

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACUERDOS DEL BANCO CENTRAL DE CHILE Y SU CONFLICTO CON LA LEY DE QUIEBRAS

Arturo Fernandois Vohringer

Abogado, MPA Universidad de Harvard

Profesor de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCION

Eje del Orden Público Económico, el Banco Central de Chile es un notable representante del constitucionalismo moderno. Su elevación a rango constitucional en la Carta de 1980, junto a su naturaleza técnica, autónoma y no discriminatoria —así consagrada por el constituyente— son finas expresiones de la madurez de esta rama del Derecho Público, tradicionalmente tan alejada de lo económico y tan próxima a la arena política y burocrática. En efecto, desde su creación en 1925, el Banco Central fue dependiente del poder político, más que autónomo en sus funciones; fue herramienta electoral, más que técnica; fue un discriminatorio instrumento de dominio económico, más que imparcial conductor de sus funciones de “banco de bancos”. Esta misma realidad era válida, además y hasta hace muy poco, en la totalidad del derecho comparado, que exhibía estatutos regulatorios especialmente favorables para recoger las tensiones entre economistas y políticos y para asegurar el triunfo final de estos últimos¹.

Sumándose a la vanguardia de la doctrina constitucional, la Carta Fundamental de 1980 “descubre” que las políticas monetaria y cambiaria son esencialmente funciones técnicas del Estado, que responden a la ciencia económica, sin perjuicio de su valor como herramienta política. El constituyente, teniendo a la vista la creciente historia inflacionaria de Chile, reflexiona y proscribete tácitamente la emisión inorgánica. El constituyente ya es maduro y sabe que el crecimiento del dinero debe ajustarse al crecimiento de los bienes y servicios. Sabe también que el tipo de cambio es vital en la relación competitiva de Chile frente al exterior, y que puede ser directamente afectado por la emisión y por las tasas de interés. En fin, el constituyente está decidido a extraer al Banco Central de la esfera directa del Poder Ejecutivo, influencia que ha probado ser funesta para los fines netamente económicos a los que responde su naturaleza. La audacia de nuestro constituyente, en todo caso, es contemporánea con esfuerzos

¹ Sobre la tendencia internacional de independizar los bancos centrales del poder político y sus complejos problemas. véase especialmente John B. Goodman, “The Politics of Central Bank Independence”, en *Comparative Politics*, Volume 23, N° 3, abril de 1991. Para Goodman, la decisión y voluntad política de dotar de autonomía al banco central responde a una particular conjuntura política, económica y constitucional, en la que el elemento central es la presencia en el poder de coaliciones conservadoras con expectativas de mediano y corto plazo en el poder.

legislativos y constitucionales en los ordenamientos de las naciones más desarrolladas del mundo, que en diversos grados han venido sustrayendo el manejo de la política monetaria de los alcances del poder político^{2,3}.

No basta, sin embargo, con revestir de autonomía al Banco Central. El tema normativo aparece de inmediato a continuación de la declaración de autonomía del artículo 97 de la Constitución chilena. ¿Cuáles serán las facultades normativas del Banco Central? ¿Puede la ley interferir en su ámbito de actuación? ¿Qué rango reconoce el ordenamiento a sus acuerdos? Por de pronto, hay un reconocimiento constitucional de las facultades normativas del Banco, al establecerse las prohibiciones que lo afectan en el artículo 98: "...El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo...." No obstante, nada más dijo el constituyente, y remitió funciones, atribuciones, facultades normativas y todo lo demás a la ley orgánica constitucional respectiva. Ignoraba el constituyente que tal opción de técnica constitucional habría de dejar un importante trabajo interpretativo en el terreno normativo.

Nos hemos propuesto enfrentar el tema de la naturaleza jurídica de los acuerdos y otros actos del Banco Central con una técnica casuística. Hemos detectado un conflicto, aparente o real, según se verá, entre normas emanadas del Banco y la Ley de Quiebras. Interesa en este caso determinar qué clase de fondos de un fallido pueden ser incautados por el síndico, y específicamente cómo opera ello respecto de los retornos de exportaciones recepcionados después de que el fallido deudor ha sido declarado en quiebra. Este conflicto nos dará un pretexto para, al tiempo de resolver la específica colisión de normas, avanzar en un tema nuevo, confuso y de alta significación práctica, como es la determinación de la naturaleza jurídica de los acuerdos del Banco Central de Chile.

I. CONFLICTO NORMATIVO Y SUS NORMAS

El conflicto normativo que analizaremos se traba entre diversas disposiciones de la Ley de Quiebras y el Anexo N° 1-I, Capítulo VIII, Título II del

²Ejemplo de banco central constitucionalmente autónomo es el de Sudáfrica. El "South African Reserve Bank" goza de reconocimiento constitucional en los artículos 195, 196 y 197 de la Carta sudafricana, que impone directamente al organismo sus objetivos fundamentales: "...proteger el valor interno y externo de la moneda en armonía con un desarrollo económico sustentable..."; y su autonomía: "...ejercerá sus poderes y ejecutará sus funciones independientemente, sólo sujeto a la ley orgánica...". *Constitutions of the Countries of the World, South African Constitution, Government Gazzete, 28 January 1994, vol 128, N° 15466.*

³El famoso Banco Central alemán, *Bundesbank*, es el más autónomo de los países de la Unión Europea, pese a que su autonomía tiene rango legal: la Ley del Banco Central alemán. Igualmente, objetivos e independencia son consagrados en este cuerpo normativo. El artículo 3 dispone que el Bundesbank "regulará la cantidad de dinero y la oferta de crédito en la economía...", pero, art. 12, "...será independiente de las instrucciones emanadas del gobierno federal...". El Bundesbank tiene la autoridad final en materia de política monetaria y el gobierno sólo designa a 10 de los 21 miembros de su consejo directivo, quienes ejercen por un período fijo de 8 años, prohibiéndose las remociones por parte del gobierno. Los bancos centrales *francés e italiano*, por el contrario, son subordinados en definitiva al gobierno en el diseño de la política monetaria y controlados por directorios designados casi totalmente por el gobierno, que entre sus prerrogativas tiene la de remover discrecionalmente a los directores. Esta somera comparación legal permite explicar mejor el diverso comportamiento del marco frente al franco y a la lira en el contexto monetario europeo. Hans Aufrecht, *Central Bank Legislation*, Vol II: "Europe, The International Monetary Fund, 1967.

Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central de Chile (Tomo III). Expondremos las normas en conflicto.

Dispone el artículo 1° de la Ley 18.175, Ley de Quiebras:

“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en *un solo procedimiento* los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.”

Complementa el artículo 3 de la misma ley:

“La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá, en consecuencia, *todos los bienes de aquél* y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones *que la ley expresamente exceptúe*.”

Por su parte, el artículo 27 de la misma ley, al establecer las atribuciones y deberes de los síndicos, señala:

“El síndico representa los intereses generales de los acreedores... Le incumbe especialmente:

N° 7. Recibirse bajo inventario de los bienes de la quiebra y administrarlos en conformidad a la ley.”

N° 17. Realizar los bienes de la quiebra.”

El artículo 64 de la ley, en el título VI, “De los efectos de la declaración de quiebra”, en el número 1 “Efectos inmediatos”, dispone:

“Pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables.”

Más adelante, el mismo artículo ordena:

“La administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien la ejercerá con arreglo a las disposiciones de esta ley”.

A continuación, el artículo 67 se refiere a las deudas del fallido:

“En virtud de la declaración de quiebra, quedan vencidas y exigibles, respecto del fallido, *todas sus deudas pasivas*, para el solo efecto de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra y percibir los dividendos que correspondan al valor actual de sus respectivos créditos, con más los reajustes e intereses que correspondan, desde la fecha de la declaratoria”.

El repaso de estas disposiciones concursales nos permiten, en un sencillo ejercicio organizativo, hacer las siguientes afirmaciones:

- a) La declaración de quiebra exige la incorporación de *todos los bienes del fallido* a la masa concursal, a contar de la fecha de la declaración, por regla

- general. Por excepción, se excluyen los bienes a los que *la ley* exceptúa expresamente de ingresar a la masa.
- b) Es deber del síndico recibirse de todos los bienes del deudor, salvo los exceptuados legalmente, administrarlos y realizarlos.
 - c) *Todas* las deudas pasivas del fallido quedan vencidas a contar de la declaración de quiebra, y para hacerse pago de ellas, los acreedores deben intervenir en la quiebra.

Habiendo citado las normas centrales de las que deriva la regulación del ingreso, administración y realización de los bienes a la masa, en caso de quiebra, nos corresponde citar la normativa del Banco Central de Chile que aparece en aparente colisión con las disposiciones legales referidas:

En el Anexo N° 1-1, Capítulo VIII, Título II del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central de Chile (Tomo III), se lee en su número 3, luego del subtítulo, "Deducciones asociadas a liquidación de Retornos de divisas que se destinen al pago de créditos internos o externos":

"De acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo VI de este Título, el pago de los créditos para financiar exportaciones con cargo a los cuales se hayan efectuado embarques, debe obligadamente realizarse con retornos de exportación."

El Capítulo VI, por otra parte, contiene algunas normas que regulan el pago de los Créditos Externos e Internos con retornos de exportaciones. Dice el N° 3,2:

"La empresas bancarias, al liquidar divisas provenientes de créditos para financiar exportaciones, deberán proceder conforme a lo establecido en el Anexo N° 1 de este Capítulo."

El N° 3,4, a su vez, dispone:

"Los exportadores podrán efectuar el pago de los créditos externos o internos para financiar exportaciones, *con cargo a los cuales no se realicen embarques*, con divisas adquiridas en el mercado formal."

En el Anexo N° 1-3 de este Capítulo, en su número 3.2, se le confiere una connotación facultativa al pago con retornos de exportación, mediante la expresión "cuando". Se lee en este número:

⁴ La distinción entre créditos para financiar exportaciones con cargo a los que se hayan efectuado embarques, o aquellos con cargo a los que no se hayan efectuado embarques, persigue evitar la suspensión implícita que la norma del Anexo 1-1 envuelve para el pago de los créditos, cuando en definitiva no se ha materializado la exportación. En caso de existir embarques, el pago queda subordinado a la recepción de los retornos y así se evita que el exportador acceda al mercado formal para adquirir divisas, puesto que el pago es directo con los retornos. Por el contrario, si se concede un crédito para financiar exportaciones, pero en definitiva no se han producido embarques y en consecuencia no ha prosperado la exportación, los exportadores quedan autorizados para adquirir divisas en el mercado formal y así pagar los créditos. No les resulta aplicable, entonces, lo señalado en el Anexo 1-1 del Capítulo VIII en materia de postergación del pago y quedan autorizados a la adquisición de divisas para solucionar sus obligaciones.

“Cuando el pago del Crédito Interno se realice con divisas correspondientes a retornos de exportación, las empresas bancarias deberán confeccionar Planilla de Ingreso....”

