

ESTUDIO CRITICO DE LAS DOCTRINAS JURIDICAS CONTENIDAS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 10 DE FEBRERO DE 1995

*Julio Chaná Cariola, Enrique Evans de la Cuadra,
Raúl Lecaros Zegers, Alejandro Vergara Blanco,
Rodrigo Alvarez Zenteno, Eugenio Evans Espiñeira*
Profesores. Pontificia Universidad Católica de Chile

Este estudio, que se ha realizado bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y bajo la exclusiva responsabilidad de quienes lo suscriben, y con el apoyo del Banco Central de Chile, tiene por objeto el análisis de las doctrinas jurídicas sostenidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 10 de febrero de 1995, en la que resuelve, previo requerimiento de un grupo de diputados, la cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación de un proyecto de ley que tenía por finalidad derogar el inciso 4° del artículo 10 de la Ley N° 18.401, de 1985, sobre capitalización de los bancos con deuda subordinada.

Los aspectos que cubrirá este estudio son los siguientes:

Se expondrán, al inicio, los antecedentes relativos a la sentencia del Tribunal Constitucional; en especial, las opiniones vertidas en los informes en derecho tenidos a la vista por dicho Tribunal antes de dictar su fallo. Además, se expondrá en este acápite una breve historia de la Ley N° 18.401, de 1985.

Luego se dedicará un apartado especial a los efectos de las *sentencias del Tribunal Constitucional*.

En la parte central de este estudio se analizarán los problemas jurídicos que plantea la sentencia del Tribunal Constitucional, los que serán abordados en el siguiente orden:

- En primer lugar, se estudian, por un lado, las *facultades del legislador para modificar los derechos o facultades conferidos por leyes anteriores*, por un lado; y, por otro, los *derechos adquiridos y las meras expectativas* en nuestro Derecho.
- En segundo lugar, los aspectos de legislación comercial relativos a las materias contenidas en este estudio.
- En tercer lugar, se estudiarán los aspectos atinentes al *estatuto jurídico del dominio* y del derecho a desarrollar actividades empresariales, el orden público económico y la actividad económica bancaria.

En la parte final se realizará un análisis crítico y pormenorizado de las doctrinas contenidas en algunos considerandos de la sentencia.

Cierran el estudio las conclusiones de rigor.

I. ANTECEDENTES

1. *Requerimiento ante el Tribunal Constitucional*

La sentencia sometida a análisis en este estudio fue consecuencia de un requerimiento presentado ante el Tribunal Constitucional por un grupo de diputados, en conformidad a lo establecido en el N° 2 del artículo 82 de la Constitución Política y en el artículo 38 de la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997. Se presentó dicho requerimiento a fin de que el Tribunal Constitucional resolviera la cuestión de constitucionalidad que se suscitó durante la tramitación de un proyecto de ley que tenía por finalidad derogar el inciso 4° del artículo 10 de la Ley N° 18.401, de 1985.

Según los requirentes, dicho proyecto habría sido inconstitucional por infringir el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, esto es, la garantía constitucional del derecho de propiedad, pues, a su juicio, el proyecto señalado priva a los accionistas preferentes a que alude el inciso 4° de la Ley 18.401, del derecho de acordar por mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia en la junta general de accionistas, no repartir dividendos, produciéndose por el solo ministerio de la ley su capitalización y emitiéndose con cargo a ella acciones preferidas con derecho al total de los dividendos. Los referidos diputados fundamentan su requerimiento en que con la derogación se infringiría la Constitución, pues el proyecto de ley implica: la privación de un derecho conferido por la ley; la privación de un derecho emanado de un contrato celebrado entre particulares; la privación de un derecho emanado de los estatutos sociales, y la modificación por ley a un contrato celebrado entre particulares y el Banco Central.

2. *Informes en Derecho presentados al Tribunal Constitucional*

Los requirentes acompañaron ante el Tribunal Constitucional diversos informes en derecho, cuyas principales doctrinas son las que se exponen sucintamente a continuación, y que serán analizados, en su caso, en el cuerpo de este estudio.

Se sostiene, en primer término, que los accionistas preferentes a que alude el art. 10 inc. 4° de la Ley 18.401, serían titulares de un derecho adquirido.

a) Informe de Pablo Rodríguez Grez, quien sostiene que:

- La fuente principal de obligaciones personales es el contrato (art. 1545 Código Civil). El contrato válidamente celebrado es ley para las partes. "Los derechos generales en virtud de un contrato se radican en el dominio de su titular, conforme lo prevé el art. 583 del Código Civil y están amparados por la garantía constitucional de la propiedad". La ley no puede privar de los derechos que han sido adquiridos legítimamente en conformidad a las leyes vigentes en virtud de una convención que se celebró al amparo de una ley especial, cuya finalidad era incentivar a los particulares para que invirtieran recursos en la capitalización de la banca nacional.
- Toda preferencia debe contemplarse en los estatutos de la sociedad respectiva. La Ley 18.401 establece beneficios que son incorporados a los respectivos contratos de sociedad; por esto es que nace un derecho personal en favor de los accionistas. El derecho consagrado en el inciso 4° del art. 10 de

la Ley 18.401 se incorpora a las siguientes convenciones: estatuto de los bancos; suscripción de acciones preferentes y contrato de novación celebrados entre el Banco Central y los bancos comerciales. Este bien incorporal (art. 565 C.C.) es objeto de dominio por parte de los accionistas preferentes (art. 583 C.C.) y en tal carácter está amparado por la garantía constitucional del N° 24 de art. 19.

- Estos derechos son oponibles al Banco Central en virtud de los contratos de novación y acuerdo de su Comité Ejecutivo (sesión N° 1.953, 16/08/89), ya que los han reconocido en términos formales e implícitos.
- La cláusula de los contratos de novación establece que el pago al Banco Central se efectuará con los excedentes una vez deducido lo que corresponde a los accionistas preferentes (incluye las acciones originadas por el ejercicio de la facultad del inc. 4°), por lo tanto, “no sólo existe un derecho para los accionistas, sino que también para el banco respectivo, al quedar limitado el pago a que se obligó en el contrato de novación por la deducción que supone el ejercicio del derecho de sus accionistas preferentes”.
- El derecho del inc. 4° es excepcional y sólo puede ejercerse en los bancos a que se refiere esa normativa legal. Este hecho permite inferir que la facultad concedida a las acciones preferentes es especial y se halla incorporada al patrimonio de quienes suscribieron dichas acciones o pasen a ser titulares de las mismas en el futuro.
- El inc. 4° fija un efecto jurídico que se desencadena por el solo ministerio de la ley como consecuencia del acuerdo de la junta de accionistas. Por tanto, la capitalización no se acuerda por los accionistas preferentes, sino que opera por disposición expresa de la ley sobre la base de una hipótesis fáctica. Es por eso que el derecho a capitalizar que concede expresamente la ley se ha transformado en convencional, al incorporarse dicho texto a los estatutos mediante reforma de la sociedad anónima bancaria, al contrato de suscripción de dichas acciones y al contrato de novación celebrado con el Banco Central.
- Los contratos son intangibles y no pueden modificarse, sino por los medios establecidos en la ley. El legislador tiene una limitación de carácter constitucional que le impide penetrar las convenciones válidamente celebradas, esto es, la protección constitucional de los derechos emanados del contrato en la medida que ellos hayan ingresado al patrimonio de los contratantes. La derogación en comento no sólo confisca el derecho consagrado en la ley, sino que, además, modifica los contratos de sociedad y de suscripción de acciones, despojando a sus titulares de los derechos que les confieren estas convenciones.
- En virtud del art. 22 de la Ley de Sociedades Anónimas, “la adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales y de los acuerdos adoptados en las juntas de accionistas”. Los accionistas, al adquirir las acciones preferentes, han adquirido el derecho del art. 10 inciso 4°. Los derechos que los estatutos del banco establezcan en favor de los accionistas se incorporan automáticamente a su patrimonio, por el solo hecho de la adquisición de acciones. Cualquier modificación sólo puede ser consecuencia de reforma del contrato o de una ley, la que no puede lesionar los derechos adquiridos por los accionistas.
- La facultad concedida a los accionistas preferentes se gestó en virtud del contrato de sociedad y suscripción de acciones al amparo de una ley espe-

cial. "No puede sostenerse que, por el hecho de que son inciertos los excedentes, esta facultad se transforma en una simple expectativa, ya que si esto fuera así, desde ese punto de vista podría confiscarse por la ley el derecho de los accionistas a la percepción de dividendos, ya que éstos sólo existen en la medida que hay utilidades. Los supuestos de hecho sobre los cuales se ejerce el derecho no obstan a su existencia, sólo son un presupuesto de su exigibilidad".

- No es correcto decir que la derogación opera para el futuro y, por lo tanto, no afecta a los contratos válidamente celebrados con antelación a ella. Lo anterior es obvio, si se considera que la Ley N° 18.401 fijó un plazo de dos años para que los bancos con obligación de recompra de cartera pudieran emitir acciones de pago preferidas (art. 10). La derogación afecta dichas emisiones.

b) Informe de Carlos Cruz-Coke Ossa, quien sostiene que:

- De lo establecido en el art. 1° de la Constitución y especialmente su inciso final que consagra como garantía constitucional "el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", se puede deducir que el proyecto de ley cuestionado lo infringe, en cuanto cercena la libertad que los particulares tienen a percibir los dividendos correspondientes.
- "El derecho de propiedad que tienen los accionistas a capitalizar dividendos está garantizado expresamente no sólo por la Constitución Política, sino, además, por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes" (art. 5° inc. 2° de la Constitución).
- De lo dispuesto por el art. 19 N° 21 de la Constitución y de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, se debe concluir que "el proyecto de ley impugnado priva a los accionistas de su derecho a capitalizar dividendos, impide la ejecución de actos lícitos amparados por dicho precepto constitucional como una actividad económicamente lícita y resguardada por la Constitución; y por otra parte, priva a los inversionistas de su legítimo derecho a disponer de los frutos de su inversión, representados por los dividendos correspondientes".
- La aprobación de este proyecto implicaría la destrucción del régimen de propiedad privada en cuanto respecta al capital invertido y sus utilidades, siendo de advertir que es de toda lógica que el valor de la inversión se va a ver ostensiblemente disminuido por la baja del precio de las acciones adquiridas, como consecuencia necesaria de la prohibición de capitalización que se pretende.
- La norma del inciso 2° del artículo 24 de la Constitución no autoriza al legislador para imponer exigencias o restricciones arbitrarias a la adquisición, uso, goce y disposición de los bienes sea por acto entre vivos o por causa de muerte, porque esto implicaría lesionar los derechos en su esencia y desconocer la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes.
- La celebración de los contratos de suscripción de acciones, bajo el amparo de las libertades y derechos consagrados por la Constitución y de lo dispuesto por la Ley N° 18.401, produjo los efectos previstos por el art. 1545 C.C., en relación con el art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: "Todo contrato válidamente celebrado es una ley para los contratan-

tes y no puede ser invalidado, sino por consentimiento mutuo o por causas legales". De lo anterior se deduce que los accionistas que celebraron los contrato de adquisición de acciones tienen constitucional, legal y contractualmente el derecho adquirido a percibir los correspondientes dividendos.

- En relación al art. 19 N° 26 de la Constitución Política, que al privar a los accionistas del derecho constitucional a capitalizar dividendos amparado por el inciso 4° del art. 10 de la Ley N° 18.401 se afecta ese derecho en su esencia y, asimismo, el libre ejercicio del mismo derecho, ya que no sólo el derecho de capitalización de dividendos "deja de ser reconocible", también el proyecto de ley materia del requerimiento lo hace irrealizable, lo entraba más allá de lo razonable o lo priva de tutela jurídica, lo anterior, ya que el proyecto priva del derecho a capitalizar los dividendos, afectando con ello la esencia del derecho e impidiendo el libre ejercicio del mismo.

c) Informe de los profesores Francisco Cumplido y Mario Verdugo, quienes sostiene que:

- Las normas de la ley de bancos y de la de sociedades anónimas sobre capitalización son de orden público-económico, en la medida que establecen formalidades, requisito y procedimientos para el acuerdo que modifica los estatutos para aumentar el capital; por lo anterior rigen *in actum*. Las normas sustantivas sobre el ejercicio de la libertad contractual son de orden privado; las normas sobre capitalización del inciso 4° del art. 10 de la Ley N° 18.401 son de esta naturaleza e incorporaron al patrimonio de los bancos deudores y de sus accionistas preferentes la facultad de capitalizar en los términos del artículo citado. Dicha facultad de capitalizar, como también la forma de pago de la obligación subordinada, no puede ser modificada por una ley posterior, ya que ésta sería inconstitucional por infringir la garantía del derecho de propiedad.
- Debido a que la facultad concedida por el ya mencionado inciso 4° fue incorporada a los contratos de novación (ingresando al contrato y al patrimonio de los deudores que lo celebraron) y en virtud del art. 1545 del C.C. se debe concluir que sólo consensualmente se puede modificar el sistema de capitalización contenido en el art. 10 de la Ley N° 18.401.

d) Se sostiene, al contrario, que tales accionistas no tendrían un derecho adquirido, por el profesor Enrique Evans de la Cuadra, quien señala:

Derechos adquiridos son los que emanan de un hecho o de un acto jurídico, conforme a la legislación vigente, cuyos efectos se han incorporado al patrimonio de una persona, aunque el hacer exigibles esos efectos ocurra bajo el imperio de una legislación posterior.

Un derecho adquirido patrimonial es aquel que, teniendo esa significación, reúne también las calidades de perpetuo, irrevocable, exclusivo, y cuyo titular tiene la aptitud legal de usarlo, gozarlo y disponer de él del modo que desee, sin estar sujeto para todo ello al cumplimiento de una condición, plazo o modo, ni al consentimiento de uno o más terceros. Estos caracteres no se dan en la facultad concedida en el inciso 4° de la Ley 18.401; la capitalización debe ser acordada por la junta de accionistas y con un quórum determinado; además, es necesario el consentimiento de la autoridad respectiva autorizando la reforma de

los estatutos. La exigencia de que se reúnan todas esas condiciones, requisitos y consentimientos para que se cumpla dicha facultad, la transforma en una mera expectativa que no constituye derecho patrimonial alguno. Reafirma lo anterior el que la mencionada facultad no sea perpetua; la ley la concede y, por lo mismo, ésta puede modificarla, derogarla o bien sustituirla; se trata de una simple autorización administrativa.

3. *Presentación del Banco Central*

El Banco Central de Chile hizo una presentación señalando, por una parte, que lo que en definitiva decida el Tribunal Constitución le afecta directamente, ya que la aplicación del inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401 le es perjudicial, y, por otra, que su derogación no es inconstitucional.

En lo que interesa a este estudio, el contenido de sus planteamientos pueden resumirse en:

- La facultad del inciso 4° de artículo 10 de la Ley 18.401 es una modalidad de pago del dividendo, la que no implica en ningún caso una renuncia a exigir una prestación que tenga como fuente el derecho a exigir el pago efectivo del dinero, que es representativo del derecho a dividendo. Dicho de un modo simple, el accionista que tiene derecho a exigir dinero opta por exigir su pago no en dinero, sino que en acciones liberadas de pago. Dicha modalidad de pago no es inherente por esencia al dominio de la acción.
- La facultad del inciso 4° es una mera expectativa: la de obtener en su beneficio la modalidad de pago del dividendo. Existe derecho adquirido una vez que ocurren ciertos hechos (los que pueden suceder o no): 1° Que existen excedentes (según balance aprobado por la junta de accionistas y por la Superintendencia de Bancos), lo que genera el derecho a dividendo, y 2° Acuerdo de junta de accionistas, en orden a proceder a la capitalización y entrega de acciones liberadas de pago.
- La derogación del inc. 4° no priva a los accionistas de sus derechos esenciales. No se les priva del uso, goce o disposición, ni tampoco se verifica circunstancia que produzca menoscabo o deterioro en sus derechos. No existe perjuicio para el accionista, ya que conserva su derecho a exigir el dinero representativo de su derecho a dividendo; lo que no puede especular sobre la base de un elemento aleatorio, cual es el valor que pudieran alcanzar las acciones en el mercado. El accionista incorpora a su patrimonio la propiedad de sus acciones y sus atributos esenciales, participa en una determinada actividad económica, respetando las normas legales que la regulan (art. 19 N° 21 de la Constitución), y dichas normas están sujetas a los cambios que el orden público económico requiera. La derogación del inciso 4° sólo implica que el legislador hace uso de las facultades que le otorga el art. 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución, en el caso concreto, los intereses generales de la Nación están representados por los del Banco Central.
- La facultad de capitalizar no tiene origen en estipulación contractual alguna, sino directamente en la ley. La Ley General de Bancos, en su art. 65 N° 3, prohíbe la emisión de acciones preferentes y por eso se requiere ley. En nada influyen las estipulaciones entre partes; lo único que hacen es reiterar lo ya establecido por el legislador.

Finaliza señalando que el planteamiento desarrollado en el requerimiento no sólo implica la paralización de la actividad legislativa, sino también la abdicación de la preservación del orden público económico que la Constitución consagra.

4. *Historia prelegislativa y propósito de la Ley N° 18.401, de 1985*

Trata el requerimiento ante el Tribunal Constitucional, y su sentencia, sobre un proyecto de ley que pretendía derogar el inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401, de 1985, por lo que, desde un inicio, vale la pena consignar algunos antecedentes a su respecto.

El origen de esta Ley 18.401 hay que comprenderlo íntimamente ligado a la crisis financiera que sufrió el país a comienzos de la década del ochenta¹, en que el sistema financiero se vio enfrentado a una delicada situación.

Como señalan Berstein y Vergara², “la legislación bancaria chilena no contemplaba explícitamente ningún seguro de depósitos, por tanto existía la posibilidad de dejar que los acreedores de los bancos asumieran la pérdida. Sin embargo, esta alternativa fue rechazada por temor a que se produjera una interrupción al sistema de pagos con consecuencias supuestamente graves sobre las transacciones, el comercio y el nivel de actividad. La legislación tampoco contemplaba mecanismos explícitos de capitalización de la banca en problemas, lo que complicaba aún más la situación”.

En efecto, con ocasión de la crisis financiera de 1982 el Banco Central se vio en la necesidad, en aras del bien común consagrado en el art. 1° de la Constitución, de comprar la cartera de créditos irrecuperables o muy riesgosos que tenían los bancos con el objeto de evitar un colapso del sistema financiero, y a raíz de lo cual quedaron estas mismas entidades obligadas, dentro de un plazo determinado, a recomprar esa misma cartera, destinando a tal efecto *todos sus excedentes hasta la extinción completa de la deuda*.

En el año 1985 se dicta la Ley 18.401 buscando nuevamente el único interés de ir en apoyo de la banca privada. El fin o propósito de esta ley queda meridianamente establecido en el inciso segundo del art. 10 de la misma y puede resumirse en dos aspectos:

- El *primer propósito* fue permitir a través de la emisión de acciones serie B aumentar el capital de estos bancos, ya que esta nueva serie de acciones podría ser colocada en forma atractiva en el mercado. En efecto, estas acciones, antes que todo, tendrían derecho a una parte de los excedentes de los respectivos bancos en cada ejercicio.

Además, se les otorgaron distintos beneficios, tanto comerciales como tributarios, como fue la posibilidad de que los adquirentes de estas acciones podrían hacerlo pagando una mínima parte al contado y el resto a un largo plazo; gozarían de un descuento por pronto pago; las acciones quedarían en prenda en favor de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) sin que el acreedor pudiera hacer uso del derecho de prenda general que según la ley

¹ Sobre lo cual, véase: Edgardo Barandiarán, *Nuestra crisis financiera*, en “Estudios Públicos”, N° 12 (1983), pp. 89-122.

² Andrés Berstein y Rodrigo Vergara, *Hacia una regulación y supervisión más eficiente del sistema bancario*, en: “Estudios Públicos”, N° 49 (1993), p. 118.

común, el art. 2465 del Código Civil, se otorga a todo acreedor sobre los bienes de su deudor, y, por último, la ventaja tributaria contenida en el art. 57 bis de la Ley de la Renta. Todos estos beneficios durarían un determinado tiempo, salvo la ventaja más importante, es decir, la preferencia consistente en poder percibir parte de los excedentes del ejercicio, destinándose sólo el remanente a recomprar la cartera vendida al Banco Central.

- El *segundo propósito* de la ley fue cautelar efectivamente los derechos del Banco Central, en orden a que se le recomprara la cartera vendida con las modalidades y condiciones establecidas con anterioridad. Esta obligación fue el origen de la actual "obligación subordinada" introducida por la Ley 18.818, de 1989, que modificó a la Ley 18.401.

Es relevante dejar dicho esto desde ya, porque la modificación a la que nos referiremos más adelante, lejos de cambiar el espíritu de la Ley 18.401, lo acentuó. En efecto, dice el inciso 2° del artículo 10 de la Ley 18.401, hoy vigente:

"La junta de accionistas que acuerde la emisión de acciones preferidas determinará el porcentaje de dividendos que corresponderá repartir y destinará el remanente a cumplir con la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central. Las reformas de estatutos que aprueban aumentos de capital con emisión de acciones preferidas sólo podrán ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras cuando, por el número de acciones que se acuerde emitir, el precio mínimo en que se colocarán y las demás condiciones y modalidades del aumento no comprometan el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central, lo que se determinará previo informe de esa Institución"³,

Resulta enteramente evidente, entonces, que el Banco Central, al celebrar los contratos de novación con los respectivos bancos, no pudo dejar de tener en cuenta que el artículo recién citado cautelaba el interés de este instituto emisor. Por lo demás, dichos contratos no hicieron sino que envolver la renuncia del Banco Central al plazo determinado para recuperar su inversión efectuada en los bancos que tenían cartera vendida y a algunas otras garantías como, por ejemplo, la prenda que tenía a su favor sobre las letras en que constaba el crédito y a las cláusulas penales que imponía el sistema anterior a la Ley 18.818.

El inciso siguiente se refiere a la ecuación que determina el porcentaje de excedentes que podrán repartirse como dividendos a las acciones preferidas, clase B, al disponer:

"Las sumas que podrán repartirse como dividendo a las acciones preferidas no podrán exceder, en ningún caso, de un porcentaje de los excedentes de la respectiva entidad, igual a la proporción que exista entre el número de acciones preferidas y el número total de acciones que estén emitidas al término del ejercicio, cuyo excedente corresponda repartir. Las acciones que no estén totalmente pagadas se considerarán sólo por la parte pagada para calcular la proporción".

³ No se transcribe el párrafo siguiente que fue agregado por una ley posterior y no tiene interés para estos efectos. El destacado es nuestro.

Pero, es más, destacamos que el inciso cuarto del mismo artículo 10 figura ya en el texto primitivo de la Ley 18.401, o sea, es anterior a todas las modificaciones de este precepto y, por lo mismo, a la posibilidad de novar los créditos que dieron origen a la obligación subordinada. Dicho inciso reza:

“La junta de accionistas, con el acuerdo de la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia, podrá acordar que no se les reparta dividendo. Las sumas que les hubieren correspondido como dividendo se capitalizarán por el ministerio de la ley y se emitirán acciones preferidas que tendrán derecho al total del dividendo en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas”.

