

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 5540-18, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2018, SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA LA LEGISLACIÓN BANCARIA: MODERNIZAR SÍ, PRECARIZAR NO

ALBERTO VERGARA ARTEAGA

RESUMEN: el autor analiza el voto de mayoría de la sentencia del Tribunal Constitucional (“TC”), que ejerciendo el control preventivo obligatorio sobre el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, que moderniza la legislación bancaria, declaró inconstitucionales cinco preceptos de este. El presente artículo se centrará en la consistencia del voto de mayoría, tanto con anteriores fallos del mismo TC, como con una adecuada protección de los derechos de los administrados, frente a la tentación de una acción de la administración supuestamente más moderna, rápida y eficaz, pero poco deferente con el debido proceso y con los derechos de las personas. Se analizará también cómo la reciente experiencia del regulador bancario de la Unión Europea en sonados casos, a juicio del autor da la razón al voto de mayoría. En síntesis, el trabajo pretende demostrar que el fallo en comento permite modernizar la legislación bancaria chilena, pero sin precarizar los derechos de los administrados.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve contexto de la regulación bancaria en Chile y en el derecho comparado. 3. El proyecto de ley de modernización bancaria objeto de la sentencia. 4. La sentencia. 4.1. Síntesis de la sentencia. 4.2. Análisis de los aspectos más relevantes del voto de mayoría. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 18 de diciembre de 2018, en uso de su potestad/deber consagrada en el artículo 93 N° 1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante “el TC”) dictó sentencia en la causa Rol N° 5540-18¹, respecto del proyecto de ley que moderniza la legislación bancaria, correspondiente al boletín N° 11.269-05, en

¹ *Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley que Moderniza la Legislación Bancaria* (2018).

adelante “el proyecto”, iniciado vía mensaje de la Presidenta Bachelet durante su segundo gobierno, y aprobado con algunas modificaciones por ambas cámaras del Congreso, despachándose para su control preventivo obligatorio por parte del TC durante los primeros meses de la segunda administración de Sebastián Piñera.

Durante la tramitación del proyecto la cual, pese a la complejidad del tema o quizá gracias a ella, fue relativamente expedita, no hubo mayores divergencias, ni técnicas ni políticas, sobre el mismo, salvo quizá en relación con las modificaciones que se pretendían introducir en materia de secreto o reserva bancario.

Sin embargo, al momento de ejercer el control preventivo de constitucionalidad, el TC, en un fallo dividido y con numerosas disidencias, declaró la inconstitucionalidad de cinco disposiciones del proyecto, más bien periféricas, buscando que las modernizaciones legislativas e institucionales que el proyecto proponía pudieran ser realidad, pero sin menoscabar o afectar los derechos fundamentales de las personas ni las facultades del Poder Judicial.

El presente trabajo se centrará exclusivamente en analizar la razonabilidad de las declaraciones de inconstitucionalidad pronunciadas por parte del voto mayoritario, sin analizar las numerosas disidencias de la sentencia en comentario.

2. BREVE CONTEXTO DE LA REGULACIÓN BANCARIA EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO

La actividad bancaria es milenaria, y los bancos, en tanto instituciones claves del funcionamiento de la economía, encuentran a sus precursores, ya en el siglo XII en el norte de Italia, específicamente en ciudades como Venecia, Florencia o Siena. Sin embargo, los bancos tal cual los conocemos en la actualidad, tanto en Chile como en el mundo, comenzaron a ser moldeados por las regulaciones que se introdujeron en la gran mayoría de las naciones, a mediados del siglo XIX, como por ejemplo a ley chilena sobre bancos de emisión dictada en 1860².

² Véase: Vergara Blanco, Alejandro (1990): *El Secreto Bancario* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Dada la relevancia que el sistema bancario tiene para el adecuado funcionamiento de la economía, cumpliendo un insoslayable fin público, más no estatal, es que en todo el derecho comparado y, obviamente en Chile, la banca es una de las actividades más reguladas y fiscalizadas. Más aún, el crucial rol que los bancos e instituciones financieras cumplen en la economía global, han llevado además a la creación de una regulación financiera internacional cada vez más intensa, la cual tiene su mayor y mejor expresión en los acuerdos de Bretton Woods de 1944, que establecieron los fundamentos del actual sistema financiero internacional.

Especial importancia tienen las regulaciones posteriores a las grandes crisis financieras o económicas, tanto mundiales, como locales que en los últimos 90 años han redibujado de manera más profunda el panorama bancario y su regulación. Así ocurrió, a nivel internacional, con la Gran Depresión de 1929, la Crisis del Petróleo de 1973, la Crisis Asiática en 1997 y la Crisis *Subprime* en 2008. En Chile, si bien nuestra legislación bancaria ha tenido diversas modificaciones relevantes, sin duda alguna la mayor y más profunda reestructuración regulatoria ocurrió durante la década de los 80 del siglo pasado, como consecuencia de la grave crisis financiera de 1982, que implicó la intervención de todos los bancos y la liquidación de varios de ellos, y cuyos efectos perduran hasta el día de hoy, pues, por ejemplo, el Banco de Chile recién hace unos meses terminó de pagar la Deuda Subordinada que había adquirido con el Banco Central de Chile como consecuencia de la intervención de la que fue objeto en enero de 1983³.

