

EL CASO DE LA DEUDA SUBORDINADA.  
COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA  
DEL EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
(Fallos Roles N° 207 y N° 209, de 1995)

MANUEL ANTONIO NUÑEZ POBLETE  
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCION

En enero y abril de 1995, con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que pretendía derogar el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401 (sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada) nuestro Tribunal Constitucional (en adelante T.C.) tuvo la oportunidad de emitir dos interesantes fallos, en los cuales se abocó al estudio de materias, hasta la fecha, inéditas. Como se podrá apreciar, este año comenzó generoso en la entrega de material de reflexión, no sólo para abogados y estudiantes de derecho, sino también para economistas, politólogos y periodistas<sup>1</sup>.

El primer fallo (Rol N° 207, de 10 de febrero de 1995) se pronunció sobre el requerimiento, deducido conforme al art. 82 N° 2 de la C.P.R., a través del cual un grupo de diputados<sup>2</sup> reclamó de la inconstitucionalidad del proyecto de ley que pretendía derogar el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, proyecto que ya había sido promulgado y publicado como ley de la República (bajo el N° 19.369 en el D.O. de 24 de enero de 1995). En esta sentencia el T.C. resolvió, en forma previa al fondo del asunto, acerca de su competencia para conocer de un requerimiento cuya interposición fue formalmente comunicada al Ejecutivo con posterioridad a la promulgación de la ley.

La segunda sentencia (Rol N° 209, de 11 de abril de 1995) se pronunció sobre el reclamo que 32 diputados<sup>3</sup> dedujeron, en conformidad a lo dispuesto en el art. 82 N° 5 de la C.P.R., en contra del Decreto Supremo Promulgatorio de la Ley N° 19.369, publicada en el D.O. de 24 de enero de 1995.

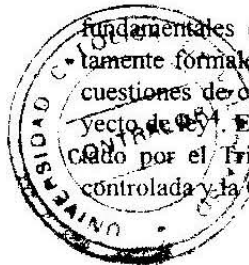
En las líneas venideras, además de presentar los principales tópicos de esta jurisprudencia, se intentará entregar algunas reflexiones e interrogantes acerca de su contenido. Para ello, y por razones metodológicas, hemos distinguido dos aspectos

---

<sup>1</sup> El tema de la llamada deuda subordinada y del capitalismo popular tiene su origen en las disposiciones de la Ley 18.401 y sus modificaciones (Leyes N° 18.425, 18.707, 18.818 y 19.361).

<sup>2</sup> 31 Diputados, todos de oposición.

<sup>3</sup> También de oposición, figurando algunos que no obraron en la primera presentación.



fundamentales en estos dos fallos. El primero dice relación con aspectos estrictamente formales, o si se quiere, procedimentales, relativos a la tramitación de las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley. El segundo se refiere a la cuestión de fondo, esto es, al criterio sustentado por el Tribunal luego de practicar el contraste entre el proyecto de norma controlada y la Carta Fundamental.

## II. LA CUESTION PROCEDIMENTAL

El T.C., en cuanto agente de jurisdicción y en forma similar a cualquier tribunal, se halla vinculado por normas de competencia, procedimiento y decisión. Los estudios de la jurisprudencia del T.C. suelen poner mayor énfasis en las normas de decisión<sup>5</sup>, que en lo que se refiere al control de constitucionalidad de la ley sirven de parámetro de comparación, permitiendo al operador afirmar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de otra norma de inferior jerarquía. Sin embargo, y como ya lo hemos advertido, también existe otro grupo de normas de procedimiento (plazos, legitimaciones activas, etc.) y competencia. Esta parte de nuestro trabajo se refiere, precisamente, a este último grupo de normas.

Debido a que nuestra Constitución ha previsto el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad sólo para cierta categoría de proyectos de ley (art. 82 N° 1 C.P.R.), en el caso que nos ocupa (control de una ley ordinaria) el Tribunal sólo podía pronunciarse a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Fueron entonces 31 diputados de oposición quienes se encargaron de promover la cuestión de constitucionalidad, presentando el respectivo requerimiento el día 22 de enero de 1995.

Hasta aquí, nada nuevo bajo el sol.

La novedad radicó en las circunstancias que siguieron a la presentación del requerimiento, pues éste fue formalizado el día 22 de enero de 1995, a sólo horas (aproximadamente a las 22 horas de aquél día domingo<sup>6</sup>, en la residencia particular

<sup>4</sup> Se entiende que nos referimos a la tramitación de leyes que carecen de control obligatorio de constitucionalidad, y cuyo control (eventual) se regula en el N° 2 del art. 82 de la C.P.R. y en el párrafo 2° de la L.O.C. N° 17.997, de 1981, bajo el epígrafe "*Conflictos de Constitucionalidad*".

<sup>5</sup> Así, la jurisprudencia del T.C., cada vez que se pronuncia sobre la constitucionalidad de tal o cual norma, interpreta de alguna manera la Carta Fundamental, generando un cúmulo de información que complementa el significado mismo del texto, muchas veces conciso y rara vez encuadrable en forma instantánea con cada situación particular. Debemos dejar en claro que esta distinción es estrictamente funcional. Muchas veces una norma que reviste los caracteres de norma de competencia puede servir de norma de decisión. Así, por poner un ejemplo burdo, para afirmar la inconstitucionalidad de la norma que le otorgaría facultades al Presidente de la República para conocer la apelación en los juicios de arrendamiento, debemos recurrir al art. 73 de la C.P.R. (norma de competencia) como norma de decisión.

<sup>6</sup> A diferencia de otros Tribunales el T.C. no tiene restricciones en cuanto a la habilidad de los días en que han de efectuarse diligencias ante él. Ni la Constitución, ni su ley orgánica establecen limitaciones al respecto. El art. 16 de la L.O.C.T.C. se limita a señalar que el tribunal celebrará sesiones ordinarias y extraordinarias, celebrándose las primeras una vez a la semana, en los días y horas que el mismo se fije. Para los plazos de

del Secretario del Tribunal) de ser firmado el decreto promulgatorio del proyecto por el Presidente de la República (hecho que se produjo cerca del mediodía del día siguiente)<sup>7</sup> y de ser cumplido el trámite de toma de razón<sup>8</sup> por parte de la Contraloría General de la República (trámite que finalizó a las 16:14 horas del lunes 23 de enero). El oficio del T.C., comunicando el hecho de haberse acogido a tramitación<sup>9</sup> el requerimiento (en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 40 y 42 de la L.O.C.T.C.), fue recibido por el Poder Ejecutivo sólo a las 18:55 horas del día lunes 23 de enero, cuando sólo le faltaba publicar la norma cuestionada.

El problema: ¿se había trabado en forma oportuna la cuestión de constitucionalidad?; ¿podía el T.C. conocer y fallar el requerimiento en circunstancias de haberlo comunicado al Presidente de la República después de que éste ya había procedido a promulgar la ley?

---

días, véase el art. 33 L.O.C.T.C.. Por otro lado, el plazo establecido para formular requerimiento de inconstitucionalidad en ningún caso restringe su cómputo a los días hábiles, por el contrario, la oportunidad se halla fijada en relación al momento de la promulgación: "...el Tribunal sólo podrá conocer a requerimiento (...) siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley" (inciso 4º del art. 82 C.P.R., que debe relacionarse con el art. 72 C.P.R.).

7 Como es de público conocimiento, el proyecto no sólo fue promulgado, sino que además fue publicado al día siguiente, es decir, el martes 24 de enero de 1995. Si se observa con atención la respectiva inserción en el Diario Oficial (página 2), el lector se percatará que la ley aparece como promulgada el día 20 de enero, no obstante haberse firmado el decreto tres días después. La explicación que se dio fue la siguiente: dicho decreto fue "preparado" (redactado y escrito) por la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia el mismo día en que fue despachado el oficio de la H. Cámara de Diputados (Cámara de origen) por el que se comunicaba la aprobación del proyecto de ley por parte de ambas Cámaras. Sin embargo dicho oficio fue recibido el lunes 23 de enero, por lo cual el decreto se firmó ese día (v. el comunicado firmado por el jefe de la División Jurídico Legislativa del *Misegpres* en *El Mercurio*, 25 de enero de 1995).

8 Trámite que se realiza en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 87 C.P.R. y 37 letra a) de la Ley N° 10.336, orgánica de la Contraloría. Sobre el control de legalidad de los decretos promulgatorios de leyes vid. Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 1992) pp. 196 y sgtes.

9 Por lo general la primera resolución que se dicta en este procedimiento de control será aquella que se pronuncia respecto del cumplimiento de los requisitos que el art. 39 L.O.C.T.C. impone al escrito de reclamación. Digo "por lo general" pues podría precederla aquella resolución que ordena poner el requerimiento en conocimiento del Presidente de la República (lo cual no obsta a que ambos propósitos puedan cumplirse en una misma resolución, que acogiendo a tramitación el reclamo ordene la correspondiente comunicación) (v. *infra*, nota 37). Si el requerimiento cumple con las exigencias de dicha norma se dictará una resolución que lo acoja a tramitación; en caso contrario, el Tribunal *puede* (es facultativo, atendido los términos en que está redactada la norma) no admitirlo a tramitación, en cuyo caso los interesados tienen tres días para subsanar los defectos del requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Si así no lo hicieron, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales (art. 41, inciso 2º, de la L.O.C.T.C.) debiendo el Tribunal comunicar este hecho al Presidente de la República para que proceda a la promulgación de la parte del proyecto que fue materia de la impugnación (inciso final del art. 41).

1. Oportunidad para interponer los requerimientos a que se refiere el art. 82 N° 2 de la C.P.R. Competencia del Tribunal Constitucional

Como se sabe, la facultad del T.C. para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley ordinaria<sup>10</sup> sólo se actualiza a requerimiento de las autoridades señaladas por la Constitución (art. 82 inciso 4°), y siempre que éste sea *formulado antes de la promulgación de la ley*. Se presentó, entonces, como cuestión previa, la necesidad de determinar la competencia del T.C. para conocer de un requerimiento materialmente presentado antes de la promulgación de la ley, pero que sólo pudo ser, utilizando la jerga procesal, notificado después de la dictación y total tramitación del decreto promulgatorio del proyecto de ley.

