

## ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UN BANCO

JOSÉ LUIS GUERRERO BECAR  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

### RESUMEN

La Ley General de Bancos fue modificada sustancialmente por la ley 19.528 de 1995. El legislador buscó adecuar la legislación bancaria nacional a los principios del Comité de Basilea y consagrar la ampliación del giro bancario. En ese contexto, además, se reformuló el proceso de constitución de un banco, estableciendo un procedimiento que se realiza ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que tiene por objetivo revisar en forma previa que la nueva empresa bancaria cuente con respaldo patrimonial y de integridad comercial de los inversionistas fundadores, ambos elementos indispensables para la confianza del mercado del crédito. Sin embargo, el procedimiento detallado en la ley carece de una redacción secuencial y presenta una serie de inconvenientes prácticos y jurídicos que hacen necesario su análisis y posible modificación, lo que es objeto de este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Bancos – Superintendencia – Personalidad jurídica – Licencia bancaria.

### ABSTRACT

The General Banking Law was substantially amended by the 19.528 Act of 1995. Lawyers sought to accommodate the national banking law to the principles of the Basel Committee and to establish the extension of bank drafts. Besides, the process of how a bank is constituted was reframed, establishing a procedure that is carried out before the Financial Institutions and Banks Examiner, whose aim is to review in advance that the new banking enterprise counts on both financial backing and commercial integrity of the founding investors —both components essential to build trust in the loans market. Nevertheless, the procedure detailed in the law, lacks a sequential wording and presents a series of practical and juridical drawbacks that make its analysis and possible modification necessary. The above is the purpose of this article.

**KEY WORDS:** Banks – examiner – existence as a legal entity – banking license.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley General de Bancos, en adelante LGB, luego de su modificación por la Ley 19.528, tiene su texto refundido en el DFL N° 3 de 1997. La modificación efectuada en el año 1997, permitió adaptar la legislación bancaria nacional a criterios internacionales de análisis de gestión y solvencia en virtud de los Principios del Comité de Basilea<sup>1</sup>. Asimismo, junto con otras modificaciones, como aquellas referidas a la ampliación del giro bancario, se modificó el procedimiento para constituir un Banco, reglando el mismo en los artículos 27 y siguientes de la LGB. Este procedimiento que se realiza ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras<sup>2</sup>, en adelante SBIF, permite constituir bancos y sociedades financieras. Igualmente, varias de sus etapas se utilizan para la constitución de una sucursal de un banco extranjero en Chile.

El procedimiento de constitución de un banco en Chile u otorgamiento de una licencia bancaria como usualmente se denomina este procedimiento, será el objeto de estudio de este trabajo. Una primera observación es que el tratamiento legislativo del procedimiento no sigue un criterio ni cronológico ni secuencial propio de la consagración formativa de todo procedimiento. Así una etapa puede estar regulada en el artículo 31 y la siguiente en el artículo 27 de la LGB.

A efectos de analizar las etapas del procedimiento, se ordenarán de un modo secuencial, a saber: 1. Presentación de prospecto y plan de desarrollo de negocios (artículo 27 inciso 2°), 2. Otorgamiento de una garantía del 10% del capital proyectado (artículo 27 inciso 4°), 3. Análisis de solvencia e integridad de los fundadores (artículos 28 y 30), 4. Otorgamiento de certificado provisional de autorización (artículo 27 inciso 3°), 5. Otorgamiento de autorización de existencia (artículos 27 inciso 3°, 27 inciso 5°, 31 inciso 1° y 42), 6. Publicación en Diario Oficial e inscripción en el registro de comercio (artículo 31 inciso 2°); 7. Comprobación que la empresa bancaria está preparada para operar y revisión del plan de desarrollo de los negocios (artículo 31 incisos 3° y 4°), 8. Autorización para funcionar (artículo 31 inciso 4°), 9. Inicio de actividades (artículo 31 inciso 4°) y 10. Supervisión del cumplimiento del plan de negocios (artículo 31 inciso final)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> El Comité de Basilea es una organización formada en 1975, por los presidentes de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez (Países), integrada por autoridades en Supervisión Bancaria de los siguientes países: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y los Estados Unidos. Esta organización adopta el nombre de Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, ya que usualmente se reúne en el Banco de Regulaciones Internacionales en Basilea, donde se encuentra ubicada permanentemente su secretaría.

<sup>2</sup> El procedimiento se realiza ante la SBIF, sin embargo conforme al Art. 35 de la LGB, la SBIF puede solicitar un informe al Banco Central acerca de los efectos de la autorización de nuevos bancos pueda producir para la estabilidad del sistema financiero o el adecuado cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley Orgánica del Banco Central. La ley no se refiere a la consecuencia de un informe negativo del Banco Central ni si ese solo informe puede ser motivación suficiente para no otorgar la licencia bancaria.

<sup>3</sup> Todos los artículos mencionados en este trabajo corresponden a la LGB, salvo que se exprese lo contrario.

A continuación se analizará cada una de estas etapas:

## II. PRESENTACIÓN DE PROSPECTO Y PLAN DE DESARROLLO DE NEGOCIOS (ARTÍCULO 27 INCISO 2º)

Los fundadores, solicitantes o inversionistas interesados en la formación de un Banco<sup>4</sup>, deben presentar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras un prospecto y un plan de desarrollo de los negocios para los primeros tres años de funcionamiento. El cumplimiento del plan de desarrollo de negocios será supervisado por la SBIF durante los primeros 3 años de funcionamiento del Banco.

La entrega de un prospecto<sup>5</sup> implica una exposición o presentación del proyecto de empresa que los inversionistas pretenden constituir, esto es, quienes serán sus accionistas fundadores, capital, domicilio social, etc. En cuanto al plan de desarrollo de los negocios, es lo que se conoce en administración de empresas como la presentación de un “plan de empresa”, esto es, una planificación o proyecto del negocio a desarrollar, normalmente puede y debiera contener un diagnóstico del entorno competitivo que justifica el desarrollar la inversión, se define el giro, el mercado en el que se competirá, el estilo competitivo, objetivos cuantitativos y cualitativos a lograr, etc. La presentación de un plan de empresa, implica que un proyecto tiene la seriedad en cuanto a su concepción y planificación para su ejecución, que en este caso será controlada por la SIBF durante los primeros tres años de funcionamiento. Se entiende que el plan debe tener la suficiente flexibilidad en su ejecución en la medida que sea comunicada a la SIBF.

A este respecto, cabe la siguiente observación: se exige la presentación del plan al inicio del procedimiento y la SIBF sólo lo “analiza” – artículo 31 inciso 3 LGB – al momento de comprobar si el Banco se encuentra en condiciones de iniciar sus actividades, esto es, cuando el procedimiento ya casi ha acabado<sup>6</sup>. Una pregunta que surge es: ¿Cuáles son las facultades de la SBIF a este respecto? ¿Podría rechazar el plan presentado por los inversionistas interesados en la formación de un banco?