II. OPCIONES FRENTE AL CONFLICTO NORMATIVO

Tenemos, en consecuencia, configurado el concurso de normas: por una parte la Ley de Quiebras exige, imperativamente, el ingreso de los todos los bienes del deudor a la masa a contar de la declaración de quiebra, y por otra, normas emanadas del Banco Central que disponen que determinados créditos para financiar exportaciones deben pagarse obligadamente con retornos de exportación. Estos retornos, según estas normas, no deberían ingresar a la masa, sino ser aplicados automáticamente al pago de los créditos referidos.

Frente a este conflicto observamos dos inmediatas opciones interpretativas: que no exista conflicto real, sino sólo aparente, o que efectivamente hay conflicto, en el que prima lo dispuesto por una de las dos clases de normas.

a) *Conflicto Aparente*

El conflicto sería aparente y no real si se estimase que ambas normativas no colisionan entre sí, sino que son perfectamente armónicas porque regulan situaciones distintas. Según esta interpretación, por una parte el Capítulo VII de las normas del Banco Central establece la operatoria normal para el pago de créditos otorgados para financiar exportaciones con cargo a los cuales se hayan efectuado embarques, el que se hará obligadamente con retornos de exportación. Y por otra, estas normas se suspenden cuando se pronuncia la resolución judicial declaratoria de la quiebra, en cuyo caso los retornos de exportaciones se liquidan en el mercado formal de conformidad a las reglas generales, ingresan a la masa y son administrados por el síndico conforme al estatuto concursal ordinario. Si los créditos internos o externos concedidos a los exportadores son en moneda extranjera, los acreedores harán valer tal calidad en la quiebra, y, a nuestro juicio, el síndico gozará del derecho de adquirir las divisas en la oportunidad y mercado que corresponda, a fin de pagar dichos créditos en el procedimiento de quiebra. Según esta postura, la normativa del Anexo 1-1 del Capítulo citado del Banco Central sólo ha querido regular la operatoria ordinaria, corriente, habitual del pago de créditos que han financiado exportaciones en las que haya habido embarques. No obstante, al no decirlo expresamente, estas normas no se extienden al estado de quiebra del fallido, el que se somete a las reglas generales. En esta situación, el síndico no podría sustraerse al orden de prelación legal para el pago de todas las deudas, que adquieren el carácter de vencidas, y para esos efectos debe liquidar las divisas a moneda nacional.

El conflicto, entonces, sólo es aparente, como lo es el de la Ley de Quiebras respecto de las otras múltiples disposiciones legales especiales que consagran procedimientos de pago imperativo, automático o forzoso de créditos. Todos ellos se suspenden en caso de quiebra. Una simple revisión nos permite detectar casos análogos, que constan derechamente en la Ley, los que nunca se han entendido excepcionados de la Ley de Quiebras, en la medida en que la propia Ley no los excepcione expresamente.

El artículo 6° de la Ley 4.287, sobre Prenda de Valores Mobiliarios en favor de los Bancos, por ejemplo, dispone que vencida una obligación garantizada con dicha prenda, y luego de una simple notificación judicial –nótese que no habla de “juicio”, porque no hay oportunidad procesal de contradicción– el acreedor puede “proceder a su enajenación sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada...” Este procedimiento permitiría al acreedor, en términos más específicos, y con bases normativas más sólidas (una ley), exceptuar ciertos bienes de la quiebra y hacerse pago inmediato. Este es un caso en que, incluso, no existe juicio, sino un procedimiento comercial en que la justicia ordinaria, por expresa voluntad de la ley, queda privada de competencia. No obstante, ¿puede sostenerse que esta ley autoriza al acreedor para exceptuar estos bienes de la masa concursal? Es claro que todo este estatuto queda suspendido con la declaratoria de quiebra. No se registran interpretaciones en contrario.

De manera que esta alternativa de interpretación no requiere, siquiera, recurrir a elementos de hermenéutica legal para determinar el sentido y alcance de las normativa del Banco Central. No existe conflicto porque normas aparentemente contradictorias regulan situaciones cualitativamente distintas, que tienen vigencia en épocas distintas. Al respecto, debe tenerse presente el marco de actuación que la Ley 18.840 ha fijado al Banco Central. Dicho marco está expresamente establecido por el artículo 3 de esta ley orgánica citada. Dice este precepto:

“El Banco tendrá por objeto velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.

“Las atribuciones del Banco, para estos efectos, serán la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales.”

Este es el marco de actuación del Banco Central; para esto lo ha facultado la ley. Y según lo dispone el inciso segundo del art. 7° de la Constitución, le está vedado a cualquier magistratura, persona o grupo de personas atribuirse otra autoridad o derechos que las que les están *expresamente* conferidas por la Constitución o las leyes. Este, que es el principio de actuación en el ámbito del derecho público, al que el BC incuestionablemente pertenece, impide entender que el Banco Central ha sido facultado para dictar reglas en materia de pago concursal de créditos. Tal materia no pertenece al ámbito de actuación del BC, y por ello señalamos que no nos parece que el conflicto es real.

b) *Conflicto Real: Criterios*

Hay quienes sostienen que el conflicto no es aparente, sino real, porque hay una efectiva colisión de normas que exige discernir sobre de la primacía de una u otra norma. Este discernimiento permitirá que una se imponga sobre la otra, en detrimento del espíritu de ellas, que, individualmente consideradas, aspiran a una aplicación plena por sobre la otra norma.