El Ejecutivo, a propósito de esto mismo, postuló la extemporaneidad del requerimiento y la consecuente falta de competencia del T.C. para resolver acerca de procedencia. Dicho planteamiento, debido a expresas disposiciones de la L.O.C.T.C.<sup>11</sup>, se tradujo en la solicitud de *"rectificar el error de hecho en que se incurrió al dictar la solicitud que acogió a tramitación el requerimiento"*.

La pretensión del Ejecutivo<sup>12</sup>, en sí muy difícil de sostener, fue en definitiva desechada por el T.C., al considerar el Tribunal que se encontraba oportunamente requerido para resolver la cuestión de constitucionalidad sometida a su conocimiento (considerando 4°), correspondiendo por lo tanto desestimar la solicitud del Gobierno *"por no haber incurrido en un error de hecho como en dicha presentación se manifiesta, correspondiéndole consiguientemente avocarse al conocimiento del requerimiento por cuestión de constitucionalidad que se le ha formulado"*. Se sentó pues el principio de que *basta la sola presentación del requerimiento para que se active la competencia del Tribunal y se genere el procedimiento de control de constitucionalidad*. Los argumentos vertidos en la parte preliminar del fallo Rol N° 207, pueden resumirse en las siguientes ideas:

- 
- 10 Circunscribiremos el análisis solamente a los proyectos de ley ordinaria, dejando de lado los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación parlamentaria.
- 11 El art. 18 de la L.O.C.T.C. dispone: "En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia del Tribunal. Sólo éste, de oficio, podrá conocer y resolver su falta de jurisdicción o competencia." Por otro lado, el art. 32 del mismo cuerpo legal establece: "Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal, de oficio o a petición de parte podrá modificar sus resoluciones si se hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija. La modificación a petición de parte deberá solicitarse dentro de siete días contados desde la notificación de la respectiva resolución. El Tribunal se pronunciará de plano sobre esta solicitud."
- 12 El Ejecutivo, apoyado por un informe en derecho evacuado por la profesora Srta. Mónica Madariaga G., postuló lo siguiente: a) Que la atribución o competencia del T.C. expiró al momento en que la Contraloría tomó razón del decreto promulgatorio; b) que los requerimientos presentados y no comunicados oficialmente al Presidente de la República no le son oponibles en sus efectos, todo lo cual le garantiza un racional y justo procedimiento; c) que afirmar lo contrario significaría crear un nuevo trámite en la formación de la ley, cual sería la obligación, previa a la promulgación, de indagar acerca de la posible presentación de requerimientos de inconstitucionalidad. Respecto al argumento señalado con la letra b) puede verse el voto disidente en el fallo Rol 209 (considerando 9°).

a) La exigencia de que el requerimiento se formule antes de la promulgación de la ley, conforme al significado natural de la palabra "formular" y a la circunstancia de que el ordenamiento legal (art. 40 L.O.C.T.C.) reconoce la existencia de la reclamación por el sólo hecho de ser presentada, se entiende cumplida con el solo hecho de *presentar* el requerimiento ante el órgano competente (considerandos 5º al 7º).

b) El principio de inexcusabilidad. Conforme a este principio se señaló que el T.C., deducida debidamente la reclamación, tenía el deber inexcusable de resolver la cuestión<sup>13</sup> (considerando 8º).

c) La circunstancia de haberse firmado el decreto promulgatorio y, posteriormente, haberse tomado razón de él, constituyen causas sobrevinientes que "*conforme a los principios procesales orgánico constitucionales no altera la competencia del Tribunal ni puede ser constitutiva de una causal de enervamiento de la atribución y responsabilidad del Tribunal*" (considerando 10º).

d) De acogerse la tesis contraria se estaría supeditando el derecho de los agentes constitucionalmente autorizados para reclamar a la circunstancia de que se celebrara una sesión del Tribunal en que se tratara, acogiera a tramitación y comunicara al Presidente el hecho de haberse presentado el requerimiento (considerando 13º).

e) Debido a que la cuestión de constitucionalidad debe quedar de manifiesto en la discusión parlamentaria del proyecto, no es un evento del todo sorpresivo el que un requerimiento sea formulado<sup>14</sup> (considerando 15º).

f) Que en ningún caso procede asimilar la presentación de un requerimiento a la de una demanda ordinaria, en que sus efectos suelen producirse desde su notificación válida. Esto porque, por sobre las reglas generales, prevalecen las normas y principios particulares de una acción constitucional autónoma que no da lugar a un proceso contradictorio (considerandos 16º al 20º).

Concordamos plenamente con la decisión del Tribunal, pues en ningún caso cabe exigir otros requisitos que la Constitución no impone. La situación es clarísima: la cuestión de constitucionalidad puede plantearse "*hasta la promulgación de la ley*", esto es, hasta el último minuto que antecede a la firma del decreto promul-

---

13 Llama la atención que al momento de invocar el citado principio se recurriera al art. 73 C.P.R., que si bien consagra un principio general básico en materia de administración de justicia, no es directamente aplicable al T.C. La fuente de dicho principio, en lo que al T.C. se refiere, se encuentra en el inciso 2º del art. 3º L.O.C.T.C., y no en el art. 73 C.P.R. Este criterio es reiterado en el voto disidente del Ministro Colombo formulado en la sentencia Rol N° 209 (considerando. 4º, *in fine*). Sobre el verdadero sentido y discutible aplicación del principio de inexcusabilidad en el ámbito de la jurisdicción constitucional, véase en esta Revista: *¿Quo vadis Tribunal Constitucional?...* (nº 22 y sgtes.), por Eduardo ALDUNATE LIZANA.

14 Sobre la naturaleza y requisitos del requerimiento v. fallo Rol N° 23, de 26 de septiembre de 1984 (en *Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 4 de mayo de 1981 y el 24 de septiembre de 1985*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pp. 161 y sgtes.). Desde este fallo quedó claro que la presentación debía contener una petición concreta acerca de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la que debía traducir el debate (entre el Ejecutivo y Legislativo, o al interior de éste último) que la precedía acerca de la discrepancia de la norma con la preceptiva fundamental. También fallo Rol N° 147, de 27 de abril de 1992 (en *Fallos del Tribunal constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*, Edit. Jurídica de Chile, 1993, pp. 502 y sgtes.).



gatorio. Seguir el criterio de la notificación nos llevaría a situaciones insospechadas. Tan sólo imaginemos la posibilidad de admitir la impugnación de la validez del acto notificadorio, las complicaciones no se harían esperar<sup>15</sup>. Por eso la posición del tribunal es la más simple, la más lógica, la que presenta menos complicaciones. Será preferible dejar sin efecto un decreto promulgatorio (decisión respaldada por la existencia previa de un fallo del T.C.) a promulgar y publicar un proyecto de ley tachado de inconstitucionalidad y cuya declaración de conformidad o disconformidad con el Código Fundamental se encuentra pendiente. Fuera del plano jurídico, esta última opción es casi garantía de deterioro en las relaciones Gobierno/Parlamento o, lo que es más seguro, Gobierno/Oposición<sup>16</sup>. Algo tan importante como el control preventivo de constitucionalidad de las leyes no puede quedar subordinado a formalismos más propios del derecho privado que del derecho público.

En síntesis: tratándose del art. 82 N° 2 C.P.R. para activar las facultades del T.C. basta la sola presentación, *antes de que se promulgue la ley*, del requerimiento ante el órgano competente, sin que dicha reclamación pueda tacharse de inoportuna por el sólo hecho de darse a conocer al Presidente de la República con posterioridad a la dictación del acto promulgatorio.

## 2. Naturaleza y requisitos del requerimiento

Como ya dijimos, el T.C. también hizo argumentaciones en torno a los requisitos que deben concurrir en el requerimiento, como es el que éste deba fundamentarse en la existencia de un debate o discrepancia previo acerca de la regularidad constitucional de una norma.

En esta oportunidad el Tribunal hace un nuevo aporte a la caracterización de la cuestión o conflicto de constitucionalidad, en el sentido que considera necesario que *"cuando un requerimiento provenga de una de las Cámaras o de una parte de sus miembros, haya quedado de manifiesto en las deliberaciones, sesiones y actas respectivas, que ha surgido, que se ha suscitado, una cuestión por la que se ponga en duda la constitucionalidad de una norma o disposición de un proyecto de ley. Si tal hecho no se ha presentado, habrá certeza de que la cuestión de constitucionalidad*

---

<sup>15</sup> Incluso en derecho privado es discutible que para ciertos casos se aplique irrestrictamente el principio de que la demanda produce todos sus efectos a partir de su notificación y no desde su presentación. Piénsese en el caso de la demanda interpuesta antes de que se cumpla el plazo de prescripción y que, por razones ajenas a la voluntad del demandante, sólo puede ser notificada con posterioridad al cumplimiento de dicho plazo. ¿Por qué no sostener que la demanda pudiera retrotraer sus efectos al momento de su presentación, siendo por tanto hábil para interrumpir la prescripción? Cfr. ABELIUK M., René. *Las Obligaciones* (Edit. Ediar, Santiago de Chile, 2° ed., 1983), pp. 782 y 783.

<sup>16</sup> Para muestra un botón: mientras algunos parlamentarios oficialistas señalaban que "se ha hecho una mala costumbre decir que algo es inconstitucional cuando a uno no le gusta" (diputado Jaime ESTÉVEZ, *El Mercurio*, 19 de enero de 1995), en sectores de la oposición se acusó al Gobierno de utilizar una "martingala", "un resquicio legal (...) que sólo se le pudo ocurrir a un funcionario de la Unidad Popular" (diputado Andrés ALLAMAND, *El Mercurio*, 25 de enero de 1995). Desde la Moneda, el Ministro Secretario General de Gobierno, sentenció: "La derecha siempre ha tenido la inclinación a usar el Tribunal Constitucional para contrapesar lo que no tiene en el Congreso, por falta de votos", *La Nación*, 24 de febrero de 1995.

no se ha presentado y que, consiguientemente, no habrá base alguna para que exista un requerimiento al Tribunal Constitucional. No es de esta manera, un evento sorpresivo el que un requerimiento sea formulado, ya que necesariamente, debe contar con un antecedente preciso de cuestión de constitucionalidad, puesto públicamente de manifiesto" (considerando 15°). Esta declaración viene a complementar los criterios evacuados en los fallos roles N° 23 y N° 147<sup>17</sup> (N° 14), en cuanto a la naturaleza y características de la cuestión de constitucionalidad, conflicto que debe preceder real y efectivamente a la presentación formal del reclamo ante el Tribunal.