---

<sup>4</sup> Preferimos utilizar las expresiones “solicitantes”, “inversionistas interesados en la formación de un banco” o simplemente “fundadores” en vez de la expresión “accionistas fundadores” que usa el legislador a efectos de no producir confusión respecto al momento en que realmente existe la sociedad y consecuentemente cuenta con “accionistas”. A via de ejemplo podría el procedimiento terminar con la no aprobación de los estatutos y por tanto, jurídicamente, nunca haber existido accionistas propiamente tales, por lo que la expresión “accionistas fundadores” para quienes presentan el prospecto es inadecuada.

<sup>5</sup> El diccionario de la lengua española de la Real Academia Española define el vocablo “Prospecto” como “Exposición a anuncio breve que se hace al público sobre una obra, escrito, espectáculo, mercancía, etc. Papel o folleto que acompaña a ciertos productos, especialmente los farmacéuticos, en el que se explica su composición, utilidad, modo de empleo, etc.” Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, 1992), p. 1680.

<sup>6</sup> Etapa número 7 en nuestro ordenamiento inicial: “Comprobación que la empresa bancaria está preparada para operar y revisión del plan de desarrollo de los negocios (artículo 31 incisos 3º y 4º)”.

La ley nada dice expresamente al respecto, salvo expresar que “*cumplidos dichos requisitos, la Superintendencia, dentro de un plazo de 30 días, concederá la autorización para funcionar*” y luego expresa, “*Durante el período de tres años la Superintendencia supervisará el cumplimiento del plan, el que podrá ser modificado siempre que no se deteriore la situación patrimonial de la empresa*”.

Parece desprenderse de estas normas que la presentación de plan es importante para los efectos de verificar la situación patrimonial de los primeros tres años del nuevo Banco de modo de infundir confianza en el mercado financiero respecto de este nuevo operador. Sin embargo, la normativa no es clara respecto a determinar qué sucede si al analizar la SIBF no está de acuerdo con el plan, ¿Puede la SBIF no otorgar la autorización de funcionamiento? Esta es una omisión del legislador, siendo la SIBF una institución de la Administración del Estado su ámbito debe estar regulado expresamente por el legislador, conforme a lo anterior no podría rechazar el inicio del funcionamiento del Banco por no estar de acuerdo con el plan presentado, más aun un plan implica el plan estratégico de la empresa y éste no puede ser consensuado con la Autoridad, por lo que no debiera aprobar la SBIF el plan de negocios ya que sería inmiscuirse en el ámbito de gestión de cada empresa bancaria, por el contrario si puede verificar que el plan ha sido elaborado y realizar consultas o solicitar mayores antecedentes respecto a él previo a emitir su decisión fundada respecto a autorizar o no la existencia del Banco.

Resulta razonable que si se estima por el legislador que la SBIF desea realizar un análisis del plan de negocios, éste se realice junto con el análisis de integridad y solvencia de los fundadores, es decir, en esta primera etapa, previa a la autorización provisional de existencia y no al final del procedimiento como hoy se contempla en la LGB. Asimismo, el legislador pudo contemplar procedimientos para realizar este análisis, por ejemplo contemplar que para fundar su decisión consten certificaciones de empresas auditoras o certificadoras de proyectos de inversión que denoten la seriedad del proyecto de gestión de modo que este análisis no quede entregado exclusivamente a la calificación de la SBIF.

Conforme a la actual redacción, en caso de producirse un conflicto entre la SBIF y el banco en formación por distintos puntos de vista respecto del plan presentado previo a la autorización de funcionamiento, la SIBF puede no otorgar la autorización para funcionar el Banco, sin que la ley contemple mecanismos de solución de estos conflictos que pueden derivar de una visión distinta de la estrategia de negocios a seguir por el banco que se desea constituir y operar.

Lo anterior fue una inquietud teórica hasta enero de 2004, cuando la SBIF rechaza el otorgamiento de una licencia bancaria para la formación del “Banco Progreso” por estimar que el plan de desarrollo de los negocios contiene debilidades y conlleva riesgos que dan cuenta de la decisión de rechazo. La solicitud había sido presentada el 19 de diciembre de 2002, esto es, un año y un mes antes de la decisión de no autorizar el funcionamiento del Banco<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La información difundida por la SBIF, fue la siguiente: “Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha resuelto, como una medida prudencial, no dar curso a la solici-

Este rechazo de la SBIF conlleva una serie de situaciones a resolver: a) Qué sucede con la personalidad jurídica de la empresa en formación tomado en consideración que el análisis del plan de negocios lo efectúa la SIBF una vez publicado en el Diario Oficial e inscrito en el Conservador de Comercio el certificado que da cuenta del otorgamiento por la SBIF de la autorización de existencia a esa empresa. Lo ocurrido con la solicitud del Banco Progreso, nos servirá como argumento para el tratamiento posterior del tema de la personalidad jurídica de un banco; b) El banco o banco en formación<sup>8</sup>, ¿deberá presentar nuevamente toda la tramitación o sólo debe adecuar su plan de desarrollo de negocios?, ¿se debe restituir el capital aportado por los socios?; c) Los solicitantes de la licencia, ¿pueden reclamar de esta decisión?

A este último respecto la ley no contempla un procedimiento especial de reclamo, por lo que en esta situación específica de rechazo luego de la revisión del plan de desarrollo de los negocios, puede aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 22 inciso 2 de la LGB si se estima que este rechazo pone término al proceso de formación de un banco, lo que debiera traducirse en la revocación de la autorización de existencia –que ya había sido entregada previo a la inscripción en el Registro de Comercio–, o bien, si se entiende que es sólo una suspensión mientras no se subsanen los defectos del cual adolecería el plan de negocios desde el punto de vista de la SBIF y la sociedad existe aun cuando no pueda funcionar<sup>9</sup> se podría intentar ejercer los recursos que establece la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de los Órganos de la Administración del Estado N° 19.980.

Por cierto, ya se demuestra que no es sólo una discusión teórica la determinación de los efectos del rechazo de la revisión del plan, cuando en esa etapa, ya tenemos una sociedad inscrita en el Registro de Comercio del Conservador de Comercio. Un ejemplo de consecuencias jurídicas, ¿Qué sucede, por ejemplo con los contratos de trabajo celebrados por la empresa bancaria para comenzar a funcionar? ¿Siguen vigentes o debe terminarse esos contratos indemnizando a los trabajadores contratados? Recordemos que conforme al artículo 31 inciso 3, la revisión del plan se hace junto a la “comprobación” que la empresa bancaria<sup>10</sup>

---

tud para formar el Banco Progreso. En conformidad a lo dispuesto en la Ley General de Bancos, y una vez analizados en forma exhaustiva los antecedentes presentados, la SBIF cumple con indicar que no tiene objeciones respecto de los accionistas fundadores de un banco, sin embargo el plan de desarrollo de los negocios presentado contiene debilidades y conlleva riesgos que dan cuenta de la decisión adoptada. La solicitud fue presentada ante esta Superintendencia, el 19 de diciembre del 2002” en <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/noticia>, (activo julio 2004).

