

## **INFORME EN DERECHO SOBRE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONSEJEROS DEL BANCO CENTRAL DE CHILE (1996)**

El Banco central de Chile es el órgano del Estado cuya misión u objetivo principal es velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos o externos.

Al constituyente, según fluye de la historia fidedigna de los preceptos que consagran su presencia en la Constitución, interesó de sobremanera la independencia del Banco Central, en especial y como natural consecuencia, la de los miembros del Consejo a cargo de la Dirección y Administración Superior del órgano señalado.

Por ello, la ley orgánica constitucional N° 18.840 desarrolló una serie de preceptos que contienen un acabado régimen de inhabilidades e incompatibilidades que este informe se encarga de estudiar, básicamente, en torno a aquellas decisiones del Consejo que contribuyeron a poner término a la denominada deuda subordinada.

## INFORME

Se me ha solicitado un Informe en Derecho acerca de las Inhabilidades e Incompatibilidades que la institucionalidad vigente establece para los Consejeros de ese Banco, tanto en relación con el o los Acuerdos del Consejo sobre Deuda Subordinada del Banco de Chile e indemnización que debería pagar éste al Banco Central, como respecto de cualquier otro acuerdo.

El presente Informe se desarrollará en tres capítulos.

El primero contendrá un análisis de las inhabilidades a que están sujetos los Consejeros del Banco Central en su calidad de tales, su formulación legislativa y efectos.

El segundo capítulo contendrá una referencia al sistema de inhabilidades previsto para los consejeros y su aplicación al caso concreto de los acuerdos que adoptaron respecto del Banco de Chile al someterse éste a las prescripciones de la Ley N° 19.369 y modificada por la Ley N° 19.459.

El tercero contiene mis conclusiones.

### CAPITULO PRIMERO

#### **El régimen de Inhabilidades establecido por la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central.**

El artículo 97 de la Constitución Política, Capítulo XII, Banco Central preceptúa que la composición, organización, funciones y atribuciones del Banco serán determinadas por una ley orgánica constitucional. Esta ley orgánica constitucional es la N° 18.840, publicada en el Diario Oficial de 10 de Octubre de 1989.

La ley orgánica constitucional del Banco Central establece un sistema de inhabilidades para los consejeros del instituto que puede dividirse de la manera siguiente:

- a) Inhabilidades propiamente tales;
- b) Inhabilidades especiales;

- c) Inhabilidades sobrevinientes;
- d) Incompatibilidades.

Las inhabilidades propiamente tales están consagradas en el artículo 13 de la ley orgánica constitucional, el que preceptúa:

"Ningún miembro del Consejo podrá intervenir ni votar en acuerdos que incidan en operaciones de crédito, inversiones u otros negocios, en que él, su cónyuge, o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, inclusive, tengan un interés de carácter patrimonial.

No se entenderán comprendidos en estas prohibiciones los acuerdos destinados a producir efectos de carácter general.

En caso de producirse alguna de las inhabilidades referidas en este artículo, el consejero implicado no será considerado para los efectos de determinar el quórum respectivo".

Las inhabilidades especiales resultan de lo establecido por los artículos 2 y 81 de la ley orgánica constitucional, preceptos que hacen remisión a las normas del sector privado, sea para el ejercicio de las competencias privativas o potestades del Banco, sea para regular las relaciones laborales entre el Banco Central y sus trabajadores. Al contenido de estos preceptos me referiré más adelante.

Las inhabilidades sobrevinientes están contempladas en el artículo 14, inciso tercero, el que señala:

"Asimismo, dicho cargo será incompatible con la participación en la propiedad de empresas bancarias y sociedades financieras, cuando los derechos sociales del respectivo consejero excedan de un 1% del capital de la correspondiente entidad".

Por último las incompatibilidades consisten en la prohibición de desempeñar conjuntamente dos o más cargos, trabajos o servicios y están consagradas detalladamente por el artículo 14, que en lo que interesa dispone:

"La calidad de consejero será incompatible con todo cargo o servicio, sea o no remunerado, que se presente en el sector privado. No obstante, los consejeros podrán desempeñar funciones en corporaciones o fundaciones, públicas o privadas, que no

persigan fines de lucro, siempre que por ellas no perciban remuneración.

También el cargo de consejero será incompatible con todo empleo o servicio retribuido con fondos fiscales o municipales y con las funciones, remuneradas o no, de consejero, director o trabajador de instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y, en general, de todo servicio público creado por ley, como, asimismo, de empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado, sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción o, en las mismas condiciones, representación o participación.

Las incompatibilidades previstas en este artículo no regirán para las labores docentes o académicas. Tampoco regirán cuando las leyes dispongan que un miembro del Consejo debe integrar un determinado consejo o directorio, en cuyo caso no percibirán remuneración por estas otras funciones".

Vinculadas con las inhabilidades, especialmente con la consagrada en el artículo 13, están las causales de cesación, de destitución y remoción del cargo de consejero o Presidente del Consejo de Banco Central. Señalo tal vinculación pues es el artículo 15 -que contempla causales de cesación y una inhabilidad de tipo genérica- el que da el sentido y califica la inhabilidad del artículo 13, efecto en el que me detendré más adelante.

El artículo 15 dispone:

"En caso de que alguno de los miembros del Consejo infrinja lo dispuesto en el artículo 13 de esta ley, o realice conductas que impliquen un abuso de su calidad de tal, con el objeto de obtener para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos, podrá ser acusado a la Corte de Apelaciones de Santiago, la que resolverá, por intermedio de una de sus salas y en única instancia, si se ha incurrido en infracción o abuso. Dicha Corte podrá dictar medidas para mejor resolver.