Es útil recordar en esta parte del estudio el inciso 5º, del artículo 15 de la misma ley que, para efectos del Título XV de la Ley General de Bancos, determina que la obligación contraída en favor del Banco Central se pagará después de las demás obligaciones de la institución bancaria y *antes que los accionistas*. Esta disposición es la que define el concepto de obligación subordinada e incluso modifica las normas generales de prelación de créditos contenidas en el Código Civil.

Nuevamente en el año 1989, el Banco Central, ante la evidencia de que los bancos no podrían cumplir dentro de los plazos establecidos su obligación de recomprar la cartera vendida, tuvo que salir en apoyo de estas instituciones. Para ello se dictó la Ley 18.818, la que sólo tuvo por objeto sustituir la obligación de los bancos deudores de recomprar la cartera vendida, por la de pagar lo que se ha denominado “obligación subordinada”, la que se solucionaría en un plazo indefinido, destinando la misma proporción de los excedentes de las acciones serie B a este efecto y que antes se destinaban a la recompra de cartera. El mecanismo que diseñó la ley sobre este punto fue el que los bancos interesados en acogerse a esta nueva modalidad debían celebrar con el Instituto Emisor un contrato de novación.

Es importante señalar que estos contratos innominados, en cuanto tales, no hacen otra cosa, en lo sustancial, que reproducir los términos de la Ley 18.401 y sus modificaciones. Como se ve, la Ley 18.818 no cambió en manera alguna los propósitos que perseguía la Ley 18.401 que ya se han analizado.

II. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conviene conocer y analizar los efectos jurídicos que es dable atribuir a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la que versa este estudio.

a) Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos como el presente (en que se declaró inconstitucional un proyecto de ley) los fija la Constitución en su artículo 83 inciso 2º, al señalar expresamente: *“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley”.*

Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas en medio del procedimiento de formación de las leyes, deben ser analizados a la luz del papel que le corresponde a dicho Tribunal en el control concentrado y a priori de la constitucionalidad de las leyes en nuestro sistema jurídico.

No cabe otorgarle ningún otro efecto a tales sentencias, pues son emitidas dentro del procedimiento concentrado de control de constitucionalidad que consagra nuestra Carta Fundamental, procedimiento éste incluido en la tramitación de las leyes y que, por consiguiente, su único efecto es que el legislador no podrá, en el caso concreto, convertir el texto declarado inconstitucional en ley.

Por lo tanto, no es la sentencia del Tribunal Constitucional, en ningún caso, una sentencia declarativa de derechos concretos, pues no existe a su respecto un conflicto actual entre "partes", sino que es simplemente un mecanismo abstracto de control constitucional que obliga a este Tribunal a enfrentarse con un texto legal en proyecto que debe confrontar —en un silogismo cuya primera premisa es el principio constitucional— con la Carta Fundamental.

No parece desprenderse en parte alguna de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995, analizada, que este Tribunal haya pretendido declarar derechos en favor de terceros que no han podido intervenir en el requerimiento, toda vez que la función de declarar los derechos corresponde a los Tribunales de Justicia, según lo dispone la Constitución.

Para concluir lo anterior, basta con recordar que, conforme al artículo 7° de la Constitución Política, se sanciona con la nulidad los actos de cualquier magistratura o persona que se arrogue otra autoridad o derecho que los que expresamente les confieran las leyes.

b) Por otro lado, si bien existe dentro de los efectos de las sentencias del Tribunal un efecto de cosa juzgada, ello sólo se produce, según el artículo 83 inciso 3° de la Constitución, en el siguiente caso: "*Resuelto por el tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia*".

Este precepto no es aplicable a la sentencia del Tribunal Constitucional analizada en este estudio, pues, como lo afirman correctamente el profesor Alejandro Silva Bascuñán y doña María Pía Silva Gallinato⁴, sólo se aplica ante un pronunciamiento de constitucionalidad de tal tribunal, lo que implica una prohibición para la Corte Suprema a entrar a analizar este mismo vicio.

Aún más, tratándose de cosa juzgada, la Constitución chilena no consagra ni en materia constitucional, ni en materia judicial de fondo, un *stare decisis*, que vincule al Tribunal a sus propios precedentes jurisprudenciales⁵.

Lo anterior trae como consecuencia que la sentencia, respecto de futuros controles de constitucionalidad, no vincula ni al propio Tribunal que la dictó, ya que el Tribunal Constitucional en tal control de constitucionalidad futuro podría cambiar absolutamente sus argumentaciones y decisiones (como ha ocurrido, por lo demás, en nuestra práctica constitucional), y no existe ningún precepto de la Constitución que impida al Tribunal Constitucional tal actitud.

c) Existen, a mayor abundamiento, pronunciamientos expresos de la Corte Suprema, como tribunal de inaplicabilidad en un caso, y como tribuna de protección, en otro, sobre la profunda diferencia y falta de vinculación de la decisión del Tribunal Constitucional, cuando no se ha producido el caso preciso de cosa juzgada que establece el artículo 83 de la Constitución.

⁴ Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, *Efectos de la resolución de constitucionalidad*, en: "Revista Chilena de Derecho", vol. 15, Nos. 2-3 (1988), p. 330.

⁵ Véase la situación en derecho comparado, que es muy similar, en: Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982), pp. 81 y ss.

Así, en sentencia de 28 de enero de 1992⁶, ha señalado que “la tarea del Tribunal Constitucional es de índole esencialmente preventiva y se desarrolla mientras la ley está en gestación, de manera que, como es de suponer, aquél se encuentra en la imposibilidad de anticiparse a todas las cuestiones que con ocasión de las múltiples facetas de la realidad práctica, su redacción y consiguiente interpretación pueda producir frente a mandatos de carácter constitucional”, reconociendo la distinta naturaleza jurídica y alcances de la labor del Tribunal Constitucional con la de los demás tribunales.

Además, se debe recordar que a propósito de la discusión de la constitucionalidad de un decreto del Presidente de la República, de 1991 (que cancelaba una personalidad jurídica), se presentaron interpretaciones contradictorias de la constitucionalidad entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Inaplicabilidad sobre una misma cuestión, en la cual no operaba la cosa juzgada constitucional. Aún más, con posterioridad a estos fallos, el Tribunal de Protección pudo contradecir con plenos efectos jurídicos tales pronunciamientos de los anteriores tribunales, lo que ratifica la plena autonomía de decisión que la Constitución ha consagrado respecto de los tribunales, salvo la situación excepcional de cosa juzgada constitucional señalada, para lo cual ha tenido en consideración los distintos caracteres y alcances de sus decisiones.

En virtud de las consideraciones anteriores, la sentencia sobre que recae este estudio, a juicio de quienes lo suscribimos, sólo puede tener efectos dentro del procedimiento legislativo, y su única virtualidad fue impedir que el proyecto de ley señalado en los antecedentes cobrara fuerza de ley. En ningún caso es posible atribuirle otros efectos, fuera de este procedimiento legislativo, como lo sería, por ejemplo, basar en tal pronunciamiento una declaración de derechos a favor de los accionistas preferentes de los bancos con deuda subordinada.

III. ANALISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS QUE PLANTEA LA SENTENCIA

A) *Potestades del legislador, retroactividad y derechos adquiridos*

En esta parte del estudio serán desarrollados los siguientes aspectos:

- Potestades del legislador para modificar los derechos o facultades conferidos por las leyes;
- El efecto retroactivo de las leyes; y
- Los derechos adquiridos y las meras expectativas en nuestro Derecho.

5. *Ambito legítimo de las leyes*

El primer aspecto que plantea la sentencia desde el punto de vista del derecho sustantivo es si acaso una ley posterior puede modificar o derogar derechos o facultades concedidas por una ley anterior.

La disposición del Código Civil que trata de la materia es el artículo 9°, que dice:

“La ley sólo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo.”

⁶ Publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1992, 2ª parte, sec. 5ª, p. 12, en lo citado.

“Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.”

En efecto, la norma citada, en su inciso primero, no implica que en principio la ley sólo puede disponer para el futuro, pues éste es un principio de rango meramente legal. No hay disposición constitucional alguna en materia civil que impida al legislador otorgar efecto retroactivo a una determinada disposición legal.

Por otra parte, el inciso 2°, al comenzar con la expresión “sin embargo”, nos habla de inmediato de una excepción a lo dispuesto en el inciso 1°; en otras palabras, las leyes interpretativas sí tienen efecto retroactivo, y son permitidas en cuanto no alteren los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Este inciso 2°, que se refiere a la interpretación auténtica de la ley, refuerza el principio contenido en el inciso 1° y nos dice que el legislador, al interpretar la ley, no afecta derechos o facultades que otorgaba la ley antigua, toda vez que la interpretación auténtica de la ley no hace otra cosa que declarar el verdadero sentido y alcance de ésta; no modifica a la ley anterior.

La inteligencia de este precepto es capital para entender cuál es el supuesto que el legislador debe considerar al interpretar la ley, y ese supuesto no es otro que el que la ley interpretada sea oscura, es decir, no permita a los tribunales aplicarla con certeza a los casos particulares sobre los cuales les toca juzgar. Tal es así, que el art. 5° del Código Civil impone a la Corte Suprema y a las Cortes de Alzada dar cuenta en el mes de marzo de cada año de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia de las leyes, y ello precisamente con el objeto de que las leyes oscuras puedan ser corregidas mediante la interpretación auténtica, a través de la potestad legislativa.

Sin embargo, nos encontramos en la práctica con que se suelen dictar normas que, a título de ser interpretativas, modifican a la ley anterior. Con todo, una ley oscura, o sea que puede y debe ser interpretada al tenor del inciso 2° del artículo 9° citado, no puede afectar los derechos declarados por una sentencia judicial firme en el tiempo intermedio que transcurre entre las dos leyes. Es decir, entre la interpretativa y la interpretada.

Por otra parte, la disposición del inciso 1° del art. 9° del Código Civil, como ya se ha dicho, tiene solamente rango real y, por tanto, en rigor, el legislador, tratándose de disposiciones civiles, o mejor dicho, no penales, puede modificar, alterar o suprimir derechos o facultades conferidas por una determinada ley. La condición para que dicha modificación, alteración o supresión sea eficaz, es que no vulnere derechos adquiridos, es decir, derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas, porque ello atentaría contra la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Al respecto, Carlos Ducci Claro⁷ señala que el artículo 9° citado “es una disposición legal y no constitucional, que no obliga al legislador, quien puede soberanamente dictar leyes retroactivas”. Agrega Ducci Claro que las únicas limitaciones constitucionales a la retroactividad de una ley son las que contiene la Constitución cuando

⁷ Carlos Ducci Claro, *Interpretación jurídica* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977), p. 49.

determina que el juzgamiento y sanción de un hecho punible sólo puede serlo en virtud de una ley promulgada con anterioridad a él; y la posible infracción de la garantía del derecho de propiedad. (Véase art. 19 N^{os} 3 y 24 de la Constitución).

En el derecho comparado la situación es la misma. Así, en Francia, donde la justicia constitucional ha tenido un desarrollo muy grande, Luchaire señala: "El Consejo Constitucional... ha estimado que en las materias no penales la no retroactividad es un *principio general de derecho* (sin valor constitucional) por lo que sólo el legislador (y no el Gobierno) puede derogar"⁸.

Agrega el citado profesor Ducci Claro que "por lo tanto, el problema de determinar si una ley es o no retroactiva, que sería puramente académico, adquiere una importancia práctica inmediata. El legislador —dentro de los límites que se han señalado— puede dictar una ley con efecto retroactivo, ya sea porque expresamente así lo establezca, o bien, porque dicta un precepto interpretativo. En el primer supuesto no tiene otros límites que los constitucionales, y la ley tendrá efectos retroactivos si así lo establece. No se producen aquí problemas de interpretación legal, pero sí efectos en la interpretación judicial, ya que se suscita la retroactividad de la interpretación, pues el juez debe apreciar de acuerdo a un nuevo ordenamiento legal los hechos acaecidos en un tiempo anterior".

Más adelante agrega: "El legislador no puede dictar una ley retroactiva en cuanto al derecho de propiedad si ella va a lesionar intereses que para sus titulares *constituyen derechos adquiridos en virtud de una ley antigua y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona*"⁹.

De lo dicho precedentemente, resulta entonces de la mayor importancia, para arribar a alguna conclusión acerca de cuál situación jurídica ha ocurrido al intentarse por el legislador derogar el inciso 4° de la Ley 18.401, de 1985, determinar:

- a) Si dicha disposición derogatoria, en primer lugar, dispuso para lo futuro, o para situaciones pasadas que no pudieron afectar, sino a un grupo de personas a quienes la ley habría concedido determinados derechos o facultades.
- b) En seguida, es necesario analizar si respecto de las personas a quienes la Ley 18.401 había concedido los referidos derechos o facultades, es decir, a los accionistas clase B, los habían incorporado o no a su patrimonio. En otras palabras, si dichas personas estaban amparadas por la Constitución Política, al tenor de su artículo 19 N° 24.

Ambos aspectos se desarrollan a continuación:

- a) Al derogar el artículo 10 inciso 4° de la Ley N° 18.401, ¿se dispone para el futuro?

6. *Sobre la posibilidad de seguir emitiendo acciones preferidas clase B.*

En lo relativo a este aspecto, debemos ser categóricos para señalar que el proyecto de ley que intentó derogar el inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401

⁸ François Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, en: "Revue trimestrielle de droit civil", vol. 81 (1982), p. 276, citando la sentencia de tal Consejo Constitucional de 24 de octubre de 1969.

⁹ *Op. cit.*, p. 50. El destacado es nuestro. El profesor Claro cita jurisprudencia en apoyo de sus tesis.

dispuso para el futuro y no se refirió a situaciones que afectaban a personas que ejercieron o pudieron ejercer derechos emanados de la citada Ley 18.401.

En efecto, el art. 10 de la ley referida y que es original del primitivo texto de 1985, salvo en la parte que se indicará, demuestra que la ley que autorizó a emitir acciones preferidas clase B, y acciones preferidas clase C, ha dispuesto para el futuro, toda vez que desde su dictación hasta nuestros días permite y ha permitido que los bancos que tenían cartera vendida al Banco Central puedan aumentar su capital emitiendo acciones preferidas clase B, las que, a su vez, autorizan a sus titulares en cada ejercicio, eventualmente, renunciar a percibir dividendos capitalizándolos mediante la emisión de acciones clase C, liberadas de pago, las que gozan de la preferencia consistente en tener acceso al 100% de los excedentes de cada ejercicio del banco comercial que así proceda.

El art. 10 de la Ley 18.401 expresa:

“Los bancos y sociedades financieras, incluidas las empresas y sociedades a que se refiere el artículo 1º, que a la fecha de esta ley o dentro de los dos años siguientes tengan pendientes pactos de recompra de cartera con el Banco Central de Chile que comprometan sus excedentes futuros, estarán facultados para emitir acciones de pago con preferencia, la que consistirá en tener derecho a recibir dividendos con cargo a los excedentes de cada ejercicio mientras esté vigente dicho pacto.

La junta de accionistas que acuerde la emisión de acciones preferidas determinará el porcentaje de dividendos que corresponderá repartir y destinará el remanente a cumplir con la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central. Las reformas de estatutos que aprueben aumentos de capital con emisión de acciones preferidas sólo podrán ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras cuando, por el número de acciones que se acuerde emitir, el precio mínimo en que se colocarán y las demás condiciones y modalidades del aumento, no comprometan el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central, lo que se determinará previo informe de esta Institución. Las circunstancias anteriores deberán también tomarse en consideración, en lo que corresponda, cuando se trate de un aumento de capital para permitir una fusión o la adquisición del activo y asunción del pasivo de otra institución financiera¹⁰.

Las sumas que podrán repartirse como dividendos a las acciones preferidas, no podrán exceder, en ningún caso, de un porcentaje de los excedentes de la respectiva entidad, igual a la proporción que exista entre el número de acciones preferidas y el número total de acciones que estén emitidas al término del ejercicio, cuyo excedente corresponda repartir. Las acciones que no estén totalmente pagadas se considerarán sólo por la parte pagada para calcular la proporción.

La junta de accionistas, con el acuerdo de la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia, podrá acordar que no se les reparta dividendo. Las sumas que les hubieren correspondido como dividendo, se capitalizarán por el solo ministerio de la ley, y se emitirán acciones preferidas que tendrán derecho al total del dividendo en

¹⁰ Este último párrafo de este inciso fue agregado por el art. 3º, letra b) de la Ley 18.818, de 1989, y no es de interés para el punto de que tratamos.

*la proporción resultante entre el aumento del capital pagado, y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas*¹¹.

Un somero análisis del artículo recién transcrito nos indica lo que sigue:

El inciso primero expresa que todos los bancos e instituciones financieras, ya sean de aquellas que estuvieron sometidas a administración provisional o no lo estuvieron, y que a la fecha de vigencia de la ley, es decir, al 26 de febrero de 1985 o dentro de los dos años siguientes, tuvieran pendientes pactos por los cuales estaban obligados a recomprar la cartera de créditos irrecuperables o riesgosos, vendida al Banco Central, por lo cual tenían comprometida la totalidad de sus excedentes futuros, fueron facultados por ese inciso a emitir acciones de pago clase B con preferencia. Ella consiste en tener derecho a recibir dividendos con cargo a una parte de los excedentes de cada ejercicio mientras esté vigente el referido pacto.

Sobre este inciso, cabe comentar que todos los bancos que hasta dos años después del 26 de febrero de 1985 tuvieron obligación de recomprar cartera vendida al Banco Central, cumplen el supuesto de este primer inciso del artículo 10 de la Ley 18.401 y, en consecuencia, están habilitados para emitir acciones clase B a partir del 26 de febrero de 1985 y mientras esté vigente esta disposición. Es necesario señalar de inmediato que la referida norma está vigente hasta hoy y no se ha pretendido derogarla.

Igualmente cabe señalar sobre este inciso que, en virtud de la Ley N° 18.818, de 1989, artículo tercero letra d), que modificó a la ley en análisis, se permitió a los bancos e instituciones financieras que tuvieran pendientes pactos de recompra de cartera con el Banco Central, novar dicha obligación de recompra por una nueva obligación de carácter subordinado que les permite pagar dicha deuda en las condiciones que fija el texto refundido de la Ley 18.401. Al decir lo anterior, queremos significar que *se ha mantenido invariable el derecho de los bancos que originalmente tuvieron cartera vendida, sea que hayan novado su obligación o no lo hayan hecho, a emitir acciones preferidas clase B*.

El inciso segundo del artículo 10 de la ley que comentamos señala la forma cómo la junta de accionistas de los bancos deudores puede acceder a la emisión de acciones preferidas clase B, y en lo sustantivo, dispone que las reformas de estatutos que tengan por objeto aumentar el capital mediante la emisión de estas acciones preferidas determinará el porcentaje de dividendos que corresponderá repartir, y el remanente o saldo se destinará a recomprar cartera, u hoy día, a solucionar la deuda subordinada. Agrega que dichas reformas de estatutos deben ser aprobadas por la Superintendencia de Bancos, previo informe favorable del Banco Central. Cabe destacar que de este mismo inciso segundo resulta que es el Banco Central quien debe vigilar que "por el número de acciones que se acuerde emitir, el precio mínimo en que se colocarán, y las demás condiciones y modalidades del aumento, no comprometan el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central..."; o no comprometa el pago de la obligación subordinada, agregamos nosotros.

¹¹ Los últimos dos incisos agregados a este artículo por la Ley 18.818 no interesan al propósito de este estudio; el destacado es nuestro.

El inciso siguiente, es decir el tercero, establece una ecuación que determina las sumas máximas de excedentes que podrán repartirse a las acciones preferidas clase B.

Por último, el inciso cuarto del artículo 10, que es el que se pretendió derogar por el proyecto de ley que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, es el que se refiere al beneficio adicional que la Ley 18.401 otorgó a los accionistas preferentes clase B, consistente en la posibilidad de renunciar a los dividendos de cada ejercicio, emitiendo otra serie de acciones, la serie C, también con una preferencia consistente en tener estas últimas derecho a la totalidad de los excedentes de los ejercicios futuros.

Vale la pena destacar que es evidente que el legislador no repitió en el inciso 4º, por innecesario, que el precio al cual debían emitirse las acciones clase C debía cumplir con el mismo requisito señalado en el inciso anterior para las acciones clase B. Es manifiesto que, con mayor razón, las acciones clase C, que tienen derecho a la totalidad de los excedentes, deben emitirse a un precio que no comprometa el cumplimiento de la obligación de recomprar cartera o el pago de la deuda subordinada para con el Banco Central.

El análisis de este artículo 10 de la Ley 18.401, en sus cuatro primeros incisos, nos permite afirmar con toda certeza que *el proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto y que fue declarado inconstitucional disponía para lo futuro, puesto que los bancos que se encuentran en la situación prevista en el inciso primero de este mismo artículo, pueden hasta hoy día, y han podido en el pasado, emitir acciones preferidas clase B con autorización de la Superintendencia de Bancos y previo informe favorable del Banco Central.*

De esta manera resulta que de no haber sido declarado inconstitucional el proyecto de ley que derogaba el inciso cuarto, los bancos y sus accionistas constituidos en junta con las mayorías legales, habrían podido igualmente aumentar el capital de estas instituciones, emitiendo acciones preferidas y sólo se les habría privado de la posibilidad de renunciar (a los accionistas B) a los dividendos de los ejercicios futuros, capitalizándolos por el solo ministerio de la ley, mediante la emisión de nuevas acciones preferidas con derecho al total de los excedentes.

Si hoy día se puede seguir emitiendo acciones preferidas clase B en la forma y condiciones ya señaladas, no es efectivo que el proyecto de ley haya tenido efecto retroactivo, sino que, por el contrario, ha dispuesto para lo futuro. No es efectivo entonces que el proyecto de ley rechazado por Tribunal Constitucional haya tenido efecto retroactivo, sino que, por el contrario, disponía sólo para el futuro, o sea, no afectaba las capitalizaciones que pudieren ya haberse efectuado conforme a la ley, sino que prohibía las capitalizaciones futuras, en las condiciones previstas en el proyecto que se derogaba.

Una ley que dispone para el futuro, aunque modifique, altere o derogue algunas facultades o derechos que otorgaba la ley a la cual modifica no puede ser, por este concepto, inconstitucional. Podría serlo si sólo en apariencia dispusiera para el futuro, pero en la realidad afectara únicamente a personas que se encontraban en una determinada situación frente a la ley.

Ha quedado demostrado suficientemente que la Ley 18.401, modificada por la Ley N° 18.818, sigue vigente y, por lo tanto, sigue permitiendo emitir acciones preferidas clase B con acceso a un porcentaje de las utilidades o excedentes de los bancos, con la debida autorización de la Superintendencia de Bancos y previo informe favorable del Banco Central.