Aquí formulamos la siguiente interrogante: ¿significa esto que el control eventual de constitucionalidad está subordinado a la explicitación previa de la divergencia, formulada durante la discusión parlamentaria y consignada en los respectivos documentos? Creemos que no.

Concordamos en que normalmente el requerimiento es la culminación de una serie de diferencias de opinión en torno a la constitucionalidad de una norma, debate que generalmente se materializa en las comisiones legislativas (tanto en las que estudian el proyecto como en las que absuelven consultas acerca de las dudas de constitucionalidad) o en la sala de sesiones (sobre todo si no hay tiempo para analizar el proyecto en comisión, como suele suceder en los casos de la "discusión inmediata"), sin contar las declaraciones a la prensa u otros medios informales de publicar el conflicto. Sin embargo, que las cosas sucedan generalmente de una manera no significa que no puedan suceder de otra. Desde este punto de vista, no parece que la Carta Fundamental haya puesto como requisito de admisibilidad del requerimiento el hecho de que la cuestión conste o quede de manifiesto en las deliberaciones, sesiones y actas respectivas.

Imaginemos el siguiente caso: se presenta un proyecto de ley que consta de numerosos artículos, muchos de los cuales se limitan a reglamentar hasta el más mínimo detalle la idea matriz o fundamental. En no pocas ocasiones el debate se centrará en las bondades o defectos de la idea global, postergando a un segundo plano la técnica legislativa (que comprende desde las normas usuales de redacción hasta los preceptos fundamentales a los cuales debe ajustarse toda norma)<sup>18</sup>. Sigamos imaginando: el proyecto se despacha sin mayores problemas, remitiéndose copia de él por la Cámara de origen para que el Ejecutivo proceda a promulgarlo (trámite que en no pocas veces suele superar con creces el tiempo récord en que se promulgó el proyecto que motivó las sentencias de nuestro comentario). Sin embargo, un acucioso parlamentario repara en los posibles vicios de algún pasaje del (todavía) proyecto de ley. Producto de esta observación, desea recurrir (con el nú-

---

17 De este fallo su considerando 3°: "Que de los antecedentes acompañados por los requirientes, especialmente de los Diarios de Sesiones de la H. Cámara de Diputados en que consta la discusión del proyecto, no se constata la existencia de una cuestión de constitucionalidad, más aún si se tiene en consideración que los requirientes no hicieron presentes en la discusión de la iniciativa las objeciones constitucionales correspondientes". En esta oportunidad, al igual que en el Rol N° 23, se rechazó el requerimiento.

18 Muchas veces los vicios pasan simplemente inadvertidos; véase la presentación del profesor Eduardo SOTO KLOSS en las XXIV Jornadas de Derecho Público. *En la forma que prescribe la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales*, en Revista Chilena de Derecho. Vol. 20, N°s 2-3, mayo-diciembre, 1994, pp. 687 y sgtes.

mero de colegas de rigor) al T.C., antes de que se promulgue la ley, con el objeto de que este Tribunal resuelva su pretensión. Vuelvo a interrogar: ¿por qué excluir del control preventivo esta hipótesis de posible inconstitucionalidad? Bien puede entenderse al T.C. como un tercero imparcial llamado a resolver diferencias de criterios entre los órganos colegisladores. Pero esta percepción, política si se quiere, de la función del T.C. no puede pasar por sobre la función jurídica y objetiva que debe desempeñar dicho órgano: velar por la supremacía constitucional. Por lo mismo, por muy anónimo que haya pasado el presunto vicio ante la "mirada del legislador" y por muy tarde que éste se haya percatado de su error, nada debiera impedir que se cumpliera con el principal objeto del T.C., cual es la vigilancia de la preeminencia de la Constitución por sobre cualquier norma de inferior jerarquía.

A mayor abundamiento, el art. 39 L.O.C.T.C., en su inciso 2º, establece que al requerimiento deberán acompañarse, "*en su caso*", copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados. En el inciso siguiente señala que "*en todo caso*" se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada. Así las cosas, las copias de las actas se presentarán cuando se haya producido un debate en las correspondientes instancias de discusión. En otros casos, como en nuestro ejemplo, simplemente no se presentarán tales actas porque no hubo debate alguno que precediera a la reclamación, por lo que bastará dar cumplimiento a lo dispuesto en los incisos 1º y 3º del art. 39. Por algo es que el inciso 3º prescribe que ciertos documentos deben presentarse "*en todo caso*", frente a otros que deben presentarse "*en su caso*".

Resumiendo: o creemos que la declaración del T.C. (considerando 15º) debe entenderse en su contexto (en que, en la especie, era razonable sostener que para el Ejecutivo no fue imposible prever la presentación del requerimiento) o simplemente discordamos de su proposición (especialmente si tenemos a la vista los roles N° 23 y 147) por las consideraciones arriba transcritas.

3. Efectos de la promulgación de un proyecto de ley respecto del cual ya se ha formulado requerimiento de inconstitucionalidad. Eficacia del decreto promulgatorio.

Quizá sea éste uno de los aspectos que más controversia suscitó una vez que el T.C. resolvió acoger a tramitación el requerimiento, declarando, en definitiva, que el proyecto de ley era contrario a la Constitución.

Como se sabe, la fase terminal del proceso de formación de las leyes se estructura a través de diversos actos dictados por los órganos colegisladores, y que se orientan hacia la preparación de aquello que podemos llamar "el nacimiento" de la norma jurídica. Uno de estos actos es la promulgación de la ley, a cargo del Presidente de la República, que se materializa con la redacción y firma del respectivo decreto supremo promulgatorio, de lo que resulta que bajo toda norma legal se esconde un decreto que la promulga y ordena, en la redacción usual, "llevarla a efecto como ley de la República".

Como el propósito de estas líneas no es abordar en general los problemas doctrinarios envueltos bajo el concepto de promulgación<sup>19</sup>, nos referiremos al punto

---

<sup>19</sup> Especialmente las confusiones que se generan con el concepto de "sanción". Cfr. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Sanción, promulgación y publicación de las leyes* (Edit.



sólo en cuanto se relaciona con las atribuciones del T.C. para conocer de los requerimientos de inconstitucionalidad. Según el inciso 6° del art. 82 C.P.R., la regla general es que la parte impugnada de un proyecto de ley no puede ser promulgada sino hasta la expiración del plazo de diez días (prorrogable por igual término en caso de motivos graves y calificados) con que cuenta el T.C. para resolver la cuestión. Dos son las excepciones a esta regla: el proyecto de Ley de Presupuestos o el proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República<sup>20</sup>. Complementando esta norma, el art. 40 de la L.O.C.T.C. señala que, recibido que sea el requerimiento por el Tribunal, "se comunicará al Presidente de la República la existencia de la reclamación para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del respectivo proyecto, salvo las excepciones señaladas en el inciso sexto del artículo 82 de la Constitución Política". Pues bien ¿qué sucede si el proyecto se promulga a pesar de ya existir una reclamación de inconstitucionalidad en su contra, encontrándose pendiente el plazo con que cuenta el T.C. para resolver?

El fallo Rol N° 207, no obstante admitir la competencia del T.C. para fallar la reclamación formulada y declarar, en definitiva, que la norma sujeta a control era inconstitucional, guardó silencio en lo relativo a la validez del decreto que la promulgó y ordenó publicar, con lo que se produjo la peculiar situación de figurar en el Diario Oficial una norma declarada inconstitucional por el T.C.<sup>21</sup> La cuestión acerca

---

Tecnos, Madrid, 1987); ROSENDE SUBIABRE, Hugo, *La promulgación y la Publicación de la Ley*, M. de P. (Ed. Nascimento, Santiago de Chile, 1941). Conviene tener presente la circunstancia de que, desde la instauración de nuestro Tribunal Constitucional como contralor de la constitucionalidad de las leyes, se han incorporado nuevas variantes al iter legislativo, como es, por ejemplo, la eventual paralización de la fase terminal de gestación de la ley por la interposición de reclamos en contra de la norma proyectada. Esta última circunstancia conlleva la necesidad de clarificar muy bien el estatuto jurídico rector de los decretos promulgatorios de leyes, especialmente en lo que se refiere a las normas particulares que lo diferencian de la generalidad de los actos administrativos.

20 Interesante puede resultar el estudio de estas dos excepciones, que permiten al Presidente de la República promulgar un proyecto de ley, aun cuando se encuentre pendiente el pronunciamiento del Tribunal requerido para resolver el eventual conflicto de constitucionalidad. Y digo interesante pues en estos dos casos existe la posibilidad de que el T.C. acoja el reclamo estando ya promulgada y publicada la ley, por lo que nuevamente nos veremos en la necesidad de determinar la suerte del texto que contiene la parte invalidada. Ni la C.P.R. ni la L.O.C.T.C. contiene un precepto expreso que solucione la cuestión. A pesar de esto último, y en la medida que la misma Constitución legitima la promulgación, puede sostenerse la validez (no sujeta a condición) del decreto promulgatorio. Ahora bien, frente a la posibilidad de que la norma, válidamente promulgada y publicada, sea declarada inconstitucional puede pensarse en dos opciones. La primera, que sólo se admita el recurso de inaplicabilidad (art. 80 C.P.R., con todas las limitaciones que ello implica). La segunda, consiste en afirmar la eficacia condicional de esa norma, en cuanto quedó en todo caso sujeta a la revisión del T.C., no obstante su publicación y promulgación. Para el caso de ser posteriormente declarada inconstitucional, sea que se obtenga la eliminación de su texto (vía inserción en el D.O., por ejemplo), sea que no, la norma seguirá siendo de todos modos ineficaz.

21 No era la primera vez que se presentaba una situación de esta naturaleza. En el D.O. de 10 de marzo de 1990 se publicó la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, en la que se contenía un artículo (art. 74) que el T.C., en sentencia de 27 de febrero del mismo año (Rol N° 102), había declarado inconstitucional. Si bien no se presentaron problemas globales en la promulgación (se estaba ante un caso de control obligatorio de constitucionalidad) sí cabía preguntarse acerca de la validez de la publi-

de la subsistencia del decreto se asocia también a la siguiente pregunta: ¿cómo se cumplía el fallo del T.C. si la norma había permanecido diecisiete días<sup>22</sup> publicada en el D.O. sin que constara su inconstitucionalidad? ¿Qué efectos había producido la promulgación y publicación del texto? Cabía entonces determinar la forma en que habían de producirse los efectos del fallo, atendida la especial circunstancia de subsistir (al menos materialmente) algún vestigio del proyecto declarado inconstitucional: el decreto que lo promulgó.