La acusación que deberá ser fundada e interpuesta por el Presidente de la República o por el Presidente del Banco o por, a lo menos, dos consejeros, tendrá preferencia para su vista y fallo y la sentencia deberá dictarse dentro del término de treinta días hábiles, contado desde la vista de la causa.

El tribunal, mientras se encuentre pendiente su resolución, podrá decretar la suspensión temporal del afectado en el ejercicio de las funciones que le correspondan en el Consejo.

Una vez ejecutoriado el fallo que declare que se ha incurrido en infracción o abuso, el consejero afectado cesará de inmediato en sus funciones y la Corte de Apelaciones deberá remitir los antecedentes al tribunal que corresponda, con el objeto de hacer efectiva la responsabilidad civil o penal que fuere procedente.

El consejero que cese en sus funciones por aplicación de este artículo no podrá ser designado nuevamente en el cargo".

La causal de destitución es sólo aplicable al Presidente del Consejo, está reglamentada por el artículo 16 y su contenido es el siguiente:

"El Presidente de la República podrá destituir al consejero que se desempeñe como Presidente del Consejo y del Banco, a petición fundada de, a lo menos, tres de sus miembros, en razón de incumplimiento de las políticas adoptadas o de las normas impartidas por el Consejo.

El Presidente de la República procederá a la destitución señalada previo consentimiento del Senado, el cual deberá ser requerido dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha de la petición indicada en el inciso anterior. Si la destitución fuere consentida por el Senado, el Presidente de la República deberá efectuar un nuevo nombramiento en conformidad con lo dispuesto en los artículos 7° y 8° de esta ley, por el plazo que le restaba en su cargo al que fue destituido".

Finalmente, la remoción es otra causal de término de funciones aplicable a cualquier miembro del Consejo. Su tratamiento legislativo lo señala el artículo 17 y dispone:

"El Presidente de la República, por causa justificada y previo consentimiento del Senado, podrá remover a alguno o la totalidad de los miembros del Consejo. La remoción sólo podrá fundarse en la circunstancia de que el consejero afectado hubiere votado favorablemente acuerdos del Banco que impliquen un grave y manifiesto incumplimiento de su objeto, según lo define el inciso primero del artículo 3°, y siempre que dicho acuerdo haya sido la causa principal y directa de un daño significativo a la economía del país.

El o los consejeros afectados podrán solicitar ser oídos por el Senado.

La persona que haya sido removida del cargo de consejero en virtud de este artículo, no podrá ser designada nuevamente en el cargo durante los próximos diez años".

## I. INTRODUCCION

### **Las Inhabilidades Sobrevinientes**

El Banco Central de Chile es un organismo público autónomo de rango constitucional, de carácter técnico, con personalidad jurídica y patrimonio propios y de duración indefinida. La dirección y administración superior del Banco Central compete a un órgano colegiado denominado Consejo, el cual está constituido por cinco consejeros, designados por el Presidente de la República, mediante decreto supremo, expedido a través del Ministerio de Hacienda, previo acuerdo del Senado.

Al interior del Consejo tiene lugar el proceso de conocimiento, debate y deliberación que cristalizará en decisiones imputables al ente público denominado Banco Central de Chile.

La imputabilidad al Banco Central, de una decisión cualquiera adoptada por el Consejo exige el cumplimiento de determinados preceptos que establecen quórum, número de votos favorables en función de la materia debatida, sesiones ordinarias y extraordinarias según fuere el caso y, finalmente, la formalidad de dejar constancia en actas de la respectiva sesión. Asimismo, se encuentra regulada la vacancia, ausencia o imposibilidad para ejercer funciones por parte de los miembros del referido Consejo.

Conjuntamente con las finalidades mencionadas, rodean la formación del acto decisorial susceptible de imputación al Banco Central de Chile, un grupo de preceptos de la mayor importancia. Se trata de disposiciones que establecen inhabilidades *propriamente tales*, *inhabilidades sobrevinientes* e incompatibilidades a cuyo contenido preceptivo me referí con anterioridad. La finalidad de estas normas es cautelar la imparcialidad y objetividad de las decisiones que cada uno de los miembros del Consejo adopta en sesión. En otras palabras, atendido que el caso decisorial imputable al Banco Central de

Chile resultará de lo que cada uno de los miembros del Consejo en sesión resuelva, aparece de esencial importancia que esas resoluciones individuales de los miembros estén exentas de todo sesgo, parcialidad o presiones que pudiesen desviar al Consejo de su misión.

En efecto, cabe advertir que el Banco Central de Chile, en cuanto persona jurídica de Derecho Público que es, debe sujetarse indefectiblemente al fin que le ha asignado su propia ley orgánica: "velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos". Mediante el cumplimiento de este objeto, el Banco Central de Chile realiza de manera específica aquello que la Constitución Política de la República ordena al Estado: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece" (Art. 1, inc. 4).

El cumplimiento del objeto específico del Banco Central de Chile se efectúa utilizando lo que su propia ley orgánica constitucional 18.840 denomina facultades, aunque en estricto rigor constituyen potestades. En efecto, dada la finalidad pública que ha motivado la creación del Banco Central y que ha de guiar la actuación del mismo, no es resorte del propio Banco el establecer caprichosamente cuando actúa o cuando deja de hacerlo, sino que por el contrario está sometido a la necesidad de actuar en la forma, medida, en la oportunidad y con los medios que le impongan su propio objeto o fin público, en consonancia con los propios preceptos de la ley orgánica que constituye su verdadero estatuto como entidad pública.