Lo señalado en el párrafo anterior es relevante para entender el contexto bajo el cual se discutió el proyecto de modernización de la legislación bancaria, ingresado por la Presidenta Bachelet a la Cámara de Diputados en junio de 2017. Ello, por cuanto las profundas reformas introducidas en Chile al sistema bancario post crisis de 1982 le habían permitido capear de buena forma tanto la Crisis Asiática de 1997; como la Crisis *Subprime* de 2008, sin que el sistema político chileno ni la opinión pública vieran ni la necesidad, ni menos la urgencia, de adoptar en nuestra legislación bancaria algunas de las reformas que muchos países ya habían intro-

³ Véase: MORAND, Luis (2002): *Legislación Bancaria* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ducido en los últimos años, especialmente los que habían sido más golpeados por la crisis del año 2008 como, por ejemplo, España, entre muchos otros.

Sin embargo, como veremos en los apartados siguientes, algunas de las regulaciones bancarias que se han adoptado en el derecho comparado como consecuencia de la Crisis *Subprime*, distan mucho de ser instrumentos regulatorios adecuados y respetuosos de los derechos fundamentales, pues se han fraguado *in extremis* como reacción apresurada, aunque la más de las veces tardía, a las crisis bancarias y financieras que han ocurrido en diversos países con posterioridad a la Caída de Lehman Brothers, ese fatídico 15 de septiembre de 2008.

3. EL PROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN BANCARIA OBJETO DE LA SENTENCIA

Del mensaje por el cual la Presidenta Bachelet envió a la Cámara de Diputados el proyecto de modernización de la legislación bancaria, se puede colegir que los principales objetivos del mismo eran aumentar la estabilidad financiera mediante mayores exigencias de solvencias a los bancos que permitieran preservar también la estabilidad de las finanzas públicas en caso de la ocurrencia de una crisis financiera, atenuando sus efectos a través de una mejor capitalización de la banca, que evitara la necesidad de rescates financieros por parte del Estado, permitiendo así un menor impacto social en caso de una crisis financiera.

Con miras a cumplir dichos objetivos esenciales del proyecto, el mismo contemplaba una serie de cambios relevantes a la institucionalidad bancaria chilena, alguno de los cuales efectivamente era coherentes con el objetivo expresado por la Presidenta al despachar su mensaje, y otros, como veremos, se introdujeron sin tener mucha relación con la teleología del proyecto, buscando resolver aspiraciones fiscalizadoras e investigativas de algunos organismos públicos, algunos de los cuales han demostrado tanto histórica como actualmente no ser lo suficientemente deferentes de los derechos de los administrados⁴.

⁴ Véase: al efecto el Mensaje que da origen al Boletín N° 11.269-5 que se puede consultar en el siguiente link: <https://senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

El primero de los cambios relevantes introducidos por el proyecto, fue el establecimiento de un nuevo modelo de regulación o supervisión financiera, pasando del clásico modelo institucional que había primado en Chile por casi cien años a un modelo de regulador concentrado muy similar al del Reino Unido, incorporando la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante “SBIF”) en la flamante Comisión para el Mercado Financiero (en adelante “CMF”) y obviamente adaptando gran parte de las facultades y procedimientos a los nuevos estándares establecidos en la Ley N° 21.000, promulgada en febrero de 2017 y que creaba tanto la CMF como el nuevo modelo concentrado de regulación financiera.

Si bien el cambio del modelo regulatorio puede considerarse neutral, tanto desde el punto de vista de los objetivos del proyecto como desde la protección de los derechos de los administrados, los nuevos estándares investigativos y procesales que establece la Ley N° 21.000 son, sin duda, un avance positivo, sobre todo a la luz del proceso sancionatorio llevado a cabo por la SBIF contra Corpbanca⁵. Por ello resulta un inexplicable contrasentido que el proyecto de modernización de la legislación bancaria, en los aspectos que se encargó de corregir el fallo del TC objeto del presente comentario, precarizara ciertos derechos de los administrados, entre ellos el debido proceso.

Acto seguido, el proyecto establecía nuevas exigencias de capital para los bancos a fin de converger hacia las actuales recomendaciones del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (en adelante “BCBS” por sus siglas en inglés), los denominados estándares de Basilea III. Siendo esta una de las modificaciones más relevantes para nuestro sistema bancario, en línea con el objetivo esencial del proyecto declarado por la Presidenta Bachelet, no cabe ahondar mayormente en la misma en el presente comentario, por ser un tema ajeno a la sentencia del TC que nos ocupa.