A diferencia de la situación de los tribunales ordinarios, ni la ley ni la Constitución contemplan expresamente el procedimiento para hacer cumplir los fallos del T.C. ¿Significa esto que dichas sentencias están expuestas a convertirse en letra que no se cumple? Evidentemente que no. Esto porque es precisamente el T.C., al resolver las "*cuestiones sobre constitucionalidad*" (art. 82 C.P.R.), el órgano encargado de determinar si las normas sujetas a su control se conforman al texto fundamental, para que, por tanto, puedan obligar en los términos del art. 6° C.P.R. Si la misma Constitución le asignó la fundamental tarea<sup>23</sup> de resolver, con efectos *erga omnes*, acerca de esa "*conformidad*", entonces no puede pensarse que por no contemplar un procedimiento *manu militari* para cumplir dichas resoluciones éstas no vayan a tener eficacia. Los fallos de este Tribunal son autosuficientes y por más que se promulguen y publiquen las normas por él declaradas inconstitucionales ellas no podrán jamás tener el carácter de obligatorias, pues les falta el principal requisito contenido en la regla del inciso 1° del art. 6° C.P.R.: la conformidad con la Constitución.

Por otro lado, la idea de cumplimiento evoca algo así como la ejecución de las resoluciones judiciales ordinarias (a través del juicio ejecutivo y del llamado cumplimiento incidental), idea que no se compadece con la función de los fallos del T.C. cuando se pronuncia acerca de la constitucionalidad de un proyecto de norma legal.

Cuando se solicita el cumplimiento de una resolución judicial se busca alterar un estado de cosas que contradice el mandato judicial, por lo que si es necesario aquél debe modificarse hasta con el auxilio de la fuerza. Por el contrario, los fallos del T.C., en cuanto se pronuncian sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley, se limitan a declarar cierta calidad de las normas proyectadas, declaración que es suficiente para impedir vinculatoriedad alguna de tales textos. Ahora bien, el hecho de que la norma haya sido promulgada y publicada agrega un elemento de confusión, no más que eso, al aparecer una norma publicada en el D.O. sin que exista, en la misma publicación oficial otra norma de igual o superior jerarquía con el mérito de

---

cación de esa norma, e incluso, de la promulgación de la misma. Frente a esto el T.C. (a través del oficio N° 311, publicado en el D.O. de 14 de agosto de 1990) hizo presente al Director del D.O. la circunstancia de haberse procedido a la publicación de una norma declarada inconstitucional. El director del D.O. (por oficio N° 179, de 17 de agosto de 1990) adujo que dicha situación se debió al hecho de que el precepto venía contenido como tal en la transcripción oficial del texto de la ley referida, el que fuera enviado para su publicación por la Secretaría de Legislación de la H. Junta de Gobierno. El resultado final es que el citado artículo 74, hasta el día de hoy, figura en el articulado de la L.O.C. de Enseñanza (con la salvedad de que en algunas ediciones oficiales se previene, en nota a pie de página, de que dicho artículo fue declarado inconstitucional).

22 La ley fue publicada el 24 de enero, el fallo se emitió con fecha 10 de febrero.

23 Tarea sólo comparable con la que efectúa la Corte Suprema (art. 80 C.P.R.), en momento y con efecto diversos.

derogarla. En estos términos la cuestión se aproximaría a una declaración de certeza (como en cierta medida lo consideró el Ejecutivo al presentar su proyecto de "solución legislativa"), con el fin de eliminar cualquier elemento desorientador. El problema entonces se reduce, a lo más, a estar ante la presencia de un decreto promulgatorio meramente formal o prácticamente vacío, tal como si fuera un recipiente que perdió su contenido.

Pese a que, en principio, parece razonable sostener que el fallo Rol N° 207 no necesitaba de complementos para su ejecución (pues bastaba la simple declaración de inconstitucionalidad) se postularon diversas vías para "cumplirlo". Veamos cuáles fueron.

3.1. La llamada "solución legislativa". Una vez conocido el contenido del fallo, el Gobierno manifestó públicamente su intención de acatarlo<sup>24</sup>, sin embargo dejó entrever sus dudas en torno a la manera de hacerlo. Fue así como, partiendo del reconocimiento de la vigencia formal de la Ley N° 19.369, el Ejecutivo, con fecha 22 de febrero de 1995, presentó al Parlamento un proyecto de ley<sup>25</sup> por el cual se pretendía derogar la referida ley, restablecer<sup>26</sup> el inciso 4° del art. 10° de la Ley N° 18.401 y prorrogar el plazo señalado en la Ley N° 19.361.

Los fundamentos del proyecto los encontramos en su mensaje, del cual extraemos algunos pasajes:

*"Así, por una parte tenemos un "proyecto de ley" inconstitucional que vulneraría (...) el numeral 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental y, por la otra, una "ley" publicada en el Diario Oficial el día 24 de enero de este año que, en virtud de este hecho, debe estimarse vigente de conformidad con las normas del párrafo 2 del Título Preliminar del Código Civil."*

*"En la medida que el Excmo. Tribunal Constitucional no está dotado de competencia para abrogar o declarar nula una ley, ni el Presidente de la República facultado para derogar un decreto supremo promulgatorio, y con el propósito, reiteradamente expresado por mi Gobierno, de dar cumplimiento a este fallo de naturaleza inapelable y alcanzar el necesario grado de certeza que el ordenamiento jurídico requiere, no se divisa otro medio, ajustado a derecho, que no sea el de proponer una solución de carácter legislativo que, haciéndose cargo de la situación planteada, resuelva satisfactoriamente el vacío producido."*

---

24 Declaración pública del Ministro Secretario General de Gobierno, 11 de febrero de 1995, v. *El Mercurio*, 12 de febrero de 1995.

25 Este proyecto, firmado por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda, fue rotulado como el Boletín N° 1.525-05 y pasado a la Comisión de Hacienda para su informe. Al término de estas líneas aún no había pronunciamiento al respecto por parte de esa comisión. Tampoco se pudo comprobar el retiro del proyecto mencionado.

26 Al restablecer la norma derogada por la Ley 19.369 se recogía la tesis, generalmente aceptada, de que las normas derogadas no reviven con la derogación de las normas que las abrogaron.

Como se podrá apreciar, las deficiencias de esta proposición saltan a la vista<sup>27</sup>. Primero, porque al sostener que el texto es, a la vez, un "proyecto de ley" y una "ley" está creando una realidad dual y artificiosa. Esto porque, a pesar de haberse publicado, la norma jamás dejó de ser un proyecto<sup>28</sup>, en el sentido estricto de la palabra. Segundo, porque parte de un error, cual es la suposición de que la "Ley" 19.369 debe considerarse vigente de conformidad con las normas del Código Civil. El mismo Código Civil (art. 6°) exige, para la obligatoriedad de la ley, que ésta sea promulgada "*en conformidad con la Constitución Política del Estado*", de lo que sigue que si se promulga *contra constitutionem* entonces no obliga, y si no obliga no está vigente. Tercero y cuarto, porque además de posponer el cumplimiento del fallo del T.C., coloca la decisión del Juez de constitucionalidad en el peligro del desconocimiento total. En efecto, ¿qué sucede si el Parlamento rechaza sin más el referido proyecto?; ¿debe entenderse que la norma sigue vigente? Si se propone derogar una norma, por más que se la derogue desde la misma fecha de su supuesto nacimiento<sup>29</sup>, es porque se la supone en algún momento vigente, cosa que jamás pudo producirse en el caso en cuestión.

3.2. La derogación del decreto promulgatorio. El Gobierno en todo momento negó tener atribuciones para derogar el decreto supremo promulgatorio, arguyendo el pésimo precedente que sentaría el admitir que el Presidente de la República pueda derogar cuerpos legales vía derogación del decreto que los promulgó<sup>30</sup>.

La aprensión del Ejecutivo es plausible sólo cuando dicho método es empleado sin ningún título que justifique la abrogación del decreto promulgatorio. En este caso el respaldo estaba dado nada menos que por un fallo del más alto órgano creado por la C.P.R. para velar por la supremacía constitucional. Por otro lado, atendida la circunstancia de que el proyecto fue en definitiva declarado inconstitucional, el decreto promulgatorio se encontró vacío, pues el texto que contenía carecía de eficacia alguna.

Además, si el acto de promulgación se dictó en momentos en que ya era operante la prohibición del inciso 6° del art. 82 C.P.R., resulta claro que el resultado de la infracción a dicho precepto prohibitivo no puede ser otro que la privación de todos los efectos del acto, aun cuando se hubiere dictado de buena fe (esto es, desconociendo la existencia del requerimiento).

---

27 Alguien calificó esta medida como "*extremadamente inteligente desde el punto de vista político y no jurídico*" (Mónica MADARIAGA G., *El Mercurio*, 18 febrero de 1992).

28 Toda promulgación supone una norma en el estado de "proyecto" de ley, proyecto al que sólo le falta la promulgación y la publicación para adquirir su total perfección y eficacia. Pero cuando se publica un proyecto promulgado a través de un acto de dudosa validez, y faltando el "visto bueno" del T.C., jamás dejará de ser un proyecto. Es más, en la especie el articulado despachado por las Cámaras permaneció en estado de "proyecto" (lo que supone un germen que puede llegar a convertirse en ley) sólo hasta que el Tribunal emitió su fallo; después de ese momento ni siquiera cabe seguir hablando de un "proyecto" propiamente tal, pues al padecer la letal inconstitucionalidad jamás podría llegar a convertirse en ley.

29 El proyecto, en su art. 1°, propone derogar la Ley 19.369, "*en forma expresa y a partir de la fecha de su publicación*" (esto es, el 24 de enero de 1995).

30 Se dijo que, conforme a ese argumento, podría derogarse hasta la Constitución a través de la derogación del D.S. 1.150 (M. Interior) de 1980.

Conforme a lo anterior, y sólo para dar certeza al asunto, pudo el Ejecutivo retirar, de oficio, el decreto promulgatorio a causa de la inconstitucionalidad<sup>31</sup> de éste.