<sup>8</sup> La acepción correcta dependerá de la posición que se adopte respecto a cuándo adquiere el banco personalidad jurídica.

<sup>9</sup> No olvidemos que la revisión del plan de negocios, el legislador lo estableció como requisito para otorgar la autorización de funcionamiento y con posterioridad de los trámites que podríamos denominar de existencia como la resolución de existencia y la publicación en el Diario Oficial e inscripción en el Registro de Comercio.

<sup>10</sup> La utilización de la expresión “empresa bancaria” implica que el legislador parte de la base de su existencia.

se encuentra preparada para iniciar sus actividades, y especialmente, si cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos y con los procedimientos y controles para emprender adecuadamente sus funciones. Conforme a lo anterior, una vez más, parece adecuado que la revisión del plan debe realizarse junto al análisis de integridad y solvencia de los accionistas fundadores, debiendo modificarse el artículo 31 inciso 3º en ese sentido.

Otro tema no contemplado por el legislador es la necesaria reserva frente a terceros del plan de desarrollo de los negocios. Como hemos señalado, este plan implica el proyecto estratégico del nuevo banco, allí debieran estar definidos los planes de acción, las metas perseguidas, y esta información estratégica de una empresa no puede ser pública y que los futuros competidores la conozcan de antemano. Por ejemplo si se presenta un nuevo banco cuyo plan define como estrategia concentrarse en el crédito de consumo con énfasis en regiones, donde considera abrir una sucursal por cada país. ¿con esa información aquel banco que ya funciona y que tiene similar objetivo, obviamente puede anticipar el arribo de este nuevo competidor y afectar el plan de desarrollo de quien se incorpora al mercado.

### III. OTORGAMIENTO DE UNA GARANTÍA DEL 10% DEL CAPITAL PROYECTADO

El artículo 27 inciso 4 de la LGB, dispone que los accionistas fundadores de una empresa bancaria deberán constituir una garantía igual al diez por ciento del capital de la sociedad proyectada, mediante un depósito a la orden del Superintendente en alguna institución fiscalizada por la Superintendencia.

Una pregunta que surge, es ¿Cuándo hay que otorgar la garantía? La ley no lo señala expresamente. Una alternativa es considerar que debe entregarse antes del análisis de solvencia e integridad de los interesados, esto es, junto con la presentación del prospecto y plan de negocios, asumiendo que lo que se pretende con esta garantía es no sólo dar seguridad a los futuros accionistas del banco sino que también debe dar seriedad a la presentación misma, de modo que la Superintendencia no deba realizar un esfuerzo de análisis que luego pueda concluir por el retiro unilateral de la solicitud por parte de los solicitantes de una licencia bancaria, previo al término del proceso de constitución.

Otra opción es considerar que debe entregarse una vez realizado el análisis de integridad y solvencia de los accionistas fundadores por parte de la SBIF, estimando que la garantía pretende cubrir los perjuicios para los futuros accionistas que depositen fondos para la formación del capital de Banco dentro del plazo de 10 meses siguientes a la entrega de autorización provisional de existencia, esto conforme al artículo 27 inciso 5 de la LGB y para el solo efecto de la devolución de los fondos depositados.

A la luz de las dos opciones planteadas parece una alternativa más coherente con el objetivo perseguido por el legislador que la garantía se exija junto a la presentación del prospecto y plan por las razones antes expresadas. Esto permitiría dar confianza no sólo a los futuros accionistas sino también a la propia autoridad respecto a la seriedad de la presentación que implica abrir un procedi-

miento de análisis con todos los costos que ello implica para la autoridad.

La SBIF en la información que entrega en su página institucional en la red Internet<sup>11</sup>, y explicando el proceso de constitución de un banco y sociedad financiera expresa, “*y constituir, al momento de otorgarse el certificado de autorización provisional, una garantía igual al 10% del capital de la sociedad proyectada*”.

Conforme a lo anterior, se concluye que la SBIF ha optado por la segunda alternativa<sup>12</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DE LA SOLVENCIA E INTEGRIDAD DE LOS ACCIONISTAS FUNDADORES

La LGB siguiendo los Principios de Basilea<sup>13</sup>, contempla el análisis de solvencia e integridad de los accionistas fundadores, ordenando dicho análisis en el artículo 28 de la LGB. En cuanto a la oportunidad para realizar el análisis, se colige del artículo 27 inciso 3 de la LGB que este análisis es previo a la entrega de la autorización provisional de existencia, ya que para su otorgamiento se requiere la aceptación del prospecto y ello sucede luego del análisis referido.

Esta facultad es coherente con los principios del Comité de Basilea<sup>14</sup>, y el legislador determinó que en caso de rechazo éste debe ser fundado, superando la situación anterior en que la SBIF podía rechazar la solicitud de una licencia bancaria sin expresión de causa<sup>15</sup>.

Sin embargo, no se observa una acción de reclamación o contencioso administrativo especial que disponga la LGB en interés de los solicitantes, con lo que a priori, podría mantenerse la discrecionalidad. A este respecto podría impugnarse

---

<sup>11</sup> Internet: <http://www.sbif.cl>

<sup>12</sup> La LGB no expresa precisamente en qué momento debe otorgarse esta garantía, tampoco deja entregado los detalles del procedimiento a un Reglamento, por lo que la SBIF, define estos vacíos de la legislación, en virtud de su facultad de fiscalización (artículo 12 inciso 2 de la LGB) que le autoriza a interpretar las leyes que rigen a las empresas vigiladas, entre ellas, por cierto, la LGB

<sup>13</sup> En abril de 1997 el Comité de Basilea entregó el documento: Principios Básicos para la Supervisión Bancaria Efectiva el cual consta de 25 principios, que el Comité considera deben ser implementados por las autoridades bancarias y públicas en todos los países para lograr un sistema de supervisión efectiva. Los miembros del Comité de Basilea y las otras 16 agencias supervisoras bancarias que participaron en la producción del documento, dentro de ellas Chile, están de acuerdo con el contenido del mismo. Actualmente se trabaja en la redefinición de estos principios en materia de capital, acuerdo que se denomina Basilea II.

<sup>14</sup> Sobre los principios de Basilea y su relación con la LGB, ver Gloria TAPIA PRADENAS, *Los principios de supervisión bancaria de Basilea y la Ley General de Bancos* (Memoria de Prueba, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2004, Prof. Guía José Luis Guerrero Becar).