Como tercera modificación relevante, el proyecto reformulaba sustancialmente, o en algunos casos eliminaba, los mecanismos que hasta ese momento contemplaba la Ley General de Bancos (en adelante “LGB”) para enfrentar la eventual falta de solvencia de

⁵ Véase: las Sentencias, Rol N° 644-2016, de 31 de agosto de 2016, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, y Rol N° 62.128, de 9 de mayo de 2017, dictada por la Corte Suprema en el caso “Corpbanca con SBIF”.

los bancos, tales como la capitalización preventiva, el convenio de acreedores, el nombramiento de interventor o la liquidación forzosa, adoptando en gran medida los nuevos sistemas del derecho comparado denominados resolución bancaria, que no son otra cosa que un sistema de liquidación bancaria más expedito y eficaz que busca disminuir al máximo los costos que la liquidación de una institución financiera pueda tener para los depositantes y el Estado.

Finalmente, el proyecto establecía una serie de modificaciones que podríamos denominar misceláneas, tanto a la LGB como a diversos y numerosos cuerpos legales, tales como el aumento de la garantía estatal de los depósitos a plazo, mayores exigencias que deben cumplir quienes se desempeñen como directores de bancos, las operaciones de bancos chilenos en el exterior, el acceso a la información sujeta a secreto o reserva bancaria por los organismos con interés legítimo y, curiosamente, una serie de modificaciones a los procedimientos administrativos y judiciales establecidos tan solo unos meses antes por la Ley N° 21.000.

Pues bien, curiosamente en relación con cuatro de estos puntos misceláneos, contenidos tres de ellos en la versión original del proyecto enviado por la Presidenta Bachelet y agregado un cuarto durante la tramitación en el Congreso, es que haciendo uso de su facultad/deber de control preventivo de constitucionalidad, la mayoría de los ministros del TC declaró la inconstitucionalidad de cinco disposiciones del proyecto, bastante acotadas por lo demás, con miras a resguardar los principios de la jurisdicción, de la tutela judicial efectiva, del debido proceso, y otros derechos fundamentales de los administrados, tales como la protección de la vida privada y la protección de los datos personales.

4. LA SENTENCIA

4.1. Breve síntesis de la sentencia

La sentencia en comento⁶, dictada el 18 de diciembre de 2018, haciendo uso el TC de la facultad/deber consagrada en el artículo 93 N° 1 de nuestra Constitución, que mandata el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de rango orgánico

⁶ *Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley que Moderniza la Legislación Bancaria* (2018).

constitucional, es un extenso y dividido fallo, en el cual la decisión mayoritaria contó con los votos de los ministros Iván Aróstica (Presidente), Juan José Romero, María Luisa Brahm, Cristián Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández. La sentencia cuenta además con 13 disidencias, aunque algunas de ellas, más que disidencias, podrían ser catalogadas como prevenciones o declaraciones.

A este respecto, no puede dejar de mencionarse que el excesivo espacio que la sentencia destina a transcribir textualmente todas las normas del proyecto que se someten a control preventivo de constitucionalidad, así como la pluralidad de disidencias y prevenciones, es un ejercicio que quizá el TC podría eventualmente repensar, y a futuro modificar mediante un auto acordado, adoptando diversas alternativas en aras a dictar sentencias que cumplan un rol más pedagógico y que permitan reflejar más razonamiento constitucional y menos transcripción de normas o de votos.

En todo caso, para los efectos del presente artículo, nos centraremos en el fallo de mayoría, que por 6 votos declara la inconstitucionalidad de cinco normas del proyecto, en virtud de los argumentos que se analizarán a continuación, decisión respecto de la cual votaron en contra, en casi todos los puntos declarados inconstitucionales, los ministros Gonzalo García, Domingo Hernández, Nelson Pozo y María Pía Silva, que estuvieron por declarar la constitucionalidad de esos cuatro preceptos y que para efectos pedagógicos denominaremos la disidencia principal, haciendo presente que la ministra María Pía Silva solo se unió a la disidencia principal respecto de tres de los preceptos que finalmente fueron declarados inconstitucionales.

Lamentablemente, por razones de espacio y tiempo, no podremos analizar ni la doctrina que establece el fallo de mayoría sobre lo que este entiende por normas de rango orgánico constitucional ni las numerosas disidencias adicionales que, como ya hemos mencionado, encontramos en la sentencia de 18 de diciembre de 2018, algunas de las cuales instaron por declarar inconstitucionales otras normas adicionales a las declaradas como tales por el voto de mayoría.

4.2. Análisis de los aspectos más relevantes del voto de mayoría

Como ya hemos adelantado, cuatro fueron las disposiciones del proyecto aprobado por el Congreso que los seis ministros que acordaron el fallo de mayoría estimaron contrarios a nuestro orde-

namiento constitucional. Si bien analizaremos a continuación cada una de esas normas y el fundamento de su inconstitucionalidad, como ya hemos adelantado, lo que este fallo dictamina es el resguardo al debido proceso, especialmente a lo que debe entenderse por un justo y racional proceso ante la administración del Estado, así como el principio esencial de la revisión judicial de los actos de la administración, buscando resguardar adecuadamente los derechos de los administrados que, en la gran mayoría de los casos, están en una situación de asimetría desmedrada ante el poder estatal.

a) Inconstitucionalidad de la aplicación de sanciones sin un debido proceso administrativo y judicial

La primera disposición declarada inconstitucional decía relación con la propuesta del proyecto de facultar al regulador bancario chileno, es decir a la CMF, una vez que el traspaso de funciones de la SBIF al primer organismo se hubiese materializado, lo que como es de público conocimiento ocurrió el 1 de junio de 2019, para obligar a un banco chileno, en caso de infracción a las obligaciones establecidas por la LGB para las operaciones de los bancos fuera de Chile, a enajenar, *sin más trámite*, todas las acciones que el banco infractor pudiese poseer en un banco o empresa extranjera, o a clausurar o enajenar sin más trámite la sucursal u oficina en el extranjero, donde se hubiese cometido la infracción, cuando dicho incumplimiento ponga en riesgo la estabilidad de la casa matriz en Chile.