Conviene dejar claro que la inconstitucionalidad que afecta al decreto promulgatorio se deriva de la circunstancia de haberse dictado el acto cuando la C.P.R. ya lo prohibía. Está aclaración es necesaria, sobre todo si se tiene en cuenta la circunstancia de que, además de existir una promulgación defectuosa, se constató posteriormente la inconstitucionalidad de la norma legal contenida en el susodicho decreto promulgatorio. Esta particular situación puede llevar a alguien a sostener que el decreto promulgatorio era además inconstitucional por contener (valga la redundancia) una norma inconstitucional, afirmación que no es correcta, desde que el D.S. promulgatorio es un ente distinto de la norma promulgada. Lo contrario llevaría a sostener que cada vez que la Corte Suprema declara que un precepto legal es contrario a la Constitución, estaría de paso dando pábulo para sostener también la inconstitucionalidad del decreto que la promulgó.

También es oportuno señalar que la causa de ilegitimidad no es, como se podría interpretar, "sobreviniente" sino coetánea a la dictación del acto. Afirmar que la inconstitucionalidad del decreto promulgatorio tiene el carácter de sobreviniente tendría sentido únicamente si la validez del decreto estuviera subordinada a la constitucionalidad del proyecto de ley contenido en él, proposición que se contradice con la independencia normativa de ambos actos.

El vicio de la promulgación radica entonces en su "anticipación" y no en las características que puedan atribuirse al proyecto de ley que le sirve de contenido. Esto trae como consecuencia la invalidez *incondicional*<sup>32</sup> del decreto promulgatorio que infringe la prohibición del inciso 6° del art 82 C.P.R., con lo que el vicio existe aún en el evento de declararse constitucional el proyecto de ley. Reconocemos que esto último puede parecer un poco engorroso (dejar sin efecto un decreto promulgatorio para luego, en el caso de que el proyecto no fuere tachado de inconstitucional, tener que volver a dictarlo y a tramitarlo), pero es la única solución que se adhiere estrictamente a la independencia de ambos textos y, sobre todo, a la sanción de nulidad que establece el inciso 3° del art. 7° de la C.P.R. para las actua-

---

31 Esta actuación se inscribe en lo que la doctrina administrativista conoce como la revocación de oficio por causa de ilegitimidad, también llamada invalidación de oficio (frente a la revocación por causa de mérito, oportunidad o conveniencia).

32 La única excepción a esta regla, si cabe hablar de ella, estaría dada si el requerimiento posteriormente no es admitido a la tramitación, puesto que de no serlo "se tendrá por no presentado para todos los efectos legales" (41 L.O.C.T.C.), dentro de los que se comprenden, obviamente, los efectos constitucionales. Es más, debido a que se tiene *por no presentado*, en este caso se reputará que el decreto promulgatorio se dictó frente a la *total ausencia* de algún requerimiento, por lo que no le afecta vicio alguno. Así las cosas la C.P.R. contempla sólo tres casos de validez del decreto de promulgación de un proyecto de ley, no obstante haber sido dictado cuando ya estaba materialmente presentado un requerimiento en su contra: me refiero a los casos de la ley declaratoria de guerra, la ley de presupuestos y un proyecto de ley cualquiera, siempre que en este último caso no se admita a tramitación el requerimiento. Respetando al máximo el rigor de la prohibición del inciso 6° del art. 82, no cabrá admitir la validez del decreto promulgatorio dictado con posterioridad al requerimiento ni aún en el caso de que se cumplan los plazos constitucionales (art. 82 inc. 5°) sin que el T.C. emita su pronunciamiento.



ciones de los órganos del Estado que se verifiquen fuera de su competencia. Si el proyecto fuere declarado constitucional, y no hubiere pronunciamiento acerca de la validez del decreto promulgatorio, el problema será otro: determinar la incidencia de los vicios en la promulgación de la ley en una futura reclamación de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. El problema se reducirá, entonces, a una simple inconstitucionalidad de forma, vicio que ha sido tradicionalmente excluido del recurso de inaplicabilidad por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal.

3.3. Impugnación del decreto promulgatorio. El mismo día en que el Presidente de la República enviaba al Parlamento su "solución de carácter legislativo (sic), la Oposición formulaba un nuevo requerimiento ante el T.C., esta vez en contra del Decreto Supremo promulgatorio de la Ley N° 19.369, solicitando que se declarara inconstitucional, puesto que dicho decreto fue dictado estando aún pendiente una cuestión de constitucionalidad formulada ante el T.C.; en subsidio se solicitaba que declarase que el texto promulgado difería del que resultó de la tramitación legislativa<sup>33</sup>.

El Tribunal, en sentencia de 11 de abril de 1995 (Ro! N° 209) acogió el reclamo declarando que el decreto supremo promulgatorio de la Ley 19.369 era inconstitucional. En dicha sentencia se establece que el decreto "*transgrede de manera precisa y violenta*" el inciso 6° del art. 82 C.P.R. (considerando 3°), desde que no pudo ser dictado sino hasta el vencimiento del plazo de diez días prorrogables con que cuenta el T.C. para fallar, con lo que fue expedido "*dentro del periodo en que el Presidente de la República, por la perentoria prohibición constitucional transcrita, carecía de atribuciones para promulgar*" (considerando 4°).

La sentencia fue acordada con el voto disidente del Sr. Ministro Don Juan Colombo Campbell. Este Ministro sostuvo la total constitucionalidad del decreto promulgatorio, desde que se dictó antes de recibirse la comunicación del T.C. por la que se notificaba al Ejecutivo la existencia de la reclamación<sup>34</sup>. Al no infringir la

---

33 La petición invalidatoria principal estaba clara, sin embargo la petición subsidiaria carecía de todo sentido, en la medida que de haberse declarado inconstitucional la norma del proyecto no habría cabido decreto promulgatorio alguno, y malamente podía hablarse del contenido que éste debió tener.

34 Citemos algunos pasajes de su argumentación: "*El decreto, al nacer, debe tener incorporado el vicio de inconstitucionalidad*"; "*el impedimento existe a partir del momento en que se le comunica la existencia del reclamo de inconstitucionalidad*"; "*nadie puede quedar obligado por un acto judicial que no conoce. El, mientras no se comunique con arreglo a la ley, es inoponible*"; "*las resoluciones del Tribunal y, especialmente la dictada en el proceso en cuestión, sólo produce efecto una vez que han sido comunicadas al órgano afectado, lo que en la especie ocurrió cuando el decreto ya había sido dictado (...) y tomado razón por la Contraloría General de la República*". Estas argumentaciones vienen a extender criterios propios del procedimiento civil, principios que no tienen total aplicación en materias que la misma Constitución regula. Ya se tuvo la oportunidad de afirmar que lo que la C.P.R. exige es la sola presentación del requerimiento; la comunicación de éste es un aspecto secundario, y que no incide en la validez del decreto que se dicta con anterioridad a él. Para que exista el vicio basta que el decreto se dicte después del presentado el requerimiento, independientemente de su comunicación posterior. Y como basta el hecho de haberse presentado la reclamación, se cumple la exigencia que el mismo Ministro disidente denunciara, cual es la existencia del vicio al momento de manifestarse la voluntad. El art. 40 L.O.C.T.C. sólo regula la obligación de comunicación de los requerimientos que pesa sobre el Tribunal, mas no la

prohibición del art. 82 inc. 6° (pues ella, en el concepto del Ministro redactor de la disidencia, opera desde que se comunica al Ejecutivo la existencia de la reclamación), solamente cabía la posibilidad de determinar si el decreto, en sí mismo, era inconstitucional. Esta misma posibilidad es desechada por el Ministro Colombo, al sostener que antes que inconstitucional el decreto es *ineficaz*, en mérito de la cosa juzgada que produjo el fallo Rol N° 207. Así *"emitir pronunciamiento sobre este requerimiento resulta inoficioso, toda vez que estamos ante una apariencia de ley, que al haber sido declarada contraria a la Constitución, perdió por esa sola declaración jurisdiccional su eficacia a partir del mismo instante"*<sup>35</sup> en que el Tribunal Constitucional declaró, por voto de mayoría, que no podía tener existencia como tal por ser su contenido contrario a la Constitución" (considerando 12°).

3.4. En el caso que se comenta el requerimiento fue admitido a tramitación y posteriormente acogido, sin embargo parece útil enunciar toda la gama de posibilidades que pudieron darse una vez que fue presentada la reclamación. Aquí comprenderemos las siguientes alternativas: según si el requerimiento es o no admitido a tramitación y, en segundo lugar, según si el requerimiento es acogido o rechazado.

Conforme a las normas de procedimiento que rigen la actuación del T.C., recibido que sea el texto del requerimiento<sup>36</sup> corresponderá comunicar al Presidente de la República la "existencia de la reclamación"<sup>37</sup> (art. 40 L.O.C.T.C.), para luego

---

existencia de la prohibición de promulgar (u obligación de no promulgar) que pesa sobre el Ejecutivo.

- 35 ¿Y qué hay de la eficacia anterior a ese momento? La única manera de resolver esa interrogante es sosteniendo que jamás tuvo eficacia, incluso antes del fallo del T.C., no por la declaración que éste hiciera en contra del proyecto, sino por las peculiares condiciones de su promulgación. Sobre el punto el Ministro Colombo señaló: *"En el caso sometido a este Tribunal, la eficacia de la promulgación en virtud del requerimiento presentado, quedó sometida a la condición de que éste fuere desestimado, y si se acogiere, como ocurrió en la especie, tanto la ley declarada inconstitucional como el decreto que la promulgó perdieron absolutamente su eficacia como voluntad legislativa"* (considerando 10°). De dicho pasaje se desprende la posibilidad de admitir la validez condicional del decreto promulgatorio, proposición que expresamente hemos desestimado.
- 36 *"El procedimiento ante el Tribunal será escrito y los requerimientos que se presenten y las actuaciones que se realicen se harán en papel simple"* (inciso 1° del artículo 27 L.O.C.T.C.).
- 37 Creemos que la comunicación debe hacerse inmediatamente de recibido el requerimiento. Otra posibilidad consistiría en que, antes de comunicar la existencia del requerimiento, se agotare todo el examen de admisibilidad que contempla el art. 41 L.O.C.T.C. (el que contempla un plazo de tres días adicionales para subsanar los eventuales defectos). Esta última posibilidad trae aparejados, al menos, dos problemas: Primero, que se promulgue la ley por desconocimiento de una reclamación hasta entonces imperfecta (pero no inexistente) con el consecuente problema de la validez de dicha promulgación. Segundo, contradice la lógica de los preceptos orgánicos constitucionales. En efecto, el art. 40 L.O.C.T.C. sólo ordena comunicar *"la existencia de la reclamación"*, en caso alguno exige que dicha comunicación se verifique sólo si el requerimiento ha cumplido con los requisitos del art. 39. Por otro lado, si el inciso final del art. 41 L.O.C.T.C. establece que de no subsanarse los defectos de formalización *"el Tribunal comunicará este hecho al Presidente de la República para que proceda a la promulgación..."*, es porque el Presidente no había estado, bajo ningún respecto, en condiciones de promulgarlo. Adicionalmente se puede señalar que la interdicción de promulgar de que habla el art. 82 opera desde que se recibe el requerimiento, hecho necesariamente anterior a la constatación de la regularidad de éste. Confirma el aserto

analizar si el documento cumple con las exigencias establecidas en el art. 39 L.O.C.T.C.