Enunciaremos y comentaremos los elementos de interpretación que nos parecen atingentes para efectuar el discernimiento aludido.

c) *Jerarquía Normativa. Ley y Normas Administrativas*

La Ley de Quiebras es evidentemente de distinta jerarquía que los preceptos del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central, que emanan preferente, aunque no únicamente, de acuerdos tomados por el Consejo del mismo Banco. La Ley 18.175 es, obviamente, una ley, mientras que los acuerdos del Banco Central no lo son. La ley ha sido definida como "toda norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico" (art. 60 N° 20 de la Constitución Política), concepto que ha venido imponiéndose por sobre la definición clásica del Código Civil, de "declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda prohíbe o permite".

Son muchos los estudios que especulan sobre los elementos que una ley debe contener, o las exigencias filosóficas de generalidad y obligatoriedad que deben darse en un precepto legal. Sin embargo, una cosa interesa a nuestro estudio: la ley sólo reconoce supremacía jerárquica a la Constitución. Ello se desprende de toda una concepción sobre la soberanía como atributo del Estado, radicada en el Poder Legislativo y en la filosofía de la separación de los poderes. En lo positivo, vemos reflejada esta filosofía en el mismo artículo 1° del Código Civil, que reconoce expresamente primacía a la Constitución, pero también en la misma Carta Fundamental el artículo 6°, base del Estado de Derecho, dispone que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". El artículo 82 N° 12 señala que es atribución del Tribunal Constitucional "Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60". De esta forma, se cautela que otra clase de normas distinta de la ley ingresen al dominio legal. El artículo 87 de la Constitución faculta a la Contraloría General de la República para ejercer "...el control de la legalidad de los actos de la Administración...", es decir la conformidad de los decretos supremos a la ley. No obstante, aun si la Contraloría estima legal un decreto supremo, las Cámaras o una parte de ellas pueden requerir al Tribunal Constitucional su intervención si estiman que el decreto es inconstitucional, y por esa vía, anularlo (art. 82 N° 6).

La conclusión de la cita de estas normas es la ya sabida: la jerarquía normativa en Chile ubica a la Constitución en primer lugar, luego a la ley, y luego a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República. Ninguna de estas dos últimas clases de normas puede colisionar con la que le antecede jerárquicamente, y si así ocurriese, el conflicto se resuelve con la preeminencia de la superior.

La inquietud siguiente es, en consecuencia, ¿en qué lugar de esta jerarquía normativa se encuentran las normas emanadas de órganos que no están en el ámbito de la Potestad Reglamentaria y son constitucionalmente autónomos? La sola lectura de la Constitución nos permite enumerar diversos órganos o poderes en esta condición: el Poder Judicial, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional (aunque no se dice expresamente que es autónomo) y el Banco Central. Ninguno de ellos formaliza su accionar mediante decretos supremos, que sabemos deben condecirse con la ley, pero la propia Constitución se

encarga de regular ampliamente la naturaleza y efectos en las normas de los tres primeros ejemplos. Distinto es el caso del Banco Central, al que solo se le dedica una breve e insuficiente referencia respecto de sus instrumentos de actuación⁵. En rigor, se impone entonces la pregunta, ¿tienen las normas emanadas del Banco Central rango legal, supralegal o simplemente infralegal?

III. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACUERDOS DEL BANCO CENTRAL

La determinación de la naturaleza jurídica de los acuerdos del Banco Central ha sido históricamente una materia de divergencias para la doctrina. Lo fue intensamente antes de la Constitución de 1980 y de la Ley 18.840, durante la vigencia de los DFL 247 y 250, pero es preciso insistir que ni la nueva Carta Fundamental ni la actual Ley Orgánica han resuelto el punto con claridad. En el pasado hubo discusiones sobre la naturaleza misma del Banco, al que algunos concebían como sociedad anónima, otros como simple Servicio Público o bien como organismo paragubernamental⁶. Bajo aquel estatuto hubo autores que sostuvieron que los acuerdos tenían categoría de ley cuando complementaban la Ley 15.192, sobre Cambios Internacionales. Hoy su naturaleza de organismo autónomo de rango constitucional es clara, pero la discusión sobre la calificación exacta de sus normas persiste, por cuanto subsisten quienes le reservan a los acuerdos atributos propios de la ley⁷.

a) *Acuerdos del Banco Central y la Ley*

En nuestro concepto, los acuerdos del Consejo del Banco Central de Chile no son, evidentemente, leyes. Ello, no sólo atendiendo a consideraciones materiales, sino procesales. La ley sólo pueden resultar como fruto del proceso de formación de la ley contemplado en los artículos 62 y siguientes de la Constitución Política. La ley, al menos en su concepto constitucional, sólo puede tener su origen en alguna de las Cámaras del Congreso (art. 62), por moción de un parlamentario o por mensaje del Presidente de la República.

⁵ Es obvio que los miembros de la Comisión Constituyente no abordaron en sus discusiones el tema de la sistematización orgánica y jerárquica de las diversas normas emanadas de los entes públicos de rango constitucional. Para los comisionados sólo cabe distinguir entre Ley y Potestad Reglamentaria tradicional, que pertenece al Presidente de la República: "...la ley debe ser una norma de carácter general, dirigida al Bien Común, sin que pueda, en ningún caso, invadir el campo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República." Otra referencia: "La ley será norma de carácter general dirigida al Bien Común, es decir, que se limite a contener sólo las bases esenciales del Ordenamiento sobre el cual se estatuye, sin penetrar en el campo de la Potestad Reglamentaria, que es propia del Poder Ejecutivo." *Sesiones 11, p. 21 y Memorándum sesión 18, p. 11, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Estas alusiones, si bien expresadas para los efectos de reforzar el concepto de dominio máximo legal que la Constitución de 1980 introduce, revelan que el constituyente sólo identifica las normas jurídicas generales y obligatorias que establecen las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, a las que llama leyes -y por tanto propiedad de los órganos legislativos-, y la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República.