7. Errores del informe de Pablo Rodríguez Grez

No podemos, al terminar de tratar este aspecto del problema que nos ocupa, dejar de refutar lo que dice el informe en derecho del abogado Pablo Rodríguez Grez, resumido al comienzo de este estudio. En efecto, dice el referido informe:

“Tampoco podría sostenerse que la derogación del artículo 10 inciso 4° de la Ley 18.401 opera hacia el futuro y no afecta a los contratos válidamente celebrados con antelación a ella. Lo que decimos es bien obvio, si se considera que la Ley N° 18.401 fijó un plazo de dos años para que los bancos con obligación de recompra de cartera pudieran emitir acciones de pago preferidas. Así se estableció en el artículo 10 de esta normativa. De manera que afirmar que la derogación no afecta a los contratos válidamente celebrados con antelación, implicaría sostener que se ha dictado una ley que no puede tener efecto alguno, cuestión descartable de plano y que colocaría al legislador en una posición contradictoria e insostenible”¹².

Con lo que se ha señalado en los párrafos inmediatamente precedentes de este estudio, queda claro que la apreciación del abogado informante que comentamos adolece de un error de hecho. Insistimos que el inciso 1° del art. 10 de la Ley 18.401 sólo fija un supuesto para que determinados bancos puedan emitir acciones preferidas (clase B) con derecho a percibir parte de sus excedentes, pese a tener pendiente la obligación de recomprar su cartera vendida al Banco Central. Ese supuesto consiste en que, para tener derecho a emitir las referidas acciones preferidas clase B, ha de tratarse de bancos que hasta dos años después del 26 de febrero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 18.401, tuvieran obligación de recomprar cartera vendida al Banco Central. Cumplido ese supuesto, los bancos han podido, y siguen hasta hoy pudiendo, emitir acciones preferidas clase B con autorización de la Superintendencia de Bancos y previo informe favorable del Banco Central, cumpliendo las condiciones que fijan los incisos siguientes del artículo 10 de esta ley. Por lo demás, así ha ocurrido durante los años posteriores al 26 de febrero de 1987, y con toda seguridad seguirá ocurriendo en el futuro, puesto que la ley está vigente en su totalidad. La ley hubo de fijar este supuesto para permitir la emisión de estas acciones, porque los bancos comerciales, según lo dispone la Ley General de Bancos, en su artículo 65 N° 3, si bien pueden tener acciones de distintas series, sus acciones no pueden tener preferencia.

La razón que justifica la excepción del artículo 10 de la Ley 18.401, de 1985, es, por un lado, permitir la capitalización de los bancos, emitiendo acciones de pago que puedan resultar atractivas para el público, y por el otro, cautelar el interés del Banco Central y, en definitiva, el interés público, de que se recompre la cartera vendida al Banco Central lo antes posible o, podemos decir actualmente, se pague la obligación subordinada para el caso que se haya novado la primera obligación. En efecto:

El atractivo de estas acciones clase B es que los adquirentes de las mismas pueden tener acceso a una parte de los excedentes del banco. De otra manera

¹² Informe citado, N° 12, p. 18.

nada se habría sacado con emitir acciones de pago de estos bancos, toda vez que nadie tendría interés en adquirirlas, ya que mientras estuviera pendiente la obligación de recomprar la cartera o pagar la deuda subordinada, la totalidad de los excedentes de estos bancos debería destinarse a recomprar la cartera vendida o a pagar la deuda subordinada, según sea el caso.

Debe quedar perfectamente claro que el fin que persiguió la Ley 18.401 y sus modificaciones posteriores, es aumentar el capital de los bancos con problemas financieros derivados de las obligaciones tantas veces referidas para con el Banco Central, como cautelar el interés del Instituto Emisor de recuperar el capital invertido en auxiliar a los bancos que entraron en crisis a partir del año 1982. Reafirma este segundo claro propósito de la ley, el que su artículo 15, agregado por la Ley 18.818, prevé para el caso de que estos bancos entren en liquidación forzosa que "la obligación contraída en favor del Banco Central de Chile se pagará después de las demás obligaciones de la institución financiera y *antes que los accionistas*". Esta disposición es precisamente la que define el concepto de obligación subordinada e incluso modifica las normas generales de prelación de créditos contenida en el Código Civil.

b) Al derogar el art. 10 inciso 4° de la Ley 18.401, ¿se afectan derechos adquiridos?

Queda pendiente la cuestión planteada al comienzo del presente capítulo de este estudio, en orden a determinar si el proyecto de ley derogatorio del inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, pudo afectar derechos adquiridos de accionistas clase B, que lo fueron en virtud de emisiones de este tipo de acciones preferentes, con anterioridad a que hubiese entrado en vigencia la ley derogatoria.

Dos materias es necesario despejar a tal efecto:

1°) Si el legislador estaría privado de su potestad legislativa para dictar una ley que modifique o derogue para el futuro facultades o derechos que concedía la ley antigua; y

2°) Si dichos derechos o facultades concedidos por la ley anterior pueden estimarse derechos adquiridos y, consecuentemente, quedar amparados por el artículo 19 número 24 de la Constitución Política, o si ellos consisten en meras expectativas o, en el mejor de los casos, en derechos condicionales.

8. *Potestad del legislador para modificar leyes anteriores*

Respecto de la cuestión planteada en primer lugar, la respuesta afirmativa es evidente. El legislador no queda privado de su potestad legislativa que emana directamente de la Constitución para modificar las leyes. Si así fuera, ninguna ley podría ser modificada. El que el contenido de la ley sea de carácter patrimonial o pecuniario tampoco afecta la potestad del legislador. Lo que ocurre es que si el legislador, al dictar una ley, pudiese haber afectado un derecho ya incorporado al patrimonio de alguna persona, esa persona tendrá el derecho de reclamar ante los tribunales ordinarios de justicia, con el objeto de que éstos no declaren la inconstitucionalidad de la ley, sino que declaren que esa norma no les afecta, puesto que ya no los pudo privar de un derecho que se habría incorporado a su patrimonio.

Tampoco tiene relevancia para el problema en estudio que los derechos adquiridos hubiesen emanado de un contrato, como lo sería el de novación celebrado entre los bancos con deuda subordinada y el Banco Central, al amparo de una ley que después se derogara. Sabido es que la fuente de los derechos y obligaciones personales, al tenor de los artículos 1437 y 2284, ambos en relación con el artículo 578, todos del Código Civil, son: la ley, el contrato, los cuasicontratos, los cuasidelitos y los delitos. Es más, conforme lo sostiene mayoritariamente la doctrina moderna, dichas fuentes en general son dos: el contrato y la ley, que verdaderamente subsumen a las otras fuentes citadas.

Resulta obvio que si el legislador no queda privado de su potestad para modificar las leyes en virtud de una ley posterior, igualmente puede hacerlo aun cuando exista un contrato, ya que los contratos sólo producen efectos para las partes que lo celebran. El artículo 1545 del Código Civil reza: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*". Así, el contrato es una ley para los contratantes, pero no para los terceros, ni menos para el legislador, y todavía menos podría pretenderse que le abrogara sus poderes públicos.

Es verdad que el contrato, en cierto sentido, puede afectar excepcionalmente a terceros, como ocurre con los herederos y cesionarios de los contratantes que los reemplazan a ellos mismos, o aun con los acreedores de éstos en cuanto de una u otra forma afectan el derecho de prenda general que todo acreedor tiene sobre los bienes de su deudor, pero en definitiva el contrato sólo es ley y obliga como tal a los propios contratantes y a quienes jurídicamente ocupen su lugar, pero no lo es para los terceros que no están en relación con las partes ni menos para el legislador.

Finalmente, digamos que resulta absurdo, como se ha pretendido en la especie, que porque los contratos de novación se hagan al amparo de una determinada ley y aunque se reprodujera en todos sus términos esa ley, podrían alcanzar sus efectos a quienes no han concurrido con su voluntad a celebrarlos. Por lo demás, lo anterior fluye claro del mismo texto del artículo 1545 del Código Civil, cuando dice que el contrato válidamente celebrado no puede dejarse sin efecto por el consentimiento mutuo o "*por causas legales*". Esas "*causas legales*" podrán ser la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la revocación en determinados casos, etc. Y, por cierto, la modificación de la ley al amparo de la cual se celebró el contrato; sólo que, en este caso, será necesario examinar si las partes, como correlativos a las obligaciones que contrajeron, adquirieron verdaderos derechos y no meras expectativas y aun derecho condicionales. Si hubiesen adquirido verdaderos derechos que se hubieran incorporado a su patrimonio, la causa por la cual no podrían ser privados de esos derechos no es el contrato, sino es la ley misma. En otras palabras, vale decir que el contrato ya hubiese producido efectos al amparo de la ley que después se derogó y esos derechos ya también hubiesen ingresado al patrimonio de alguna de las partes.

9. *Afirmaciones infundadas de F. Cumplido y M. Verdugo y del Tribunal Constitucional sobre naturaleza y efectos de las normas de derecho privado*

En forma complementaria al párrafo anterior, queremos hacernos cargo de algunas afirmaciones hechas por los abogados Francisco Cumplido y Mario

Verdugo, que fueron reproducidas en el considerando 73° de la sentencia del Tribunal Constitucional.

En efecto, los referidos profesores, después de citar sendas definiciones de diversos autores, muy pertinentes por lo demás, que definen el concepto de orden público económico, agregan: "Precisado que el *orden público* comprende las normas establecidas para organizar las relaciones económicas en sus aspectos fundamentales, resta por señalar qué aspectos de las disposiciones que rigen el proceso de aumento de capital y capitalización de utilidades deben quedar comprendidas dentro de este concepto. En resumen, las normas de la ley de bancos y de la de sociedades anónimas sobre capitalización, *son de orden público*, específicamente de orden público económico, en la medida que establecen formalidades, requisitos y procedimientos para el acuerdo que modifica los estatutos para aumentar el capital, y como tales rigen *in actum*. Las normas sustantivas sobre el ejercicio de la libertad contractual, por lo contrario a lo que reglamentan las formas, modalidades y condiciones en que esta libertad debe manifestarse, son normas de *orden privado*. En la especie las reglas sobre capitalización contenidas en el artículo 10 de la tantas veces citada Ley N° 18.401 *son de derecho privado* e incorporaron al patrimonio de las instituciones bancarias deudoras y de sus accionistas preferentes la facultad —bien incorporal— de capitalizar con el solo acuerdo de la junta de accionistas, ya sea con acciones de pago o representativas de dividendos no repartidos, sus respectivas instituciones financieras en los términos señalados en esa norma. En consecuencia, esta facultad de capitalizar, lo mismo que la forma de pago de la obligación subordinada, *no puede ser modificada por una ley posterior*, pues ésta sería inconstitucional por violar la garantía al derecho de propiedad que ampara el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República".

Francamente no entendemos las asimilaciones que pretenden hacer los profesores citados entre orden privado y derecho privado, ni tampoco qué entienden por derecho público y orden público. El derecho público es el conjunto de normas que regulan los poderes públicos del Estado y que, además, rigen las relaciones entre el Estado y los particulares, en cuanto el Estado actúa como tal. Este concepto de derecho público ha quedado particularmente clarificado con la dictación de la Constitución de 1980, cuando en el artículo 19 N° 21, al tratar de las actividades empresariales, ha señalado que el Estado no puede abocarse a ellas, sino por excepción y que, en tal caso, se rige por las normas de la "legislación común aplicable a los particulares", es decir, el derecho privado, a menos que también se le exceptione de ese estatuto jurídico por una ley de quórum calificado.

El derecho privado, en cambio, como todos sabemos, rige las relaciones de los particulares entre sí.

Por otra parte, nadie puede discutir que en el derecho público hay normas de orden público, que son las que prevalecen en él, pero también las hay de orden privado. Ello ocurre, por ejemplo, en las normas de derecho procesal que pertenecen claramente al campo del derecho público.

Igualmente es incuestionable que en el derecho privado también hay normas de orden privado que quedan sujetas a la autonomía de la voluntad, pero también hay gran cantidad de normas de orden público como, por ejemplo, la mayoría de las que regulan los actos de familia y muchísimas también en el campo del derecho patrimonial. A este respecto, baste recordar, por ejemplo, las normas sobre nulidad de los actos, los modos de extinguir las

obligaciones, la irrenunciabilidad a la acción de lesión enorme al celebrar el contrato, etc.

Podrá ser difícil dar un concepto de normas de orden público, pero lo que resulta fácil es saber sus consecuencias. Las normas de orden público son inmodificables, es decir, son irrenunciables para las partes; en cambio, las de orden privado son disponibles y renunciables. Conviene a este propósito recordar el artículo 12 del Código Civil: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia".

Ahora bien, nada tiene que ver el que una norma sea de orden público o de orden privado para saber si ha de regir *in actum* o no. Para resolver esta cuestión ha de distinguirse si las normas dictadas por el legislador se refieren a actos y contratos de los que puedan haber emanado derechos adquiridos o sólo meras expectativas.

Para clarificar lo que acabamos de expresar, es conveniente recordar que la Ley 18.802, de 1989, que modificó el Código Civil, rigió *in actum* respecto del derecho sucesorio, pero no ocurrió lo mismo con las normas relativas a la administración de la sociedad conyugal, ya que los actos celebrados por el marido o por la mujer con anterioridad a la vigencia de esa ley quedaron regidos por la ley antigua.

En conclusión, a nuestro juicio la distinción que realizan los profesores citados y, siguiéndolos, la sentencia del Tribunal Constitucional, en sus considerandos 70° a 74°, carece de sentido y, en ningún caso, es suficiente para justificar la conclusión de que el legislador habría carecido de potestades para modificar la legislación anterior. No es procedente afirmar que las normas de derecho privado, por el hecho de ser de esa naturaleza, pasan a formar parte del patrimonio de las personas, protegido por la garantía de la propiedad, lo que implicaría una imposibilidad absoluta de toda modificación legislativa; hipótesis ésta lamentablemente acogida en la sentencia analizada.

10. *La tesis del Tribunal Constitucional sobre los derechos adquiridos de los accionistas clase B. Exposición de sus fundamentos*

Corresponde estudiar ahora el tema de si los derechos o facultades concedidos por la Ley N° 18.401, de 1985, constituyen derechos adquiridos o meras expectativas y verificar si efectivamente los accionistas clase B eran titulares de un derecho adquirido y, por lo mismo, si habrían quedado amparados por el art. 19 N° 24 de la Constitución Política o no lo estaban.

La sentencia del Tribunal Constitucional, en sus diversos considerandos, que serán transcritos en seguida, cree entender que, en este caso, existirían verdaderos derechos adquiridos. Así señala:

- "Que la esencia de la problemática a que este Tribunal ha debido abocarse se encuentra centrada en las consideraciones contenidas en los considerandos trigésimo tercero y siguientes, esto es, en el análisis de un sistema que da derecho a los propietarios de acciones para recuperar el tratamiento normal de su participación proporcional en los excedentes cuando capitalicen los dividendos de sus acciones antes adquiridas con tratamiento anormal y reducido. Todo lo anterior forma un solo todo, intercondicionado e inseparable en virtud de ese régimen, que tiene el derecho a que sus nuevas

capitalizaciones practicadas con sus dividendos no repartidos, se conviertan en acciones con plenitud de participación proporcional en los excedentes, esto es, con el tratamiento normal de una inversión en una entidad de esta especie. Por lo mismo, ése es el derecho del que la derogación del inciso cuarto del artículo 10° de la Ley N° 18.401 pretende privarlos” (considerando 46°).

- “Que resulta evidente que los derechos de los dueños de las acciones que gozan de preferencia para acordar que no se les reparta dividendos y que las sumas que les hubieren correspondido por tal concepto se capitalicen por el solo ministerio de la ley y se emitan acciones preferidas que tengan derecho al total del dividendo, en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas, como lo establece el inciso cuarto del artículo 10° de la Ley N° 18.401, constituyen un bien incorporal cuya propiedad se encuentra asegurada por la Constitución” (considerando 54°).
- “Que la derogación de dicho inciso cuarto privaría, de esta manera, a las personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos ya que, por el solo ministerio de la ley, se produzca su capitalización con el tratamiento contemplado en la misma norma citada, lo cual tiene un evidente efecto económico y patrimonial, afectando su derecho de dominio, al deteriorar y suprimir facultades de que gozaba, vulnerándose de esta manera el citado precepto del artículo 19, de la Carta Fundamental, al afectar su propiedad sin causa prevista en la misma Constitución” (considerando 55°).
- “La Ley N° 18.401 estableció un estatuto jurídico especial aplicable a determinados accionistas, concediéndoles calificados derechos por el solo hecho de adquirir esas acciones sujetas a ese estatuto especial. Los accionistas, al adquirir esas acciones, incorporaron a su propiedad la facultad de no recibir dividendos para que, de pleno derecho, se produjere su capitalización con los efectos legales preestablecidos” (considerando 59°).
- En el considerando 61° se refiere a una “privación de un derecho de propiedad”, y aún más enfáticamente califica al proyecto como una: “privación de derechos adquiridos que es lo que el proyecto de ley contempla”.
- En el considerando 62° dice el Tribunal que “se está en presencia de un proyecto de ley que simplemente priva a las personas titulares de acciones con preferencia de las facultades inherentes a la propiedad que adquirieron y que incorporaron a su patrimonio al amparo de las disposiciones legales vigentes”.
- “Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente a la época de su adquisición. Fue efectivamente aquel hecho la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial, protegido por la garantía consagrada en el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política y, por lo tanto, estableciendo una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabarlo o anularlo por una norma posterior” (considerando 63°).

- “Que, en consecuencia, no cabe sostener que la facultad de concurrir a la junta de accionistas de acciones preferentes para acordar la no repartición de dividendos con sus correspondientes efectos, constituye una mera expectativa sujeta a hechos determinados, ya que el derecho fue plenamente adquirido al momento de celebrar los contratos de suscripción de sus acciones con los atributos y facultades legalmente establecidos, incorporándose consiguientemente a su propiedad y no siendo admisible retroactivamente extinguir tal derecho así adquirido” (considerando 66°).
- En su considerando 69° indica que “una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos por las personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición”.
- “Que en el caso de autos se está en presencia ciertamente de una situación que afecta a particulares, a sus contratos de adquisición de acciones bancarias, a los efectos de tales contratos y a los derechos emanados de esos contratos celebrados bajo el imperio de una ley que los establece y los tipifica. La norma que los afecta y que se pretende derogar por el proyecto materia de autos, compromete directamente esa relación contractual y ese derecho de propiedad, ya que en el resto de las disposiciones establecidas para tratar la problemática de la banca endeudada no se produce alteración, quedando así incorporada la norma impugnada al campo del derecho privado y al respeto consiguiente de los derechos adquiridos de las personas y específicamente a la seguridad del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política” (considerando 71°).
- En su considerando 72° se refiere a que se estaría intentando sustentar una aplicación de disposiciones legales “por encima de derechos adquiridos”.

De la lectura de los considerandos transcritos resulta que para el Tribunal los titulares de acciones clase B de los bancos con deuda subordinada tendrían unos derechos adquiridos no sólo sobre las mismas, sino, además, a llevar adelante las capitalizaciones a que los autorizaba la ley que se pretendió derogar; y, por consiguiente, señaló el Tribunal que no era posible modificar tal estatuto, pues él habíase incorporado al patrimonio de los accionistas, y toda ley que así lo hiciese, al afectar el derecho de propiedad de tales accionistas, estaría actuando con efecto retroactivo, lo que impediría la Constitución.

11. *Algunas consideraciones singulares de la sentencia*

Antes de entrar a rebatir el fondo de la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional —esto es, la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas—, cabe comentar previamente algunos considerandos:

- Sobre el considerando cuadragésimo sexto

La sola lectura de este considerando produce una extraordinaria sorpresa. La tesis del Tribunal en este considerando es que la Ley 18.401 habría creado un sistema que daría derecho a los propietarios de acciones clase B, preferidas, “para recuperar el tratamiento normal de su participación proporcional en los excedentes cuando capitalicen los dividendos de sus acciones *antes adquiridas* con tratamiento anormal y reducido” (el destacado es nuestro). Agrega que estos

accionistas tendrían derecho a que con las nuevas capitalizaciones practicadas con los dividendos no repartidos se conviertan en acciones C, "con plenitud de participación proporcional en los excedentes...".

No pueden dejar de causar sorpresa las afirmaciones del Tribunal por las siguientes razones:

1° Los propietarios de las acciones clase B no tienen nada que recuperar respecto de lo que el Tribunal llama un "tratamiento anormal y reducido". Quienes adquirieron estas acciones nunca tuvieron derecho a la totalidad de los excedentes de los Bancos. Sólo las acciones clase A, ordinarias, tenían derecho a la totalidad de los excedentes y perdieron su derecho al vender su cartera de créditos irrecuperables al Banco Central, obligándose a recomprarla en su integridad, único medio de recuperar el derecho a las utilidades de tales instituciones. Por lo demás, de no haberse acogido a este beneficio otorgado por el Estado, los bancos que se encontraban en falencia simplemente habrían quebrado.

Las acciones clase B se crearon por vía excepcional con el objeto de capitalizar a los bancos y para que éstos pudieran recomprar la cartera vendida al Banco Central. A estas acciones se les otorgó una preferencia consistente precisamente en tener acceso a una determinada proporción en los excedentes del banco, privando sobre esa misma parte de los excedentes al Banco Central. Queda claro que estas acciones mal pudieron tener derecho a la totalidad de los excedentes. ¿Cómo entonces estas acciones podrían recuperar un tratamiento que el Tribunal llama "anormal" que jamás tuvieron?

2° Más sorprendente resulta que se diga que estas acciones clase B, a través de la capitalización de los excedentes por ellas producidos, se convierten "en acciones con plenitud de participación proporcional en los excedentes...".

Estas acciones clase B, al capitalizar los excedentes *de cada ejercicio* dan lugar a la emisión de acciones de otra serie, clase C, y de las cuales sus titulares (accionistas clase B) pueden hacer lo que quieran; por de pronto, enajenarlas de inmediato. No hay conversión alguna de acciones clase B en acciones clase C. La única conversión de acciones es la que contempla la misma Ley 18.401, modificada por la Ley 18.818, en su artículo 15, que establece que, al recomprarse la totalidad de la cartera vendida o al pagarse la totalidad de la deuda subordinada, implicará que todas las acciones de los bancos deudores se conviertan en ordinarias por la única razón de haber pagado su obligación para con el Banco Central.

- Sobre el considerando quincuagésimo nono

Dice el Tribunal que la Ley 18.401 estableció un estatuto especial aplicable a determinados accionistas "concediéndoles calificados derechos" por el solo hecho de adquirir acciones sujetas a ese estatuto especial, sobre el cual tendrían propiedad.