<sup>15</sup> El texto primitivo del proyecto de ley de reforma a la LGB mantenía la facultad de rechazo de una licencia bancaria sin expresión de causa. Sin embargo, por indicación del Ejecutivo se modificó la redacción del artículo 27 por el actual que elimina dicha facultad. Asimismo por indicación del Ejecutivo se incorporó un artículo 27 bis, actual artículo 28 de la LGB que contempla el análisis de integridad y solvencia y el rechazo fundado del prospecto. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Francisco y Pedro, *Ley General de Bancos* (Conosur, Santiago, 1998), pp.18-25.

el acto administrativo (resolución) conforme a los contenciosos administrativos y en particular remitiéndose al análisis de la motivación del acto, en este caso de la SBIF.–

Conforme a la norma, cumplir con el requisito de solvencia implica para los interesados contar, en conjunto, con un patrimonio neto consolidado que sea equivalente a la inversión proyectada. Y en cuanto al requisito de integridad, implica que no existan en los fundadores conductas dolosas o culposas graves o reiteradas que puedan poner en riesgo la estabilidad de la entidad que se pretende establecer, o la de sus depositantes, para lo cual deberán proporcionar todos los antecedentes relativos a sus antecedentes comerciales y a la administración financiera o bancaria en que haya participado. Para tratar de objetivizar las conductas que pueden ser consideradas como poco íntegras comercialmente, la ley contempla una serie de presunciones de falta de integridad en el artículo 36.

### 1. *Plazo para análisis de la SBIF (artículo 30)*

La Superintendencia debe pronunciarse acerca de la solvencia e integridad dentro de 180 días siguientes desde la presentación del prospecto y plan de desarrollo de los negocios.

Esta disposición se encuentra en el artículo 30 de la LGB, aun cuando por técnica legislativa el orden cronológico que debiera seguir la LGB debiera ser: Presentación del prospecto y plan y requisitos a cumplir (artículos 27 y 28), plazo a la SBIF para revisar por parte (artículo 30), actitudes de la SBIF (artículo 30), aceptación o rechazo de la solicitud (artículos 27 y 28 respectivamente)<sup>16</sup>, todo ello en un mismo artículo o bien en artículos sucesivos.

La LGB no expresa si el plazo es de días hábiles o días corridos, debiera entenderse que se trata de días corridos al no expresar disposición en contrario y siguiendo el derecho común.

### 2. *Actitudes de la SBIF (artículo 30)*

Las actitudes que puede asumir la SBIF luego de analizar la integridad y solvencia de los accionistas fundadores son cuatro:

a) Aceptar el prospecto (artículo 30): Sigue el procedimiento del artículo 27 inciso 3º y la Superintendencia emite un certificado de autorización provisional.

b) Prorrogar el plazo (artículo 30 inciso 2º): Se puede suspender la emisión de una resolución por 180 días en los casos previstos en la ley y que dicen relación con la necesidad de un mayor análisis en casos excepcionales y graves relacionados con la ley 19.366 –ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas– o con circunstancias que, por su naturaleza, sea inconveniente difundir públicamente. Esta resolución puede omitir en todo o en parte la fundamentación, lo que no afecta los derechos de los interesados, ya que en caso de rechazo definitivo igualmente dicha resolución deberá ser fundada, además se preserva dicho interés en cuanto los fundamentos omitidos deberán darse a conocer reservadamente al Ministro de Hacienda, al Banco Central y al Con-

---

<sup>16</sup> Con paréntesis se expresa la actual numeración en la LGB.

sejo de Defensa del Estado, cuando corresponda.

El artículo 30 inciso 2º de la LGB expresa “*La respectiva resolución*”: por tanto debe entenderse se refiere a la que suspende el pronunciamiento y no a aquella que rechaza definitivamente la solicitud. Si lo que se trató de señalar es que se debe entender que este inciso se refiere a la resolución que rechaza la solicitud al ser esta motivada, debe así expresarse, ya que ambas resoluciones la de suspensión y la de rechazo deben ser motivadas en resguardo de los intereses de los solicitantes. Cosa distinta es que los motivos de la suspensión se manejen reservadamente, pero el rechazo definitivo, sus fundamentos debieran ser informados a los interesados, más si implican la imputación de actividades ilícitas.

c) Rechazar el prospecto artículos 30 y 28 inciso 4º LGB): En este caso debe la SBIF justificar el rechazo por resolución fundada.

La LGB no establece un procedimiento especial de reclamación frente a rechazo y por otro lado no dispone la inimpugnabilidad de la resolución. Los procedimientos contemplados en el artículo 22 inciso 2º de la LGB respecto a resoluciones de la SBIF no contemplan este caso, por lo que estimo que deberán ejercerse las acciones contenciosas administrativas contempladas en el ordenamiento general, Ley de Bases de la Administración del Estado N° 18.575 y Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos 19.880, sin perjuicio de evaluar la interposición de acciones de protección o amparo económico por una eventual vulneración del artículo 19 número 21 de la C.P. de la R.

d) No decir nada (artículo 30), en este caso se sigue el procedimiento del artículo 27 inciso 3º, esto es, la institución solicitante<sup>17</sup> podrá requerir que se certifique por ella –la SBIF– este hecho –que no se ha dictado una resolución denegatoria dentro del plazo–, y el certificado que otorgará hará las veces de autorización.

Este es un caso de silencio administrativo positivo en beneficio de los intereses de los administrados, en este caso, de los accionistas fundadores o mejor dicho futuros accionistas fundadores porque aun no existe la sociedad anónima que pueda tener accionistas, lo que es otra impropiedad del legislador.

#### V. CERTIFICADO PROVISIONAL DE AUTORIZACIÓN (ARTÍCULO 27 INCISO 3º)

Artículo 27 inciso 3º: “*Aceptado un prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los accionistas fundadores que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y funcionamiento. Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado. No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquél.*”

<sup>17</sup> Cabe tener presente que en este artículo denomina a los accionistas fundadores como “institución solicitante”, no existiendo una coherencia en la terminología utilizada. Téngase presente, además, que en esta etapa del procedimiento, no se ha entregado la autorización provisional de existencia.

La expresión “*Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado*”, es muy poco acertada<sup>18</sup>. La expresión “*para ello*” implica que la personalidad jurídica sólo se otorga para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia y preparar su constitución y funcionamiento. En otras palabras, se le otorga “personalidad jurídica” a una “sociedad” que no existe y sólo para que realice los trámites para que “pueda existir” y preparar su “constitución” o sea su existencia y “funcionamiento”. Lo anterior no se puede sino calificar de una contradicción en sí misma, si lo sumamos al hecho que quienes pueden realizar estos trámites se les denomina “accionistas fundadores”, o sea accionistas de una sociedad que no existe aún y que la ley por una ficción la hace existir antes de existir y solo para que pueda existir. Realmente *sui generis*.