⁶ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, "Régimen Jurídico del Banco Central de Chile", Universidad de Chile, 1965.

⁷ CEA SÁNCHEZ, José Luis, "Acerca de la Autonomía del Banco Central de Chile", memoria de grado, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile, 1992, p. 93. Los acuerdos del Banco Central "...sólo pueden ser dejados sin efecto por la misma autoridad que los dictó con alcance general, o por los Tribunales de Justicia..."

Los acuerdos del Banco Central son normas emanadas del Consejo del Banco Central, al que, según el artículo 6 de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del mismo, "...corresponde ejercer las atribuciones y cumplir las funciones que la ley encomienda al Banco Central". Nótese que es la Ley Orgánica y no la Constitución la que señala las funciones y atribuciones del BC, limitándose la Carta Fundamental a establecer el carácter técnico y autónomo del Banco. En consecuencia, los acuerdos emanan en lo inmediato de un órgano de rango legal, que es el Consejo del Banco Central, el que no inviste ni iniciativa legal ni poder legislativo alguno. Tampoco lo inviste el Banco Central mismo, de rango constitucional, que es el órgano al que pertenece el Consejo.

c) Acuerdos del Banco Central y Potestad Reglamentaria

Nos parece que los acuerdos del Banco Central no pertenecen a la Potestad Reglamentaria, en un sentido estricto. La Potestad Reglamentaria, de rango inferior a la ley, es por definición el área de actuación del Presidente de la República. Normas al respecto las hay innumerables. Baste citar el comentado número 12 del artículo 82 de la Constitución, que se refiere a "...la potestad reglamentaria del Presidente de la República..."; el artículo 88 de la misma Carta, que expresa que la Contraloría "...tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría...", todo ello en ejercicio de la función de ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración. Por último, y más claramente, el artículo 32 número 8 de la Constitución entrega al Presidente la atribución de "Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal"... Se distingue, de esta forma, entre potestad reglamentaria de ejecución y potestad reglamentaria autónoma. La potestad reglamentaria, en suma, la conforman los decretos supremos, y demás normas inferiores –resoluciones, oficios, reglamentos e instrucciones– que emanan del Presidente de la República o de sus colaboradores en la administración del Estado (art. 33, los ministros).

¿Está, entonces, el Banco Central en la esfera de administración y gobierno que ejerce el Presidente de la República? Claramente no, a contar de la dictación de la Constitución de 1980, y específicamente luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 18.840, el 10 de octubre de 1989. Constituye la esencia del Banco Central su condición autónoma. Reza el artículo 97 de la Constitución:

"Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional".

Luego, y no obstante el Presidente de la República ejerce una tuición indirecta sobre el Banco, mediante el nombramiento de los 5 consejeros con acuerdo del Senado; o a través de la obligación del Consejo de tener presente en sus acuerdos la orientación general de la política económica del Gobierno; el texto constitucional es claro: el Banco es autónomo. Consecuentemente, coincidimos con Coloma: no puede considerarse al Banco como perteneciente a la "Administración del Estado", y sus normas no pueden tenerse como parte integrante de la

potestad reglamentaria ni entenderse sujetas a los mismos procedimientos y normas que reglan la potestad presidencial^{8, 9}.

Merece cita especial, a este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de septiembre de 1989, rol 78, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del BC¹⁰. Existieron ciertos reparos sobre la constitucionalidad de la autonomía del BC, a la luz de lo dispuesto por el artículo 24 de la Constitución, que prescribe que "...el gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado". Se estimó por los requirentes que la autoridad del Presidente para gobernar el Estado estaba siendo vulnerada por la Ley 18.840, en cuanto extraña al Banco Central de su esfera de autoridad. El conflicto fue fallado por el Tribunal Constitucional en forma favorable a la ley de autonomía. Dice el considerando número 15 de la sentencia:

"15. Que de todo lo dicho precedentemente resulta incuestionable que al Presidente de la República le corresponde ejercer el gobierno y la administración del Estado dentro del marco que la Constitución establece y, en consecuencia, con las limitaciones que ella contempla; como asimismo, que al (sic) Banco Central por mandato de la Constitución, es un organismo autónomo, cuya composición, organización, funciones y atribuciones, le corresponde determinarlas a una ley orgánica constitucional".

Más adelante, el considerando 19 de la sentencia, indica:

"19. Que pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como ente autónomo;"

Consolidada está, entonces, la autonomía del BC. No pertenece a la estructura de la administración del Estado, en su ámbito estricto. Consecuencias prácticas de ello, en materias no económicas, son su independencia frente a la Contraloría General de la República, y la naturaleza de sus acuerdos, que no ingresan a la potestad reglamentaria.

⁸ COLOMA REYES, Fernando, "Concepto de Cambios Internacionales. Atribuciones del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile. Naturaleza Jurídica de los Acuerdos adoptados por este Organismo", en Estudios Jurídicos, Vol. I, N° 2, p. 42.

⁹ Opinión contraria exhibe SILVA CIMMA, Enrique, en "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", Santiago, 1969, Tomo II, p. 239 y sgtes., para quien, durante el estatuto anterior a la Constitución de 1980, las atribuciones del Comité Ejecutivo del Banco Central para adoptar acuerdos no eran sino una variante de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República. ¿Puede decirse, luego de la Constitución de 1980 y de la Ley 18.840, que la situación en materia normativa es completamente distinta, sólo porque al Banco se le denomina autónomo? Nos parece, en definitiva, que bajo el anterior como bajo el actual estatuto, las potestades normativas han sido y son ajenas al ámbito del Presidente de la República, sea aquél próximo o remoto. Así lo fallará luego el Tribunal Constitucional requerido para interpretar el alcance del art. 24 de la Constitución y la inclusión o exclusión del Banco Central en el concepto "Administración del Estado". Sentencia se comenta más adelante.