No comprendemos qué se ha querido decir con "calificados derechos". La Ley 18.401 otorgó determinados derechos a los accionistas B con el objeto de que los bancos pudieran colocar estas acciones, ya que, como se ha dicho en este trabajo, nada habrían sacado los bancos con emitir acciones ordinarias de pago, privadas de toda participación en los excedentes, mientras no se cumpliera íntegramente la obligación de recomprar la cartera u, hoy día, de pagar la

deuda subordinada Si se les quiere llamar "calificados" a estos derechos, puede hacerse, pero esta denominación carece de todo alcance jurídico. En cambio, valdría la pena decir que esos derechos (a renunciar a las utilidades y capitalizarlas mediante la emisión de acciones preferidas clase C) quedaban sujetos a la limitación impuesta por la misma ley de, al efectuar la capitalización, no comprometer "el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central". Ello es lo que dispone el inciso tercero del artículo 10 de la Ley 18.401, disposición que, como ya se ha dicho precedentemente, no puede dejar de aplicarse al inciso cuarto, que trata de la capitalización de pleno derecho de los excedentes de las acciones B.

- Sobre el considerando sexagésimo tercero

Se señala en este considerando que, por haberse celebrado el contrato de adquisición de acciones B, se habría establecido "una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabar o anularlo por una norma posterior".

Tal como lo dijéramos al tratar este tema en el número 1º de este capítulo, refiriéndonos acerca de si el legislador estaría privado de su potestad legislativa para dictar una ley que modifique o derogue para el futuro facultades o derechos que concedía la ley antigua, insistimos en que la potestad legislativa emana únicamente de la Constitución Política, la que la entrega al Congreso Nacional y al Presidente de la República. Pretender que por un contrato de adquisición de acciones, o por cualquier otro, que concediera derechos para las partes, se priva al legislador de la potestad de modificar la ley a cuyo amparo se celebró el contrato, implica, nada menos, que el legislador quede impedido de ejercer sus atribuciones constitucionales. Si alguien efectivamente adquirió un derecho, y no una mera expectativa, en virtud de un contrato válidamente celebrado, tendrá derecho, recurriendo a los *Tribunales Ordinarios*, a exigir que se le aplique la ley antigua, en virtud de estar amparado por el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

- Sobre el considerando septuagésimo primero

Llama la atención en este considerando que el Tribunal estima que la norma que se pretendió derogar por el proyecto de ley cuestionado, por haberse celebrado el contrato de adquisición de acciones (acciones clase B), habría quedado así "incorporada la norma impugnada al campo del derecho privado".

Nunca esta norma pudo pertenecer a otro campo que al del derecho privado. No alcanzamos a comprender cómo una norma que regula los efectos de la adquisición de acciones bancarias pudiera pertenecer al campo del derecho público. Que de ella y concretamente del ejercicio de las facultades que ella confiere, puedan surgir derechos adquiridos o no, nada tiene que ver con su pertenencia al campo del derecho privado o del derecho público.

12. *El efecto retroactivo de la ley en nuestro Derecho*

Para efectuar el análisis del fondo de la sentencia, revisaremos la ley de efecto retroactivo de las leyes, sus disposiciones y lo que señalan los autores sobre la retroactividad de las mismas. Ello con la finalidad de determinar cuándo se está en presencia de un derecho adquirido y cuándo de una mera expectativa.

Ya hemos dicho que el principio de la no retroactividad de las leyes se encuentra consagrado en el artículo 9° del Código Civil al expresar que “la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Esta disposición fue tomada casi literalmente del artículo 2° del Código Civil francés. Sin embargo, este precepto que innovó en la legislación civil chilena, fue necesario complementarlo mediante la dictación de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes que se inspiró en la distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas.

Lo anterior no obsta a que leyes especiales puedan, como lo han hecho en diversos casos, contener otros criterios que los de la ley de efecto retroactivo sobre la materia. Lo anterior es así precisamente, como lo hemos dicho, porque la irretroactividad de la ley civil es un principio de carácter meramente legal.

En sus diferentes disposiciones, la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes establece principios aplicables a la resolución de conflictos relativos al cambio de legislación, en materia de estado civil, de capacidad de las personas, en materia de prescripción, en lo que se refiere a la prueba de los actos y contratos, etc.

Dentro de sus normas, luego de que en el artículo 7° inciso 1° sienta el principio básico de que “las meras expectativas no forman derecho”, en su artículo 12 se refiere expresamente a los derechos reales y dice textualmente:

“Art. 12: *Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales*”.

13. *Importantes omisiones de la sentencia del Tribunal Constitucional*

En primer lugar, resalta en la sentencia del Tribunal Constitucional el hecho de que —a pesar de fundamentar toda su argumentación en que los accionistas clase B habrían adquirido un derecho de propiedad sobre la facultad de renunciar a los dividendos y, en consecuencia, de pleno derecho capitalizarlos— no hace alusión alguna al principio contenido en el artículo 12 recién transcrito. Tampoco se pronuncia sobre si la Constitución, por hipótesis, hubiera derogado tácitamente la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, y más precisamente el artículo 12, que se refiere específicamente a los derechos reales, del cual el más importante es el derecho de propiedad.

No aparece justificable esta omisión de la sentencia atendido que insistentemente se refiere a unos pretendidos derechos adquiridos, o a una pretendida irretroactividad y que, además, citando en apoyo a su argumentación, transcriba un texto del tratado de don Luis Claro Solar, en que este autor comenta precisamente la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes y, en especial, su artículo 22 relativo a contratos: *Es especialmente grave que los sentenciadores hayan omitido el comentario que tal autor realiza al artículo 12 ya referido, artículo éste que es el único aplicable a la hipótesis de retroactividad o irretroactividad que el Tribunal Constitucional debía considerar a propósito del requerimiento relativo a la Ley 18.401.*

Si bien el artículo 22 reza en su inciso 1° que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, ella lo hace

para establecer dos excepciones, cuales son: las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultan de los contratos y las infracciones a lo estipulado en ellos, casos ambos que se rigen por la nueva ley.

La primera parte del artículo 22 es de toda evidencia y ni siquiera se justificaría su existencia, si no fuera para referirse a las excepciones. Es evidente que los contratos han de regirse por la ley vigente al tiempo de su celebración, porque resultaría absurdo pretender que pudieran regirse por una ley que ya dejó de estar vigente, puesto que ello implicaría que las partes podrían sobrepasar al legislador, dándole un efecto ultraactivo a una ley ya derogada. Igualmente absurdo sería pretender de que las partes pudieran prestar su consentimiento para celebrar un contrato al amparo de una ley que no pueden conocer, porque no se ha dictado.

Ahora bien, regido un contrato por la única ley que lo puede regir, cual es la del tiempo de su celebración, corresponde determinar si una ley posterior a la celebración del mismo puede o no alterar el estado civil de las partes que lo celebraron, su capacidad, la forma de probarlo, etc.; y, entre otras, si esa ley posterior pudo alterar los derechos reales adquiridos en virtud del contrato y al amparo de la ley vigente al tiempo de su celebración.

El artículo 12 de esta ley resuelve precisamente la materia respecto a los derechos reales y expresa que la adquisición del derecho real y su subsistencia en cuanto tal, se rige por la ley del tiempo en que se adquirieron, pero en cuanto a sus goces, cargas y a su extinción, prevalece la nueva ley. Queremos decir enfáticamente que la omisión por el Tribunal Constitucional de un análisis de este artículo 12, que constituye, además, un principio general de derecho, resulta absolutamente sorprendente, pues precisamente toda la argumentación de los sentenciadores giraba en torno a su defensa de un derecho real (el derecho de propiedad de los accionistas clase B), que pretendidamente estaba siendo amagado por una ley nueva, la que, a su juicio, era retroactiva, afectando derechos adquiridos. Si los sentenciadores quisieron referirse a este tema de la retroactividad y de los derechos adquiridos, no se vislumbra ninguna razón para omitir una referencia a este artículo.

Al respecto, conviene recordar que don Luis Claro Solar, refiriéndose a los principios que consagra este artículo 12, dice:

“Una nueva ley no puede afectar a un derecho de propiedad o más generalmente a un derecho real ya existente, sin que despoje al titular de un derecho adquirido, de una aptitud ya ejercida.

Pero no debe confundirse con el derecho mismo, lo que no constituye más que su ejercicio, su manera de usarlo, o su modo de conservarlo. Estas no son sino meras aptitudes que emanan del derecho mismo y, naturalmente, quedan regidas por la nueva ley.

Todo lo que exige el principio de la no retroactividad es que la nueva ley respete, en este último caso, los actos de goce ya cumplidos y que como tales son constitutivos de derechos adquiridos. Se puede tener interés en ejercitar el derecho de la misma manera; pero este interés no se transformará en derecho adquirido, sino cuando la facultad de usarlo así, se ha traducido en un acto de ejercicio”¹³.

¹³ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Establecimiento Poligráfico Roma, 1898), Tomo I, p. 79. Curiosamente, la sentencia cita a este autor en otros pasajes, pero no en éste, plenamente aplicable a la hipótesis que debía resolver.

Los profesores Alessandri y Somarriva, también recordados en este estudio, exponen sobre la norma: "El derecho en sí mismo permanece intangible, porque, incorporándose al patrimonio por un título propio, es decir, por virtud de la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no así las facultades anexas: éstas entran en el patrimonio por un título general: la ley. Por eso puede la nueva norma, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades a su imperio"¹⁴.

Al respecto, queremos afirmar que si el Tribunal Constitucional hubiese seguido el pensamiento de este jurista, en cuanto a los derechos adquiridos y a la irretroactividad de las leyes, habría tenido que concluir necesariamente que los accionistas clase B podían tener un interés legítimo en seguir ejercitando su derecho a capitalizar, en conformidad a la ley, pero este interés no se transformará en derecho adquirido —como lo dice Claro Solar—, sino cuando la facultad de capitalizar se haya traducido en un acto concreto de ejercicio.

En otras palabras, los accionistas clase B, supuesto que hubieran ejercido en los años anteriores a 1994 legítimamente su derecho a capitalizar dividendos, ellos no podrían haber sido privados de sus acciones clase C producto del ejercicio de su derecho en los años anteriores. Esta fue, sin duda, la razón por la cual el proyecto de ley derogatorio del inciso 4° de la Ley 18.401 no se refirió para nada a las capitalizaciones efectuadas con anterioridad. Sólo regía para el futuro.

Queremos dejar en claro que las capitalizaciones anteriores, en todo caso, para haber producido un legítimo derecho adquirido sobre ellas, debieron efectuarse con pleno respeto a la ley; pero el apreciar esta circunstancia será siempre materia concerniente a los tribunales ordinarios de justicia.

14. *Confusión entre dividendo y capitalización*

No podemos dejar de hacernos cargo de lo expresado por el abogado Pablo Rodríguez Grez en su informe en derecho, resumido al comienzo de este estudio, cuando expresa: "Es claro para este informante que la facultad conferida a los accionistas preferentes se gestó en virtud del contrato de sociedad y suscripción o adquisición de acciones, al amparo de una ley especial que hizo posible que ella fuera estipulada en tres convenciones sucesivas que, en cierta medida, se integran y confluyen en el pleno reconocimiento del mismo (estatutos de la sociedad, adquisición de las acciones, novación celebrada con el Banco Central de Chile). No podría sostenerse que, por el hecho de que son inciertos los excedentes, esta facultad se transforma en una simple expectativa, ya que si esto fuera así, desde ese punto de vista podrían confiscarse por la ley el derecho de los accionistas a la percepción de dividendos, ya que éstos sólo existen en la medida que hay utilidades. Los supuestos de hecho sobre los cuales se ejerce el derecho no obstan a su existencia; sólo son un presupuesto de su exigibilidad".

Resulta rechazable lo sostenido por el abogado Rodríguez Grez, puesto que pretende equiparar la modalidad de percibir los dividendos de los bancos, consistente en capitalizarlos mediante la facultad concedida excepcionalmente por la Ley 18.401, con el hecho de que se privara a los accionistas de los dividendos mismos.

¹⁴ Alessandri y Somarriva, *Curso de Derecho Civil*. Tomo 1, Vol. 1, Editorial Nascimento, 1961.

Los dividendos de una acción son inseparables de ella, ya que la forma de usufructuar del derecho de dominio sobre la acción es precisamente la percepción de éstos y el derecho de usufructo es uno de los atributos esenciales del dominio. Es más, si se privara a los accionistas del derecho a percibir los dividendos, aunque sea incierto que ellos lleguen a producirse realmente, dejaría de haber sociedad, puesto que está en la esencia de este contrato el poner algo en común (el capital que está representado por las acciones) con miras a repartir el beneficio que del negocio provenga (las utilidades que se perciben a través de los dividendos). (Art. 2053 Código Civil).

Como se ve, se pretende hacer una analogía de dos situaciones que no tienen parecido alguno, como son el derecho a percibir las eventuales utilidades, con la forma con que ello se haga. Insistimos que la capitalización automática de dividendos por la renuncia que efectúen los accionistas constituidos en junta, es una modalidad enteramente excepcional creada por la Ley 18.401, con el objeto de poder capitalizar a los bancos, cuyos accionistas habían perdido por completo sus derechos a percibir excedentes mientras no recompraran íntegramente su cartera vendida al Banco Central o solucionaran igualmente la deuda subordinada, según los casos.

Aclarado lo anterior, corresponde ocuparse de la distinción entre derechos adquiridos y las meras expectativas.

15. *Los derechos adquiridos y las meras expectativas en nuestro Derecho*

Ni el Código Civil ni la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes han definido qué debe entenderse por uno u otro concepto. La ley de 1861 recurrió a ejemplos para ilustrar cuándo ocurre una u otra situación jurídica, y ha sido la doctrina, como lo vimos en Claro Solar, y la jurisprudencia quienes han arribado a conceptualizar los derechos adquiridos y las meras expectativas.

- En primer lugar, debemos citar al propio Claro Solar, quien señala que la "idea capital" es la siguiente: "Los derechos adquiridos son las facultades legales regularmente ejercidas; y las expectativas, aquellas facultades no ejercidas en el momento de cambio de legislación". Señala a continuación:

"Con el nombre de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos acuerda facultades y nos deja en libertad de usar o no usar de ellas. Mientras no hemos utilizado estas aptitudes, tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según ciertos y determinados requisitos; pero no adquirimos el derecho sino cuando nuestra aptitud se ha manifestado llenando los requisitos indispensables para su utilización. El ejercicio de esta facultad, que, en cierto sentido, se materializa con aquel acto, viene a constituir el derecho adquirido que ninguna ley posterior puede arrebatar-nos sin aplicarse retroactivamente, pues la misma ley vendría a destruirse a sí misma, destruyendo la obra que ella ha autorizados en el pasado con gran perjuicio de su propia autoridad personal y de los intereses de aquellos que ella rige, puesto que nada podría ser estable en la sociedad.

Que la nueva ley suprima o modifique las facultades antes acordadas y de las cuales no se ha hecho uso, se comprende, por el contrario, porque ella no daña a nadie mejorándose a sí misma, cerrando o rectificando un camino

abierto hasta entonces, pero en el cual no habrían entrado los interesados o alguno de ellos”¹⁵.

- En forma concordante, Baudry-Lacantinerie, citado por Salvat¹⁶, señala: “Bajo el nombre de derechos, la ley reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usar o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo adquirimos, sino cuando recurrimos a esos modos y que nuestra aptitud, en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. *El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido.*”
- Marienhoff, en forma concordante con la doctrina y con la jurisprudencia, señala: “Se adquiere un derecho cuando se reúnen todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación en favor del sujeto en calidad de prerrogativa jurídica individualizada”. Agrega que “cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transformó en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del agente que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad”.
- Victorio Pescio, quien también analiza sobre el tema la doctrina francesa, señala lo siguiente: “La ley nueva no puede afectar los derechos definitivamente adquiridos, sin pecar de retroactividad; pero, en cambio, puede modificar y suprimir las simples posibilidades o expectativas. Hay derecho adquirido todas las veces que una consecuencia que se desprende de un hecho o de un acto jurídico está ligada a éstos como una consecuencia necesaria, sin la cual el acto dejaría de ser lo que es; hay mera expectativa, cuando la consecuencia que se desprende de un hecho o de un acto jurídico sólo es una consecuencia posible, pero no necesaria, de suerte que, a pesar de su ausencia, el hecho o el acto jurídico subsisten en su esencia”¹⁷.

Recalamos que este autor también cita el texto de Baudry-Lacantinerie antes transcrito.

- Hémar, citado por Pescio, señala lo siguiente: “La existencia y el contenido del derecho de propiedad son la obra de la ley. Lo que ella ha creado, una nueva ley puede reformar. Una ley que limitara los atributos de la propiedad se aplicaría inmediatamente a todos los propietarios. Importaría poco que en la base u origen del derecho de propiedad se encontrara un acto voluntario, por ejemplo, una compraventa, pues este acto es un medio de transferencia y no de creación de la propiedad, del mismo modo que el ferrocarril es un medio de transporte y no de creación de las mercaderías”¹⁸.

¹⁵ *Op. cit.*, Tomo I, p. 68.

¹⁶ Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964), Tomo I, p. 294.

¹⁷ Victorio Pescio, *Manual de Derecho Civil* (Santiago, Nascimento, 1948), Tomo I, p. 296.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 301.

Tanta razón tiene el jurista citado, que podemos y conviene hacer una analogía con lo que ocurre con la aprobación de los planes reguladores comunales e intercomunales, que establecen las normas sobre construcción y urbanización en las respectivas comunas.

Según la Ley General de Urbanismo y Construcciones, los instrumentos de la planificación urbana nacional de que trata el Título II de esta ley, tienen fuerza legal desde que han sido sancionados por la autoridad competente. En otras palabras, sancionado, por ejemplo, un plan regulador comunal por los organismos municipales pertinentes, quien celebrara un contrato de compraventa sobre una propiedad ubicada en esa comuna se le habrían incorporado a su contrato las normas del plan regulador vigente a la época de su celebración y ello le permitiría construir o urbanizar conforme al plano regulador vigente. Si se estimara, al modo como lo hace el Tribunal Constitucional, que esa ley (plano regulador) se habría incorporado al patrimonio del comprador del inmueble, resultaría que éste tendría a perpetuidad el derecho a construir conforme al plano regulador, al amparo del cual lo adquirió. Lo anterior resulta a la vista absurdo, porque envolvería nada menos que la imposibilidad práctica de cambiar los planos reguladores y su modificación sólo alcanzaría a los sitios eriazos. Es evidente que, para que se haya incorporado el derecho a edificar en una determinada forma, ha de haberse ejercido la facultad concedida por el plan regulador vigente y así, por ejemplo, ocurriría con quien ya ha obtenido el correspondiente permiso de edificación.

En consecuencia, queda claro que los accionistas clase B de los bancos, sujetos a la obligación de recomprar cartera vendida o a pagar la deuda subordinada al Banco Central, por la Ley 18.401, sólo han tenido la expectativa, en cada ejercicio, una vez aprobado el balance, de renunciar a los dividendos pertinentes en la junta de accionistas, capitalizándolos por el solo ministerio de la ley a través de la emisión de acciones preferidas clase C, liberadas de pago.

16. *La hipótesis de los derechos condicionales*

Acostumbra la doctrina a definir las modalidades como cláusulas accesorias que se agregan a los actos jurídicos para modificar sus efectos normales. De estas modalidades en nuestro Código Civil, están tratadas sistemáticamente, a propósitos de las obligaciones y de las asignaciones testamentarias, la condición, el plazo y el modo. Hoy por hoy, la doctrina se ha ido uniformando en orden a agregar como modalidades, además, a la representación y a la solidaridad.

Por otra parte, es evidente que la condición y el plazo, que son, sin duda, las modalidades más frecuentes dentro de las tradicionales, pueden también emanar de la ley; entendiéndose que decimos emanar de la ley en el sentido que la ley sea su fuente próxima y no remota. Así, por ejemplo, emana de la ley la condición de existir el fideicomisario al tiempo de la restitución y esta modalidad es de la esencia del fideicomiso (artículo 738 del Código Civil), o como ocurre con la condición o el plazo en la promesa de celebrar un contrato a que se refiere el artículo 1554, también del Código Civil.

En cambio, la condición resolutoria tácita, que, según el artículo 1489, va envuelta en todo contrato bilateral, es de la naturaleza de estos contratos, pero en este caso la condición emana del contrato específico que tenga el carácter de bilateral y no de la ley. La ley es fuente remota, pero no la fuente inmediata, que

es el contrato concreto. Por ello es que se ha fallado uniformemente en los últimos años respecto del artículo 1491 del Código Civil, relativo a los efectos de la condición resolutoria, y precisamente en el caso de los inmuebles, que la condición resolutoria consta en el título, aunque no conste expresamente si, por ejemplo, hay pendiente un saldo de precio del inmueble adquirido.

De esta manera, queda claro que puede haber modalidades que emanen directamente de la ley y, concretamente, condiciones y plazos que emanen directamente de ella. Pero es la excepción. Normalmente las modalidades, como se dijo, son propias de los contratos y de los actos jurídicos en general, y son elementos accidentales a éstos, que las partes agregan para alterar sus efectos normales. Por esta razón, son excepcionales y deben ser expresas y, por lo mismo, han de interpretarse en forma restrictiva.

Si entendiéramos la condición y el plazo en términos amplios, no habría inconveniente en reconocer que pueden emanar en igual forma de los actos jurídicos, particularmente de los contratos, y también de la ley.

En efecto, toda ley concede facultades o derechos que los particulares podrán llegar a ejercer cumpliendo determinados requisitos que establece la misma norma, requisitos que han de reunirse en el futuro, y que, por lo mismo, envuelven una cierta incertidumbre. Excepcional resultará que la ley otorgue derechos para personas que ya han reunido los requisitos, como sucede con las leyes que otorgan determinados beneficios a personas que ya se encuentran en una determinada situación. Por ejemplo, una ley que excluyera de pagar contribuciones a los bienes raíces a una zona del país en que haya sucedido un terremoto. También la ley suele a veces otorgar un plazo para ejercitar un derecho o facultad que ella misma concede; pero, reiteramos, son situaciones de excepción. Lo normal es que la ley, disponiendo para el futuro, otorgue facultades que para ser ejercidas exijan el cumplimiento de requisitos y ese cumplimiento de los tales requisitos es un hecho incierto. ¿Estaríamos en ese caso en presencia de lo que entendemos por derechos condicionales, o más bien, estaremos en presencia de meras expectativas? Nos inclinamos decididamente por la segunda posición, como lo hemos afirmado en los párrafos precedentes de este estudio.

Así, pensamos que los accionistas preferentes clase B de los bancos deudores del Banco Central tienen nada más que una mera expectativa de capitalizar sus dividendos mediante el expediente de renunciar en cada ejercicio a los dividendos devengados en él. De tal manera que al derogarse el inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401, perdían la expectativa de capitalizar los dividendos del último ejercicio. Ellos no habían aún ejercitado su derecho o facultad, respecto del último ejercicio, por lo que jamás habían podido incorporar a su patrimonio tal supuesto derecho.

Esclarecido por nuestra parte que estos accionistas a que tantas veces nos hemos referido sólo tenían una mera expectativa y ni siquiera un derecho condicional, no resulta ocioso, a mayor abundamiento, señalar que los acreedores condicionales en nuestro derecho, que sigue en esta materia de cerca al derecho romano, tampoco tienen un derecho sobre esta esperanza de adquirirlo por el cumplimiento de la condición suspensiva.