De esta manera, el acto decisorio formado al interior del Consejo ha de versar sobre las potestades que la ley ha conferido al Banco Central, las cuales se ordenarán como medios al fin, estando este último constituido por el objeto ya explicado del Banco Central.

Este acto decisorio puede versar sobre actos internos o externos del Banco Central. Denomino actos internos a aquellos que se refieren a asuntos administrativos o de buen orden o buen funcionamiento del propio Banco Central o de los órganos del mismo. Así, por ejemplo, dispone el inciso tercero del artículo

once que bastará el voto favorable de tres de los miembros del Consejo para que éste emita reglamentos internos de ordenación del propio Consejo o del mismo Banco Central.

El acto decisonal que versa sobre actos externos del Banco Central de Chile puede tener dos alcances diversos: ordenarse a una conducta del propio Banco que interactuará con terceros, por ejemplo, convenios de inversión extranjera celebrados en conformidad al artículo 47 de la respectiva ley orgánica; o bien referirse a un acto decisonal externo cuyo objetivo es regular la conducta de terceros. Así, mientras la primera forma corresponde a una relación de equiordenación o conmutativa, la segunda es una relación de subordinación o de justicia legal o distributiva, según fuere el caso. Esta segunda modalidad corresponde a lo que doctrinariamente se conoce como potestad normativa de entes públicos autónomos, esto es, un haz de potestades orientados a regular la conducta de terceros que se presentan en una relación de subordinación.

En síntesis, podría decirse que el acto decisonal que se forma al interior del Consejo puede ser imputado al Banco y presentarse como un acto de carácter interno o autoregulatorio o bien, como un acto de carácter externo ordenado a celebrar actos o convenciones en sentido amplio, o bien, a regular las conductas de otros.

Esta clasificación resulta de mayor interés para comprender que toda conducta del Banco resulta mediante la imputación, ajustada a derecho, de una decisión adoptada por un órgano, y que toda conducta del Banco se formaliza en una determinada forma jurídica.

De esta manera, ninguna potestad del Banco puede ejercitarse sin revestir una determinada forma jurídica, es decir, una de aquellas consignadas en la propia ley orgánica constitucional 18.840.

En lo que concierne a la potestad normativa del Banco Central de Chile ordenada a ejercer una heterotutela o regulación de la conducta de otros, cabe distinguir las siguientes fuentes normativas.

- a) En la cúspide de la jerarquía normativa a ser emitida por el Banco, se encuentran los acuerdos de ese órgano colegiado denominado Consejo, los cuales pueden revertir el carácter de general o particular. Este distingo resulta del análisis de los



artículos 67 y 68 de la respectiva ley orgánica. Cabe advertir que las expresiones "resolución" y "acuerdo" son sinónimas, según lo prueban los incisos tercero y cuarto del artículo 19, el inciso tercero del artículo 58, artículos 67 e incisos primero y tercero del artículo 68, todos de la misma ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile.

- b) Por otra parte el N° 1 del artículo 22 de la ley 18.840 dispone:

"Ejecutar y dar cumplimiento a las normas y acuerdos dictados por el Consejo". ¿Cuáles son estas normas distintas de los acuerdos?

Se trata de reglamentos, órdenes e instrucciones.

El reglamento en el sentido que lo utiliza la Ley Orgánica Constitucional tanto citada y que es distinto de la acepción que le da la doctrina administrativa, es una fuente de jerarquía normativa inferior al acuerdo y que tiene por objeto regular de modo más específico el contenido de aquel.

El reglamento puede ser de eficacia externa o interna según se deduce del artículo 11 inciso tercero.

Lo que diferencia al reglamento de la instrucción u orden es el carácter orgánico de aquél respecto de ésta. Así, mientras toca al reglamento concretar en un cuerpo coherente lo dispuesto de manera más abstracta en el acuerdo, la instrucción u orden tiene por finalidad dar curso a ciertas diligencias de mera gestión interna.

### **Inhabilidades Sobrevinientes**

Vista la génesis del acto decisional al interior del Consejo y la imputación jurídica que se hace del mismo al Banco Central de Chile, cumple determinar como éste se vería afectado por una inhabilidad sobreviniente. Dar respuesta a esta interrogante exige un análisis de cada una de las disposiciones que se ocupan de las inhabilidades sobrevinientes.

### **A. Artículo 13. Ley Orgánica Constitucional.**

La prohibición que da cuenta este precepto alcanza todo miembro del Consejo en tanto detente la calidad de tal. En ese sentido, el Presidente del Consejo, que lo es también del Banco, queda afecto a idéntica prohibición que los que son meramente miembros del Consejo.

La substancia de la prohibición se refiere a intervenir o votar en acuerdos que incidan en ciertas operaciones descritas en el mismo precepto.

La intervención puede consistir en ser contabilizado para efectos de reunir el quórum mínimo que la ley exige para el funcionamiento del Consejo o bien, en ejercitar el derecho de voz en las deliberaciones que se produzcan al interior del Consejo o, por último, en votar en las materias que así lo requieran en orden a la adopción de un acuerdo. Consecuencialmente con lo anterior, el miembro afecto a la prohibición en análisis estará impedido de efectuar observaciones a la constancia en acta que se practique de la respectiva sesión y no podrá firmar la misma, aunque así lo solicitare.