¹⁰ Ver en LARRAÍN CRUZ, Rafael, "Fallos del Tribunal Constitucional Pronunciados entre el 23 de Diciembre de 1985 y el 25 de Junio de 1992", Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 208.

c) *Relación entre Acuerdos del Banco Central y la Ley*

Si las normas del Banco Central no son leyes, y tampoco pertenecen a la potestad reglamentaria, ¿cuál es su rango jerárquico? ¿Deben ellas conformarse con alguna norma superior, o gozan de un "fuero" en una especie de laguna del estado de derecho? ¿Cuál es la relación entre ellas y la ley?

Nos parece que estas interrogantes entran en un tema vasto y poco estudiado, pero al mismo tiempo estimamos que han sido satisfactoriamente resueltas por el legislador. En efecto, existen ciertos elementos que nos permiten concluir que los acuerdos del Banco Central son jerárquicamente inferiores a la ley y deben conformarse con ella. Para otros autores, además, la ley no podría ser dictada pasando por sobre lo dispuesto en acuerdos del Banco Central cuando ejerce legítimamente sus atribuciones, como veremos más adelante.

Antes de revisar las bases positivas de nuestra afirmación, parece conveniente repasar lo que la doctrina ha propuesto en esta incipiente área de investigación. Se ha definido por la doctrina a la capacidad de ciertas entidades públicas autónomas como el Banco Central para dictar reglas como la "*potestad normativa de los entes públicos autónomos*". Hay diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de estas normas, pero todas concluyen en su jerarquía inferior a la ley¹¹⁻¹². Dice el académico de Derecho Económico, don Jorge Streeter P.:

"... pensamos que en el ordenamiento jurídico chileno la potestad normativa de los entes públicos autónomos queda situada por debajo de, y sin duda subordinada sustantiva y adjetivamente a, las normas superiores como son aquellas de rango constitucional, de rango legal, y las emanadas de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República en aquellas materias que no están reservadas a la ley. No cabe, por consiguiente, reconocer validez a las disposiciones dictadas por entes públicos autónomos que sean inconstitucionales o ilegales, sea en la forma o en el fondo¹³."

Es evidente que estas afirmaciones fueron anteriores a la Ley 18.840, que materializó la autonomía del Banco Central (1989), pero sí tuvieron a la vista las disposiciones constitucionales plenamente vigentes de las que emana dicha autonomía. Para otros autores, como el profesor Fernando Coloma, los acuerdos del Banco Central son parte de la llamada potestad reglamentaria de los entes

¹¹ También la Jurisprudencia ha llegado a la misma conclusión, aunque los fallos son escasos. El problema solía presentarse durante la vigencia del art. 3° de la Ley 15.192, que era técnicamente una ley penal en blanco, con remisiones al Banco Central para efectos de la tipificación de delitos en materia de Cambios Internacionales. Bajo el actual estatuto, sin embargo, estimamos igualmente válidas estas conclusiones. Véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de recurso de apelación, que sentenció en 1963: "Los acuerdos del Banco Central de Chile o de su Comité Ejecutivo son actos de administración emanados de un ente autónomo que tiene potestad reglamentaria especial, porque el legislador lo ha facultado para dictar reglas de aplicación general en relación a ciertas materias". Más adelante complementa, indicando que un acuerdo serían "...actos administrativos elaborador de reglas de orden público y de aplicación general que afectan a los particulares, dictados en uso de una potestad reglamentaria especial". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LX, N° 3 y 4, 1963, Secc. IV, p. 288.

¹² DANIEL ARGANDOÑA, Manuel: "Potestad Reglamentaria de los Organos Constitucionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, 1984, p. 461. La potestad reglamentaria del BC estaría "limitada precisamente por esa ley (Orgánica Constitucional del Banco Central) y por la Constitución". En este trabajo, anterior a la dictación de la Ley Orgánica, Daniel se refiere a las relaciones entre los acuerdos del BC y la Ley Orgánica, pero no a las existentes entre dichos acuerdos y otras leyes distintas.

¹³ STREETER PRIETO, Jorge, "Potestad Normativa de los Entes Públicos Autónomos", Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Materiales de Clase, Derecho Económico III, 1986, p. 5.

autónomos, y como tal debe conformarse con la Constitución y la ley^{14, 15}. Analizaremos más adelante cuál nos parece es el correcto alcance de la autonomía del Banco Central, y qué se persigue por el constituyente con ella.

Con estas reflexiones académicas presentes, observamos además que en el caso de los acuerdos del Banco Central existe una base jurídica inmediata para afirmar su subordinación a la ley, en los artículos 69 y siguientes de la Ley 18.840. Estos establecen un especial Recurso de Ilegalidad, que se deduce en contra de toda norma emanada del Banco y que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago. Regla el artículo 69:

“De los acuerdos, reglamentos, resoluciones, órdenes o instrucciones que el Banco dicte en el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 34, 35, 36, 58 y 61, y en el párrafo octavo del título III, *que se estimen ilegales*, podrá reclamarse por el interesado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conocerá en sala, en la forma y condiciones que se señalan en el presente Título.”