Si la impugnación no cumple con los requisitos del art. 39 el Tribunal, por resolución fundada, puede no admitirlo a tramitación. Dicha atribución, según se desprende del tenor literal de la norma, es facultativa. Si decide no ejercerla procederá a admitir a tramitación el recurso.

Si no se admite a tramitación el reclamo los requirentes cuentan con un plazo de tres días, contados desde que se les comunique dicha resolución, "*para subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieran omitido*". Todo esto en el supuesto de que los defectos son aquellos a los que se refieren los arts. 39 y 41 L.O.C.T.C. Si los defectos provienen del incumplimiento de los requisitos previstos por la Carta Fundamental, nada hay que discutir, pues ni siquiera estamos ante un requerimiento propiamente tal, o dicho de otro modo, estamos ante un requerimiento inexistente. Esto porque las normas sobre las que discurren los arts. 39<sup>38</sup> y siguientes de la L.O.C.T.C. parten de la base de un requerimiento al menos existente.

Para el caso que comentamos, en que se promulgó la ley pocas horas después de haberse recibido el requerimiento, ¿qué hubiera sucedido si dicho reclamo no se hubiera admitido a tramitación por no cumplir con los requisitos del art. 39? Aquí es necesario distinguir. En efecto, de haberse subsanado los defectos u omisiones, el requerimiento habría podido surtir sus efectos desde el principio. Por el contrario, si así no ocurre el inciso 2º del art. 41 L.O.C.T.C. dispone perentoriamente que "*el*

---

anterior la circunstancia de que la prohibición de promulgación rige hasta la expiración del plazo a que se refiere el inciso 5º del art. 82 C.P.R., y ese plazo se cuenta precisamente "*desde que se reciba el requerimiento*", y no desde que éste se admita a tramitación (esto sin perjuicio de que ambas fechas puedan, en los hechos, coincidir). No estará de más decir que, en todo caso, el requerimiento deberá cumplir con los requisitos mínimos de existencia establecidos por la C.P.R., esto es, oportunidad y legitimación activa. En cuanto a la oportunidad, como ya se dijo, basta con que se presente antes de la promulgación de la ley. En cuanto a la legitimación activa, basta que reclamen los agentes (cumpliendo, en su caso, con el quórum de rigor y con la calidad de parlamentario "en ejercicio") constitucionalmente autorizados para ello. Lo contrario significaría reconocer algún efecto, por ejemplo, a un requerimiento interpuesto únicamente por dos diputados. En el ejemplo propuesto simplemente no hay tal requerimiento, pues falla un elemento obvio de su existencia, por lo que ni siquiera es imaginable la posibilidad de tener que comunicarlo.

38 Nótese que el art. 41 L.O.C.T.C. se remite al art. 39. ¿Qué sucede con los requisitos expuestos en el art. 38 L.O.C.T.C.? Creemos que ellos reglamentan, precisamente, el mínimo de existencia a que se refiere el inciso 4º del art. 82 C.P.R. Por lo anterior, la falta de esos requisitos, que hace muy difícil hablar de un requerimiento propiamente tal, necesariamente trae como consecuencia que el requerimiento no pueda admitirse a tramitación. Si de acuerdo al art. 41 L.O.C.T.C., frente al incumplimiento de los requisitos del art. 39, el Tribunal "puede" no admitir a tramitación el requerimiento, entonces frente al incumplimiento de los requisitos del art. 38 "debe" no admitirlo a tramitación. Un requerimiento que no cumpla con los requisitos del inciso 4º del art. 82 C.P.R. o del art. 38 L.O.C.T.C., no podrá ser admitido a tramitación y no podrá, en manera alguna, surtir los efectos que prevé la C.P.R., especialmente en lo relativo a la promulgación de la ley que se impugna.

*requerimiento se entenderá por no presentado para todos los efectos legales*<sup>39</sup>. Esto significa que el Presidente de la República podrá proceder a la promulgación del texto impugnado. Pero ¿y si ya hubiere promulgado la norma?

Ya que hemos sostenido la invalidez del decreto que promulga con posterioridad a la recepción del requerimiento, debemos proceder a precisar muy bien el alcance de esta afirmación. Esto porque puede entenderse referida al requerimiento que cumplió los requisitos del art. 39 (y fue admitido a tramitación) tanto como al que no lo hizo. Para esta última hipótesis, y en el caso de no haberse admitido a tramitación, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿tiene, la sola presentación del requerimiento, el mérito de ser causa de invalidez del decreto promulgatorio? En otras palabras, nos preguntamos acerca de si la invalidez del decreto promulgatorio dictado con posterioridad a la recepción del escrito de impugnación depende de la sola recepción de este último o de la circunstancia de haber sido, además, admitido a tramitación.

Creemos que, conforme al art. 41 L.O.C.T.C., el decreto que promulga un proyecto de ley, habiéndose ya presentado un requerimiento en su contra, será inválido (por la falta de competencia producida por la infracción al inciso 6° del 82 C.P.R.) únicamente si dicho reclamo logra ser admitido a tramitación; en caso contrario, el requerimiento *se tiene por no presentado* para todos los efectos legales. Al tenerse por no presentado falla el supuesto fundamental de la prohibición del inciso 6°: la existencia del requerimiento. Quizá no esté de más sostener que por "*efectos legales*" comprendemos también los "constitucionales"; pues, además de la L.O.C.T.C. no existe otro cuerpo "legal" que regule otros efectos del requerimiento.

En seguida, según mencionamos al empezar esta sección, correspondería distinguir según si el requerimiento hubiera sido desestimado o aceptado por el fallo definitivo. Sin embargo esta alternativa es inútil puesto que, como ya mencionamos, en estricto rigor la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto en nada incide sobre la invalidez del decreto que se dicta en contravención a la prohibición del art. 82 inc. 6° C.P.R. (v. supra, 3.2. *in fine*).

4. El alcance de la frase "órganos constitucionalmente interesados" (art. 42 L.O.C.T.C.).

El artículo 42 L.O.C.T.C. ordena que "*admitido a tramitación un requerimiento, deberá ponerse en conocimiento de los órganos constitucionalmente interesados, enviándoles copia de él, quienes dispondrán de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que estimen necesarios. Transcurrido dicho plazo, el Tribunal procederá con la respuesta o sin ella*". Amparándose en esta disposición el Banco Central de Chile, con fecha 25 de enero de 1995, a través de su Presidente y "*en su calidad de interesado directo en la resolución que se adopte sobre el particular*" solicitó al T.C. que el requerimiento formulado en contra del proyecto de ley derogatoria del inciso 4° del art. 10° de la Ley N° 18.401 le fuera "*puesto oficialmente en su conocimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley N° 17.997, a fin de que pueda hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que sean pertinentes*".

---

<sup>39</sup> Por "efectos legales", entendemos, por supuesto, a las consecuencias que la C.P.R. y la L.O.C.T.C. prevén para el caso.

El Tribunal con fecha 27 de enero de 1995, proveyó lo que sigue: "*Siendo órganos constitucionalmente interesados en la aprobación del proyecto de ley impugnado, el Presidente de la República, autor del Mensaje, la Cámara de Diputados y el Senado, en sus calidades de órganos colegisladores, solamente a ellos corresponde poner en conocimiento la formulación del respectivo requerimiento, quienes deberán hacer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimen necesarios en el plazo señalado por la ley. No siendo el Banco Central uno de dichos órganos, no ha lugar a lo solicitado*".

Con esta declaración se sienta otro principio, cual es el de la restricción del alcance la frase "*órganos constitucionalmente interesados*" a que alude el art. 42 L.O.C.T.C., en la medida que solamente incluye a los órganos colegisladores. Si se concibe la cuestión de constitucionalidad como el desacuerdo entre órganos colegisladores (o al interior del parlamento) respecto de la constitucionalidad de una norma (Cfr. Fallo Rol 23, de 26 de septiembre de 1984) y al fallo como la solución de dicha diferencia, entonces la resolución transcrita es correcta. Lo contrario supondría admitir, por ejemplo, la intervención de la Contraloría, de cualquier juez letrado (en tanto miembro del Poder Judicial), del Consejo de Seguridad Nacional, etc., etc., casi como si se tratara de terceristas que intervienen en un juicio contradictorio.

La resolución anterior no fue sin embargo óbice para que el Banco Central expusiera sus planteamientos. Siguiendo una práctica tradicional en nuestros foros, presentó sucesivos escritos de "téngase presente", los cuales fueron recibidos e incluso tenidos en cuenta por el tribunal al momento de extender el fallo (V. Fallo Rol N° 207, N° VI y considerandos 48°, 49° y 50°).

### III. LA CUESTION DE FONDO: CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DEROGATORIO DEL INCISO 4° DEL ARTICULO 10° DE LA LEY N° 18.401

Sin que nuestra intención sea el abordar la regulación jurídica y las medidas económicas que el Estado de Chile diseñara para afrontar la crisis económica de principios de los 80, creo que es conveniente destinar algunas líneas para explicar el origen de la norma que el proyecto pretendía derogar.