Si el legislador autoriza a realizar los actos administrativos que tengan por objeto preparar la constitución y funcionamiento de la sociedad, debemos entender que la expresión actos administrativos se usa para excluir a los actos jurídicos de derecho privado. Por tanto, a vía de ejemplo deberíamos entender excluidos la compra de inmuebles o muebles y contratación de personal necesarios para el funcionamiento. Si por otro lado, la LGB exige que antes de autorizar el funcionamiento del Banco (artículo 31 LGB) se compruebe que “la empresa bancaria” –dentro de los 90 días siguientes a la inscripción en el Registro de Comercio del certificado que acredita la resolución de existencia y contiene un extracto de los estatutos– cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos y con los procedimientos y controles para emprender adecuadamente sus funciones, implica pensar que la empresa bancaria existe desde la inscripción análogamente a lo que sucede con las sociedades anónimas comunes y en ese momento obtiene su personalidad jurídica, por tanto sólo puede contratar con terceros válidamente desde la inscripción en el Registro de Comercio, ya que actos tales como compra o arriendo de muebles o inmuebles o contratación de personal, no son “actos administrativos” ni un mero “trámite” y todo ello mientras la SIBF aun no toma su decisión respecto al plan de desarrollo de los negocios<sup>19</sup> ya que recordemos que el análisis del plan se realiza dentro de los mismos

---

<sup>18</sup> Ese era el criterio que se seguía en la antigua ley de sociedades anónimas, cuando éstas requerían de una autorización previa de la Autoridad para poder constituirse, entonces, se le otorgaba una personalidad jurídica para realizar la tramitación que se “completaba” una vez concluido el trámite de publicación e inscripción del extracto. La dificultad, más allá de la crítica de esta fórmula, es que en el caso de la LGB continúa el procedimiento ante la Autoridad aun luego de publicado e inscrito el extracto.

<sup>19</sup> En este punto, podemos volver al caso de la denegación de licencia al Banco Progreso luego de la revisión del plan de negocios por parte de la SBIF. Si la revisión se hace paralelamente a la comprobación que cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos, etc., respecto de los cuales se debe haber invertido ya que el legislador exige “comprobar”, supone entender que deben existir al momento en que se revisa el plan. Luego la SBIF decide no otorgar la autorización de funcionamiento por no estar de acuerdo con el plan presentado, ello resulta agravante para el solicitante, de allí que insisto sea más lógico y eficiente realizar el análisis del plan junto con el prospecto dentro de los 180 días siguientes a su presentación, esto es, previo a cualquier inversión mayor.

90 días en que se comprueba que el Banco cuenta con esos recursos, previo a otorgar la autorización de funcionamiento.

Por tanto, cabría suponer que la personalidad jurídica precaria que otorga el artículo 27 termina con la inscripción del extracto en el Registro de Comercio, cuando surge la verdadera personalidad jurídica conforme al derecho común y que habilitaría a terceros a contratar válidamente con esta persona jurídica, ya sociedad anónima especial. Antes contratar con ella sería inválido ya que equivaldría a contratar con una empresa en formación que eventualmente puede no formarse. Más aún, el artículo 31 inciso 4º dispone que una vez cumplido el requisito de la comprobación de que está habilitado para operar y la revisión del plan de desarrollo de los negocios, la SBIF dentro de un plazo de 30 días concederá la autorización para funcionar y fijará un plazo no superior a un año para que la empresa inicie sus actividades, “*lo que la habilitará para dar comienzo a sus operaciones, le conferirá las facultades y le impondrá las obligaciones establecidas en esta ley*”.

Por otro lado, la SBIF informa que el certificado de autorización provisional tiene una validez de 10 meses desde su fecha, por tanto, cabría concluir que para la SBIF la personalidad jurídica termina con el otorgamiento de la autorización de existencia o el vencimiento del plazo, lo que ocurra primero. El mismo documento, señala que desde la fecha del certificado “*puede actuar bajo la denominación de banco o financiera en formación, ya sea para colocar acciones, ya para hacer propaganda, etc.*”<sup>20</sup>.

Siendo las empresas bancarias entidades de giro exclusivo definido legalmente en el artículo 69 de la LGB, unas de sus facultades están en el artículo 69 números 22 y 23 de la LGB, esto es, adquirir, conservar y enajenar bienes inmuebles o muebles necesarios para su funcionamiento. Entonces, ¿cuándo legalmente podrá comprar esos bienes?, parece que por lo dispuesto en el artículo 30 en relación al artículo 69 números 22 y 23, sólo puede hacerlo válidamente una vez que ha obtenido la autorización de funcionamiento, y ¿cómo puede obtener una autorización de funcionamiento si antes no puede comprobar que está preparada para funcionar, por ejemplo, recursos tecnológicos, software, equipos, etc., que son bienes muebles que no puede aún comprar? Esta es una nueva contradicción del legislador, lo que no implica una crítica al procedimiento planeado sino a la forma en que ese procedimiento se describe en la legislación, que necesita una revisión de modo que el procedimiento efectivamente esté contemplado en la ley en sus pasos secuenciales esenciales y no quede fijado por normas de la SBIF o por la “práctica”.

### 1. Plazo para solicitar la autorización de existencia (artículo 27 inciso 3º)

Desde que se otorgó el certificado de autorización provisional y concedida, por tanto, la personalidad jurídica precaria a la cual nos hemos referido en el

---

<sup>20</sup> SBIF, “Constitución de un banco y sociedad financiera”, p. 3, Internet: <http://www.sbif.cl> (activo julio 2004)

punto anterior, los solicitantes<sup>21</sup>, dentro de los 10 meses siguientes debe proceder a realizar dos trámites necesarios para poder solicitar la resolución de autorización de existencia, a) depositar el capital y b) redactar los estatutos.

El plazo de esta etapa del procedimiento se desprende del artículo 27 inciso tercero, que dispone en su parte final *“No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquel”*.

## 2. *Depósito del capital proyectado*

En el plazo de 10 meses señalado en el punto anterior, conforme al artículo 27 inciso 5, los solicitantes deben abrir una cuenta corriente a nombre de la empresa bancaria en formación donde estarán obligados a depositar los fondos que reciban en pago de la suscripción de acciones. Fondos que sólo pueden ser girados una vez que haya sido autorizada la existencia de la sociedad y entre en funciones su Directorio. Los solicitantes fundadores, serán personal y solidariamente responsables de la devolución de los fondos y su responsabilidad puede hacerse efectiva sobre la garantía del 10% que debieron constituir previamente, y hasta la autorización de existencia, los depósitos van a la cuenta corriente de la persona jurídica en formación y no de las personas individualmente consideradas.

A este respecto, solo cabe observar que la utilización de la expresión *“empresa bancaria en formación”* que esta vez utiliza el legislador, parece bastante más adecuada que el uso del vocablo “sociedad” que utiliza incluso para etapas previas del procedimiento.