Esta modificación la introducía el proyecto en su artículo 1° número 72 letra c), sustituyendo el inciso final del artículo 80 de la LGB y aplicando esta nueva sanción a la operación de los bancos chilenos en el extranjero, la que en todo caso debía cumplirse en un plazo determinado por la CMF, el que no podía ser inferior a 90 días. El objetivo es preservar la estabilidad de la banca chilena, evitando contagios indebidos desde sus operaciones en el extranjero, a fin de prevenir situaciones similares de riesgo ocurridas recientemente con otros bancos internacionales, tales como el HSBC y las sanciones a las que se vio expuesto por las infracciones a las normas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo cometidas en sus subsidiarias de México y EE.UU, o el proceso iniciado por el Departamento de Justicia en contra de Deutsche Bank por el papel que le cupo a su filial norteamericana en los procesos de emisión y suscripción de bonos e instrumentos financieros en

base a créditos hipotecarios y su securitización, que en parte contribuyeron a causar las burbujas hipotecarias y financieras que produjeron la crisis *Subprime*.

El *quid* del asunto lo da justamente la frase “*sin más trámite*”, que es la parte del precepto que el fallo declara inconstitucional, ordenando eliminarla del texto definitivo de la ley, ya que como adecuadamente razona el voto de mayoría, si bien esa frase podría eventualmente interpretarse solo como la necesidad de actuar con celeridad extrema ante la gravedad de un eventual contagio financiero a la casa matriz, dado que la frase en cuestión dice relación con la aplicación de sanciones gravosas, que sin duda pueden afectar derechos fundamentales tales como el derecho de propiedad o la libre iniciativa económica, entre otros, no puede permitirse, ni siquiera en abstracto, dejar abierta la posibilidad a que la frase *sin más trámite* pudiese ser utilizada para entender que contra la aplicación de una sanción como la obligación de enajenar y/o cerrar las operaciones en el extranjero no proceden recursos administrativos o, peor aún, tampoco recursos judiciales.

Como correctamente razona el TC en el considerando sexagésimo primero del fallo, la frase *sin más trámite* dejaba abierta la posibilidad, ante una orden de enajenación y/o cierre de las operaciones en el extranjero, de que el banco sancionado no pudiese evacuar descargos, presentar pruebas, ni menos deducir recursos que la propia Ley N° 19.880 establece como parte de un debido proceso administrativo, es decir, en palabras del mismo fallo: “*Simplemente, podría concluirse que se trata de aplicar una sanción sin procedimiento administrativo ni judicial, vulnerando el artículo 19 N° 3 de la Constitución...*”.

¿Puede ser considerado como justo y racional un proceso en que eventualmente la autoridad bancaria aplique una sanción gravosa afectando derechos fundamentales, como pretexto de evitar un contagio financiero y que, al mismo tiempo, la propia autoridad bancaria interprete que la institución afectada carece de recursos administrativos para cuestionar su decisión? Claramente no, y menos aún si existe el riesgo de que también la autoridad judicial interprete que no proceden recursos judiciales que permitan dejar sin efecto una sanción de ese estilo.

Más aún, recientes casos de sanciones gravosas determinadas por los reguladores bancarios, tanto en Chile como en otras jurisdiccio-

nes, demuestran en forma palmaria que este tipo de expresiones en general son interpretadas en forma arbitraria y altamente discrecional por distintas autoridades administrativas, afectando claramente el derecho al debido proceso.

El primer caso que demuestra lo acertado del razonamiento del voto de mayoría, lo encontramos en la sanción que la, a estas alturas extinta, SBIF impuso a Corpbanca, hoy Itaú-Corpbanca, aplicando tres multas cercanas en total a los 30 millones de dólares, por haber infringido el límite individual de crédito establecido en el artículo 84 N° 1 de la LGB, al otorgar tres financiamientos a tres de las sociedades denominadas “Cascadas” relacionadas con SQM y Julio Ponce Lerou.

En dicho caso, la SBIF después de solicitar antecedentes e información a Corpbanca, interpretando sus facultades, sancionó derechamente a dicha entidad sin otorgarle la posibilidad de presentar descargos, ni presentar pruebas, es decir, afectando seriamente el derecho a defensa, que es un elemento esencial de un justo y racional proceso, también en sede administrativa, como correctamente nos recuerda el fallo de mayoría en su considerando sexagésimo tercero, citando los numerosos precedentes en que el TC ha reiterado una y otra vez que la garantía del 19 N° 3 de nuestra Constitución se aplica también a los procedimientos administrativos, especialmente a los de índole sancionador, por ser parte del *ius puniendi* estatal y compartir, al menos en parte, los principios del derecho penal.