La doctrina acostumbra a denominar a esta esperanza o potencialidad de adquirir un derecho como un "germen" de derecho, pero lo cierto es que ello no es más que una potencia. Para concluir lo anterior, basta con recurrir al artículo 1479 del Código Civil, que define a la condición suspensiva diciendo que es aquella que mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho. Si

está suspendida su adquisición, es porque el derecho no se ha adquirido. Tan definitivo es nuestro Código en esta materia que, pendiente la condición suspensiva, si se paga la obligación, al tenor de su artículo 1485, el pago carece de causa; hay pago de lo no debido y el pago puede repetirse. Tampoco empieza a correr la prescripción, al tenor del artículo 2514 inciso 2°; y no se puede producir la compensación legal, según lo dispuesto en el artículo 1656 N° 3.

El único derecho que puede ejercer el acreedor condicional es a implorar medidas conservativas, como lo señalan los artículos 1492 y 1493 del Código Civil. Este derecho es un derecho independiente del "germen" de derecho que tiene el acreedor condicional y que lo confiere directamente la ley, y esa ley es el artículo 1492 recién citado, que se aplica tanto a las obligaciones condicionales entre vivos como a las asignaciones testamentarias condicionales por causa de muerte, según el artículo 1493. Del mismo modo, el artículo 75 del Código Civil señala que la ley protege la vida del que está por nacer; y los artículos 485, 487 y 488 se refieren a la guarda de los bienes que ha de corresponder al hijo póstumo si nace vivo y a la forma de administrarlos.

Sin embargo, las facultades o derechos que confiere la ley y que envuelven una cierta incertidumbre en cuanto quienes están en la posibilidad de ejercerlos deben cumplir ciertos requisitos, no pueden ser calificadas pura y simplemente de derechos condicionales. Para comprender la diferencia que existe entre los derechos condicionales que emanan de los actos jurídicos con los que podrían emanar de la ley, baste con señalar que la posibilidad de impetrar medidas conservativas sería imposible en la segunda hipótesis. ¿Cómo podría impetrarse una medida conservativa para evitar que el legislador modifique, altere o suprima las facultades o eventuales derechos que concedía una ley anterior? Ello simplemente es inconcebible. El único caso en que la ley permite estas medidas son en el comentado de los derechos eventuales del hijo póstumo, caso en que la ley permite el nombramiento de curador, para cautelar sus derechos, pero ha tenido que decirlo expresamente.

Finalmente, cabe señalar que la doctrina se ha uniformado en orden a considerar que la condición suspensiva opera con efecto retroactivo. De esta manera, si la condición suspensiva se cumple, sus efectos se retrotraen a la fecha de la celebración del contrato, y si falla, igualmente se retrotrae, y por lo mismo, se reputará que jamás existió derecho alguno, ni aun en potencia. Refuerza nuestra opinión el hecho de que el "germen" de derecho que tiene su origen en un acto entre vivos se transmite a los herederos con idéntica calidad, cuestión que no ocurre en las asignaciones condicionales, en las cuales, fallecido el asignatario condicional, nada transmite a sus sucesores. En otras palabras, nada transmitió a sus herederos, porque este germen de derecho no se había incorporado a su patrimonio. Sabido es que los herederos continúan la personalidad del causante, y lo suceden en su patrimonio, vale decir, en sus bienes y en sus derechos y obligaciones transmisibles. Si ese germen no se transmite, es porque nunca llegó a ser parte del patrimonio del causante. De tal manera que si la ley ha dispuesto que en los actos entre vivos esta potencialidad sí se transmita a los herederos, lo ha hecho para evitar el enriquecimiento sin causa, puesto que el acreedor condicional ha llegado a serlo, porque, a su vez, hay un deudor que ha contraído la obligación correlativa.

Este fenómeno no ocurre de la misma manera en las asignaciones por causa de muerte ni en las donaciones entre vivos, porque el germen de derecho que tiene el acreedor de la asignación condicional o de la donación condicional no

tiene más causa que la mera liberalidad del deudor, lo que excluye el problema del enriquecimiento sin causa.

Conviene finalmente recordar que, de acuerdo al artículo 1463 del Código Civil, el pacto de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato; en otras palabras, adolece de objeto ilícito. Sin embargo, ese mismo artículo hace lícito un pacto sobre sucesión futura cual es el que se celebra entre un legitimario y el que debe la legítima, relativo a que este último no disponga de la cuarta de mejoras.

Hay que preguntarse si quienes ya han celebrado este pacto bajo el imperio de la ley actual, ¿podrán alegar mañana un derecho adquirido a regularse por esta ley si termina en ley de la República el proyecto sobre filiación que hoy se encuentra en trámite en el Senado? Tal proyecto altera drásticamente la categoría de legitimarios, toda vez que no distingue entre hijos legítimos, naturales o simplemente ilegítimos, como ocurre en la legislación vigente. Reiteramos: ¿podrían en virtud de haber celebrado ese pacto, que es un contrato y que es hoy lícito, pretender que no se les aplique la nueva legislación, si llega a aprobarse, y se apliquen a esa sucesión futura los órdenes de sucesión de la ley actual, que dejarían de existir? La respuesta es obvia, ¡no! Rompería todo principio jurídico, y creemos que nadie siquiera ha imaginado este problema.

En conclusión de todo lo dicho en este párrafo, estimamos categóricamente que los accionistas preferentes clase B de los bancos con deuda para con el Banco Central sólo han tenido una mera expectativa, una esperanza de adquirir verdaderamente un derecho cuando cumplan en cada ejercicio los requisitos establecidos por la Ley N° 18.401 para acceder a capitalizar automáticamente los dividendos. Pero aun aquellos que sostuvieran una doctrina que no compartimos, cual es que ellos tenían un derecho condicional, tampoco han podido en ningún caso incorporar derecho alguno a su patrimonio.

B. *Derechos de los accionistas y deuda subordinada*

17. *Antecedentes*

La Ley 18.401, en el inciso cuarto de su artículo 10, como hemos expresado, dispuso lo siguiente:

“La junta de accionistas, con el acuerdo de la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia, podrán acordar que no se les reparta dividendos. Las sumas que les hubieren correspondido como dividendo se capitalizarán por el solo ministerio de la ley y se emitirán acciones preferidas que tendrán derecho al total del dividendo en la proporción resultante entre el aumento del capital pagado y el total del capital pagado y reservas de la empresa al término del ejercicio, descontadas las pérdidas acumuladas”.

Este precepto tiene su origen como hemos analizados en la situación de la banca comercial chilena, que, afectada profundamente por la grave crisis económica de 1982, se vio en la necesidad de recurrir a la ayuda del Estado para evitar su bancarrota.

Entre las medidas que se adoptaron, una consistía en la compra de la cartera vencida de ciertos bancos por parte del Banco Central, lo que más adelante se

transformó por la ley citada en una operación en virtud de la cual se produjo una capitalización de estas instituciones y la obligación de recompra de la cartera, mediante la entrega de gran parte de sus utilidades. Posteriormente, por la Ley 18.818, una modificación del sistema produjo la posibilidad de novar esta obligación por otra que tendría las características de una deuda subordinada, la que debía pagarse al Banco Central, pero permitiendo como lo prescribía ya la Ley 18.401 que los accionistas tuvieran derecho a parte de las utilidades del banco.

En todo caso, las leyes creaban un sistema en el que claramente se buscaba de manera fundamental la protección y el adecuado pago de la deuda del Banco Central, la que incluso en caso de liquidación de los bancos debía pagarse antes que los accionistas, pero después de todos los acreedores sociales de los bancos.

En esa misma ley se autorizó la emisión de acciones de una clase B que tendrían diversas ventajas y privilegios y que en la práctica formarían el capital de trabajo del banco, que le permitiría desarrollara adecuadamente los negocios de su giro.

Los accionistas anteriores del banco, cuyas inversiones y aportes fueron catalogadas como acciones clase A, perdieron toda participación en las utilidades en tanto no se pagara íntegramente la deuda al Banco Central que en la actualidad constituye la obligación subordinada.

Además, la expresada ley, para estimular a los accionistas de la clase B a no retirar sus dividendos y dejarlos como capital del banco, dispuso que estos accionistas podrían renunciar a retirarlos y proceder—previo acuerdo de la junta de accionistas— a su capitalización mediante la emisión de nuevas acciones preferidas, que en este caso ya no compartirían las ganancias del banco con los pagos de la deuda subordinada al Banco Central.

La aplicación de este precepto no establecía expresamente la forma de calcular el valor de las nuevas acciones y el acuerdo de los accionistas clase B de algunos bancos en el año 1994, estableció que la emisión de esas acciones de aumento de capital por los dividendos no retirados, se calcularían sobre el valor libro y no sobre el valor de mercado de esas acciones, lo que significó un grave perjuicio para el Banco Central.

Esto, por ejemplo, fue claramente explicitado por el presidente de uno de los bancos comerciales en esta situación—el Banco de Chile, el más importante deudor del Banco Central— al tomarse el acuerdo de capitalización en la junta de accionistas de abril de 1994, en los términos siguientes:

“Las ventajas específicas para el accionista B de esta proposición son las siguientes: tendrán acceso a una mayor proporción de los excedentes en el futuro y, por lo tanto, a un mayor dividendo, gozarán de un aumento inmediato en el valor de su inversión en el Banco de Chile, en parte por la ventaja anterior, pero también porque se espera que el mercado valore la acción C del banco significativamente por encima del valor libro, implícito en la capitalización de los dividendos; por último, como todas las acciones del banco, tendrán las acciones liquidez inmediata en el mercado...” “La acciones serie C recibirían el 7,21% de los excedentes futuros del banco, monto que, sumado al 25,16% que recibirían las acciones serie B, representa, en conjunto, un 32,36% de los excedentes futuros, en vez del 27,125 a que tienen derecho en la actualidad, disminuyéndose el porcentaje que se asigna al Banco Central por el servicio anual de la obligación subordinada de un 72,88 a un 67,64%...”

Para evitar que se incurriera nuevamente en este mecanismo, en perjuicio del Banco Central se aprobó un proyecto de ley que derogó en forma expresa esta posibilidad de capitalizar automáticamente los dividendos no retirados por los accionistas de los bancos con deuda subordinada.

18. Aspectos generales comerciales

Para apreciar desde un punto de vista comercial la fundamentación y alcance de la sentencia antedicha, debemos tener presente los siguientes aspectos generales:

a) El derecho de los accionistas a capitalizar las utilidades que le corresponden está sujeto a la verificación de diversas circunstancias ajenas a la voluntad y decisión de los mismos accionistas, por lo que no se puede estimar que sobre las utilidades y su destinación exista propiamente un derecho de dominio;

Las circunstancias que deben reunirse, para que sea posible el ejercicio del derecho de los accionistas a capitalizar sus dividendos son las siguientes:

- Existencia de utilidades en el balance del banco:
Hay que tener presente que el concepto de utilidades no está vinculado a determinados bienes o derechos del activo social, sino que, por el contrario, es una partida del pasivo del balance que resulta exclusivamente de las diferencias entre las entradas y gastos del ejercicio. Por consiguiente, resulta forzado y carente de fundamento jurídico, sostener que los accionistas tienen propiedad sobre las utilidades del ejercicio, ya que, como se ha expresado, no es posible aplicar el concepto jurídico de dominio a una simple partida del pasivo que no está constituida por bienes determinados.
- Además, como lo dispone el mismo precepto de la ley, cuya vigencia se reestableció por la sentencia, para que los accionistas pudieran capitalizar las utilidades, era absolutamente necesario que, previamente, hubiera un acuerdo de la mayoría de las acciones presentes o representadas en la junta respectiva, renunciando a la participación en los dividendos que debían repartirse con cargo a tales utilidades.
Este acuerdo era requisito previo e indispensable a la capitalización y, por lo tanto, no se podría gozar de ella sin que él se cumpliera, lo que aleja aún más el concepto de dominio que se pudiera ver afectado por la derogación del precepto.
Por tanto, de acuerdo a estas consideraciones, estimamos que no puede considerarse como una propiedad o dominio de los accionistas de la clase B, la facultad de capitalizar las utilidades en las condiciones señaladas en el precepto legal que se intentó derogar.
- Por otra parte, en todas las sociedades anónimas se considera que no hay utilidad en un ejercicio mientras no se apruebe el balance correspondiente y, por tanto, los accionistas tienen sólo una mera expectativa a gozar de ellas como dividendo, pues tales utilidades dependen entre otros factores de los castigos a los bienes del activo y de la formación de provisiones para eventualidades diversas, circunstancias éstas que pueden hacer desaparecer de un balance las utilidades proyectadas.

Ahora bien, nadie podría sostener que los accionistas que por mayoría acuerdan esos castigos o provisiones atentan contra el derecho de propiedad a las utilidades, que podrían tener los accionistas que no concurren a ese acuerdo.

- Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que los accionistas no tienen derecho alguno a reclamar parte de las utilidades, mientras no exista un acuerdo formal de la junta de accionistas determinado a repartir dividendos con cargo a ellas.

En efecto, lo que afectaría el derecho de propiedad de los accionistas sería privarlos de un dividendo ya acordado, caso éste en que se podría afirmar con razón que se está atentando contra el dominio de un bien determinado que es propiamente el dividendo acordado.

b) Por otra parte, la situación de las instituciones bancarias dentro del derecho comercial y económico, es más cercana a la posibilidad de que la ley pueda regular su funcionamiento, en términos tales que a primera vista podrían considerarse lesivos para la autonomía o funcionamiento del banco, pero que se entienden y justifican en defensa del interés general de la nación. Objetivo éste que se encuentra vinculado al uso del crédito público en términos correctos y razonables.

En nombre de estas finalidades, pueden derivar restricciones de diverso orden para las instituciones bancarias, tanto regulando la forma de su administración, como obligándolos a formar reservas especiales, las que obviamente afectan sus utilidades o como también introducir fiscalizaciones especiales a través de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, institución que cuenta con facultades amplias de vigilancia y control e incluso de intervención en casos determinados.

No puede, pues, asimilarse sin reservas la institución bancaria a la sociedad anónima en general, debido a que esta última trabaja con el capital formado por sus accionistas y con el crédito que pueda obtener en el mercado de capitales. Los bancos, en cambio, desarrollan su actividad principalmente con el capital de sus depositantes y, en el caso de los bancos afectados por la ley a la que nos venimos refiriendo, en la práctica con el capital proporcionado por el Banco Central para salvarlos de una situación catastrófica, a la cual habían llegado por la situación de la crisis económica de la época, pero a la que no era ajena del todo en cuanto responsabilidad, la administración de los propios bancos. Tal es así que a raíz de la crisis se modificó la ley de bancos.

En este sentido, podemos manifestar nuestra coincidencia con el criterio de los votos disidentes del fallo, que, citando la doctrina, recuerdan, por ejemplo, que los bancos si bien tienen como toda empresa un capital propio, reunido con los aportes de sus accionistas, él no es la base con que se desarrollan sus negocios, sino que éstos se basan en la obtención de dinero del público para realizar con él préstamos a su clientela. Dinero que en este caso fue entregado, mayoritariamente, en su momento por el Banco Central para evitar el colapso de la banca comercial, por lo que la ley debe cautelar el crédito del Banco Central por la deuda subordinada con cuyo producto pudieron funcionar y recuperarse los bancos comerciales desde la crisis de 1982.

Claramente lo que está en juego, lo que está sujeto a riesgos en el negocio bancario no es el capital de sus dueños, sino el dinero de los depositantes. Son éstos, aunque sólo sean acreedores del banco y más aún, entre ellos el Banco

Central, los que en realidad deben ser resguardados por la ley y a quienes debe darse amparo legal en cumplimiento del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad. Tienen, desde luego, como acreedores el derecho general de prenda sobre el patrimonio del banco que les otorga el artículo 2465 del Código Civil y, por tanto, los bienes de los bancos están afectos a esta prenda y para resguardar este derecho puede la ley tomar todas las precauciones tendientes a tal objeto, con lo que no amenaza ningún derecho de propiedad, sino que se asegura el legítimo derecho del verdadero interesado en el negocio, que es el depositante, dueño del dinero puesto en juego en las operaciones bancarias y en este caso, particularmente, los derechos del Banco Central a que se le cancele completa y oportunamente la deuda que en su favor afecta a los bancos.

No se trata de una limitación a la propiedad por las funciones sociales de ésta; se trata simplemente de afrontar un conflicto entre los propietarios del verdadero capital puesto en juego, que lo hicieron precisamente por la seguridad que les otorgaba la intervención de la Superintendencia y los representantes de los dueños de capital de la empresa, que, como hemos dicho también anteriormente, es insignificante en relación con el volumen de depósitos. Si recordamos la crisis del año 1982, podemos apreciar, por lo demás, que los dueños de la institución bancaria tuvieron la administración en el período ordinario y haciendo uso de ella llevaron al patrimonio de los bancos, sustancialmente de los depositantes, al descalabro. Es precisamente la defensa del derecho de propiedad de los verdaderos dueños del capital comprometido lo que justificó y, aún más, hizo indispensable en la época de crisis, la intervención de la Superintendencia y la designación de administradores que reemplazaron a quienes, administrando patrimonios ajenos, amenazaron desbaratarlos o directamente los dilapidaron.

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

Finalmente, agreguemos que otro motivo para considerar que las instituciones bancarias no pueden confundirse con las sociedades anónimas en general, sean abiertas o cerradas, lo encontramos en que las primeras de éstas están también fiscalizadas, pero en términos mucho más moderados que los bancos y por una institución diferente y con menores facultades, como es la Superintendencia de Valores y Seguros.

c) Además, debe tenerse presente que, al derogarse la norma citada de la Ley 18.401, no se suprimió ni el derecho de los accionistas de la clase B a participar en las utilidades de la sociedad, ni el derecho a capitalizar esas utilidades en forma general, sino únicamente las características que tendrían las acciones resultantes de la emisión por capitalización y la circunstancia de que ella fuera automática.

Ahora bien, creemos que nadie puede sostener que es lesivo a la propiedad de las acciones introducir estas modificaciones respecto de valores que ni siquiera habían sido emitidos. Por lo demás, no hay en ello tampoco el intento de dar retroactividad a la disposición legal que se declaró inconstitucional, pues sólo tenía aplicación para el futuro, ya que a la fecha de la promulgación de la ley derogatoria no se había acordado ninguna capitalización *respecto del último ejercicio*.

Las acciones de la clase B, que estaban vigentes a esa fecha, desde ese momento habrían estado sujetas a las normas generales de la legislación, pudiendo capitalizar, además, de acuerdo a las reglas previstas en la misma Ley 18.401, pero sin que se aplicara el precepto que daba a las acciones resultante de la capitalización derechos especiales. Por tanto, las acciones crías o liberadas tendrían los mismos derechos que las acciones de la clase B ya existentes.

d) Todo lo expresado anteriormente demuestra, en forma fehaciente, que la ley derogatoria de la facultad de capitalizar sus dividendos a los accionistas de la clase B de los bancos con deuda subordinada no tuvo carácter inconstitucional alguno, por no afectar el derecho de dominio de ninguno de los accionistas de esos bancos. Como hemos expresado, tales accionistas sólo gozaban de una mera expectativa, ya que *las utilidades como tales no pueden ser objeto de dominio, sino que son una expresión contable que señala la diferencia entre el activo y el pasivo de una empresa en un momento determinado*. Por eso, tales utilidades en los casos de fiscalización de las respectivas empresas pueden verse disminuidas con castigos exigidos por la ley a partidas del activo o con provisiones para fines específicos incorporadas al pasivo. En ninguno de estos casos podría estimarse que hay atropello del derecho de propiedad en ningún sentido y respecto de ninguna persona.

Por otra parte, sin duda alguna, no se puede sostener que, desde el momento en que hay mayores entradas que gastos en una empresa, los socios de ella tienen, desde ya, derecho de dominio y antes siquiera que se apruebe el balance que declara tales diferencias como utilidades del ejercicio y las destine en todo o parte a dividendo en favor de los accionistas.

e) En el caso que analizamos, también debe considerarse que no es posible dejar sin resguardo el patrimonio del Banco Central, institución básica de nuestro ordenamiento económico y financiero, cuyo capital pertenece a todos los chilenos y cuya participación en la cuestión debatida se motivó exclusivamente por un intento dirigido a defender el bien común de la sociedad.

No resultaría razonable que el Banco Central perdiera los fondos que invirtió para salvar a las instituciones bancarias afectadas por la crisis y que, aún más, el esfuerzo legislativo intentado para resguardar su patrimonio se viera frustrado al declararlo inconstitucional, por considerarlo una supuesta amenaza para el derecho de dominio de algunos accionistas de las instituciones bancarias beneficiadas con su actitud, dirigida, como hemos señalado, exclusivamente a salvaguardar el crédito público de la nación chilena.

19. *Análisis específico*

Entrando en el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, debemos expresar, en primer lugar, que no debe considerarse como antecedente de alguna importancia el hecho de que las disposiciones de la Ley 18.401 tenían como finalidad crear un régimen excepcional destinado a la atracción de nuevos

capitales a esas instituciones bancarias, porque en ningún caso este hecho puede significar que esas disposiciones, con tales objetivos, podrían tener un carácter extraordinario de tal amplitud que las hicieran intocables y que tuviera carácter inconstitucional cualquiera modificación de las mismas.

Consideramos que tampoco es efectivo, como lo afirma la sentencia, que los accionistas preferentes de los bancos tuvieran como única posibilidad de participación en las utilidades la prevista en el precepto que los facultaba para capitalizarlas, porque si no lo hacían tenían en todo caso derecho a dividendos, que podrían retirar y gozar así de su participación en las utilidades del banco. Por consiguiente, suprimir el derecho a capitalizar las utilidades, en los términos excepcionales que establecía la disposición que se derogaba, lejos de privar a los accionistas del derecho a participar en ellas les permitía recibirlas y disponer como dueño de tal participación. Asimismo, la circunstancia de que otra parte de las utilidades estuviera destinada a pagar la deuda con el Banco Central no era tampoco violatoria de ningún derecho, sino que la aplicación lisa y llana del principio general de derecho, de que los deudores deben pagar sus deudas a los acreedores.

Ese principio es el fundamento por el cual las obligaciones naturales que han perdido su acción para exigir su cumplimiento deben ser igualmente pagadas, y ello es el fundamento de que no se puede repetir lo pagado en virtud de una obligación natural.

Situación la anterior que tampoco puede considerarse anormal, en el sentido de que una parte de las utilidades estuviere destinada al pago de la deuda del Banco Central, porque, lejos de significar un perjuicio para el deudor, constituía un privilegio del cual no goza ninguna empresa, cual es el de pagar sus deudas sólo con una parte de las utilidades de sus negocios y sin un plazo definido.