La norma transcrita y los siguientes artículos dan forma a un especial recurso de casación, en el que el fundamento del recurrente es específicamente el estimar infringida una ley, la que debe señalarse con precisión. Muy interesante es el artículo 73, puesto que junto con facultarse a la Corte cuando acoge el recurso para adoptar las medidas que pongan “pronto y eficaz remedio” a la situación, se concede al interesado una expresa acción de indemnización de perjuicios para reclamar en juicio “según las reglas generales”. Asimismo, se le faculta para pedir las sanciones penales que pudieren ser procedentes. No se crea ninguna figura penal, pero se enfatiza las posibles consecuencias penales que el acto o acuerdo ilegal puede irrogar para el Banco.

Nos parece, entonces, que el legislador ha sido satisfactoriamente claro al establecer este recurso. Los acuerdos no pueden ir contra ley vigente. Los acuerdos, reglamentos, resoluciones, instrucciones, etc, del BC *deben conformarse con la ley*, so riesgo de ser dejados sin efecto por resolución judicial, de generar indemnización de perjuicios en favor del perjudicado y de eventuales sanciones penales. Así ha puesto el legislador un cerco a la extraordinaria autonomía del Consejo del organismo emisor. Esta autonomía limita con la ley, que prima por sobre los actos del Banco. En otras palabras, la ley existente no puede ser vulnerada por un acuerdo del Banco Central. El tema de cuán limitada está la

¹⁴ El artículo 2º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado despeja toda duda en materia de subordinación de los entes autónomos, al menos los pertenecientes a la Administración centralizada. Dispone: “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico...”. Frente a esta norma, anotamos que el hecho de que un ente no pertenezca a la Administración centralizada, o a la Administración del Estado, en un sentido estricto no los exime en absoluto de cumplir con lo dispuesto en este artículo, que enuncia un principio propio del Estado de Derecho aplicable, a nuestro juicio, a todos los órganos centralizados o autónomos.

¹⁵ COLOMA REYES, Fernando, op.cit, p. 43. Para Coloma, “no cabe la menor duda que los acuerdos del Comité Ejecutivo, sobre cualquier materia que racaigan, son actos administrativos emanados de lo que se conoce en doctrina como la potestad reglamentaria de los entes autónomos.” Asimismo, como tales, precisa este autor, deben cumplir con todos los requisitos teóricos de esta clase de actos: órgano competente, declaración de voluntad, objeto o contenido, causa o motivo y formalidades.

ley por los acuerdos del Banco Central, y si puede el legislador dejarlos sin efecto, es mucho más complejo, pero carece de importancia para los efectos de resolver el tema central de este trabajo, por cuanto en el caso que nos ocupa la Ley de Quiebras es anterior al Anexo 1-1 del Capítulo VIII, Título II, del Compendio. Para estos efectos, nuestra conclusión es que, habiendo ley vigente, no puede el Consejo del BC adoptar un acuerdo que envuelva infracción de ley. En todo caso, no dejaremos sin un breve análisis el tópico inverso, de cuán limitado está el legislador para dictar normas en materias reguladas por acuerdos del BC, propias de su autonomía técnica. A continuación citaremos una opinión en la materia.

Dice don José Luis Cea Sánchez en su memoria de grado¹⁶:

“Creemos que los acuerdos que emanan del Consejo del Banco Central, que impliquen ejercer alguna de las atribuciones señaladas por el artículo 3 inciso segundo de la Ley 18.840 y siempre que tengan por finalidad cumplir con el objeto fijado para el Banco, gozan de una jerarquía equivalente a la de normas jurídicas, generales o especiales, emanadas de un poder público. Por ende, ellas sólo pueden ser dejadas sin efecto por la misma autoridad que las dictó con alcance general, o por los Tribunales de Justicia en la forma que la misma Ley Orgánica establece: el procedimiento del Recurso Especial de Reclamo, con alcance relativo o particular”.

Más adelante, expresa:

“...de modo que ni la ley, ni un decreto simple, decreto supremo o un reglamento pueden –jamás– ser idóneos para regir materias propias de la competencia otorgada al Banco, la que se encuentra delimitada por los incisos 1 y 2 del artículo segundo de su Ley Orgánica.”

Compartimos en lo esencial estas afirmaciones, que se fundan en el fin u objeto del Banco y su autonomía, área a la que le está vedado ingresar al legislador por tratarse de funciones asignadas en forma excluyente a un órgano especial autónomo. No obstante, dos elementos complican la solución propuesta en el trabajo citado. En primer término, hemos de insistir que si bien la autonomía del Banco Central está consagrada claramente en la Constitución, ha sido *la ley* la que le ha asignado las funciones que estamos suponiendo excluyentes para el Banco. Luego, si es el legislador quien ha definido el ámbito de actuación del Banco, no resulta fácil negar al legislador competencia para legislar sobre materias propias de acuerdos, cuando ha sido precisamente él la fuente de competencia específica del Banco. Enseguida, la distinción entre acuerdos del BC que ejercen o no las funciones técnicas del Banco no es formal ni procesal, sino material, y descansa en ejercicios analíticos que pueden resultar complejos de efectuar en nuestra institucionalidad. En efecto, si el legislador se atribuye la facultad de dejar sin efecto por ley un determinado acuerdo del Banco Central, ingresando derechamente en el área propia reservada por la Ley Orgánica, el camino para defender la autonomía del Banco Central es únicamente una cuestión de constitucionalidad durante su tramitación, que permita la intervención

¹⁶ CEA SÁNCHEZ, José Luis, ob. cit., p. 93.

del Tribunal Constitucional. Si tal cuestión de constitucionalidad no se traba, y en definitiva la ley es aprobada y promulgada, nuestra opinión es que ella poseería pleno vigor, quedando únicamente sujeta a la nulidad particular por la vía del Recurso de Inaplicabilidad.

