda la legislación bancaria y sus modificaciones con el texto constitucional completo.

Aun cuando ello es innecesario, sólo a mayor abundamiento anotaremos el hecho que en todas las legislaciones occidentales en que impera el amparo al derecho de propiedad y la igualdad ante la ley, existen normas restrictivas de la actividad bancaria en resguardo de los intereses de los depositantes. El mayor o menor grado de esas restricciones depende de las circunstancias propias de cada comunidad económica, y esa mayor o menor intensidad en el control no puede servir de base a ningún argumento para negar justificación jurídica al control mismo.

Debemos señalar, por otra parte, que si la autoridad administrativa ejerciera los controles o medidas autorizados por la legislación bancaria en forma abusiva o exagerada, significando con ello no una defensa de los intereses de los depositantes sino una amenaza para el dominio del patrimonio de esa empresa, y no se cautelara con su intervención la defensa del derecho de prenda general de los acreedores ni se amparara la buena fe con que los depositantes entregaron su dinero a quien tenía un monopolio otorgado por la ley para recibirlo, sino que se usara el mecanismo creado por la ley con tal objeto con fines persecutorios, procedería, sin lugar a dudas, el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la misma Constitución, que en su mismo texto cita como causal para entablarlo el atropello a las disposiciones constitucionales que hemos venido señalando.

Los afectados tendrían por consiguiente el derecho de entablar tal recurso y obtener que se restableciera el derecho y se les protegiera contra el abuso de que han sido objeto.

La creación del recurso de protección por la Constitución tuvo precisamente por objeto evitar que las disposiciones legales prescritas para amparar derechos legítimos y justificados se utilizaran para vulnerar otras situaciones jurídicas respetables también, y no para el fin con que fueron establecidas.

Por consiguiente, ni siquiera el temor del abuso puede justificar limitar la facultad de legislador para dar a la autoridad atribuciones suficientes para conseguir que las empresas bancarias cumplan su papel de intermediarias en la circulación del dinero y del crédito, de únicos recolectadores de los capitales del público que, confiando en los controles de la autoridad, los entregan a esas empresas, sin mecanismo alguno para vigilar directamente la administración de sus fondos.

Por el contrario, existiendo un recurso para reclamar del uso arbitrario de las medidas que otorga la ley a la autoridad administrativa para conseguir tales objetos, es obvio que no puede tacharse de inconstitucional la existencia de las disposiciones legales que las consagran.

Sólo el olvido de las situaciones reales de la actividad bancaria, en que el empresario no negocia con sus bienes propios sino con los ajenos, en que los dueños de los capitales comprometidos en la gestión de los negocios tienen un derecho general de prenda sobre todo el patrimonio del gestor, y que no tienen representación directa sino a través de la autoridad administrativa controladora de los negocios del gestor, puede hacer pensar que para frenar la saludable y muchas veces salvadora vigilancia y control de la actividad bancaria pueden invocarse disposiciones constitucionales sobre defensa del derecho de propiedad o de garantía de igualdad ante la ley.

Debemos tener presente, además, que gran parte de las restricciones de la ley bancaria y sus modificaciones son limitaciones a la autonomía de la voluntad de la administración del banco, a la cual se la priva de la facultad de ejecutar determinados actos o contratos que se consideran lesivos o amenazantes para el interés de los verdaderos dueños del patrimonio del banco, es decir, sus depositantes y acreedores.

Ahora bien, lo que está amparándose con estas prohibiciones es el orden público económico de la comunidad en uno de sus aspectos más vitales. Y es opinión generalizada en la doctrina que la autonomía de la voluntad tiene como uno de sus límites todo lo que significa un atropello o una amenaza al orden público, sea éste político, social o económico; por consiguiente queda plenamente justificado por este motivo toda disposición restrictiva de las leyes bancarias que tienda a obtener tal finalidad.

Toda la legislación que se dirige a evitar los monopolios no hace otra cosa que impedir la celebración de contratos que podrían celebrarse si la autonomía de la voluntad no estuviera limitada por el orden público económico. Las sociedades modernas descansan en instituciones financieras honestas y en que se resguarda el interés de los que han confiado en ella, en el funcionamiento de mercados sujetos a una libre competencia auténtica, en entidades aseguradoras que den cobertura real a los riesgos que amparan. Todo ello y diversos otros aspectos de la legislación financiera constituyen el orden público económico mínimo que debe ser resguardado y para cuyo efecto no sólo es lícito sino que indispensable limitar los desbordes de la autonomía de la voluntad que puedan amenazarlo.

Finalmente, conviene reflexionar en que al recibir los bancos su autorización para captar dinero del público y disponer de él dentro de su patrimonio, están aceptando gozar de este privilegio con la condición de que en su actividad se sujeten a todas las restricciones que le imponga la legislación bancaria y sus modificaciones. Si inician este giro es porque han aceptado someterse al estatuto que lo rige; sería inexplicable que una vez recibido el dinero del público en estas condiciones se pretendiera no aplicar el marco al que voluntariamente se sujetaron para obtener el derecho a tal recepción, sobre la base de que ese marco es inconstitucional. Si se consideraba inconveniente ejercer la actividad bancaria en las condiciones establecidas por la ley, no se ha debido voluntariamente ingresar a ella.

Todo otro arbitrio es contradictorio y sin fundamento, contrario al orden público económico y amenazante para el derecho de quienes son dueños de la mayor parte de la inversión bancaria y que no tienen otro amparo que las medidas que se vienen analizando.

Creemos que en los párrafos anteriores se ha demostrado la plena concordancia de la legislación bancaria con las disposiciones constitucionales vi-

gentes y con los principios jurídicos generales en que descansa el orden público económico entre cuyos pilares puede señalarse esa legislación.

Es cuanto puedo informar al Señor Superintendente sobre el particular.

Saluda atentamente al Señor Superintendente,

(Fdo.) Julio Chaná Cariola, Profesor de Derecho Comercial.