Igualmente, carece de fundamento sostener que la capitalización de las utilidades era una medida de equilibrio para compensar la limitación del derecho a participar en el total de las utilidades a los accionistas, porque reiteramos que lo excepcional no era que la empresa pagara con parte de sus utilidades una deuda contraída en su beneficio inmediato y en condiciones excepcionalmente favorables, sino que esa deuda no la pagara con sus ingresos brutos antes de calcular las utilidades del negocio, sino con una parte de estas últimas.

A la vez, como hemos expuesto anteriormente, no es efectivo tampoco que la derogación del precepto sobre capitalización de utilidades atentara contra derecho alguno de los accionistas de la clase B, sino que tendía exclusivamente a derogar el precepto señalado, dada la forma en que se estaba aplicando, la que obstaculizaba en forma muy apreciable el pago al Banco Central de lo que se le adeudaba, atentando contra el derecho de prenda que el Código Civil establece en favor de todo acreedor respecto de los bienes del deudor.

Tampoco es efectivo que el régimen establecido en el inciso que se proponía derogar concediera un justificado beneficio con carácter intangible para los accionistas de la clase B, sino que, por el contrario, no había en él sino la creación de una mera expectativa en favor de accionistas que habían adquirido sus acciones en condiciones excepcionalmente favorables, y que habían gozado de toda clase de beneficios incluso tributarios, accionistas que, por consiguiente, no podían invocar una calidad privilegiada para gozar de beneficios en perjuicio del Banco Central. La aplicación en forma sesgada del precepto aludido justifica su derogación y ello no puede ser considerado inconstitucional por estimarse amenaza para el derecho de propiedad.

También carece de todo valor jurídico la afirmación de que el artículo 10 de la Ley 18.401 forma parte de un sistema que se crea para determinada ecuación y constituye un equilibrio de derecho con un fin preciso para atraer a nuevos accionistas, los cuales se suponía que habrían tenido presente los elementos de dicha ecuación para hacer la inversión. *Eran tales los beneficios que se otorgaron a la suscripción de acciones de la clase B, que no hay razón alguna para considerar que la mera expectativa de capitalizar sus utilidades habría sido la causa determinante de esa inversión.*

Tal es así, que entre la dictación de la ley y la primera capitalización a valor libro transcurrieron los años desde 1985 hasta 1994.

También es irrazonable sostener que la inversión en acciones de clase B era inseparable de esta posibilidad de capitalizar en la forma prevista por la disposición que se quería derogar, pues, como hemos demostrado, ello no era sino una mera expectativa.

No tiene tampoco fundamento alguno la afirmación que los bancos mismos se verían afectados en sus derechos amparados por la Constitución, porque una serie de sus accionistas cesa en el derecho de capitalizar sus utilidades en determinadas condiciones, ya que si para los accionistas esta capitalización era una mera expectativa, para los bancos era una cuestión absolutamente ajena a su actividad y desenvolvimiento. Por consiguiente, la facultad de capitalizar los dividendos de sus acciones en condiciones privilegiadas constituye una mera expectativa, porque a lo que tenían derecho indudable era a recibir dividendos que es lo que normalmente interesa a los accionistas de las sociedades; pero no a la capitalización de éstos en la forma que lo hicieron, a menos que se estime que la facultad respetable de los accionistas, amparada por la Constitución, era arrebatarle al Banco Central el derecho a cobrar su crédito o parte importante de él.

Por consiguiente, no puede considerarse, como lo hace la sentencia, que la capitalización de dividendo sea un tratamiento intercondicionado e inseparable del régimen al que quedaron sujetos los bancos con deuda subordinada, porque lo que era inseparable era la obligación de pagar esta deuda y no la capitalización de utilidades y la creación de acciones que privaran al Banco Central de recibir ese pago.

Tampoco es evidente como lo sostiene la sentencia que las regulaciones conducentes a estas alternativas fueron motivo determinante para suscribir las acciones de la clase B, porque, como hemos demostrado, la suscripción de esas acciones fue excepcionalmente ventajosa y no es creíble que quienes las suscribieron tuvieran, además, presente la futura posibilidad –muy eventual– de capitalizar las utilidades con el consecuente perjuicio para el pago de la deuda del Banco Central.

No resulta aceptable, a su vez, que se considere irrelevante el perjuicio del Banco Central en el análisis que debe practicarse para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la derogación del precepto citado, ya que no se ve qué fundamento tiene sostener que este criterio no es aplicable, “*porque se trata de una ley que contuvo los distintos elementos que conllevaban en sí mismo la posibilidad de tener un efecto financiero para el instituto acreedor*”. Sin duda alguna, la circunstancia –totalmente discutible– de que al dictarse la ley que se buscaba derogar se hubieren tenido en cuenta todos los efectos que ella producía, no impide que tal ley sea derogada por otra posterior, pues el legislador, al dictar esta última, perfectamente pudo considerar

que tales efectos eran negativos para el orden económico y para los derechos inalienables del Banco Central.

Además, las razones que se dan para sostener la constitucionalidad de la ley derogatoria no se basan en conjeturas de resultados económicos, ni se fundan en tales resultados, sino que contienen demostraciones de que con una aplicación intencionalmente sesgada del inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401 se perjudicaba el derecho constitucional del Banco Central a que un deudor pagara su obligación en los términos estipulados.

Junto a lo anterior, el hecho que se afirma en la sentencia sobre el ánimo que habrían tenido los accionistas de clase B al adquirir esas acciones no pasa de ser una profecía del pasado, porque –insistimos– las ventajas que se dieron a esos accionistas son múltiples y bastan de por sí, sin necesidad de que gozaran para ser atractivas, también de una expectativa a recibir acciones por capitalizaciones con tal participación de utilidades que dejaran impago, por lo menos por un período larguísimo, el crédito del Banco Central. Si tal propósito hubiere existido, él sería ilícito y no merece el apoyo hasta el punto de declarar inconstitucional un precepto de una nueva ley que ampara los derechos del Banco Central.

Tampoco es aceptable sostener que, al derogarse la ley que permitía distorsionar el reparto de utilidades, dando características exorbitantes a las acciones producto de la capitalización de las utilidades de la clase B, se derogaba automáticamente también el derecho a voto de estas acciones para esta capitalización, porque, como hemos demostrado, la ley derogatoria no privó al accionista ni de sus derechos, ni de su participación en las utilidades ni aún menos, de su expectativa a capitalizarlas y emitir títulos idénticos a las acciones de la clase B.

Debe rechazarse también, por las mismas razones, el sostener que es inderogable un precepto por la circunstancia que él puede haber sido tenido en consideración por alguien al suscribir un aumento de capital, si se demuestra, como en este caso, que con la derogación no se conculca ningún derecho y sólo se le priva de la mera expectativa de capitalizar sus utilidades, recibiendo acciones con características especialísimas, en perjuicio de un acreedor de la sociedad y manteniendo, en todo caso, su facultad de percibir dividendos, de capitalizarlas y de recibir acciones con iguales características a las que tiene.

Tampoco es óbice para sostener que es constitucional la ley derogatoria el hecho de que la Constitución Política de la República garantiza el derecho de propiedad, ni que la garantía se extienda a los bienes corporales e incorporales, pues, como hemos demostrado, la ley derogatoria no privaba a los accionistas de la clase B de ningún derecho y es simplemente erróneo afirmar que a las personas dueñas de estas acciones se les negaba el derecho a votar la no repartición de los dividendos, pues, como hemos repetido, lo único que se eliminaba eran ciertas características especiales de las acciones que pudieren emitirse y que esta capitalización fuera automática, sin que, por consiguiente, se vulnerara en forma alguna el artículo 19 de la Constitución.

Asimismo, la circunstancia de que la ley derogatoria que se viene analizando quedara o no incluida entre las limitaciones que el artículo 19 N° 24 de la Constitución permite al derecho de propiedad, no tiene ninguna aplicación en este caso, porque, como hemos expresado, esa ley derogatoria no constituyó limitación alguna al derecho de propiedad de nadie y, por tanto, no puede quedar incluida entre las limitaciones permitidas por la Constitución.

Por otra parte, para sostener la constitucionalidad de la ley derogatoria no es necesario invocar el interés general de nadie, sino únicamente el derecho que tiene el legislador de modificar para el futuro las características que él mismo le dio en otra ley a las acciones que pueden emitirse de eventuales capitalizaciones de utilidades en una institución bancaria deudora del Banco Central, sin afectar retroactivamente los derechos de persona alguna.

No es efectivo, a su vez, que sea "*un aditamento particularísimo*" el contenido en el inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401 en cuanto disponía que los dividendos de las acciones de la clase B podían no repartirse y ser capitalizados por el solo ministerio de la ley, pues ello incluso se ajusta a las normas generales del derecho, las que permiten capitalizar las utilidades. Esto, por lo demás, no era un derecho particular aplicable a "*un específico grupo de personas*", sino que lo único especial de que gozaba este grupo de accionistas consistía en que las acciones que recibían tenían más derecho que aquellos que tenían sus actuales acciones. La privación que produjo para ellos la ley derogatoria, insistimos, no afectó ni el derecho a capitalizar sus utilidades ni el derecho a recibir las acciones provenientes de esa capitalización, sino exclusivamente la expectativa de que esas acciones tuvieran tal participación en las utilidades, que afectarían la situación jurídica de un acreedor de la sociedad como lo es el Banco Central.

Respecto a la prueba de las consecuencias que para el Banco Central tiene la emisión de las acciones provenientes de la capitalización en los términos en que los bancos comerciales con deuda subordinada se consideraron autorizados para emitir estas acciones, basta considerar lo declarado por el presidente de una de esas instituciones bancarias, que cuantificó tales efectos en la junta de accionistas del año 1994, a la que ya nos hemos referido, y que, por consiguiente, no es dable sostener que se trata de una "*supuesta afectación que no se encuentra cuantificada y fidedignamente comprobada*".

Nadie tampoco ha sostenido que la ley derogatoria sea una ley expropiatoria que deba reunir los requisitos constitucionales para tal tipo de normas y, por consiguiente, es innecesario todo análisis a tal respecto.

Por otra parte, la afirmación que se incorporó al patrimonio de los accionistas de la clase B toda la legislación vigente a la época de su adquisición—cosa que consideramos discutible— en ningún caso impide que se dicten nuevas leyes con posterioridad a esa fecha, que para el futuro dispongan, sin afectar los derechos de propiedad de nadie, ni la validez de los actos ya celebrados, un marco jurídico distinto para las consecuencias de los actos jurídicos que se celebren en adelante.

A su vez, el texto de don Luis Claro Solar, citado en la sentencia, de que los efectos de un contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento nada tiene que ver con la materia que se analiza, pues el aumento de capital y la capitalización de utilidades se rigen obvia y efectivamente por la ley vigente, al tiempo que estos actos se producen y ellos son actos diferentes y celebrados en tiempo distinto, al contrato de sociedad o a la suscripción de acciones de la clase B y que, por consiguiente, cada uno de ellos se rige por la ley vigente al tiempo de su celebración.

Respecto a las consideraciones en torno al derecho adquirido que formulan algunos profesores y que se citan en la sentencia, a nuestro juicio, ellas coinciden sustancialmente con lo que venimos sosteniendo, pues el hecho idóneo para producir la facultad de gozar de las acciones producto de la capitalización es el

acuerdo de renuncia de los dividendos y de emisión de las nuevas acciones, pero en ningún caso es hecho idóneo para ello la sola suscripción de las acciones primitivas y, por consiguiente, la ley que regía en aquel momento no se entiende que continúe regulando la emisión de las nuevas acciones que constituye una mera expectativa para los dueños de las acciones suscritas originalmente.

Además, debemos señalar que nadie ha afirmado que la facultad de concurrir a la junta de accionistas y de acordar la no repartición de sus dividendos constituye una mera expectativa. Por el contrario, afirmamos que éstos son derechos provenientes del contrato de sociedad y que lo que es mera expectativa —algo totalmente diferente— es recibir acciones con determinadas preferencias que van mucho más allá de las que tenían sus actuales acciones.

Consideramos también que en la cuestión debatida, es decir, la derogación del inciso 4° del art. 10 de la Ley 18.401, no está comprometida la existencia del estado de derecho en Chile ni las bases de su institucionalidad. Ni está amenazada la seguridad jurídica ni la certeza del derecho ni otros efectos del mismo carácter que se señalan en el fallo. Se trata de un debate jurídico acerca de si los accionistas de un banco privado pueden recibir en el futuro acciones mediante la capitalización de sus utilidades que tengan ciertas características que afectan los derechos del Banco Central.

Tampoco estimamos posible considerar que los titulares de las acciones preferentes de la clase B se encontraban amparados por la Ley 18.401 en forma tal, que no fuera posible modificar precepto alguno de esa ley que debía estimarse como estatuto jurídico intocable, aun en aquellos aspectos en que no establecían derechos adquiridos, situación esta última que es la única que limita la aplicación de leyes posteriores, algo que, por lo demás, nadie ha discutido.

Finalmente, no es del caso referirse a si la cuestión debatida está o no en el campo del derecho público, porque la mayor parte de nuestra argumentación se funda en el derecho privado y en ello es coincidente la sentencia.

Esta reflexión no significa tampoco reconocer que la ley derogatoria afecta a los derechos de los particulares, porque, como lo hemos afirmado, ella se limita a modificar ciertas características de las acciones que pudieran emitirse en el caso de capitalizarse las utilidades de los bancos con deuda subordinada, lo que era una mera expectativa para esos accionistas y que, por consiguiente, no afectaba ningún derecho contractual ni amenazaba la propiedad de nadie. Pero, a nuestro juicio, debe insistirse que en estas circunstancias el Banco Central, como eje del funcionamiento monetario y financiero del Estado de Chile, no puede considerarse totalmente separado del derecho público económico y con más razón en las consecuencias que tuvo su intervención en el año 1982, en que, ante una verdadera emergencia nacional que afectaba la solvencia de los principales bancos comerciales del país, debió con fondos pertenecientes a todos los chilenos dar su ayuda a esas instituciones para afrontar la gravísima situación en que estaban.

Creemos que tales bancos beneficiados por una medida inspirada en el orden público económico no pueden considerarse por completo ajenos a las normas de éste, en el momento que se trata de reintegrar estos fondos comprometidos en la inmensa ayuda del Banco Central al sistema bancario.

Por tanto, estimamos que aun cuando fueren exclusivamente materias de derecho privado y no estuvieren comprendidos estos contratos dentro de las reglas de orden público económico, ello no significaría que no fuera posible por una ley posterior derogar algunos aspectos de la emisión de las acciones prefe-

rentes emitidas por la capitalización de las utilidades de las acciones de la clase B de los bancos con deuda subordinada, ya que tal derogación no ha afectado ningún derecho adquirido o que se encuentre amparado por la Constitución y las leyes.

C) *Estatuto del dominio y actividad económica bancaria*

Continuando con este estudio, nos corresponde analizar la sentencia del 10 de febrero del año en curso dictada por el Tribunal Constitucional, que acogió el requerimiento presentado por parlamentarios de oposición en contra del proyecto de ley que derogaba el inciso 4° del artículo 10 de la Ley N° 18.401, ahora desde el punto de vista constitucional, y sobre la base de las opiniones ya emitidas en este estudio por los profesores Raúl Lecaros Zegers, Alejandro Vergara Blanco, Julio Chaná Cariola y Rodrigo Alvarez Zenteno, respectivamente.

Esta parte comprenderá tres aspectos. El primero contendrá un estudio crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional, señalando pormenorizadamente los considerandos que nos merecen más objeciones.

Un segundo aspecto contemplará el estudio del estatuto del dominio en los ordenamientos constitucionales chilenos, a partir de la reforma de la Constitución de 1925 verificada el año 1967. Especial interés habrá en considerar la reserva conferida por el constituyente al legislador, en cuanto a que sólo ese órgano puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella. Tal reserva que, como se verá, no es una originalidad del constituyente de 1980, es indispensable que sea vinculada con la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución, precepto que produce el efecto de alterar el concepto tradicional de derecho adquirido, como lo reconoce el Tribunal Constitucional en su veredicto.

En un tercer aspecto, se abordará un examen de la garantía contenida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, oportunidad en que aprovecharemos de profundizar en el contenido preceptivo y dogmático del orden público económico.

20. *La sentencia del Tribunal Constitucional*

Como lo adelantáramos, esta parte del estudio comprenderá una relación más o menos detallada de aquellos considerandos del fallo que, a nuestro parecer, influyeron en la errónea decisión final.

- Considerando Trigésimo:

La cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión del Tribunal “está restringida a un determinado y particular grupo de accionistas de también determinadas entidades bancarias, ya que sólo para las situaciones que a unos y a otros afectaba se dictó la disposición de la Ley 18.401 que el proyecto busca derogar”.

Sobre esta declaración, resulta fundamental recordar una vez más que no sólo el inciso cuarto del artículo 10 de la ley mencionada es una norma aplicable a ese grupo de accionistas y entidades, sino que, además, todo el articulado de la ley que la sentencia en examen olvidó y, en especial, aquella

declaración del legislador contenida en el inciso segundo del artículo citado, en el sentido que los acuerdos de emisión de acciones preferidas sólo serían permitidas por la autoridad, en la medida que “no comprometan el cumplimiento de la obligación de recompra de cartera vendida al Banco Central”, hoy deuda subordinada.

- Considerando Trigésimo sexto:

“Que, para buscar un equilibrio a esa limitación (participación proporcional en los excedentes del banco respectivo) y hacer atractiva la inversión, no obstante tal restricción, el régimen ideado y regulado consideró que, para compensar esa limitación excepcional al derecho a su parte proporcional en los excedentes, se ofrecería a los nuevos accionistas, por una parte, especiales beneficios y facilidades para el pago de sus acciones y, por otra, se les brindaría el derecho a participar en juntas de accionistas donde tendrían la *facultad* de votar por el no reparto de dividendos que aun cuando con limitación les correspondieren”.

Los derechos que confiere la titularidad o propiedad sobre una acción son votar en juntas de accionistas sobre las materias sometidas a la decisión de ese cuerpo colegiado y percibir los dividendos que correspondan a esa participación en el capital de la sociedad. Que se adopte o no un acuerdo no constituye sino una expectativa del respectivo accionista, razón por la cual sólo quedó al Tribunal Constitucional la posibilidad de denominar facultad el votar por la no repartición de dividendos.

- Considerando Trigésimo octavo:

“Que queda de manifiesto que el régimen establecido, según lo dicho, tiene características del todo excepcionales, entendibles dadas las especiales circunstancias de la emergencia que se encaraba. Por una parte, se consideran accionistas sin derecho a dividendo alguno; por otra, se crea la figura de acciones con preferencia y con un derecho a dividendos limitados en su participación patrimonial, al aplicar ésta sólo a un segmento de los excedentes; y, finalmente, se da origen a un derecho a obtener la capitalización de estos últimos dividendos y a que esta capitalización genere acciones con un ciento por ciento de participación proporcional sobre ellos”.

- Considerando Trigésimo nono:

“Que resultaron de esta manera modificadas reiteradamente las normas que configuran en general la regulación del sistema bancario, originándose un régimen o sistema particularizado y excepcional. La determinación por ley de acciones preferidas, la no repartición de los dividendos a que se tiene derecho y su capitalización por el solo ministerio de la ley, son todos elementos del todo excepcionales al régimen general. Conviene, por ejemplo, recordar que, para no repartir dividendos, los regímenes regulares contemplan estrictas disposiciones. Mientras en las sociedades anónimas abiertas, para no repartir dividendos, se hace necesario de la unanimidad en las juntas de accionistas y en las entidades bancarias, los dos tercios, en este caso particular, se requiere solamente la mayoría absoluta de las acciones que gozan de preferencia”.

- Considerando Cuadragésimo:

“Que el régimen así concebido y puesto en práctica configuró un sistema que no puede sino entenderse como una integralidad, de la cual forman parte inseparable los diversos elementos que la configuran: por una parte, se ofrece la adquisición de acciones con una participación limitada de su proporción en el capital, y por otra, y paralelamente, se ofrece que los dividendos resultantes de esa participación puedan dar origen a acciones con derecho a gozar de un ciento por ciento de los dividendos que proporcionalmente correspondan a la respectiva cuota de capital”.

- Considerando Cuadragésimo primero:

“Que, por las mismas razones, no puede sino entenderse que el accionista que fue llamado a participar de esta inversión con las características excepcionales así configuradas, lo hizo tanto teniendo en consideración a esas condiciones y características como con la certeza de incorporarse a un régimen legalmente establecido, que contemplaba precisamente esas condiciones. No se incorporaba a una actividad económica reglada por las normas que comúnmente se aplican a ella, sino a una operación especialmente tipificada, con rasgos y caracteres propios que le daban un sistemático tratamiento”.

El T.C. debió considerar, sin embargo, que el inversionista se incorporaba a una actividad económica reglada, por todo un estatuto jurídico complejo y, además, por una ley especial que creó un régimen excepcional respecto de los accionistas de bancos con obligación subordinada.

- Considerando Cuadragésimo segundo:

Contempla la exposición relativa a los efectos de la Ley N° 18.818, que sustituyó el régimen de recompra de cartera a plazo determinado por la denominada obligación subordinada, sin plazo determinado y sujeta a un régimen de amortización vinculado a los excedentes que las instituciones deudoras obtuvieren.

Sobre el particular, es relevante destacar que el legislador de la Ley 18.818 sujetó el nuevo régimen de amortización a los excedentes que obtuvieren los bancos con deudas, voluntad que será determinante para el análisis crítico de otras consideraciones del T.C.

- Considerando Cuadragésimo octavo:

Sostiene que la alteración de la proporción final aplicable a la amortización de la deuda en favor del Banco Central “carece de relevancia para el examen jurídico y constitucional de la situación planteada, ya que se trata de las directas consecuencias de un sistema establecido sobre la base de una ley que contuvo los distintos elementos que conllevaban en sí mismos la posibilidad de tener un efecto financiero para el instituto acreedor”.

Este razonamiento contiene, a nuestro entender, una equivocada interpretación de la voluntad del legislador. Difícil resulta aceptar que sea constitucionalmente válida una ley que contemple en sus preceptos la eventualidad de un efecto financiero negativo o perjudicial para el instituto acreedor, máxime si en

concreto tal acreedor es el Banco Central, definido por su ley orgánica como un órgano de rango constitucional. Igual equivocado razonamiento contiene el considerando siguiente, el cual, apartándose de apreciaciones netamente jurídicas, sugiere que el legislador debió haber tenido en cuenta que el sistema ideado podría dar lugar a diversos efectos matemáticos, entre ellos los financieros que afectarían, eventualmente, al instituto emisor.

- Considerando Quincuagésimo primero:

Expone el T.C. “que los inversionistas en acciones preferidas de la banca endeudada celebraron sus contratos de adquisición de acciones, aceptando por ellos los estatutos respectivos y adquirieron simultáneamente el derecho a que los dividendos de esas acciones podrían llegar a ser capitalizados y transformarse en nuevas acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. De esta manera, ellos actuaron con la certidumbre conferida por la ley y el contrato suscrito de la aplicación de un régimen de normalidad de participación en las inversiones futuras así generadas. Este derecho a emitir su voto en la junta de accionistas para dar origen a la capitalización y efectivamente así aprobarla, se incorporó desde su mismo inicio a su derecho de dominio sobre los bienes que así estaba adquiriendo”.