En el mismo sentido razonaron en el caso Corpbanca, tanto la Corte de Apelaciones como el voto de mayoría de la Corte Suprema⁷, quienes conociendo respectivamente de un recurso de ilegalidad interpuesto por Coprbanca la primera y de un recurso de queja interpuesto por la SBIF la segunda, estimaron correctamente que en los procedimientos administrativos se debe respetar a cabalidad el derecho a un justo y racional proceso, especialmente en principio de contradictoriedad o de igualdad de armas.

El caso Corpbanca demuestra entonces que la tentación del regulador por interpretar expansivamente sus facultades en contra de

⁷ Véase: las Sentencias, Rol N° 644-2016, de 31 de agosto de 2016, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, y Rol N° 62.128, de 9 de mayo de 2017, dictada por la Corte Suprema en el caso “Corpbanca con SBIF”.

los principios del debido proceso no es teórica, sino muy real, y la sufren a diario las personas, tanto naturales como jurídicas. Por tanto, la permanente tentación a la arbitrariedad y la discrecionalidad en el actuar de la administración debe necesariamente evitar dejar abiertos en los procesos sancionadores espacios grises que permitan afectar el debido proceso administrativo.

Más aún, el resultado jurisdiccional de dicho caso demuestra que el voto de mayoría del TC no solo es coherente con sus propios precedentes, sino que también con los precedentes de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones.

Ahora bien, algunos autores han sugerido de cierta forma que estando a salvo la revisión judicial, el excesivo celo del TC por el debido proceso administrativo sería no solo injustificado, sino que de alguna manera anacrónico. Discrepamos de estas interpretaciones, pues los hechos han demostrado que el TC ha fallado teniendo en cuenta la realidad a la que se han visto enfrentadas personas o instituciones a las que se les han aplicado gravosas sanciones sin un debido proceso administrativo y que la justicia no puede ya deshacer, como ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de la liquidación o resolución del Banco Popular en España por decisión administrativa de la Autoridad Bancaria Europea⁸.

Banco Popular era, hasta junio de 2017, el sexto banco español, con más de cien años de antigüedad, cuando la madrugada del 6 al 7 de junio de ese año la Junta Única de Resolución (en adelante "JUR"), un organismo administrativo creado el 2014 al alero del Banco Central Europeo, decidió la resolución de Banco Popular, amortizando su capital nominal, lo que implicó la cancelación del 100% del valor del mismo, permitiendo su venta a Banco Santander en el valor nominal de un Euro, con lo cual este último asumió esa misma mañana, las operaciones de Banco Popular, inyectando liquidez por 13.000 millones de euros, abriendo sus sucursales y operaciones a la atención de público, a plena capacidad, pese a que en tan solo pocas horas, Banco Popular en la práctica había sido liquidado, perdiendo sus accionistas y bonistas, unas 300 mil per-

⁸ Véase: la resolución de la Junta Única de Resolución dictada el 7 de junio de 2017, decretando la resolución del Banco Popular, en <https://srb.europa.eu/en/content/banco-popular>.

sonas, toda su inversión por una suma a valor nominal de al menos 2.100 millones de Euros.

La decisión de la JUR en el caso del Banco Popular ha sido fuertemente criticada como arbitraria, discrecional, precipitada e incluso innecesaria por diversos actores, tanto en España como en Europa, dando origen a numerosas demandas, algunas que piden la nulidad de la misma, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE"), y otras que buscan la responsabilidad del Banco de España en los hechos, ante las Cortes españolas. El TJUE tendrá la última palabra, pero resuelva lo que resuelva, Banco Popular dejó de existir en pocas horas por una decisión administrativa que borró de un plumazo miles de millones de euros que accionistas y bonistas tenían en la propiedad de dicho banco. Claramente se afectó el derecho de propiedad de al menos 300 mil personas, y la libre iniciativa económica de los dueños y directivos de Banco Popular, sin que hasta la fecha haya claridad sobre si la medida era realmente necesaria, y lo que la justicia pueda decidir a estas alturas, más de dos años después, difícilmente puede recomponer los derechos fundamentales de varios de los afectados.

Por lo tanto, la experiencia internacional demuestra que el voto de mayoría del TC está en lo correcto, sanciones tan gravosas no pueden aplicarse mediante resoluciones administrativas decididas y aplicadas en cosas de horas, sin que exista la posibilidad de que puedan ser revisadas, con toda la celeridad necesaria, tanto en sede administrativa como judicial.

b) Inconstitucionalidad de limitar las excepciones y defensas del administrado frente a multas de la CMF

La segunda disposición que el fallo declaró contraria a la Constitución estaba contenida en el artículo 2, numeral 19 del proyecto, por el cual se establecía que las multas impuestas por la CMF, una vez que se encuentren ejecutoriadas y no hayan sido pagadas por el infractor ante la tesorería comunal de su domicilio, darán inicio a un procedimiento ejecutivo por parte de la Tesorería General de la República ("TGR") en contra del infractor. Señalaba además la norma, en la parte declarada inconstitucional, que una vez notificado el ejecutado solo podía oponer como excepciones la de pago, prescripción o de no empecerle el título, privándole de la posibili-

dad de oponer las otras 15 excepciones establecidas en el artículo 464 de nuestro Código de Procedimiento Civil (“CPC”).