## 3. *Escrituración de los estatutos*

En este mismo plazo los solicitantes deben proceder a la redacción de los estatutos de la futura sociedad. Lo anterior se debe desprender del artículo 31 que expresa *“solicitada la autorización de existencia y acompañada copia autorizada que contenga los estatutos, en la que deberá insertarse el certificado a que se refiere el artículo 27, el Superintendente comprobará la efectividad del capital de la empresa. Demostrado lo anterior, dictará una resolución que autorice la existencia de la sociedad y apruebe sus estatutos”*. Por tanto, debe entenderse que la escrituración de los estatutos en escritura pública sólo puede hacerse después del certificado de autorización provisional y antes de la solicitud de existencia, es decir, en el plazo máximo de 10 meses.

Los estatutos del banco deben cumplir ciertas menciones esenciales que están establecidos en el artículo 42.

---

<sup>21</sup> Preferimos utilizar la expresión “solicitantes” en vez de “accionistas fundadores” que usa el legislador a efectos de no producir confusión respecto al momento en que realmente existe la sociedad y consecuentemente cuenta con “accionistas”.

## VI. COMPROBACIÓN DE CAPITAL, REVISIÓN DE ESTATUTOS Y AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA.

Antes de cumplidos los 10 meses desde la fecha de la autorización provisional, los solicitantes deben presentar a la SBIF la solicitud de existencia, la que será otorgada por el Superintendente una vez comprobada la efectividad del capital de la empresa en formación<sup>22</sup> y de la revisión y aprobación de los estatutos de la sociedad que deben contar en escritura pública e insertarse en ella el certificado que otorga la autorización provisional de existencia.

Si se cumplen estos tres supuestos –plazo, estatutos y capital depositado– el Superintendente expedirá un certificado que acredite tal circunstancia –que dictó una resolución que autoriza la existencia de la sociedad y aprueba sus estatutos– y contenga un extracto de los estatutos.

*Conforme a la redacción del artículo 31 inciso 1 podríamos pensar que cuando se emite la resolución que autoriza la existencia, es el momento en que nace la sociedad y por tanto su personalidad jurídica, al expresar “resolución que autorice la existencia de la sociedad”.*

Si así fuera permitiría pensar que existe una continuidad de la personalidad jurídica que extrañamente se va “complementando” conforme avanza el procedimiento y que solo llega a su máxima expresión cuando comienza a funcionar y puede ejercer todos los derechos y obligaciones que le impone la LGB.

Si seguimos esa teoría deberíamos entender que la posterior publicación del extracto del certificado en el Diario Oficial y su inscripción en el Registro de Comercio del domicilio social dentro de los 60 días desde la resolución aprobatoria sólo cumple una función de publicidad a terceros y no la función de requisitos esenciales para la constitución de la sociedad.

Si por el contrario, se opina que siguiendo un procedimiento análogo con aquel para constituir una sociedad anónima, la publicación e inscripción del extracto es un acto esencial, que de no cumplirse, la sociedad no existe, que es la opinión del autor pensando en la seguridad jurídica de terceros contratantes, tenemos que asumir que para que no exista discontinuidad en la gestación<sup>23</sup> que la personalidad jurídica precaria no acaba en el plazo de 10 meses como señala la información de la SBIF que le entrega a la autorización una validez de 10 meses sino cuando se inscribe el extracto en el registro de comercio, por tanto la personalidad jurídica puede subsistir más de 10 meses<sup>24</sup>, y en ese momento se reemplaza o se integra a la personalidad jurídica de la sociedad propiamente tal.

---

<sup>22</sup> Una vez más el legislador incurre en una impropiedad al señalar “comprobará la efectividad del capital de la empresa”, en circunstancias que la empresa aún no existe salvo la empresa en formación, o sea en proceso de ser tal que nacería como consecuencia de la personalidad jurídica “precaria” o sui generis a la cual nos hemos referido en el párrafo V.

<sup>23</sup> Pareciera que el legislador en la formación de una empresa bancaria, hubiese realizado una analogía con la persona humana, que desarrollaremos en las conclusiones.

<sup>24</sup> 10 meses para la solicitud, el plazo que demore la SBIF en entregar la autorización, plazo que no se precisa en la ley, más 60 días para publicar e inscribir.

#### VII. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE COMERCIO Y PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL: (ARTÍCULO 31 INCISO 2º)

Como ya se señaló, conforme al artículo 31 inciso 2º, la SBIF expide un certificado que acredita que se ha dictado una resolución de existencia de la sociedad y se han aprobado los estatutos, conteniendo este certificado un extracto de los mismos, el cual debe inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social y publicarse en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días desde la fecha de la resolución aprobatoria.

Sobre el efecto jurídico de esta inscripción y publicación ya nos referimos precedentemente.

#### VIII. COMPROBACIÓN DE QUE LA EMPRESA BANCARIA ESTÁ PREPARADA PARA OPERAR Y REVISIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE NEGOCIOS

Según lo dispone el artículo 31 inciso 3, cumplida la inscripción y publicación del certificado, la SBIF comprobará dentro del plazo de 90 días –se entiende que siguientes o bien desde el requerimiento de los interesados, la ley no lo precisa– que la empresa bancaria se encuentra preparada para iniciar sus actividades, y especialmente, si cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos y con los procedimientos y controles para emprender adecuadamente sus funciones. En esta misma oportunidad, la SBIF deberá analizar el plan de desarrollo de negocios para los primeros tres años presentado junto al respecto.

Parece adecuado que la SBIF pueda proceder a comprobar si la empresa bancaria se encuentra en condiciones de operar adecuadamente, en especial, en resguardo de los intereses de sus futuros clientes y la estabilidad y confianza en el sistema bancario. También parece adecuado que pueda analizar<sup>25</sup> el plan de desarrollo de los negocios, de otro modo, no tendría sentido que se exija su presentación. Sin embargo, como ya se ha expresado en el punto número uno de este trabajo, no es adecuada la oportunidad que elige el legislador para efectuar esta revisión del plan de negocios. Ya hemos apreciado que luego de la inscripción y publicación más allá de cualquier teoría u opinión que adoptemos, nadie debería discutir que la empresa bancaria existe, por tanto cuenta con personalidad jurídica, aun cuando se encuentre restringida su operación según veremos por lo señalado en el artículo 31 inciso 4.

El problema surge cuando la revisión del plan por parte de la SBIF, en esta etapa, arroja la conclusión que no es posible autorizar el funcionamiento del banco, como sucedió en enero de 2004 con la solicitud de creación del “Banco Progreso”. ¿Cuál es el efecto jurídicamente? La SBIF ha informado a la opinión pública que “*ha resuelto, como una medida prudencial, no dar curso a la solicitud*”

---

<sup>25</sup> Cabe hacer presente que el legislador utiliza la expresión “analizará” que implica hacer un “análisis”, esto es, “Examen que se hace de una obra, de un escrito o de cualquier realidad susceptible de estudio intelectual”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, 1992), p.134. Por tanto un análisis no conlleva una acción de decisión o resolución, como sí lo ha estimado la SBIF en el caso del Banco Progreso de enero de 2004.