En este considerando el T.C. caracteriza, define o acota el derecho adquirido, que, a su parecer, emana del inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401. El “derecho” nace en rigor de la mera facultad de votar, en una junta de accionistas, para que éste con las mayorías requeridas por la ley, adopte un acuerdo en el sentido de no capitalizar dividendos. El “derecho adquirido” entonces requiere para formarse como tal de supuestos que pueden o no darse, y que naturalmente no dependen de la sola voluntad del accionista, y que son: que existan dividendos a capitalizar; supuesto que los haya, que el acuerdo en ese sentido sea propuesto a una junta de accionistas y que ésta, por mayoría absoluta, adopte el acuerdo en ese sentido. De lo anterior resulta que no basta la sola pretensión del accionista para que sus dividendos se conviertan en acciones con derecho al ciento por ciento de participación proporcional en los excedentes. Es decir, su calidad de titular de una acción sólo le confiere el derecho a percibir dividendos proporcionales y a votar en juntas de accionistas, pero no es procedente decir que incorpore *a su patrimonio acuerdos eventuales*. Baste al respecto hacer presente que la Ley 18.401 rige desde 1985, y desde su fecha hasta ahora han existido numerosos ejercicios financieros que no han dado mérito suficiente a las juntas de accionistas para adoptar un acuerdo que implique capitalizar dividendos. En otros casos, aun cuando los resultados de los bancos permitían la capitalización, la junta prefirió la repartición de las utilidades proporcionales, como ocurrió en la casi totalidad de las juntas de accionistas de abril del año en curso.

- Considerando Quincuagésimo quinto:

“Que la derogación del inciso cuarto privaría a las personas dueñas de acciones con preferencia de un derecho adquirido a votar la no repartición de dividendos y a que, por el solo ministerio de la ley, se produzca su capitalización con el tratamiento contemplado en la misma norma citada, lo cual tiene un evidente efecto económico y patrimonial, afectando su derecho de dominio, al

deteriorar y suprimir facultades de que gozaba, vulnerándose de esta manera el precepto del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, al afectar su propiedad sin causa prevista en la misma Constitución”. Discrepamos absolutamente de los razonamientos del Tribunal Constitucional, que lo llevaron en definitiva a sostener que el tanto citado inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401 generó, reconoció u otorgó un derecho adquirido para los accionistas de bancos deudores del Banco Central.

La garantía del dominio en la Constitución se extiende, efectivamente, a los derechos patrimoniales adquiridos, los que no pueden ser afectados, restringidos o suprimidos por leyes posteriores. Tales –los derechos adquiridos– son los que emanan de un hecho jurídico o de un acto jurídico, conforme a la legislación vigente, cuyos efectos se han incorporado al patrimonio de una persona, aunque el hacer exigibles esos efectos ocurra bajo el imperio de una legislación posterior. Además, teniendo tal significación, debe estar revestido de las calidades de perpetuo, irrevocable exclusivo y cuyo titular tiene la aptitud legal de usarlo, gozarlo y disponer de él sin sujeciones de condición, plazo, modo ni al consentimiento de terceros, todo lo anterior sin contrariar la ley y el derecho ajeno.

Todas estas calidades necesarias, repetimos, para calificar legítimamente una facultad como un derecho patrimonial adquirido, no se dan respecto del accionista titular de acciones preferentes creadas por la Ley N° 18.401, pues no depende de su sola voluntad el que los dividendos a que tiene derecho sean capitalizados; es más, a viva voz puede en la junta de accionistas reclamar la adopción de tal acuerdo, asamblea que, no obstante ello, puede adoptar otras resoluciones. Cabe entonces preguntarse: ¿En qué queda el derecho adquirido que el T.C. reconoce ver en la ley al accionista? Lo que sí existe es un derecho adquirido sobre las acciones resultantes de capitalizaciones acordadas en asambleas pasadas, derecho que no ha sido jamás amenazado por el legislador, y que sí, entonces, reúne plenamente las condiciones y calidades a que nos acabamos de referir.

- Considerandos Quincuagésimo sexto y Quincuagésimo séptimo:

El primero reproduce el inciso segundo del artículo 19 N° 24 y el segundo se limita a expresar que, examinada la situación de autos, puede concluirse que no se da en la especie caso alguno de los que contempla la transcrita disposición constitucional.

Acoger o denegar un requerimiento sobre la base a un análisis tan extraordinariamente simplista y escueto, sin raciocinio alguno, de una disposición constitucional de tanta trascendencia, amerita, a no dudarlo, más de una reflexión. En efecto, el T.C. se limitó en los tres considerandos siguientes (58°, 59° y 60°) a señalar por qué en la derogación del inciso cuarto tanto citado no se encontraban comprometidos los intereses generales de la Nación, todo ello sobre la base a razonamientos muy discutibles. Lo que no analizó para nada fue la facultad conferida por el constituyente al legislador para regular el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, como tampoco la normativa complementaria en cuya virtud el dominio debe ejercerse sometándose a la ley y sin contrariar el derecho ajeno. Además, omitió, totalmente, el análisis dentro del fallo, del contenido preceptivo de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, cuerpo normativo del que nace el concepto de los derechos adquiridos. Sobre estas materias, precisamente, se trata el apartado III, A) de este estudio.

- Considerando Sexagésimo tercero:

“Que fue precisamente el hecho de celebrar el contrato de adquisición de las referidas acciones preferidas lo que determinó indefectiblemente la incorporación al patrimonio de los accionistas de los derechos establecidos en la legislación vigente de la época de su adquisición. Fue efectivamente aquel hecho la circunstancia fáctica con aptitud suficiente para traer como consecuencia la incorporación inmediata de un derecho de carácter patrimonial, protegido por la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y, por lo tanto, estableciendo una limitación a las atribuciones del legislador en el sentido de carecer de facultades para alterarlo, menoscabarlo o anularlo por una norma posterior”.

En una equivocadísima apreciación de la norma constitucional, el T.C. llega a la conclusión que basta con celebrar un contrato para que a él se entiendan incorporados los derechos que establece la legislación vigente y con ello la imposibilidad —esto es carecer de facultades— del legislador para alterar, modificar o anular tales derechos.

Sin perjuicio que tal opinión contribuirá, entre otros efectos, a petrificar y a paralizar la actividad del legislador que es un Poder del Estado, es, a nuestro juicio, una declaración que pugna abiertamente con el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

En efecto, la propia Constitución ha señalado que al legislador corresponde establecer los modos de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Sobre esto último, recordamos una parte de la discusión habida en la Subcomisión sobre derecho de propiedad en la Constitución de 1980: “Al iniciarse el debate, se coincidió en que la función social es inherente al derecho de propiedad y a la propiedad misma. Este elemento, en consecuencia, en el ejercicio de un derecho, limita el hacer y el no hacer, de suerte que el uso, goce y disposición de los bienes deben ejercerse conforme a la naturaleza de éstos, con el fin de satisfacer la necesidad del dueño y la necesidad colectiva. De este modo, como expresó el señor Phillipi, la propiedad está relacionada directamente con el derecho a ella y con la naturaleza del bien, y, por consiguiente, la función social se encuentra en esta última.

El señor Rodríguez explicó que, en síntesis, lo atinente a la función social de la propiedad puede entenderse de dos maneras: primero, en cuanto es un factor limitante del derecho, porque impide extenderlo a lo que no le corresponde, esto es, a aquello que constituiría abuso del derecho y, de otra forma, atendiendo al principio de que el interés social prima en todo caso sobre el particular del dueño y justifica limitaciones en el dominio originadas en las necesidades colectivas, con prescindencia de la conducta del dueño. (Anexo de Documentos. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente).

De lo expuesto aparece que el dominio, en la propia Constitución, se encuentra limitado o alterado por la función social que debe respetar y que son originadas por las necesidades de la colectividad. Afirmar, por tanto, que el legislador no puede alterar los derechos que emanan de un contrato por haberse incorporado a él los que reconocía la legislación vigente, constituye un exceso contrario al espíritu del constituyente y a la letra de la Carta Fundamental de 1980.

De generalizarse la doctrina sustentada por el T.C., se producirá la inmutabilidad de la legislación, pues, según su criterio, el contrato no sólo genera los

derechos y obligaciones que derivan de sus estipulaciones, sino que, además, se le incorporan los derechos que reconoce la legislación vigente, incorporación que inhibiría la potestad de la ley para modificar o alterar la regulación del goce o ejercicio de tales derechos. Esta tesis del T.C. es absolutamente inaceptable en el Derecho chileno y aparece, hasta para un aprendiz, como inexplicable.

Por otra parte, el hecho de celebrar un contrato de adquisición de acciones no incorpora al patrimonio de los accionistas el ejercer su derecho, vulnerando las disposiciones y las estipulaciones que imponían a los bancos con deuda subordinada el pago de parte de sus utilidades al Banco Central. No debe dejarse en el olvido que el dominio se ejerce sin contrariar la ley ni el derecho ajeno, derecho en este caso representado por el del instituto emisor a que se le pague su acreencia.

- Considerandos Sexagésimo cuarto al Sexagésimo séptimo:

En estos considerandos, recurriendo a citas de diversos autores, discurre el T.C. que, enfrentado a un derecho adquirido como es, a su juicio, el que generó para los accionistas preferentes el inciso cuarto objeto de su análisis, la ley que pretendía derogarlo tenía efectos retroactivos.

Ello no es efectivo. Por lo pronto, no existe un derecho adquirido para tales accionistas, sino sólo una mera facultad conferida por la ley para capitalizar dividendos, facultad o potestad legal que rige o subsiste mientras se encuentra vigente la ley que la reconoció.

En seguida, la ley que derogaba el inciso cuarto tanto señalado no tenía efectos retroactivos. En efecto, siguiendo a Georges Ripert y Jean Boulanger¹⁹: "La retroactividad de la nueva ley debe ser definida por oposición al efecto inmediato. Consiste para la nueva ley en el hecho de extraer para el pasado, de actos o de hechos ya realizados jurídicamente, consecuencias diferentes de las que produjo regularmente la aplicación de la ley antigua.

Sucede así cuando la ley nueva importa sucesión o modificación, no solamente a partir de cuando comenzó a aplicarse, sino también para el pasado de derechos subjetivos o de situaciones legales; cuando niega u otorga a un acto o hecho jurídico pasado el efecto constitutivo o extintivo de un derecho, o el efecto constitutivo o extintivo de una situación legal que les reconocía o les negaba la ley antigua".

Los mismos autores señalan: "La ley nueva, a partir del día en que entra en vigor, rige los derechos patrimoniales existentes; puede suprimir su existencia objetiva, como también modificar su contenido y la forma de ejercicio. No hay allí ninguna retroactividad. Esta regla se aplica sin dificultad a la existencia y al contenido de los derechos reales".

Una ley, por tanto, tiene efecto retroactivo cuando, aboliendo los efectos ya producidos en el pasado por una ley antigua, revierte la situación jurídica de que se trata desde el momento en que ésta ha entrado en vigor.

En concreto, la ley declarada inconstitucional no tenía efectos retroactivos, pues hasta su dictación en enero del año en curso el precepto que ella derogaba había regido la situación jurídica creada durante su vigencia y los efectos jurídicos ya producidos no serían cuestionados. Pero, desde la entrada en vigor de esa

¹⁹ *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol* (Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1979), pp. 230, 237 y 238.

nueva ley, ella debería haber producido su efecto, adueñándose, por tanto, a partir de ese día, de la situación jurídica existente, en concreto, para abolirla.

Es decir, la nueva ley dejaba enteramente a salvo las capitalizaciones de dividendos ya acordados conforme con el inciso cuarto de la Ley N° 18.401, siempre, como se ha dicho en este estudio, que ella no perjudique los derechos del Banco Central.

- Por último, comentaremos la ubicación del precepto que se pretendió derogar en el ámbito del derecho privado. (Considerandos Septuagésimo y siguientes)

El T.C. sostiene que no resulta atendible la ubicación de la norma que se pretende derogar en el orden público económico. Su inspiración la encuentro básicamente en un informe en derecho –sin fecha– de los profesores Mario Verdugo y Francisco Cumplido, respecto de cuyo contenido discrepamos absolutamente en lo que a esta materia se refiere.

Por lo pronto, y prescindiendo por ahora del informe señalado, la sentencia en esta materia contiene contradicciones que interesa puntualizar. En efecto, el antes revisado considerando cuadragésimo octavo señaló que las consecuencias del sistema ideado para los bancos deudores, se hizo “sobre la base de una ley que contuvo los distintos elementos que conllevaban en sí mismo la posibilidad de tener un efecto financiero para el instituto acreedor”.

A continuación el T.C. señala que “era obvio en tal sentido que, al incorporarse al capital acciones con un ciento por ciento de participación proporcional en el aumento, se alteraría el porcentaje global de amortización al Banco Central, así como era igualmente evidente que el nuevo porcentaje resultante se aplicará sobre una masa de utilidades mayor, si se generase un volumen más grande de excedentes, que el que se daría sin él. Resultaría inconcebible que tales simples apreciaciones no hubieran estado presentes al concebirse las regulaciones conducentes a esas alternativas”.

Como se aprecia, el T.C. en estos razonamientos reconoce que el sistema ideado constituye una obra del legislador para una parte del sistema bancario nacional, que en muchos de sus aspectos esenciales altera la regulación normal de la actividad económica señalada. Lo más relevante, sin embargo, es que el ejercicio de la facultad de capitalizar dividendos produce efectos para el Banco Central, sean matemáticos o financieros, siendo este último un órgano del Estado con rango constitucional.

En esos términos, ¿cómo pueden conciliarse estos efectos con la ubicación de la norma que autoriza capitalizaciones de dividendos de entidades con deuda subordinada en el campo del derecho privado? Si es que el derecho privado es el que regula las relaciones de los particulares entre sí, tales relaciones sólo pueden producir efectos entre dichos particulares y no irradiar consecuencias patrimoniales a entidades sometidas al Derecho Público, como ocurre con el Banco Central. Por todo ello, resulta insostenible esta muy novedosa teoría del T.C.

El informe en derecho de los profesores Cumplido y Verdugo, por su parte, sin dar razón alguna de su afirmación, sostiene que “las normas sobre el ejercicio de la libertad contractual, por lo contrario de las que reglamentan las formas, modalidades y condiciones en que esta libertad debe manifestarse, son normas de orden privado. En la especie –continúa– las reglas sobre capitalización contenidas en el artículo 10 de la tantas veces citada Ley N° 18.401 son de derecho

privado e incorporaron al patrimonio de las instituciones bancarias deudoras y de sus accionistas preferentes la facultad –bien incorporal– de capitalizar con el solo acuerdo de la junta de accionistas, ya sea con acciones de pago o representativa de dividendos no repartidos, sus respectivas instituciones financieras en los términos señalados en esa norma. En consecuencia, esta facultad de capitalizar, lo mismo que la forma de pago de la obligación subordinada, no puede ser modificada por una ley posterior, pues ésta sería inconstitucional por violar la garantía al derecho de propiedad que ampara el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República”. (F. Cumplido - M. Verdugo. Informe en Derecho. Pág. 15 N° 9).

En una primera aproximación, los informantes sostienen que la mera facultad de capitalizar constituye un bien incorporal garantizado por el art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental. Tal afirmación es errónea y lo demostraremos citando a don Luis Claro Solar, autor a quien también recurre el T.C. en su sentencia. Señala este tratadista: “Con el nombre de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos acuerda facultades y nos deja en libertad de usar o no usar de ellas. Mientras no hemos utilizado estas aptitudes, tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según ciertos y determinados requisitos; pero no adquirimos el derecho, sino cuando nuestra aptitud se ha manifestado, llenando los requisitos indispensables para su utilización. El ejercicio de esta facultad, que, en cierto sentido, se materializa con aquel acto, viene a constituir el derecho adquirido que ninguna ley posterior puede arrebatarnos sin aplicarse retroactivamente, pues la misma ley vendría a negarse a sí misma, destruyendo la obra que ella ha autorizado en el pasado con gran perjuicio de su propia autoridad y de los intereses de aquellos a que ella rige, puesto que nada podría ser estable en la sociedad. Que la nueva ley suprima o modifique las facultades antes acordadas y de las cuales no se ha hecho uso, se comprende, por el contrario, porque ella no daña a nadie, mejorándose a sí misma, cerrando o rectificando un camino abierto hasta entonces, pero en el cual habrían entrado los interesados o alguno de ellos”²⁰.

Queda claro, entonces, que una mera facultad legal se transforma en derecho en la medida que se hace uso o ejercicio de ella, pudiendo el legislador suprimirla en cualquier instante o momento, quedando a salvo los derechos que se materializaron en uso de esa facultad legal.

Tal era, como lo reiteramos, la naturaleza jurídica del contenido del inciso cuarto del artículo 10 de la Ley 18.401, lo que reconocen los autores del informe, dándole, sin embargo, el carácter de un bien inmaterial en una interpretación que creemos inaceptable en Derecho.

Finalmente, los informantes no dan en su informe razón alguna que justifique la ubicación de la norma en el derecho u orden privado o que, por lo menos, desvirtúe lo que en esta parte del estudio hemos sostenido.

Hemos relatado la forma cómo el Tribunal Constitucional, en la sentencia que nos ocupa, abordó la normativa legal y constitucional que, a su parecer, regulaba la materia sometida a su conocimiento.

Debemos agregar que, para una adecuada decisión de lo controvertido, el Tribunal debió ponderar y examinar a fondo, además, el contenido y significa-

²⁰ Luis Claro Solar, *Curso de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1931), p. 65.

ción de los siguientes textos que, en su conjunto, forman el real estatuto jurídico del accionista-inversionista de bancos deudores del Banco Central:

- 1° El precepto del artículo 582 del Código Civil que define el dominio o propiedad como “un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo *contra* la ley o *contra* derecho ajeno;
- 2° El precepto del artículo 583 del mismo Código que expresa que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”;
- 3° El artículo 12 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, de 1861, que preceptúa que “*todo* derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus *goces* y *cargas* y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la *nueva ley...*”;
- 4° El N° 21 del artículo 19 de la Constitución, que asegura “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, *respetando* las normas legales que la regulan”, el que sólo menciona, no profundizando sobre la compleja regulación de la actividad económica bancaria, que por su naturaleza, como lo dice el profesor Chaná, necesita de una legislación especial, rígida y muy controladora y fiscalizadora;
- 5° Las normas legales que regulan la actividad bancaria, entre las que deben tenerse presente, también, la Ley General de Bancos, la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la legislación sobre sociedades anónimas, y
- 6° El precepto del inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Constitución que estatuye que “*sólo la ley* puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella...”

Toda esta normativa constitucional y legal debió ser estudiada y debidamente ponderada por el Tribunal Constitucional, ya que referirse sólo a la ley especial que se trataba de modificar fue una actitud jurisdiccional incompleta que, necesariamente, debía llevar a conclusiones erróneas.

Un análisis de cada uno de esos elementos constitutivos del estatuto jurídico que rige a esos accionistas confirmará la apreciación que antecede.

21. *El estatuto del dominio*

La regulación del derecho de dominio o propiedad se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en dos cuerpos legales de diversa jerarquía, que son la Constitución Política y el Código Civil. Tales cuerpos normativos dan el contenido medular de lo que es, en nuestro Derecho, el instituto de la propiedad.

El Código Civil, en su artículo 582, define el dominio (que se llama también propiedad) como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo *contra* ley o *contra* derecho ajeno”. A continuación, y ampliando la naturaleza del objeto sobre que recae el derecho, el artículo 583 declara que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

La doctrina generalizada de los autores de Derecho Civil señala como caracteres del dominio el que es un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo.

El carácter absoluto del derecho de propiedad tiene, en opinión de Alessandri y Somarriva, dos alcances: "Significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa todas las facultades posibles, y también que tiene un poder soberano para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirsele"²¹.

Los mismos autores sostienen que resulta exagerada la tesis conforme a la cual el dueño puede hacer con el objeto, sobre que recae su derecho, todo aquello o cuanto le plazca. Señalan que el legislador concede facultades libres y exclusivas dentro de los límites que el mismo fija a priori. Tales límites que señala la ley, y dentro de los cuales se ejerce el derecho a propiedad, no son de esas limitaciones que, al estilo de las servidumbres, restrinjan desde fuera la amplitud del dominio, sino que son inmanentes a la propiedad en cuanto determinan su contenido normal. Ello implica que el legislador civil reconoce el poder soberano del propietario, pero dentro de los límites naturales del dominio, a saber, la ley y el derecho ajeno.

En seguida, el derecho de propiedad es exclusivo, porque en su esencia un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa y, por lo tanto, para impedir la intromisión en sus legítimas potestades de cualquier persona. Tal exclusividad no obsta, como bien lo señalan los autores citados, a que puedan existir sobre la cosa otros derechos reales junto a la propiedad sin que éste, por tal hecho, se desnaturalice. En este caso, sólo ocurre que los otros derechos reales —que el propietario está obligado a respetar— limitan la libertad de acción de éste.

Finalmente, el dominio es perpetuo en cuanto no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa. Sostienen los profesores Alessandri y Somarriva en la obra citada "que el dominio en sí mismo no lleva una razón de caducidad y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él". Lo expuesto, obviamente, se entiende sin perjuicio de la circunstancia que el propietario pierda su derecho si deja poseer la cosa por un tercero durante el tiempo y con los requisitos señalados por la ley para que adquiera el dominio de ella por prescripción.

No obstante lo expuesto, la exclusividad y la perpetuidad como características que distinguen al dominio, no implican de suyo una congelación absoluta, en favor del propietario, respecto del provecho que sobre la cosa objeto del derecho se puede obtener. Hoy en día, la doctrina está de acuerdo en reconocer una función social a la propiedad privada y de acuerdo con los intereses generales de la colectividad.

Por su naturaleza, el dominio confiere a su titular facultades que le son inherentes, que vienen reconocidas desde el Derecho Romano, y que también se encarga de citar nuestra Constitución Política. Tales facultades son las de usar, gozar y disponer del bien objeto del derecho.

La facultad de uso consiste en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata. Alessandri y Somarriva, en la obra citada, exponen que "como las atribuciones del propietario son de gran magnitud, puede usar la cosa de su dominio, en principio, con cualquier fin, aun cuando contraríe el destino natural de ella; su poder sólo tiene cortapisas en la ley y en el derecho ajeno".

²¹ Curso de Derecho Civil, Tomo II, De los Bienes, Editorial Nascimento, 1961.

El goce, a su vez, es la facultad que habilita para apropiarse de los frutos y de los productos que la cosa entrega. Como dice el profesor Luis Claro Solar: "Se extiende el derecho a todos los productos de la cosa, sean periódicos u obtenidos de una sola vez y sea que los periódicos emanen de ella misma, como los frutos naturales o industriales, o que se obtengan con ocasión de la cosa, más bien que producidos por ella, como los intereses del dinero prestado, las rentas de arrendamiento de una casa"²².