Aunque es excesivamente críptico el razonamiento que al respecto hace el fallo, específicamente en el considerando sexagésimo sexto, al señalar que esa limitación es inaceptable constitucionalmente, en nuestra opinión la decisión no solo es correcta, sino que necesaria, ya que limitar a solo tres las excepciones que una persona puede ejercer ante un cobro ejecutivo de una multa por parte de la TGR restringe sobremanera y, sin ningún fundamento atendible, el derecho a la defensa en juicio. ¿Por qué el ejecutado no podría alegar en su favor, por ejemplo, la incompetencia del tribunal o la falsedad del título? ¿Por qué habría que presumir que el accionar de la TGR es siempre intachable e impecable? ¿Por qué privar al juez de la posibilidad de rechazar la demanda ejecutiva por algunos de los otros supuestos establecidos en el artículo 464 del CPC más allá del pago, la prescripción y no empecer el título? A nuestro juicio, no existe ningún motivo constitucionalmente válido para ello.

Despojar *per se* a las personas, en ciertos tipos de procedimientos, de excepciones o defensas que la propia ley ha establecido, como bien ha señalado el TC, no solo afecta el debido proceso y el principio de la tutela judicial efectiva, sino que, además, en los casos que esas excepciones o defensas le son prohibidas en procedimientos judiciales contra los órganos estatales, aumenta aún más la enorme desigualdad que ya existe entre el Estado y los ciudadanos, y no solo afecta la igualdad de armas como elemento del debido proceso, sino que, a nuestro juicio, le otorga aún más privilegios procesales a los órganos del Estado, afectando la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 y el principio de servicialidad del Estado consagrado en el inciso cuarto del artículo 1°, ambos, de nuestra Constitución.

Enhorabuena, el TC se ha decidido a poner coto a las desigualdades procesales en favor del Fisco y los organismos estatales que, lamentablemente, plagan nuestro ordenamiento jurídico, aunque aún queda mucho por hacer en la materia.

c) Inconstitucionalidad de impedir la imposición de medidas cautelares judiciales contra las decisiones del regulador

El proyecto establecía en la letra d) del número 21 de su artículo 2° que, en el contexto de los reclamos de ilegalidad que se presentarán

ante la Corte de Apelaciones, contra las decisiones de la CMF, no podían decretarse por parte de la Justicia ninguna de las medidas establecidas en el artículo 192 del CPC, u otras de igual naturaleza, mientras la reclamación se encontrase pendiente. Es decir, privaba al reclamante y, también a los tribunales, tanto del derecho a pedir como el de decretar medidas cautelares que eventualmente permitiesen paralizar los efectos de una resolución de la CMF, mientras se estuviese discutiendo en sede judicial su legalidad y procedencia.

El fallo de mayoría razona, nuevamente en forma demasiado crítica a nuestro juicio, aunque correcta, que el sustraer al tribunal la posibilidad de paralizar un acto lesivo de derechos fundamentales, respecto de cuya legalidad se está discutiendo en estrados, atenta contra el debido proceso y contra la esencia de la función jurisdiccional, establecida en el artículo 76 de la CPR. Por ende, es inconstitucional. Sostiene además el fallo, en su considerando septuagésimo primero, que no hay ningún fundamento razonable para que el legislador tome una decisión en ese sentido, la cual afecta derechos fundamentales y restringe el ejercicio de la jurisdicción y, por cierto tiene razón. ¿Qué relevancia tienen las decisiones de la CMF por sobre las de otros órganos del Estado que permiten otorgarles un privilegio como ese? Ciertamente no es suficiente argumento la protección de la estabilidad financiera.

A nuestro juicio, el fallo se queda corto en su fundamentación ya que como hemos dicho en el apartado anterior, privar al administrado de derechos procesales frente a los actos de la administración atenta contra la igualdad de armas, que es una norma básica del debido proceso, también contra la igualdad ante la ley, otorgando privilegios procesales innecesarios en favor de ciertos órganos del Estado, en detrimento de los derechos de las personas.

Adicionalmente, en nuestra opinión, la disposición declarada inconstitucional también afectaba el derecho a la acción, al cercenar la posibilidad de que el administrado, a fin de asegurar el resultado de su acción y obtener una tutela judicial efectiva, pudiese al menos pedir la suspensión del acto reclamado, pues de poco serviría una declaración de ilegalidad de una resolución de la CMF si sus efectos lesivos de derechos fundamentales ya han ocurrido y no pueden volverse atrás, como ha ocurrido, por ejemplo, con la resolución del Banco Popular en España, por orden de la JUR, según se ha explicado más arriba.