*para formar el banco Progreso*<sup>26</sup>, cabe destacar la expresión “*solicitud para formar el Banco Progreso*” o sea, debe entenderse de la información entregada por la SBIF que el Banco no se alcanzó a formar, y la pregunta que surge es ¿qué efecto tenía la resolución de autorización de existencia o la publicación e inscripción del certificado que contiene la autorización y un extracto de los estatutos, según sea la opinión que se siga? ¿Eran solo trámites dentro de un procedimiento para que un banco pueda existir? La pregunta clave entonces es: ¿Jurídicamente, el denominado Banco Progreso nunca existió, existió o existe aún jurídicamente?, ¿debe iniciar nuevamente el procedimiento desde el inicio o si pensamos que existe desde la publicación en el Diario Oficial e inscripción en el Registro de Comercio sólo debe adecuar su plan de desarrollo de negocios? Todas las dudas anteriores, se evitarían si el legislador dispone que el plan debe ser revisado junto al prospecto<sup>27</sup>. En esta materia me remito a lo ya expresado en el punto uno de este trabajo.

#### IX. AUTORIZACIÓN PARA FUNCIONAR (ARTÍCULO 31 INCISO 4º)

La SBIF, si verifica que la empresa bancaria cuenta con los recursos, procedimientos y controles para funcionar y revisa el Plan de desarrollo de los negocios sin rechazarlo, dentro de un plazo de 30 días, concederá la autorización para funcionar. Asimismo fijará un plazo no superior a un año para que la empresa inicie sus actividades (artículo 31 inciso 4º).

#### X. INICIO DE ACTIVIDADES (ARTÍCULO 31 INCISO 4º)

Conforme al artículo 31 inciso 4, la SBIF junto con otorgar la autorización para funcionar, fijará un plazo no superior a 1 año para que la empresa<sup>28</sup> inicie sus actividades, “*lo que la habilitará para dar comienzo a sus operaciones, le conferirá las facultades y le impondrá las obligaciones establecidas en la ley*”.

El legislador dispone “*le conferirá las facultades y le impondrá las obligaciones establecidas en esta ley*”, es decir, el legislador estima que desde este momento tiene plena capacidad de goce la empresa bancaria.

Una interrogante que surge de la lectura de la norma es si ello se produce al dictar la autorización para funcionar o se produce cuando da inicio a las actividades, por ejemplo, 6 meses después. Por la redacción pareciera que el legislador pretende otorgar este efecto sólo cuando inicia las actividades, de otro modo esa frase la habría incorporado en el párrafo anterior.

La personalidad jurídica implica la capacidad de goce, entonces ¿el legislador ha estimado que sólo en este momento obtiene la personalidad jurídica la empresa bancaria? Lo anterior es bastante discutible y tal redacción jurídicamente

<sup>26</sup> SBIF, [www.sbif.cl](http://www.sbif.cl) Op. Citado (n.5).

<sup>27</sup> Ver punto número 1 de este artículo: “Presentación de prospecto y plan de desarrollo de negocios (artículo 27 inciso 2º)”.

<sup>28</sup> El legislador utiliza correctamente esta denominación desde el momento en que se ha verificado la inscripción y publicación del certificado que expide la SBIF.

produce conflictos, ya hemos adelantado algunos como por ejemplo, el hecho que dentro de las facultades que le establece la ley está el poder desarrollar su giro conforme al artículo 69 LGB y allí se establece la posibilidad de adquirir bienes inmuebles y muebles necesarios para su funcionamiento. Si sólo al iniciar sus actividades puede comprar bienes muebles e inmuebles, ¿cómo puede superar la comprobación de que cuenta con los recursos profesionales, tecnológicos, procedimiento y control antes de funcionar? ¿Cómo puede funcionar si no puede comprar bienes inmuebles para operar? Es una contradicción lógica en que incurre el legislador, quizás es extrema, quizás es teórica pero no por eso menos válida en un análisis dogmático de la ley.

Ud. abogado de un particular, que venderá un inmueble de su cliente para que funcione una sucursal de un nuevo banco, ¿cuándo estima que el Banco tiene la capacidad para comprar dicho inmueble? Posibles respuestas: a) con la autorización provisional, b) con la resolución de existencia, c) luego de la inscripción y publicación, d) luego del inicio de actividades ¿y cómo inicia si no tiene bienes?. Una opinión es que debería ser en la alternativa c), esto es, luego de la inscripción y publicación, por cuanto sería la condición de validez de la autorización de existencia, pero sujeto a la condición que entre en funciones el directorio provisional, ya que el artículo 27 inciso 5 establece que los fondos depositados para formar el capital del banco solo pueden girarse una vez que se autorice la existencia de la sociedad y entre en funciones el directorio, y éste debe constar en los estatutos. Sin inscripción y publicación no tiene efecto legal la autorización y por otro lado es un trámite previo a la solicitud de funcionamiento a la SBIF, momento en que el Banco debe acreditar que cuenta con los recursos necesarios para su funcionamiento, dentro de ellos los muebles e inmuebles, por tanto, esta sería mi alternativa. Sin embargo, en estricto sentido jurídico, la alternativa no será plenamente válida, porque la adquisición de bienes –muebles e inmuebles– el banco sólo puede hacerlo conforme al artículo 69 números 23 y 24, y siendo los bancos de giro exclusivo y legal, el efectuar esas operaciones es una de sus atribuciones y ellas sólo puede ejercerlas desde que se inicia el funcionamiento, recordemos: *“lo que la habilitará para dar comienzo a sus operaciones, le conferirá las facultades y le impondrá las obligaciones establecidas en la ley”*. Es una contradicción del legislador que debiera enmendarse modificando la LGB, de modo que no quede entregado un tema de seguridad jurídica para terceros contratantes a la interpretación que pueda efectuar la SBIF de la LGB.

#### XI. SUPERVISIÓN DE LA SBIF DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAN (ARTÍCULO 31 INCISO 5º)

La SBIF, por último, supervisa el cumplimiento del plan durante los primeros 3 años de funcionamiento del Banco (artículo 31 inciso 5º)<sup>29</sup>.

Esta norma es acorde con su facultad fiscalizadora, y es una tutela que puede justificarse por el interés en los terceros que operarán con este nuevo Banco. Se

---

<sup>29</sup> Ver párrafo I.

establece la flexibilidad que pueden existir modificaciones al plan siempre que no se deteriore la situación patrimonial de la empresa<sup>30</sup>.