Por último, la facultad de disponer de la propiedad es la que habilita al dueño para destruir materialmente la cosa, transformarla, degradarla o bien desprenderse del derecho que tiene sobre ella, transfiriéndola a otra persona o transmitiéndola para después de sus días.

Como tendremos ocasión de ver, todas estas facultades han estado permanentemente reguladas por el legislador.

Ahora bien, la Constitución de 1980 consagra o reconoce a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales" (art. 19 N° 24).

A continuación, el inciso segundo del precepto, que el Tribunal Constitucional no analiza en forma alguna, señala: "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". La Constitución, en este precepto, reiteró con más precisión el contenido de la norma consagrada ya en la Carta de 1925, luego de la reforma de 1967, que también consagró el derecho de propiedad en sus diversas especies y entregó al legislador la facultad de establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella. Cabe observar, primero, que la Constitución reserva exclusivamente al legislador el dictar las normas, obviamente legales, sobre estas cuatro materias. "Por ello, es propio de la ley regular el modo o forma de adquirir el dominio, usar, gozar y disponer del objeto sobre que recae, en términos generales y objetivos, evitando cualquier diferencia injusta o discriminación arbitraria, cuidando de no lesionar en su esencia el derecho a la propiedad ni las facultades del dominio adquirido"²³.

En este momento resulta oportuno detenernos en algo que afirmara años atrás el informante Enrique Evans en su obra "Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile" respecto de la reforma al derecho de dominio que se efectuó en 1967 a la Constitución de 1925 y que creemos puede sostenerse absolutamente en nuestros días, tomando en consideración la garantía que consagra el N° 26 del artículo 19 de la Constitución. Expresó el autor, justificando su opinión sobre la conveniencia de la reforma que reemplazó la expresión "la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna" por "el derecho de propiedad en sus diversas especies", lo siguiente: "Según el diccionario de la Real Academia, inviolabilidad es la "calidad de inviolable"; inviolable significa "que no se debe o no se puede violar o profanar"; violar es igual a "infringir o quebrantar una ley o precepto".

²² Luis Claro Solar. Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo Sexto, Imprenta Cervantes, 1932.

²³ José Luis Cea. Tratado de la Constitución de 1980, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Puede, pues, afirmarse que un derecho inviolable es el que no se puede infringir, quebrantar o desconocer, en cuanto a su existencia, y a su subsistencia, o en lo relativo a su extinción y a las facultades jurídicas que lo configuran, las que no pueden restringirse en su número ni limitarse en su amplitud.

Si la inviolabilidad de un derecho emana de la Constitución, su efecto práctico es impedir que el legislador dicte normas que lo infrinja, quebrante o lo viole en alguna de las maneras descritas; en otros términos, “que la ley afecte su existencia o su subsistencia”. La verdad —continuaba señalando— es que en el orden jurídico chileno, los derechos no son “inviolables”, puesto que no existen disposiciones constitucionales que impidan que una nueva ley modifique la definición de un derecho y otorgue en el futuro otros o menos atributos jurídicos que los que se reconocían por la legislación anterior.

El artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, como ya se ha dicho, establece que a la nueva ley quedan sujetos “en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción” los derechos reales adquiridos bajo la ley anterior.

En resumen, la norma general es que el legislador puede afectar todos los derechos, porque puede modificar su contenido jurídico —goces, cargas, extinción— aun de los adquiridos antes de su promulgación, con una sola excepción: la calidad de *titular de un derecho*, adquirido conforme a la ley anterior, no puede ser desconocida por una nueva ley, como tampoco los atributos que lo configuran y que son de su esencia²⁴.

La Constitución de 1980, por su parte, ha enriquecido la garantía del dominio, al ampliar expresamente la protección hacia los bienes incorporales. Con ello, ha recogido la normativa del Código Civil el que, como dijimos, dispone en su artículo 583 que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”. Sobre este artículo, don Luis Claro Solar, en la obra señalada, comentaba que “la disposición de nuestro Código puede considerarse como una novedad en la legislación positiva moderna, porque en sus términos generales comprende la totalidad de las cosas incorporales; y, por lo tanto, no sólo los derechos reales, sino los derechos personales, los créditos de toda especie, ya tengan por objeto de la prestación prometida, una cosa, ya un simple hecho o aun una abstención del deudor, pueden ser objeto del derecho real de propiedad”.

Ahora bien, innumerables son los casos en que el legislador chileno ha regulado libremente el uso, el goce y la disposición de los bienes. Sin ser exhaustivo, y a vía ejemplar, el Código Civil da muestras de esta afirmación en el artículo 783, a propósito del goce del usufructo de una heredad; en el artículo 811 para gozar de las utilidades y productos de una cosa; en los artículos 1382, 1384 y 2484, para gozar del beneficio de separación de patrimonios; los artículos 764, 902, 1913 N° 3 y 1946 para gozar de una cosa inmueble, materias todas que, como ha sucedido, pueden ser modificadas y reguladas de distinto modo por leyes posteriores, sin menoscabar por ello la esencia del dominio.

Aún más, el legislador, luego de la vigencia de la Constitución de 1980 ha hecho uso de la facultad de regular el goce de inmuebles, regulaciones que más parecen limitaciones al dominio, sin que a su respecto hayan aparecido tachas o reparos de inconstitucionalidad. Un ejemplo clarificador de lo que se viene

²⁴ Estatuto Constitucional del Derecho de Propiedad en Chile. Editorial Jurídica, 1967.

afirmando lo constituye la Ley N° 18.959, que, modificando el D.L. 701 sobre régimen legal de los terrenos forestales, dispuso entre sus preceptos: "La corta o explotación de bosques en terreno de aptitud preferentemente forestal obligará a su propietario a reforestar una superficie de terreno igual, a lo menos, a la cortada o explotada, en las condiciones contempladas en el plan de manejo aprobado por la Corporación o, en su caso, presentado en la misma para aquellas excepciones consideradas en el inciso 2° del artículo anterior". Este artículo, segundo de la ley citada, refleja cómo el legislador, haciendo uso de su potestad constitucional, impone una nueva carga al goce del dominio del propietario de un predio con aptitud forestal, regulándolo libremente.

De lo expuesto, se deduce inequívocadamente que el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución reserva al legislador dos regulaciones en relación al derecho de propiedad: establecer los modos de adquirirla, de usar, gozar y disponer de ella en primer lugar, y en segundo término establecer las limitaciones y obligaciones de que puede ser objeto y que deriven de su función social. Lamentablemente, estas potestades exclusivas del legislador suelen olvidarse.

22. *El derecho a desarrollar actividades empresariales, el orden público económico y la actividad económica bancaria*

El artículo 19 N° 21 de la Constitución consagra un derecho fundamental que, dentro de nuestros ordenamientos positivos, constituye una novedad de la Carta de 1980. La Constitución vigente quiso, en forma específica, asegurar el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, con las limitaciones impuestas por la moral, el orden público y la seguridad nacional, y sometida tal actividad a las normas legales que la regulen.

El inciso primero del precepto que consagra el derecho es aplicación del principio de igualdad de oportunidades, en cuanto el Estado debe garantizar condiciones jurídicas iguales para desarrollar actividades económicas. Es importante tener claro que no es papel del Estado lograr que, efectivamente, todas las personas realicen cualquier actividad económica, puesto que ello implicaría que la autoridad mejorara todas las circunstancias que permiten hacer uso de las oportunidades ofrecidas en cada caso particular. Por ello, la igualdad de oportunidades se traduce en garantizar jurídicamente que ninguna persona, ni aun el propio Estado, a través de cualquiera de las personas jurídicas que lo componen, interferirá en el derecho de otra a realizar cualquier actividad económica.

Además, la garantía impone a quienes ejercen una actividad económica el someterse a las normas legales que la regulan, esto es, al estatuto jurídico que indica cómo puede realizarse tal o cual actividad.

Sobre el punto, es útil hacer presente que no toda actividad económica tiene un estatuto legislativo especial. En efecto, hay muchas actividades económicas que no están sometidas a un estatuto jurídico que defina de manera específica la forma en que se entra, desarrolla o se sale de ellas, ni tampoco exigen de parte del Estado una atención preferente en términos que requieran la existencia de órganos especiales que las controlen o fiscalicen. Sólo algunas actividades económicas, es decir, aquellas estimadas relevantes para el orden social están regimentadas especialmente.

Sin perjuicio de que toda actividad económica debe, por mandato del constituyente, someterse a la ley, aquellas que han merecido especial atención del

legislador deben ajustarse estrictamente al estatuto normativo creado para ellas, estatuto que, por regla general, está compuesto por normas de orden público. Los ejemplos son variados, bastando citar a título ejemplar, la legislación que regula la actividad de las instituciones de salud previsional, la que regula la actividad de los bancos e instituciones financieras, la que regula la actividad de las empresas de servicios, etc. Está compuestas por preceptos que los agentes respectivos no pueden ignorar ni traspasarlos al campo de la autonomía de la voluntad. Todas estas regulaciones especiales vinculan la actividad empresarial respectiva con el Estado, en cuanto éste cumple un rol fiscalizador en el ejercicio correcto de ella, esto es, sometida a la ley que la regula.

La actividad económica bancaria amparada por el artículo 19 N° 21 de la Constitución tiene un estatuto jurídico especialísimo, diferente en muchos aspectos de otras actividades empresariales. Lo anterior deriva de la naturaleza del negocio que constituye el único objeto de las instituciones financieras, cual es principalmente ser intermediarias naturales en la circulación de dinero, teniendo ellas el monopolio de tal actividad.

Tal estatuto jurídico *es rigurosamente cauteloso, desde el momento que el Estado da una autorización a los Bancos para recibir depósitos en dinero del público y con ello ser la fuente obligada a que deben recurrir los que desean obtener dinero en préstamos.*

Conforme con el artículo 63 de la Ley General de Bancos, “los bancos se rigen por la presente ley y, en subsidio, por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas (Ley 18.046) en cuanto puedan conciliarse o no se opongan a sus preceptos”. Los resguardos que se reserva el Estado para vigilar el ejercicio de esa actividad se ejercen por medio de las facultades de fiscalización y control que la ley entrega a la Superintendencia del ramo, a sus facultades normativas, a la mantención de encajes precisados por el Banco Central, etc. Aún más, conforme a la ley, el Superintendente puede privar de sus facultades a los Directorios y nombrar Administradores de los Bancos y revocar la autorización de existencia de una empresa y declararla en liquidación forzosa si concurre alguna de las circunstancias previstas por el artículo 127 de la ley citada.

Todo lo anterior, reiteramos, significa que la actividad bancaria tiene caracteres distintivos que la hacen especialísima en comparación a las restantes empresas comerciales. Si bien tienen como toda empresa un capital propio, cuyo mínimo precisa la ley, y reunido con los aportes de los accionistas, *él no es la base con que desarrollan sus negocios, sino que éstos se basan en la obtención de dinero del público para realizar con él préstamos a sus clientes. Por ello, el riesgo en el negocio bancario no es el capital de sus dueños, sino el dinero de los depositantes, quienes como acreedores deben ser resguardados por la ley.*

En definitiva, la primera limitación de la actividad económica bancaria se encuentra en el propio estatuto jurídico que la regula; en seguida, en el orden público —también previsto por el precepto constitucional— representado en concreto por el conjunto de valores y bienes jurídicos que están implícitos en ese estatuto y que expresan la superioridad de los intereses colectivos sobre los de naturaleza particular; es decir, las actividades financieras deben sujetarse en su ejercicio, con mayor rigor, a las reglas que establezca la autoridad en resguardo del orden público económico, dada la gravedad y extensión que los efectos de cualquiera inestabilidad en este sector producen en los depositantes y los acreedores de estas instituciones y en la economía nacional.

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

Así se explica, también, que la Superintendencia tenga la facultad de nombrar administradores provisionales que reemplacen al directorio y al gerente y que tengan todas las facultades de que éstos gozaban para realizar la gestión.

Ahora bien, el N° 21 del artículo 19 de la Constitución, como igualmente otros preceptos de la Carta Fundamental, han contribuido a formular la existencia, dentro del ordenamiento constitucional, de un orden público económico. Tal concepto, complejo si se pretende definir, ha sido largamente trabajado y estudiado, pudiendo afirmarse que aún se encuentra en etapa de elaboración y aporte. Por ello, cualquier definición que se intente adolecerá, por ahora, de defectos y omisiones.

Lo que parece indiscutible es que este orden público económico esté revestido de principios y normas que los concretizan, normas que, por una parte, establecen y rigen la acción del Estado y sus organismos en la economía, normas que regulan las relaciones económicas entre el Estado y el sector privado y, en fin, normas aplicables exclusivamente a este último.

El artículo 10 de la Ley 18.401, en su integralidad, está regulando un aspecto específico de un sector también especial de la actividad económica bancaria. Como tal, la norma se integra creando un régimen excepcional, obvia y necesariamente de orden público, al estatuto jurídico bancario formado enteramente por normas también de orden público.

La sentencia del Tribunal Constitucional, por las razones expuestas, es errónea al sostener que del inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401 nació un derecho adquirido para los accionistas de los bancos con deuda subordinada; que el legislador está impedido o carece de facultades para derogar, alterar, modificar o menoscabar la facultad contenida en el citado inciso 4°, y que esta facultad no se ubica en el orden público, o de otra manera que las reglas sobre capitalización que establece la ley son de derecho privado.

IV. CONCLUSIONES

1° En el año 1985 se dicta la Ley 18.401 con el objetivo de ir en apoyo de la banca privada. El fin o propósito de esta ley queda meridianamente establecido en el inciso segundo del art. 10 de la misma y puede resumirse en dos aspectos: a través de la emisión de acciones serie B, preferidas, con derecho a participar en una parte de los excedentes de estas instituciones, permitir aumentar el capi-

tal de dichos bancos, ya que esta nueva serie de acciones podría ser colocada en forma atractiva en el mercado, y cautelar efectivamente los derechos del Banco Central, en orden a que se le recomprara la cartera vendida con las modalidades y condiciones establecidas con anterioridad.

En el año 1989, ante la evidencia de que los bancos no podrían cumplir dentro de los plazos establecidos por la Ley 18.401 su obligación de recomprar la cartera vendida, se dictó la Ley 18.818. Esta ley fundamentalmente tuvo por objeto sustituir la obligación de los bancos deudores de recomprar la cartera vendida, por la de pagar, lo que se ha denominado "obligación subordinada", la que se solucionaría en un plazo indefinido, destinando la misma proporción de los excedentes de las acciones serie B a este efecto y que antes se destinaban a la recompra de cartera. El mecanismo que diseñó la ley para este objeto fue el que los bancos interesados en acogerse a esta nueva modalidad debían celebrar con el instituto emisor un contrato de novación.

2° No parecen ajustado a Derecho los fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal Constitucional, en sentencia de 10 de febrero de 1995, declaró que los titulares de acciones clase B de los bancos con deuda subordinada tendrían unos derechos adquiridos, no sólo sobre las mismas, sino, además, a llevar adelante las capitalizaciones a que los autorizaba el artículo 10 inciso 4° de la Ley N° 18.401, de 1985 que se pretendió derogar a través de un proyecto de ley, sometido a su revisión; y, por consiguiente, señaló el Tribunal, que el legislador no tenía potestad para modificar tal estatuto de derecho privado, pues él habíase incorporado al patrimonio de los accionistas, y toda ley que así lo hiciese, al afectar el derecho de propiedad de tales accionistas, estaría actuando con efecto retroactivo, lo que, a juicio del Tribunal, impediría la Constitución.

3° No hay disposición constitucional alguna que, en materia civil, impida al legislador otorgar efecto retroactivo a una determinada disposición legal. La disposición del inciso 1° del art. 9° del Código Civil tiene solamente rango legal y, por tanto en rigor, el legislador, tratándose de disposiciones civiles o, mejor dicho, no penales, puede modificar, alterar o suprimir derechos o facultades conferidas por una determinada ley.

La condición para que dicha modificación, alteración o supresión sea eficaz, es que no vulnere derechos adquiridos, es decir, derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas, porque ello atentaría contra la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. En consecuencia, el legislador no puede dictar una ley retroactiva en cuanto al derecho de propiedad sólo si ella va a lesionar intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de una ley antigua y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona.

4° Si hoy día se pueden seguir emitiendo acciones preferidas clase B en la forma y condiciones establecidas en la Ley 18.401, de 1985, es decir, previo informe favorable del Banco Central y con autorización de la Superintendencia de Bancos, no es efectivo entonces que el proyecto de ley rechazado por el Tribunal Constitucional haya tenido efecto retroactivo, sino que, por el contrario, disponía sólo para lo futuro. Si se hubiese aprobado la ley derogatoria, los accionistas clase B sólo se habrían visto privados de capitalizar en el futuro automáticamente sus dividendos, emitiendo acciones clase C, y, naturalmente, dicha derogación no habría afectado las capitalizaciones automáticas ya efectuadas en el ejercicio de 1994, y en la medida que hayan sido realizadas conforme a derecho.

5° El legislador no queda privado de su potestad legislativa que emana directamente de la Constitución para modificar las leyes, aunque el contenido de la ley sea de carácter patrimonial o pecuniario. Si así fuera, ninguna ley podría ser modificada. Lo que ocurre es que si el legislador, al dictar una ley, pudiese haber afectado un derecho ya incorporado al patrimonio de alguna persona, esa persona tendrá el derecho de reclamar ante los tribunales ordinarios de justicia con el objeto de que éstos aclaren, en su caso, la inaplicabilidad de la ley, ya que no los pudo privar de un derecho incorporado a su patrimonio.

6° La distinción de disposiciones de derecho público y privado con el objetivo de afirmar que estas últimas entran al patrimonio de las personas carece de sentido y, en ningún caso, es suficiente para justificar la conclusión de que el legislador habría carecido de potestad para modificar la legislación anterior. No es procedente afirmar que las normas de derecho privado, por el hecho de ser de esa naturaleza, pasan a formar parte del patrimonio de las personas, protegido por la garantía de la propiedad, lo que implicaría una imposibilidad absoluta de toda modificación legislativa; hipótesis ésta lamentablemente acogida en la sentencia analizada.

7° Resalta en la sentencia del Tribunal Constitucional el hecho de que, a pesar de fundamentar toda su argumentación en que los accionistas clase B habrían adquirido un derecho de propiedad sobre la facultad de renunciar a los dividendos y, en consecuencia, de pleno derecho capitalizarlos, no hace alusión alguna al principio contenido en el artículo 12 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, la que se refiere específicamente a los derechos reales, del cual el más importante es del derecho de propiedad.

No aparece justificable esta omisión de la sentencia, atendido que insistentemente se refiere a unos pretendidos derechos adquiridos, o a una pretendida retroactividad y que, además, citando en apoyo a su argumentación, transcriba un texto de un autor que comenta precisamente la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes y, en especial, su artículo 22 relativo a contratos. Es especialmente grave que los sentenciadores hayan omitido otro comentario que tal autor realiza al artículo 12 ya referido, artículo éste que es el único aplicable a la hipótesis de retroactividad o irretroactividad que el Tribunal Constitucional debía considerar a propósito del requerimiento relativo a la Ley 18.401.

8° Queremos decir enfáticamente que la omisión por el Tribunal Constitucional de un análisis de este artículo 12, que constituye, además, un principio general de derecho, resulta absolutamente incomprensible, pues precisamente toda la argumentación de los sentenciadores giró en torno a su defensa de un derecho real (el derecho de propiedad de los accionistas clase B), que pretendidamente estaba siendo amagado por una ley nueva, la que, a su juicio, era retroactiva, afectando derechos adquiridos. Si los sentenciadores quisieron referirse a este tema de la retroactividad y de los derechos adquiridos, no se vislumbra ninguna razón para omitir una referencia a este artículo.

Ni el Código Civil ni la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes han definido qué debe entenderse por derecho adquirido o por mera expectativa. La Ley de 1861 recurrió a ejemplos para ilustrar cuándo ocurre una u otra situación jurídica, y han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han arribado a conceptualizar los derechos adquiridos y las meras expectativas.

9° Los accionistas clase B de los bancos, sujetos a la obligación de recomprar cartera vendida o a pagar la deuda subordinada al Banco Central por la Ley 18.401, sólo han tenido la expectativa, en cada ejercicio, una vez aprobado el

balance, de renunciar a los dividendos pertinentes en la junta de accionistas, capitalizándolos por el solo ministerio de la ley a través de la emisión de acciones preferidas clase C, liberadas de pago.

Los accionistas preferentes clase B, de los bancos con deuda para con el Banco Central, sólo han tenido una mera expectativa, una esperanza de adquirir verdaderamente un derecho cuando cumplan en cada ejercicio los requisitos establecidos por la Ley N° 18.401 para acceder a capitalizar automáticamente los dividendos. Pero aun aquellos que sostuvieran una doctrina que no compartimos, cual es que ellos tenían un derecho condicional, tampoco han podido, en ningún caso, incorporar derecho alguno a su patrimonio.

10° Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas en medio del procedimiento de formación de las leyes, deben ser analizados a la luz del papel que le corresponde a dicho Tribunal en el control de la constitucionalidad de las leyes en nuestro sistema jurídico.

Lo anterior trae como consecuencia que la sentencia no vincula ni al propio Tribunal que la dictó, ya que el Tribunal Constitucional en un control de constitucionalidad futuro podría cambiar absolutamente sus argumentaciones y decisiones (como ha ocurrido, por lo demás, en nuestra práctica constitucional), y no existe ningún precepto de la Constitución que le impida al Tribunal Constitucional tal actitud.

En virtud de las consideraciones anteriores, la sentencia sobre que recae este estudio, a juicio de quienes lo suscribimos, sólo pudo tener efectos dentro del procedimiento legislativo, y su única virtud fue impedir que el proyecto de ley señalado cobrara fuerza de ley. En ningún caso es posible atribuirle otros efectos, fuera de este procedimiento legislativo, como lo sería, por ejemplo, basar en tal pronunciamiento una declaración de derechos a favor de los accionistas preferentes de los bancos con deuda subordinada.

No parece desprenderse en parte alguna de la sentencia, por lo demás, que el Tribunal Constitucional haya pretendido declarar derechos en favor o en contra de terceros que no han podido intervenir en el requerimiento, toda vez que la función de declarar los derechos corresponde a los tribunales de justicia, según lo dispone la Constitución.

Julio Chaná Cariola
Profesor Titular y Emérito
Derecho Comercial
P. Universidad Católica de Chile

Enrique Evans de la Cuadra
Profesor Titular y Emérito
Derecho Constitucional
P. Universidad Católica de Chile

Raúl Lecaros Zegers
Profesor Titular
Derecho Civil
P. Universidad Católica de Chile

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho Público
Doctor en Derecho
P. Universidad Católica de Chile

Rodrigo Alvarez Zenteno
Profesor de Derecho Comercial
Doctor en Derecho
P. Universidad Católica de Chile

Eugenio Evans Espiñeira
Profesor de Derecho Público
Magíster en Derecho Público
P. Universidad Católica de Chile