El acuerdo a que se refiere esta prohibición debe incidir en "operaciones de crédito, inversiones u otros negocios". La voz incidir alude a un efecto que puede ser no sólo directo o inmediato, sino también mediato o remoto, con lo cual se amplía enormemente la relación causal entre el acuerdo y los efectos que éste produce sobre tales operaciones o negocios.

No obstante lo amplio de las operaciones y negocios sobre las cuales podría incidir el respectivo acuerdo, es preciso observar que ciertos acuerdos podrían carecer de tal incidencia. Así, por ejemplo, el acuerdo mediante el cual el Consejo decide que la realización de determinadas operaciones de cambios internacionales le sea informada por escrito, a través del documento señalado al efecto.

Adicionalmente, la prohibición en comento exige la existencia de un interés patrimonial en las operaciones de crédito, inversiones u otros negocios. De este interés patrimonial ha de ser titular el propio miembro del Consejo, su cónyuge, o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El inciso segundo del mismo artículo trece exceptúa expresamente de la prohibición en análisis los acuerdos destinados a producir efectos de carácter general.

Según se señaló, los acuerdos pueden ser generales o particulares. Esta distinción se funda en el tipo de efectos que un determinado acuerdo produce, y por ello cabe revisar qué criterios doctrinarios podrían permitir dilucidar cuándo los efectos son generales y cuándo son particulares.

Un acuerdo es general cuando tiene por destinatario a todos o a un importante número de administrados que actúan en los mercados regulados por las potestades normativas del Banco Central. Así, por ejemplo, el del dinero y el crédito, el de los cambios internacionales, etc. La totalidad o importancia del número de sujetos de derecho afectados por su acuerdo debe medirse en relación con el ámbito de las potestades del Banco y no en abstracto, puesto que de practicarse esto último todo acuerdo sería particular y el distingo investigado resultaría inútil.

El tener por destinatario a todos o a un importante número de los actores de un mercado regulado por el Banco, puede encontrarse en el texto del respectivo acuerdo en forma implícita o explícita. Lo usual será que ello ocurra en forma implícita, desprendiéndose el carácter general de la amplitud del efecto de la decisión de que da cuenta un determinado acuerdo. En conclusión, para calificar de general un acuerdo no es necesario que éste lo señale así en forma expresa.

Luego, la prohibición en análisis sólo opera respecto de acuerdos particulares y ello resulta de toda conveniencia ya que frente a un acuerdo general todo miembro del Consejo podría verse directa o indirectamente afectado por el mismo.

El artículo 15, inciso primero, da cuenta de un requisito complementario o adicional a la conducta prohibida por el artículo 13: "Con el objeto de obtener para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos".

Así, la intervención o votación del miembro del Consejo ha de haber tenido por objeto o finalidad un beneficio ilícito. Esta finalidad que podría comprender el dolo de primer grado, segundo grado y dolo eventual de que trata la doctrina penal, excluye en mi opinión, toda conducta culpable o torpe en orden a no haber reparado que de una determinada decisión podría haberse seguido un beneficio patrimonial ilícito.

No es ocioso reiterar, que el beneficio para terceros se extiende a toda persona jurídica en la que el miembro del Consejo afecto a la inhabilidad tenga alguna participación relevante que, indirectamente le beneficie al recibir tal persona jurídica las ventajas de la prohibición prevista en el artículo 13.

Respecto de las sanciones, deberá distinguirse dos órdenes diversas: el efecto sobre el Instituto Emisor y los efectos sobre el consejero afecto a la inhabilidad.

Respecto del Banco, prescribe el inciso final del artículo trece, que de producirse tal inhabilidad el consejero implicado no será considerado para los efectos del quórum respectivo. Aunque la disposición no lo diga, resulta obvio que si el consejero implicado no puede ser contabilizado para efectos del quórum, tampoco podrá serlo para efectos de la votación que la respectiva materia demande. Dicho de otro modo, esta sanción consiste en la no consideración del consejero inhabilitado para efectos de formar el acto decisorio imputable al Banco. En efecto, al encontrarse el miembro del Consejo impedido de razonar y deliberar en forma independiente y con la orientación finalística que resulta de la ley orgánica respectiva, sus decisiones individuales son excluidas de la decisión orgánica.

Desde el punto de vista práctico, esto podría acarrear graves problemas respecto de acuerdos adoptados con el quórum mínimo y en los que a posteriori se descubriera la presencia de un miembro inhabilitado, puesto que ello importaría que no se ha dado cumplimiento al quórum mínimo, con lo cual el acto decisorio que se creía ajustado a derecho es sólo apariencia de decisión imputable. En tales casos se asistirá a una verdadera nulidad de derecho público, careciendo el acuerdo respectivo de toda eficacia jurídica. Por ello, y dado este grave efecto, el interés patrimonial de que trata el precepto debe necesariamente ser relevante, excluyendo por tanto intereses económicos de cuantía inferior, o bien intereses que radicándose en los parientes que se señalan, no tienen por qué ser conocidos por el consejero respectivo. Interpretar de otra manera la prohibición, puede generar el efecto de hacer imposible la actuación del Banco en la fundamental misión que le encomienda la ley. Hago presente que la relevancia del interés debe ser enfocada desde un punto de vista particular, esto es, que afecte a la persona del consejero respectivo o a sus parientes y que sea de tal magnitud que no deba ni pueda ser ignorado.