Es indispensable que el control judicial de los actos de la administración pueda, mediante medidas cautelares, suspender los efectos lesivos de los mismos mientras se determina su legalidad. Ello lo hace más eficaz, sin duda alguna. No permitirlo implicaría el riesgo de transformar el control judicial en bellas pero inútiles sentencias de papel, por lo que la decisión sobre este punto del fallo de mayoría es correcta y muy necesaria.

d) Inconstitucionalidad de afectar el derecho a la privacidad de los contribuyentes sin contar con una autorización judicial previa ni un debido proceso

Las dos últimas normas del proyecto que el TC declara inconstitucionales dicen relación con un nuevo y contumaz intento del legislador de afectar el derecho a la privacidad de los ciudadanos, y la protección de sus datos personales, buscando que el Servicio de Impuestos Internos (en adelante “SII”) pudiese acceder a la información sujeta a secreto o reserva bancarios de las personas, sin un adecuado control judicial previo.

En efecto, el fallo declara inconstitucional la disposición del proyecto contenida en su artículo 10, numeral 1, por la cual se introducían dos nuevos incisos al artículo 62 del Código Tributario, los cuales autorizaban al SII, tanto en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras como en cumplimiento de un requerimiento hecho por autoridad competente de otra jurisdicción en virtud de un convenio internacional vigente de intercambio de información tributaria, a solicitar la autorización para acceder a información sujeta a secreto o reserva bancaria al Tribunal Tributario y Aduanero (en adelante “TTA”), competente, sin previa notificación del contribuyente, ni al momento de solicitar la autorización al TTA ni tampoco al momento de requerir la información al banco, en caso que el TTA efectivamente hubiese entregado la autorización. Más aún, las disposiciones declaradas inconstitucionales señalaban que el TTA debía resolver sobre la solicitud de autorización en el plazo perentorio de 5 días, y solo en base a los antecedentes proporcionados por el SII.

En el considerando septuagésimo quinto, el fallo de mayoría argumenta, a juicio del autor, correctamente, que la posibilidad de aplicar una medida intrusiva en favor del SII, sin previa notificación

del afectado, evidentemente afecta la bilateralidad de la audiencia y el derecho a defensa jurídica, socavando sustancialmente con ello la garantía de un justo y racional proceso, y de paso afectando también la garantía del artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución, esto es, el derecho a la privacidad y, en específico, la protección de los datos personales.

Sin embargo, se extraña en el razonamiento el explicar que las nuevas medidas intrusivas que el proyecto estaba aprobando en favor del SII eran del todo innecesarias, por cuanto las mismas son ya procedentes en caso que el Ministerio Público esté investigando un delito de carácter tributario⁹, por lo tanto, no hay ninguna razón de orden constitucional que autorice ampliar más aún en favor del SII la posibilidad de afectar la vida privada y la protección de los datos personales de los contribuyentes.

Por otra parte, en el considerando septuagésimo sexto, el fallo recuerda los precedentes en que se sustenta su decisión, siendo muy relevantes, por un lado la sentencia STC Rol N° 349¹⁰ en que el TC, ejerciendo en el pasado el control preventivo obligatorio del proyecto de ley que fijó el texto actual del artículo 62 del Código Tributario, ya había declarado la inconstitucionalidad de la disposición que obligaba al juez civil a resolver la solicitud de autorización, para la revisión de las cuentas corrientes de los contribuyentes, basado solo en el mérito de los antecedentes presentados por el SII; y, por el otro, la sentencia STC Rol N° 1528¹¹, en donde se había declarado expresamente que la facultad de los TTA para conocer de solicitudes de acceso a información sujeta a secreto o reserva bancaria, era constitucional solo en la medida que el contribuyente fuera previamente emplazado, respetándose su derecho a la bilateralidad de la audiencia, a oponerse a la medida, a rendir prueba y a presentar recursos contra las decisiones que desechasen sus peticiones.

⁹ Véase; los artículos 217, 218, 219, 222, 223, 224, 226 y 236 del Código Procesal Penal.

¹⁰ *Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal (2002): Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2002 (control de constitucionalidad), rol N° 349-02.*

¹¹ *Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece normas que permiten el acceso a las información bancaria por parte de la autoridad tributaria (2009): Tribunal Constitucional, 19 de noviembre de 2009 (control de constitucionalidad), rol N° 1528-09.*

En suma, lo que el proyecto pretendía, ya había sido zanjado con claridad por el TC, por lo tanto, este nuevo intento del legislador por burlar decisiones ya zanjadas por sentencias firmes y ejecutoriadas no puede calificarse sino como contumacia pura y dura.

Más aún, las actuales facultades que el artículo 62 del Código Tributario le entrega al SII para pedir autorización judicial a fin de acceder a información sujeta a secreto o reserva bancarios, son, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, más que suficientes para la siempre eficiente labor del SII, y lo suficientemente equilibradas y ponderadas para proteger las garantías constitucionales de los contribuyentes, por lo que su cambio por medidas más intrusivas carece de razonabilidad y, por ende, de legitimidad constitucional.