Además de intervenir en la administración de las instituciones bancarias y financieras<sup>40</sup>, y con el objeto de ayudar a la deprimida banca comercial de principios de la década de los ochenta, el Estado de Chile, a través de su Banco Central (en adelante B.C.Ch.) procedió a comprarles importantes sumas de créditos incobrables o de dudosa recuperación (llamados créditos de "cartera vencida")<sup>41</sup>. El efecto económico inmediato de la compra de esta "cartera riesgosa" consistió en la inyección de importantes recursos financieros, frescos y exentos de riesgo, hacia el patrimonio de los bancos afectados. En lo jurídico esta operación significaba la asunción, por

<sup>40</sup> Administración provisional (art. 23 del D.L. 1.097 de 1975, que creó la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras). Respecto al problema económico general Cfr. ARELLANO, Juan Pablo. "*La naturaleza de la crisis financiera*" en Revista Mensaje, N° 331, agosto de 1984.

<sup>41</sup> El desembolso que dicha operación significó para el B.C.Ch. ascendió a los US \$ 1.883 millones de dólares.



parte de los bancos beneficiados de la obligación de "recomprar" esta cartera de créditos, obligación que se haría efectiva después de un cierto número de años, en el entendido que la situación económica de los bancos ya se habría mejorado. En el fondo se diferían en el tiempo las pérdidas que significaba el no poder cobrar los créditos de que eran titulares los bancos afectados. Cabe señalar que en los respectivos contratos de compraventa de créditos se estipuló la obligación de los cedentes en orden a destinar la totalidad de sus excedentes anuales al cumplimiento de la obligación de recompra de cartera.

En el permanente contexto del auxilio a los bancos, se buscaron otras formas para estimular el ingreso de recursos a ellos, en la medida que resultaba poco atractivo invertir en una sociedad que debía destinar el 100% de sus utilidades al cumplimiento de una obligación, dejando de paso a sus accionistas sin derecho a percibir los correspondientes dividendos. Como una manera de solucionar aquel problema fue dictada la Ley N° 18.401 (D.O. de 26 de enero de 1985). Esta ley, en su art. 10°, facultó a los bancos e instituciones financieras que tenían pendientes los pactos de recompra de cartera para "emitir acciones con preferencia, la que consistirá en el derecho a recibir dividendos con cargo a los excedentes de cada ejercicio mientras está vigente dicho pacto"<sup>42</sup>. Como alternativa a la recepción de los dividendos se estableció en el inciso 4° de dicho artículo lo siguiente: "*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 dere-*

---

42 Estas acciones se diferenciarían de las acciones corrientes (antiguos propietarios de cada banco) en dos aspectos: tenían el privilegio de participar en las utilidades del banco a través de la recepción de dividendos y además, en caso de renunciar a los dividendos, podían dar origen a una tercera clase de acciones, liberadas de pago (crias). Estas tres clases de acciones se conocen como acciones clase "A", "B" y "C", respectivamente. La reforma de los estatutos que aprobaban estos aumentos de capital (y que, como consecuencia significaban la emisión de las acciones preferentes o privilegiadas) sólo podía acordarse con la aprobación de Superintendencia de Bancos, "*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 determinaba a través del informe de la S.I.B. (inciso 2° del art. 10°). Esta limitación ha sido reiteradamente utilizada por el B.C.Ch. para argumentar el especial "espíritu" de esta legislación extraordinaria, el que en ningún caso admitiría la posibilidad de que, a través de estas capitalizaciones, se perjudicara el patrimonio del referido instituto emisor. Señalemos, además, siempre en el contexto del plan de auxilio a la banca privada, que se contemplaron numerosos incentivos para estimular la inversión en estas acciones, entre ellos: beneficios tributarios (deducción de la base imponible para el cálculo del Impuesto a la Renta, art. 57 bis del D.L. 825, ascendiente al 20% de la inversión), y créditos "blandos" de la Corfo para pagar las acciones que se compraran (sin intereses, a 15 años plazo, con uno de gracia, con la posibilidad de rebajarse el 30% de la cuota si ésta era pagada dentro del plazo prefijado, garantizados única y exclusivamente con las acciones que se prendaban en garantía, etc.). Considérese además que dichas acciones se emiten conforme a su "valor libro", el que suele ser muy inferior a su valor de mercado. De ello resulta que es mucho más conveniente recibir acciones producidas por la capitalización automática que recibir el dinero de los dividendos. El negocio parece ser bastante redondo.

cho 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". Las acciones preferidas pasarían a ser ordinarias cuando la institución financiera haya recomprado el total de la cartera al B.C.Ch. o cuando, por cualquier causa, dejara de tener la obligación de recomprarla (inciso final), o cuando se extinguiera la obligación a que pudieron optar desde la dictación de la Ley N° 18.818.

Posteriormente, ante la inminencia de que los bancos comprometidos no estarían en condiciones de solucionar la "obligación de recompra", se dictó la Ley N° 18.818 (D.O. de 1° de agosto de 1989), cuerpo legal que daría el puntapié inicial al concepto de la llamada deuda subordinada. Esta ley agregó un artículo 15 a la Ley N° 18.401, dando una nueva opción a los bancos obligados: la posibilidad de sustituir (por la vía de lo que en doctrina se conoce como novación objetiva) la "obligación de recompra de cartera" por una nueva obligación que consistía en pagar la deuda sin plazo y con cargo a los excedentes anuales que los bancos fuesen capaces de generar<sup>43</sup>.

El sistema que hemos venido reseñando funcionó sin mayor escándalo hasta que el B.C.Ch., a fines de 1994, reclamó por los millonarios perjuicios<sup>44</sup> que, en su

---

43 Los incisos 1° y 2° de la Ley 18.818 prescriben: "Los bancos y sociedades financieras que tengan pendientes pactos de recompra de cartera con el Banco Central de Chile a que se refiere el art. 10°, podrán solicitar a éste la novación de todas las obligaciones que derivan de los contratos de compraventa de cartera, sustituyéndolas por una nueva obligación de carácter subordinado que se sujetará a lo prescrito en este artículo y a los demás requisitos que fije el Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile. La nueva obligación que contraigan no excederá el saldo vigente de la obligación de recompra de cartera al momento de efectuarse la novación; será de plazo indeterminado; se solucionará sólo con los excedentes del ejercicio anual deducida la parte de ellos que corresponda a las acciones preferentes y no se computará como pasivo exigible del respectivo banco o sociedad financiera. Una vez efectuada la novación, y como consecuencia de ésta, el Banco Central de Chile procederá a restituir a tales instituciones los créditos cedidos y no recomprados a esa fecha".

44 El tema de los perjuicios provocados por el sistema de capitalizaciones al patrimonio del B.C.Ch., que excede con mucho el propósito de estas líneas y los conocimientos de su autor, fue ampliamente debatido, llegando a discutirse incluso la posibilidad de que fueran inexistentes. Por un lado se sostuvo que la teoría de que aumentar el capital redundaba en beneficio para el B.C.Ch., puesto que este aumento permitía a los bancos participar en otros negocios generando mayores utilidades como producto de dicha expansión. El B.C.Ch., por otro lado, fundamentaba su postura en que dichas capitalizaciones, además de producir el efecto cierto de disminuir la participación porcentual del instituto acreedor en las utilidades de los bancos deudores, difícilmente significarían excedentes adicionales suficientes para compensar la reducción porcentual de dicha participación. Esto último se explicaba por la baja rentabilidad que producen los capitales en bancos "sobrecapitalizados". El tema del perjuicio, además de fundamentar la pretendida derogación del inciso 4° del art. 10° del tantas veces citado cuerpo legal, sirvió de alegato al B.C.Ch. para entablar un recurso de protección en contra del Directorio, Junta de Accionistas y principales accionistas de un conocido Banco comercial, por el que se reclamaba en contra del "ejercicio abusivo" del derecho a no capitalizar, práctica lesiva y amenazante contra el derecho de propiedad que el B.C.Ch. tiene sobre su crédito. Al término de éstas líneas aún no era resuelta la acción de protección y la única resolución de que se tiene conocimiento es el rechazo de una orden de

concepto, le estaba causando el sistema de "capitalizaciones automáticas" (como se conocía a la capitalización de dividendos por el solo ministerio de la ley, producto del ejercicio de la opción de no reparto de dividendos), pérdidas que estimaba podía alcanzar los US\$ 100 millones de dólares. Esto motivó el Mensaje que dirigiera el Ejecutivo al Parlamento para derogar el referido inciso 4° del art. 10° de la Ley 18.401, y en consecuencia eliminar esta facultad de capitalizar emitiendo acciones preferidas.

La pregunta fundamental se reduce a la siguiente: ¿era constitucional el proyecto en cuestión? Creemos que sí lo era, cualquiera que fuera la naturaleza de los derechos comprometidos. Veamos por qué.

En principio, la posibilidad de ejercer un derecho otorgado por la ley se subordina a la existencia de esa misma norma, de modo que derogada la norma, desaparecen todas las facultades que podían ejercerse a su alero. Sin embargo, como lo señala nuestra Ley de sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, las normas se incorporan a los contratos celebrados durante su vigencia<sup>45</sup>. Esta tan antigua norma salvaguarda la integridad o intangibilidad de los contratos frente a los cambios de legislación, y lo hace partiendo de un supuesto fundamental: la facultad soberana del legislador para dictar, modificar y derogar las leyes que estime conveniente.

Si un contrato genera derechos, puede decirse que esos derechos están amparados por el derecho de propiedad. Pero una cosa muy distinta es extender esa protección hacia las normas que permitieron adquirir esas facultades. Se podrá tener propiedad sobre los derechos emanados del contrato, pero jamás sobre la producción normativa<sup>46</sup> del Estado. Ampliar hasta ese grado la protección de los derechos, es malentender el verdadero significado del derecho de propiedad garantizado por la Constitución y exponer al ordenamiento jurídico a una especie de "petrificación" o interdicción para el cambio.

La cuestión puede llevarse más lejos: ¿existe realmente el derecho a no recibir dividendos optando por la capitalización de ellos?, o acaso más bien se trata, como creemos, de *la sola facultad para votar un acuerdo susceptible de provocar tales efectos* (algo de esta última posición se encuentra en la parte final del considerando 51° del Rol 207, reiterada en el 54° pero contradicha en la parte final del 59°). Supongamos que esa facultad, aneja a la acción, existe y se ha incorporado a los contratos de compraventa de las respectivas acciones, a los estatutos sociales e, incluso,

---

no innovar que solicitó el B.C.Ch. con el objeto de que no se acordara capitalizar en la próxima Junta de Accionistas del Banco recurrido (28 de abril de 1995).