Entiendo por interés patrimonial relevante aquel que por su importancia o significación objetiva, en cada situación concreta, permita concluir con legitimidad ética la existencia de una real expectativa económica comprometida.

En cuanto a las sanciones que podría sufrir un consejero que no obstante cumplir con todos los supuestos de la prohibición del artículo 13, ha intervenido o votado en un acuerdo de carácter particular, las hay de tres especies: administrativas, civiles y penales. La administrativa consiste en el cese inmediato del consejero en sus funciones, en tanto que la responsabilidad civil y penal serán de carácter eventual, puesto que la Corte de Apelaciones que hubiere decretado la pena administrativa, remitirá los antecedentes al tribunal correspondiente para efectos de hacer efectiva esa responsabilidad civil o penal.

#### ***B. Artículo 15. Ley Orgánica Constitucional.***

Adicionalmente a la inhabilidad tratada en el artículo 13 analizado, se encuentra otra -de tipo más genérica- en el propio artículo 15.

Esta consiste en realizar conductas que impliquen un abuso, por parte de un miembro del Consejo, de su calidad de tal, con el objeto de obtener para sí o para terceros, beneficios directos o indirectos.

Respecto del objetivo o finalidad nos remitimos a lo ya comentado con motivo de la inhabilidad contenida en el artículo 13.

La conducta prohibida consiste en abusar de la calidad de miembro del Consejo del Banco Central de Chile. El verbo abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de la calidad de consejero. Este mal uso podría tener lugar fuera o dentro de una sesión del Consejo, y de efectuarse al interior de una sesión podría tener lugar con motivo de la emisión de un acuerdo general o particular, de un reglamento, orden o instrucción.

Estimo que este abuso de la calidad de miembro del Consejo, calificado con el ánimo de beneficiarse o beneficiar a otros, constituye inhabilidad toda vez que su declaración por la Corte de Apelaciones pertinente también puede acarrear la sanción administrativa consistente en que el consejero cese

inmediatamente en sus funciones, sin perjuicio de las eventuales sanciones civiles y penales que sean procedentes.

Las expuestas corresponden a sanciones que podrían afectar al consejero inhabilitado en cuanto tal, pero ¿qué repercusiones tendría tal inhabilitación sobre el Banco?

Al efecto creo necesario distinguir entre abusos efectuados durante la integración del órgano denominado Consejo y abusos efectuados en otras oportunidades.

A diferencia de lo que ocurría con el artículo 13, la ley orgánica 18.840 no señala cuál es el efecto de un abuso perpetrado por un consejero durante la integración del Consejo. Sin embargo, estimo que si el abuso calificado que me ocupa tiene lugar en una sesión del Consejo y éste incide en operaciones o negocios de los cuales se sigue un interés de carácter patrimonial, el consejero implicado no debería ser considerado para efectos de determinar el quórum respectivo y, consecuentemente, su eventual participación podría dar lugar a una nulidad de derecho público del acuerdo, reglamento, orden o instrucción respectivo. En efecto, donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

Resulta difícil establecer otros efectos de abuso de calidad de consejero dentro o fuera de sesión de Consejo, sin establecer la entidad del abuso y las circunstancias que lo rodearon.

Con todo, debe tenerse presente que la inhabilitación consistente en abusar de la calidad de consejero es residual respecto de las causales sobrevinientes de incompatibilidad o de las causales de remoción o destitución de que trata la propia ley orgánica y que resultan consagradas con sus sanciones y requisitos específicos.

En este sentido, el abuso calificado que me ocupa es una figura amplísima y de carácter residual. Es precisamente su carácter genérico lo que dificulta establecer a priori qué efectos puede generar sobre un acto decisorio imputable al Banco Central de Chile.

### ***C. ¿Otras inhabilitaciones sobrevinientes?***

Cabe preguntarse si adicionalmente a las dos inhabilitaciones sobrevinientes ya tratadas existen otras que puedan resultar por

aplicación de otras legislaciones de carácter supletorio, las que para este Informe, he denominado inhabilidades especiales.

Preceptúa el inciso primero del artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional: "Las relaciones de los trabajadores del Banco con la institución se regirán por las disposiciones de esta ley y, en subsidio, por las del Código del Trabajo y demás normas legales aplicables al sector privado. En ningún caso se aplicarán al personal del Banco las normas generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público.

Las incompatibilidades que establece el artículo 14 de esta ley, se extenderán a las personas que desempeñen los cargos de Fiscal y Revisor General.

Los Consejeros tendrán el carácter de trabajadores del sector privado para efectos de seguridad social" (incisos 1º, 2º y 4º).

La relación laboral que vincula a un consejero con el Banco se rige por la ley orgánica constitucional 18.840. El que un consejero en virtud de su función integre un órgano colegiado denominado Consejo no afecta en modo alguno su carácter de trabajador o empleado del Banco. En efecto, el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional da cuenta de la manera como se establecerán las remuneraciones de los consejeros. No obstante lo anterior, la especialísima función que desempeña un consejero hace que el término de su relación laboral se ciña a las especiales causales de remoción y destitución de que tratan los artículos 16 y 17 de la Ley Orgánica Constitucional, cuyo contenido transcribí.

Asimismo, creo que la falta de probidad de que se ocupa el Código del Trabajo, en el caso de los consejeros se encuentra substituida por las dos inhabilidades que han sido objeto del presente estudio.