Por último, el voto de mayoría procede a declarar la inconstitucionalidad, también del nuevo inciso sexto que el proyecto pretendía agregar al artículo 62, para autorizar al SII a requerir anualmente a los bancos y otras instituciones financieras, sin autorización judicial previa, la información sobre todas las operaciones que realicen por encargo de terceros, consistentes en remesas, pagos, remisión de fondos al exterior o ingreso de fondos a Chile por un monto igual o superior a los diez mil dólares de los EE.UU.

El fallo fundamenta dicha decisión en su considerando septuagésimo octavo, en los mismos razonamientos y precedentes utilizados para declarar la inconstitucionalidad de los otros dos incisos que el proyecto pretendía introducir al artículo 62. Como dice el conocido aforismo jurídico, donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición. Huelgan mayores comentarios al respecto.

5. CONCLUSIONES

La sentencia objeto del presente comentario tiene el mérito, en primer lugar, de ser coherente y concordante con la sana jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional había establecido, hace ya varios lustros, en materia de debido proceso y de revisión judicial de los actos de la administración, jurisprudencia que si bien tiene detractores virulentos entre algunos académicos, ha ido asentando una doctrina pro administrado y deferente con la labor judicial, acorde con principios fundamentales del constitucionalismo nacional y comparado, tales como la separación de funciones, la existen-

cia de un robusto sistema de frenos y contrapesos, donde la revisión judicial debe necesariamente ser robusta, y con también con principios de nuestro derecho constitucional tales como la primacía de la persona sobre el Estado y de los derechos fundamentales como límite a la soberanía.

En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional es coherente también, con la jurisprudencia asentada firmemente por nuestro Poder Judicial en el caso Corpbanca con SBIF, por la cual las normas del debido proceso son ineludibles aún para los procedimientos sancionatorios especiales, teniendo en consideración que con la Ley N° 19.880, el legislador ha entregado un claro marco mínimo que deben cumplir los procedimientos administrativos, a fin de respetar la garantía fundamental de un justo y racional proceso, mandatada no solo por nuestra Constitución, sino también por la Convención Interamericana de Derechos Humanos o al derecho a un recurso judicial efectivo tal cual lo establece la Convención de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Por último, a la luz del caso del Banco Popular, cabe destacar la sentencia del Tribunal Constitucional objeto del presente análisis, pues no ha sucumbido a la tentación de permitir la precarización del derecho al debido proceso, ni el socavamiento del principio de la revisión judicial pronta y efectiva, so pretexto de cautelar la estabilidad financiera.

En resumen, un buen fallo en que el voto de mayoría del Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de aquellos puntos del proyecto de ley de modernización bancaria que hemos comentado, ha permitido un adecuado equilibrio entre mejorar la eficiencia y la puesta al día de nuestra regulación bancaria, la protección del derecho de los administrados al debido proceso, a ser tutelados en forma efectiva y eficiente, frente a los actos del regulador, por parte de nuestros tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARRANZ PUMAR, Gregorio: *Modelos de Regulación Financiera. Visión General y Algunas Conclusiones para España* (www.fef.es).

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2017): *El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa. A propósito*

de la sentencia de la Corte Suprema “Corpbanca S.A. con Superintendencia de Bancos e Instituciones e Financieras (Sentencias Destacadas, Ediciones LyD).

GUILOFF, Matías y SOTO, Pablo (2018): *La voz de los ochenta: El Tribunal Constitucional contra el derecho administrativo* (Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales).

JIMÉNEZ, Guillermo: *Proceso administrativo y judicial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre proyecto de ley que moderniza la legislación bancaria* (El Mercurio Legal, 13 de febrero de 2019).

MORAND, Luis (2002): *Legislación Bancaria* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

VERGARA BLANCO, Alejandro (1990): *El Secreto Bancario* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

OTROS

Diarios españoles *Expansión*, *La Vanguardia* y *El País*, diversos artículos de prensa publicados en las versiones electrónicas de dichos medios de prensa, sobre la crisis del Banco Popular.

Resolución de la Junta Única de Resolución, dictada el 7 de junio de 2017 decretando la resolución del Banco Popular (<https://srb.europa.eu/en/content/banco-popular>).

JURISPRUDENCIA

Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley que Moderniza la Legislación Bancaria (2018): Tribunal Constitucional, 23 de octubre de 2018 (control de constitucionalidad), rol N° 5540-18.

Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece normas que permiten el acceso a las información bancaria por parte de la autoridad tributaria (2009): Tribunal Constitucional, 19 de noviembre de 2009 (control de constitucionalidad), rol N° 1528-09.

Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma

procesal penal (2002): Tribunal Constitucional, 30 de abril de 2002 (control de constitucionalidad), rol N° 349-02.

Sentencia del 9 de mayo de 2017, dictada por la Corte Suprema, Rol N° 62.128, "*Corpbanca con SBIF*".

Sentencias, de 31 de agosto de 2016, dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 644-2016, "*Corpbanca con SBIF*".