## XII. CONCLUSIONES

El legislador ha tratado de incorporar al procedimiento de constitución de un banco criterios de protección al mercado financiero al establecer una serie de controles por parte de autoridad adecuándose a los Principios de Basilea, ello se aprecia en la exigencia de la presentación de un prospecto, un plan de negocios, análisis de solvencia e integridad de los fundadores, posibilidad de ejercer acciones si aprecia que se vulnera la ley de lavado de dinero, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, que debe ser la motivación de toda norma sobre la materia, no opaca ese objetivo el poder concluir que el procedimiento diseñado teóricamente y sancionado en la LGB adolece de problemas de forma que conllevan vacíos, imprecisiones y problemas jurídicos, teóricos y prácticos.

En este sentido, no existen motivos para no poder establecer una redacción secuencial del procedimiento. La actual, salvo para lectores especializados, es de difícil seguimiento, baste comparar los pasos establecidos en este trabajo con la redacción de la ley para apreciar que no existe un camino secuencial en los artículos del texto refundido de la LGB. Un ordenamiento permitiría mayor claridad y mayor análisis.

Un analista extranjero que desee revisar la legislación nacional, si lee la información de la SBIF en su página Internet podrá tener una apreciación más o menos clara y secuencial del procedimiento, sin embargo si decide analizar la fuente, esto es, la propia ley, le será de difícil comprensión el procedimiento allí establecido. Por ejemplo la SBIF dispone que debe anotarse al margen de la inscripción la autorización de funcionamiento, lo que no se exige en la LGB.

Por otro lado, existe poca precisión en las denominaciones utilizadas, se habla de “sociedad”, “empresa bancaria en formación”, “empresa bancaria”, “empresa”, “accionistas fundadores”, sin un mayor cuidado respecto a si esa expresión corresponde jurídicamente a la etapa de formación del banco, así se refiere a la ley muchas veces a “sociedad” o “accionistas fundadores” cuando aun no existe sociedad alguna, y por tanto menos acciones y accionistas. Pocas veces se establece una coherencia de la expresión con la etapa en el proceso de constitución del futuro Banco. Esta observación responde quizás a un problema más de fondo y que es necesario precisar cuándo el legislador le otorga personalidad jurídica al nuevo banco.

El derecho común no es aplicable desde el momento que el artículo 27 otorga una personalidad jurídica que podríamos calificar de precaria, especial y transitoria a la empresa en formación. En distintos apartados de este trabajo hemos

---

<sup>30</sup> El texto original del proyecto disponía “observará el razonable cumplimiento del plan”, el cual fue sustituido por indicación del Senador Piñera y del Presidente de la República por el actual texto de “supervisaré el cumplimiento del plan, el que podrá ser modificado siempre que no se deteriore la situación patrimonial de la empresa”

analizado las consecuencias de optar por una u otra opinión en cuanto a en qué momento cuenta con personalidad jurídica el Banco. A este respecto conforme a lo argumentado en este trabajo debiera considerarse que el banco tiene personalidad jurídica desde la publicación en el Diario Oficial e inscripción en el registro de comercio del certificado de existencia que contiene además un extracto de sus estatutos, produciéndose allí la fusión de la personalidad jurídica provisoria –de modo de darle algún sentido a ésta– con la personalidad jurídica plena, aun sujeta erróneamente a condiciones de entrar en funcionamiento el Banco según el artículo 31 inciso 4°.

Para una mayor claridad se puede distinguir entre una etapa de análisis previo administrativo, una jurídica y otra de fiscalización.

La etapa de análisis previo administrativo debiese iniciar con la presentación del prospecto, plan de los negocios, y una garantía de seriedad del procedimiento. Continuar con la revisión del prospecto y plan. Si no existen observaciones, los interesados deben someter a la aprobación previa de la SBIF los estatutos y para terminar el procedimiento acreditar que existe el capital proyectado. Este último punto sería el único que podría justificar entregar una personalidad jurídica previa, en especial para abrir la cuenta corriente, pero para ello no es necesario otorgar personalidad jurídica a la empresa en formación, quizás baste que la SBIF autorice la apertura de una cuenta de carácter especial en un banco ya constituido y para el solo efecto de lo establecido en el artículo 27 de la LGB, bajo condiciones especiales que son las fijadas por el legislador y por la propia SBIF, sin entregar personalidad jurídica previa. Esta etapa debiera terminar con la resolución de autorización de existencia.

La etapa jurídica de constitución corresponde a la escrituración de los estratos que contengan la inserción de la aprobación de los mismos por la SBIF y de la resolución de existencia, la publicación e inscripción del extracto en el registro de comercio. Aquí la sociedad, el banco nace a la vida jurídica y puede ejercer las atribuciones y asumir las obligaciones que le impone la ley.

La etapa de fiscalización especial, supone la autorización de funcionamiento por parte de la SBIF y la verificación del cumplimiento del plan. En esta etapa se puede precisar que algunas operaciones solo podrán realizarlas una vez autorizado el funcionamiento del banco en su aspecto operativo.

Como corolario, me atrevo a exponer al lector la siguiente reflexión: Pareciera que el legislador en la formación de una empresa bancaria hubiese realizado una analogía con la persona natural y que para este solo efecto describiremos como: concepción, reconocimiento de derechos al que está por nacer, comienzo de la existencia –parto– pero sujeto a la condición de existir, esto es, que nazca vivo. Análogamente, a) fecundación: presentación del prospecto y plan, b) anidación: una vez revisada la integridad y solvencia de los padres; c) reconocimiento de derechos al que está por nacer: autorización provisional y personalidad jurídica precaria; d) gestación: en vez de 9 meses en este caso 10 meses; e) parto: autorización de existencia de la SBIF, pero f) sujeto a la condición que nazca vivo: publicación, inscripción, g) verificado el nacimiento, ¿capacidad o incapacidad de goce hasta la autorización de funcionamiento? h) capacidad de goce sin dudas y capacidad de ejercicio relativa: Desde que inicia operaciones, i)

incapacidad de ejercicio relativa de un menor que actúa con su peculio profesional pero sujeto a tutela: hasta los 3 años desde que inició sus operaciones en que se revisa el cumplimiento del plan de negocios, y j) plena capacidad de ejercicio, mayoría de edad, luego de los 3 años de funcionamiento ya que desde ese momento no estará sujeto al control de su plan de negocios por parte de quien ejerce la patria potestad o tutela – SBIF.

A la luz de esta analogía ¿en qué etapa quedó el Banco Progreso? Recordemos que se rechazó la licencia por parte de la SBIF por no estar de acuerdo con su plan de negocios y ello inmediatamente antes de otorgar la autorización de funcionamiento, entonces hoy, el Banco Progreso ¿es una persona que nació pero es un incapaz o debemos entender que nunca existió?

La respuesta debiéramos encontrarla de manera clara y precisa en la lectura de la LGB, si no es así, nada impide que el legislador pueda precizarla de modo que este trabajo pierda su vigencia.