En síntesis, estimo que el Código del Trabajo no agrega ninguna causal de inhabilidad sobreviniente a los consejeros del Banco Central, atendida la especialísima función pública que desempeñan los integrantes del instituto emisor. Esta conclusión se ve corroborada por lo dispuesto en el artículo 81, inciso cuarto transcrito que dispone que los consejeros tendrán el carácter de trabajadores del sector privado para efectos de seguridad social.

Resulta claro, que no pueden aplicarse inhabilidades sobrevinientes contenidas en el Estatuto Administrativo u otras

normas dictadas o que se dicten para el sector público, por expresa disposición de la Ley Orgánica Constitucional.

Por último, cabe preguntarse si se les podrían aplicar inhabilidades sobrevinientes que sean "aplicables al sector privado", en conformidad con el inciso primero del artículo 81 que permite que tales normas rijan en forma supletoria.

Dada la natural analogía de funciones, el primer cuerpo normativo que requeriría de análisis es el D.F.L. N° 252 que fija el texto refundido y sistematizado de la Ley General de Bancos, cuyo artículo 65 contiene en algunos numerales incompatibilidades, inhabilidades propiamente tales e inhabilidades sobrevinientes que pesan sobre los directores de bancos comerciales.

No obstante la remisión legal citada, estimo que dicho artículo no resulta aplicable atendido lo dispuesto en el artículo 90 de la ley orgánica constitucional del Banco Central, que previene:

"No se aplicarán al Banco... el decreto con fuerza de ley N° 252, de 1960, salvo sus artículos 36, 83 N° 4 y 13; 83 bis; 114 letra (a); 120; 126; 127 y 129; ni la Ley N° 18.575". En consecuencia, se declara expresamente que la Ley General de Bancos no resulta aplicable al Banco Central de Chile, salvo ciertas disposiciones allí enumeradas, entre las cuales no se encuentra el referido artículo 65 que, como señalé, contiene las incompatibilidades e inhabilidades que afectan a directores de bancos comerciales.

A continuación, debe determinarse si las inhabilidades contempladas en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas podrían resultar aplicables a los consejeros del Banco Central de Chile en virtud de la supletoriedad vista.

De las inhabilidades tratadas en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas hay varias que resultan completamente inaplicables en virtud de la especial naturaleza del Banco Central de Chile respecto de una sociedad anónima; por ejemplo, la distribución de dividendos a sabiendas de que no corresponden a utilidades efectivas. En efecto, el Banco es una persona jurídica de Derecho Público y no tiene un capital representado en acciones que confieran derechos a dividendos.

Existe otro grupo de inhabilidades para directores de sociedades anónimas que resultan inaplicables por no operar la supletoriedad mencionada. En efecto, se trata de inhabilidades ya mencionadas



en la propia ley orgánica del Banco Central, con lo cual resulta inoficioso el reiterarlas.

Así, a via ejemplar no se puede ser director de sociedad anónima abierta o funcionario de la Superintendencia de Valores y Seguros. Esto equivale a la incompatibilidad regulada en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley Orgánica del Banco Central que prescribe que un consejero no podrá desempeñar un empleo o servicio retribuido con fondos fiscales o municipales en organismos autónomos siendo la Superintendencia de Valores y Seguros un organismo autónomo.

Finalmente, existen algunas inhabilidades para ser director de sociedades anónimas que podrían ser relevantes para un consejero del Banco Central de Chile: las personas encargadas reos o condenadas por delitos que merezcan pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos.

La primera inhabilidad es temporal, ya que la ley de sociedades anónimas declara que aquella cesa respecto de quien fuere sobreseído o absuelto. Esta inhabilidad debe leerse sustituyendo la expresión "reo" por "procesado" en virtud de la modificación introducida por la Ley N° 18.857.

Respecto de la segunda inhabilidad, es permanente puesto que se trata de una condena por delitos de cierta entidad o importancia. Es obvio que el cargo de consejero es un cargo público, puesto que se trata de integrar el órgano directivo superior de una persona jurídica de derecho público dotada de potestades normativas de heterotutela. No varía esta calificación lo prescrito en el inciso primero del artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional y en el inciso primero del artículo 81 de la misma ley. El que se haya buscado sustraer al Banco y a sus empleados o trabajadores de las disposiciones aplicables al sector público, no es sino un intento de garantizar la independencia que la Constitución Política de la República ha reconocido a este fundamental instituto del Estado. En manera alguna, puede alterarse por esta vía el carácter de cargo público que dimana de la función misma de consejero.

En otras palabras, resulta obvio que quien ha sido inhabilitado por sentencia judicial condenatoria para desempeñar un cargo público no puede aceptar el de consejero o, si ya lo ejecutaba cesa por efecto de la majestad de la cosa juzgada

Creo que la naturaleza misma del cargo de consejero inhabilita a quien sea procesado o condenado por delitos que merezcan pena aflictiva o la inhabilitación perpetua a que me refiero.

En otras palabras si bien las inhabilitaciones son de derecho estricto, estimo que la supletoriedad ordenada por los artículos 2, inciso primero, y 81, inciso primero, hacen perfectamente aplicables tales inhabilitaciones. De seguirse otra interpretación se daría la paradoja que, en el punto en comento, el mandato de aplicación supletoria quedaría sin efecto y una providencia adoptada para salvaguardar a los accionistas quedaría sin aplicar al órgano directivo superior del ente público autónomo que regula los mercados del dinero, del crédito y de los cambios internacionales, entre otros. Así, la salvaguarda de mayor importancia quedaría inaplicable y sí se aplicaría en el ámbito donde el riesgo es menor (sociedades anónimas).