45 El inciso primero del art. 22 de dicha ley establece: "*En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración*".

46 De ahí que no sea correcto afirmar que el incumplimiento de una obligación emanada de un cuerpo legal o reglamentario constituya una infracción al derecho de propiedad que se tiene sobre el derecho a reclamar el incumplimiento de esa obligación. Toda argumentación de ese tipo conduce a proteger todos los derechos a través de la propiedad que se tendría sobre ellos, reduciéndose toda reclamación a una suerte de "reivindicación" (en el estricto sentido de la palabra) del derecho de propiedad que se tendría sobre prácticamente cualquier cosa que exista. Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, *La propietarioación de los derechos*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° XIV, pp. 281 y sgtes.

a los contratos de novación celebrados entre el B.C.Ch. y los bancos endeudados<sup>47</sup>. De ser así, lo que corresponde es respetar el principio de intangibilidad de los contratos<sup>48</sup> celebrados bajo la vigencia del inciso 4° del art. 10° de la Ley 18.401, lo que se traduce únicamente en la obligación de excluir la aplicación de la nueva legislación a los contratos celebrados al amparo de la antigua, reconociéndole una suerte de "supervivencia" o "ultraactividad" a las normas derogadas, y decimos "únicamente", pues en caso alguno puede extenderse la aplicación de ese principio a la prohibición por parte del Estado de derogar las respectivas normas legales.

Decir que el proyecto en cuestión "es contrario a la Constitución Política de la República y, en particular, a los preceptos de su artículo 19, numeral 24" (considerando 75°) supone proteger no sólo la propiedad de las personas que a la fecha de la dictación del fallo tenían la calidad de accionistas preferentes de los bancos con deuda subordinada sino además la expectativa de quienes podrían, en el futuro, llegar a adquirir esa calidad cuando se produjera una emisión de nuevas acciones preferentes, con lo que no sólo se protege el dominio presente sino también el futuro.

En efecto, las acciones preferentes (identificadas tradicionalmente como acciones "serie B") se emiten con arreglo al artículo 10° de la Ley 18.401, del cual es pertinente transcribir su inciso 1°: "*Los bancos y sociedades financieras, incluidas las empresas y sociedades a que se refiere el artículo 1°, 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*". Del pasaje citado se desprende que para que una empresa bancaria ejerce la facultad de emitir nuevas acciones preferentes (con cargo a un aumento de capital, y de acuerdo a la reforma estatutaria que corresponda) sólo necesita estar dentro del supuesto fáctico de la norma, cual es el haber tenido pendiente pacto de recompra de cartera entre el 26 de enero de 1986 y el 26 de enero de 1987. Esta última circunstancia es muy importante, pues significa que las acciones a que se refiere el inciso 1° del art. 10° de la Ley 18.401 no se limitan a las ya emitidas a la fecha del proyecto de ley, sino que también comprenden a las que se quiera emitir después, pues la facultad de emitir acciones preferentes sigue vigente<sup>49</sup>.

---

47 El B.C.Ch., en otro "téngase presente" postuló ante el T.C.: "*no existe estipulación con rango contractual con (sic) los bancos, ni menos con sus accionistas, en que se hubiere convenido en beneficio de éstos un estatuto con efecto permanente en materia de capitalización de dividendos*".

48 Respecto a la intangibilidad de los contratos frente al legislador v. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General*. (Edit. Jurídica de Chile, 1° edic., 1986) pp. 202 y sgtes.

49 Dicha conclusión puede extraerse de la simple lectura del inciso 1° del art. 10°. También se encuentra corroborada por la interpretación del mismo Banco Central, el que en Acuerdo adoptado por su antiguo Comité Ejecutivo (Acuerdo N° 1953-11-890816, publicado en el D.O. de 19 de agosto de 1989) declaró: "*Conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.818, no obstante la novación a que se refiere el presente Acuerdo, continuará aplicándose el artículo 10° de la Ley 18.401, y las referencias que hace a los pactos de recompra se entenderán efectuadas cuando corresponda a la*

La circunstancia anterior ameritaba una distinción fundamental, ausente en la decisión del T.C., cual era diferenciar el estatuto de las acciones preferentes emitidas a la fecha de la publicación del proyecto de ley<sup>50</sup> del estatuto que regiría a las acciones que se emitieran en el futuro. Respecto de las primeras cabía argumentar, aun cuando era y es discutible, el derecho de propiedad que se tenía sobre las facultades que otorgaba la respectiva acción, dominio que era necesario respetar. Sin embargo, respecto de las segundas (aquellas que se emitieran después de hacerse efectiva la derogación del inciso 4º) no era posible pensar en derecho alguno que proteger, pues las sucesivas emisiones debían someterse a la nueva legislación, la que ya no contemplaría los beneficios adicionales del inciso 4º.

En síntesis, la simple derogación del inciso 4º del art. 10º de la Ley 18.401 habría significado crear un estatuto diferenciado para las acciones emitidas conforme al inciso 1º de la misma norma. Por un lado habrían quedado las acciones preferentes emitidas a la fecha de la publicación de la ley, acciones que habrían seguido gozando de los beneficios del inciso 4º derogado, por la propiedad que podían tener los accionistas sobre las facultades que les otorgaban sus acciones. Por el otro, estarían las acciones que se emitieran con posterioridad a la dictación de la ley, las cuales deberán respetar las reglas vigentes al momento de la respectiva emisión (reglas que ya no contemplarán la modalidad del inciso derogado).

El fallo del T.C., significó garantizar los beneficios del inciso 4º no sólo a quienes eran propietarios de acciones preferentes a la fecha de la tramitación del proyecto de ley sino también a quienes puedan adquirir este tipo de acciones en el futuro<sup>51</sup>, cuando se realicen nuevas emisiones conforme al inciso 1º de la norma citada.

Desde el punto de vista reseñado, creemos que el T.C. debió declarar la constitucionalidad del proyecto controlado, sin perjuicio de prevenir la eventual inconstitucionalidad de la aplicación del nuevo estatuto (Ley Nº 18.401 sin el inciso 4º de su art. 10º) a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley. Parecerá raro que una misma ley pueda ser, a la vez, constitucional e inconstitucional, sin embargo esta rareza es fácil de entender si tenemos en cuenta que la constitucionalidad se declarará *in abstracto y a priori*, mientras que la inconstitucionalidad se apreciará *in concreto y a posteriori*.

---

*"obligación subordinada" que "las instituciones deudoras" asuman en su reemplazo. Por lo tanto, "las instituciones deudoras" que tengan pendientes "obligaciones subordinadas" estarán facultadas 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 está vigente dicha "obligación subordinada". De lo dicho se deduce que la facultad que otorga el inciso 1º del art. 10º de la Ley 18.401 sigue totalmente vigente, siendo posible y legítima la emisión de nuevas acciones preferentes.*

50 Con abstracción del problema que se derivó de la promulgación defectuosa del proyecto, nos referimos a la fecha en que éste hubiera sido en definitiva publicado.

51 Cuando hablamos de quienes puedan adquirir acciones preferentes en el futuro, excluimos a aquellas personas que adquieran sus acciones de los primitivos accionistas (v.gr. a través de la compra de acciones), pues en su calidad de sucesores adquieren los mismos derechos que poseía el *dans*. Por adquirentes futuros de las acciones preferentes entendemos exclusivamente a aquellas personas que reciban acciones vía nueva emisión.



Ahora bien, la vía para declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de la ley nueva a los efectos de los contratos previos a su publicación, sin duda será el recurso de inaplicabilidad<sup>52</sup>.

Alguien podrá alegar que por aplicación del inciso final del art. 83 C.P.R. la norma no podría ser declarada inconstitucional en el futuro. Sin embargo, si se diferencia claramente el motivo de la declaración de constitucionalidad (ejercicio de la atribución soberana de derogar las leyes y propósito de no seguir concediendo más los beneficios de la ley derogada a quienes en el futuro -según las nuevas emisiones- adquirieran la calidad de accionistas preferentes) del motivo de la declaración de inconstitucionalidad (aplicación del estatuto nuevo a los contratos celebrados bajo el estatuto antiguo) se tendrá que el "*vicio que fue materia de la sentencia*" del T.C. no es el mismo vicio que será materia de la sentencia de la Corte Suprema.

El efecto final de la declaración de constitucionalidad del proyecto por el T.C. habría permitido al Estado derogar el precepto en cuestión, con lo que los beneficios del citado inciso 4º sólo se habrían mantenido para quienes a la fecha de la abrogación tenían la calidad de propietarios de las acciones preferentes.

Existen también buenos argumentos para señalar la constitucionalidad de la ley (ver el voto disidente de los Ministros Colombo y Jordán, especialmente sus considerandos 5º, 8º y 11º), incluso sosteniendo la aplicación de la nueva norma (que ya no permitirá más capitalizaciones) a los accionistas que adquirieron esa calidad bajo la vigencia del inciso que se pretendía derogar (los que ya no podrían gozar de los frutos de sus acciones en los términos del referido inciso).

Como se apreciará, sea que se considere justo respetar los derechos adquiridos por los accionistas bajo la antigua ley, sea que la nueva ley también se les aplique hacia el futuro, en ninguno de los casos la ley debió ser declarada inconstitucional.

---

52 Aquí pudo ser útil la inexistencia de una norma que prescribiera la derogación automática de las leyes después de cierto número de sentencias que las han declarado inconstitucionales. Si pudiera entenderse derogada la ley derogatoria del inciso 4º, por haber sido sucesivamente declarada inconstitucional, ¿podría considerarse reestablecido el inciso derogado? Hay una tesis que responde el problema cuando la norma derogatoria es una ley, pero (por no ser aún necesaria) no la hay para cuando la abrogación de la ley derogatoria es producida por un cúmulo de sentencias judiciales. Si se considerase restablecido el texto otrora derogado, entonces nuevamente podrían aprovecharse de sus beneficios aquellas personas que al momento de dictarse la nueva ley no tenían propiedad alguna que pudiese verse afectada por las nuevas disposiciones. Desde este último punto de vista es entonces útil la ausencia de una norma como la propuesta en los anteproyectos de la C.E.N.C. y del Consejo de Estado, para atribuir efectos derogatorios al tercer fallo (consecutivo o sucesivo) declaratorio de inconstitucionalidad.