Estimo que por las mismas razones expuestas resultan aplicables a los consejeros aquellas inhabilitaciones que afecten a personas fallidas o administradores o representantes legales de personas fallidas encargadas reo (sometidas a proceso), o condenadas por delito de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los artículos 232 y 233 de la Ley de Quiebras. Cabe precisar que la Ley de Sociedades Anónimas menciona los artículos 203 y 204, los que en virtud de la modificación efectuada por la Ley N° 18.175 corresponden a los actuales 232 y 233.

En síntesis, la naturaleza del cargo de consejero exige de una idoneidad que la remisión en carácter supletorio a la legislación aplicable al sector privado se encarga de especificar.

De otro modo resultaría absurdo pensar en una supletoriedad que no produce efectos y que como consecuencia de ello, deja en la indefensión a los administrados respecto de la falta de idoneidad de quienes detentan el cargo de consejero. Por otra parte, dada la estructura ya vista de la figura del abuso, éste ha de ser calificado y de difícilísima prueba; por lo cual existe toda una gama intermedia de abusos no permisibles al tenor del artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional que podrían ser en principio prevenidos mediante la exigencia de requisitos básicos de idoneidad, como los recién comentados.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **Actuaciones del Banco Central de Chile en relación con la obligación subordinada, en especial respecto del Banco de Chile.**

La Ley 19.396 dispuso un nuevo tratamiento de la obligación subordinada de determinados bancos comerciales con el Banco Central de Chile, el cual fue modificado por la Ley N° 19.459.

El artículo 1°, inciso primero, de la Ley N° 19.396 prescribe: "El Banco Central de Chile y los bancos que mantengan la obligación subordinada a que se refiere el artículo 15 de la Ley N° 18.401, podrán convenir la modificación de las condiciones de pago de dicha obligación, en conformidad a los artículos siguientes y a la normativa que para su ejecución fije el Consejo del Banco Central de Chile".

En conformidad a la ley mencionada, se adoptaron los acuerdos entre el Banco Central y el Banco de Chile, los que comprenden tres aspectos. La opción voluntaria del Banco de Chile de acceder a alguna de las alternativas de pago establecidas en la ley pertinente; la formación de Sociedades Matriz, Administradora y el Nuevo Banco y, finalmente, el pago por el Banco de Chile de una indemnización al Banco Central por la capitalización de dividendos, según lo requerido unánimemente por el Consejo del Banco Central. En conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema, tal requerimiento podría materializarse judicialmente o mediante transacción, cuyo monto indemnizatorio sería diverso dependiendo de si el Banco de Chile se acogiera o no a las opciones de pago contempladas en la citada Ley N° 19.396.

En el proceso de implementación de la ley referida por parte del Banco Central, éste dictó su acuerdo N° 476-02-960118, publicado en el Diario Oficial el 20 de Enero de 1996. El Consejo luego de numerosos trabajos y acuerdos, efectuó una delegación expresa en los consejeros Marshall y Piñera, a fin de preparar una solución conjunta a los tres aspectos o materias antes referidos. Dichos consejeros dieron cuenta del cumplimiento del mencionado mandato en las sesiones pertinentes del Consejo, comunicando el curso de las negociaciones, así como las asesorías consultadas y, en especial, lo referido al pago de la indemnización al Banco Central de Chile.

En concreto, existen dos acuerdos que el Banco Central de Chile ha tomado, uno de los cuales se adoptó en cumplimiento de su deber de implementar los contenidos formulados en las leyes que tratan la obligación subordinada.

Son estos acuerdos los que deberán ser estudiados a objeto de determinar si algún consejero ha podido infringir las prohibiciones dispuestas en los artículos 13 y 15 de la ley orgánica constitucional del Banco Central.

***Primer Acuerdo:***

Este primer acuerdo versó sobre la aceptación del Banco de Chile, como institución acogida a la ley de Obligación Subordinada y a solicitud del mismo banco deudor.

El acuerdo en comento no es de aquellos que producen efectos de carácter general, en razón de que su contenido y alcance es autorizar al Banco de Chile a efectuar pagos en conformidad con la Ley de Obligación Subordinada y su reciente modificación. En consecuencia, se trata de un acuerdo particular y como tal susceptible de que rigiere la prohibición de que da cuenta el artículo 13 de la ley orgánica constitucional.

Este acuerdo se adoptó en forma unánime, esto es, concurrieron el total de los consejeros presentes con su voto favorable. Entre los consejeros se encontraban algunos cuyos parientes serían accionistas del mismo Banco de Chile.

Al tenor del artículo 13, los consejeros anteriores intervinieron y votaron un acuerdo de efectos particulares que incidían en negocios en los cuales uno de ellos, en un caso, y un hermano en el otro tenían un interés de carácter patrimonial, aún cuando a mi parecer, no relevante en los términos que entiendo la prohibición del artículo 13.

No obstante lo anterior, debe recordarse que la infracción referida está calificada por una finalidad u objeto, que es el de obtener para sí o para terceros, beneficios económicos directos o indirectos. En otros términos en el ilícito administrativo que me ocupa no basta con que exista una finalidad de obtener beneficios para sí o terceros, sino que tal intención ha de haber guiado la transgresión del artículo 13; es decir, se transgrede el artículo 13 para obtener beneficios ilícitos. Pero si falta tal finalidad, la

transgresión es inocua frente al derecho. En consecuencia, no existe transgresión culposa o torpe de esa prohibición, puesto que faltaría la finalidad de transgredir para beneficiarse o beneficiar a otro.

En la especie, resulta obvia la ausencia de la finalidad de obtener beneficios ilícitos directos o indirectos, para sí o terceros de parte de los consejeros, pues, por una parte la tenencia de las acciones por un pariente puede ser circunstancia desconocida y si no lo es, el volumen de tales acciones no alcanza a configurar un interés patrimonial de carácter relevante que justificara su inhabilitación. Aún más, no se divisa la forma en que haya existido en el caso concreto un abuso de la calidad de consejero para obtener un beneficio ilícito, ni tampoco la existencia respecto del accionista que sea pariente de un consejero un beneficio patrimonial inmediato por la sola adopción del acuerdo en comento.

El análisis visto lleva a la ineludible conclusión de que no pudo haberse confirmado el ilícito administrativo de que da cuenta el artículo 13 tantas veces mencionado, por haber faltado el elemento subjetivo requerido. Por la misma razón, tampoco se pudo haber confirmado el ilícito administrativo contenido en el artículo 15 de la Ley Orgánica Constitucional y que caracterizara como abuso de cargo de consejero, puesto que éste último requiere del mismo elemento subjetivo explicado.

En síntesis, no procede sostener la existencia de los ilícitos administrativos contenidos en los artículos 13 y 15 y, por tanto, son improcedentes las sanciones respectivas.

Asimismo, resulta improcedente la sanción orgánica consistente en que el consejero inhabilitado no podrá ser contabilizado para efectos de quórum.

### ***Segundo Acuerdo:***

En virtud de este segundo acuerdo el Banco Central de Chile habría aceptado el monto de la compensación por la capitalización de utilidades del Banco de Chile. Este, como el anterior están sujetos a ser ratificados por la Junta de Accionistas del Banco de Chile.

Este acuerdo, al igual que el ya comentado, versó sobre un tema muy particular. Tal fue un aspecto puntual de la negociación que

desde hacía tiempo hasta esta parte venía llevándose a cabo entre el Banco Central y el Banco de Chile. De lo anterior se colige sin dificultad que se trataba de un acuerdo de carácter particular y, como tal, subsumible en la prohibición del artículo 13.

A diferencia del denominado "Primer Acuerdo", este acuerdo no fue adoptado por unanimidad, sino por mayoría absoluta. En efecto, el consejero Sr. Zahler estuvo por la negativa, en tanto que los consejeros Sres. Serrano, Marshall y Piñera votaron favorablemente en orden a aprobar la señalada indemnización. Se excusó de concurrir a la votación la consejera Sra. Ovalle, atendido que habría interpretado padecer alguna forma de conflicto de interés que intenta prevenir el artículo 13 de la ley. Desde un punto de vista de quórum mínimo no habría habido problema alguno puesto que éste se alcanzaba, sin su contabilización. En cuanto a otra forma de participación, si ella no ejercitó su derecho de voz ni de voto, y ni siquiera firmó el acta respectiva, no se habría confirmado el ilícito administrativo respecto de ella, a más de faltar el elemento subjetivo analizado anteriormente.

Cabe recordar que los consejeros Marshall y Piñera habían tenido acciones del Banco de Chile en forma personal, pero éstas fueron enajenadas con anterioridad al Primer y Segundo Acuerdo, no produciéndose conflicto relevante.

Igualmente, se debe observar que al momento de este Segundo Acuerdo, subsistió la eventual situación antes explicada respecto de parientes de algunos consejeros que detentaban en ese momento cierto número de acciones del Banco de Chile.

Creemos que la ausencia del elemento subjetivo hace imposible la confirmación del ilícito administrativo del artículo 13 y del artículo 15 respecto de tales consejeros, así como la ausencia de la conducta típica los hace improcedentes respecto de la consejera Sra. Ovalle.

En consecuencia, no resultan aplicables ni sanciones respecto de los consejeros referidos, ni respecto del Banco Central mismo mediante el expediente de una nulidad de derecho público.

Por último, y de conformidad a lo antes explicado, no resulta aplicable ni para el Primer Acuerdo ni para el Segundo Acuerdo ninguna de las inhabilidades establecidas en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas que calificamos de procedentes vista la naturaleza del cargo de consejero.

## CONCLUSIONES

1. Las Inhabilidades sobrevinientes que pueden afectar a Consejeros del Banco Central de Chile se encuentran contenidas en los artículos 13 y 15 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central y si bien difieren en la conducta típica o elemento objetivo, ambas requieren el mismo elemento finalístico o subjetivo que he indicado.
2. El elemento subjetivo de tales inhabilidades demanda una intención de obtener un beneficio ilícito, elemento que se ha encontrado ausente tanto en el Primer Acuerdo como en el Segundo Acuerdo, según se desprende del contexto expuesto.
3. A fin de precaver situaciones en que pudieran concurrir inhabilidades como las tratadas en este Informe y como complemento necesario de la obligación contemplada en el inciso final del artículo 14 de la Ley 18.840, podría contemplarse en un reglamento interno dictado por el Consejo que tan pronto un Consejero tome posesión de su cargo deberá entregar una nómina de todas y cada una de las personas que reúnan las condiciones de parentesco o vinculación indicadas en el artículo 13, así como de las personas jurídicas en que el Consejero y las personas recién referidas tengan participación directa o indirecta, en ambos casos relevante en términos de su propiedad accionaria o derechos de participación. El Consejero tendría la obligación de mantener actualizada dicha nómina.

Santiago, 19 de Julio de 1996.