IV. RESOLUCION DEL CONFLICTO NORMATIVO

Con los antecedentes que hemos ordenado precedentemente, ensayaremos una solución en el conflicto entre la Ley de Quiebras y las normas del Anexo.

a) *Temporalidad*

Bajo este criterio de solución entendemos el análisis de las fechas de vigencia de las normas en conflicto.

La Ley 18.175, que modifica la Ley de Quiebras y fija su Nuevo Texto, fue publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1982.

El anexo 1-1, que contiene la frase que nos importa, "...debe obligadamente realizarse con retornos de exportación", fue introducida en el Capítulo VIII del Título II, por la Circular 235, de 8 de septiembre de 1992.

Luego, la Circular 235 introdujo una norma que, tangencialmente, se contrapondría al artículo 3 de la Ley de Quiebras, vigente desde diez años antes, en la forma expuesta al comienzo de este informe. ¿Puede considerarse ilegal la Circular 235? Somos de los que pensamos que el conflicto no es real, por cuanto la Circular 235 no exceptuó expresamente los retornos de las exportaciones de la masa concursal de la forma que lo exige el art. 3 de la Ley 18.175 (Ley de Quiebras). Nada dijo respecto del estado de quiebra. No hubo voluntad, a nuestro parecer, de imponer un acuerdo por sobre la Ley de Quiebras. No hubo voluntad de hacer una excepción al régimen concursal, sino sólo de reglar la operatoria normal de pago de créditos con retornos de exportaciones, fuera del estado de quiebra. Estamos frente a un caso en que es inaplicable el elemento hermenéutico "...donde la ley no distingue no le es lícito distinguir al intérprete", y por lo tanto no puede afirmarse que si el Anexo 1-1 no distinguió, la operatoria en él establecida se aplica a toda situación. Ello porque, por un lado, el Anexo 1-1 no es una ley, y por otro es la Ley de Quiebras, en su artículo 2º, que exige que sea una ley la que excepcione "expresamente" determinados bienes del régimen de quiebra, para entender que éstos no ingresan a la masa. Ello requiere, definitivamente, *que una ley señale expresamente que ciertos bienes no ingresan a la quiebra*, lo que en el caso comentado claramente no ocurre. En consecuencia, el régimen concursal se aplica plenamente sobre los retornos de las exportaciones y la Circular 235 no pudo haber sido considerada ilegal, puesto que nada regló respecto de la quiebra.

No obstante, hay quienes piensan que hay un conflicto tácito entre ambas normas, como lo hemos analizado. Para esta interpretación cobra fuerte importancia el recurso especial de ilegalidad del artículo 67 de la Ley 18.840, y sus efectos, puesto que, habiendo existido el conflicto, no hubo discusión de legalidad, estando para ellos vedado reclamar hoy preeminencia de la ley por sobre un acuerdo no impugnado en su oportunidad.

b) *Recurso de Ilegalidad: preclusión y efectos*

Al analizar la relación entre los acuerdos del BC y la ley, hemos revisado someramente el recurso especial de ilegalidad o casación de que disponen los interesados en contra de dichos acuerdos, según los artículos 69 y siguientes de la Ley 18.840. Interesa ahora determinar específicamente cuáles son los efectos de la no interposición del recurso en los plazos establecidos para ello, o del fallo favorable a la legalidad del acuerdo, pero no respecto de los recurrentes, sino de futuros interesados.

Publicidad

El artículo 67 de la Ley 18.840 dispone como mecanismo de publicidad la publicación en el Diario Oficial de los acuerdos que el BC adopte en ejercicio de las atribuciones establecidas en los artículos 34 número 2, 35, 40, 42 y 49 de la Ley, y todos aquéllos de carácter general. Todos los demás acuerdos, o aquellos que sean de carácter particular, se notificarán al interesado mediante su inclusión en una lista fijada en la oficina principal del Banco en Santiago y en sus sucursales. De todo esto se colige que la Ley ha establecido un sistema específico de notificaciones, y el plazo para la interposición del recurso corre, sin lugar a excepciones, desde la notificación del acuerdo, reglamento, resolución o acto (art. 69 inciso segundo). No le es lícito al interesado, entonces, alegar desconocimiento del acto que se estima ilegal. Respecto de él, la no interposición del recurso de ilegalidad en el plazo de 15 días hábiles desde su notificación produce, sin lugar a dudas, la preclusión del derecho procesal a interponerlo. En este sentido, ha de considerarse la preclusión como la extinción de un derecho o facultad procesal, por haberse dejado pasar la oportunidad procesal para hacerlo. Esta preclusión produce el efecto de no poder intentarse posteriormente el recurso, y si se quiere, de no poder alegarse la ilegalidad del acuerdo por otro medio. ¿A quiénes afecta la preclusión? Nos parece que afecta a quienes, habiéndoseles franqueado la facultad de interponer el recurso, no lo hicieron. ¿Es la no interposición de recursos garantía de que el acuerdo se conforma con la ley? Nos parece que en absoluto puede concluirse tal cosa. La mera preclusión operada respecto de quienes tenían derecho de reclamar no envuelve un control alguno de la legalidad del acuerdo, y su único efecto es producir la extinción del derecho de los interesados a reclamar posteriormente del acuerdo. Ratifica esta interpretación el principio general del derecho contenido en el artículo 3 del Código Civil, que para estos efectos implica que ni las sentencias judiciales ni ninguna actuación procesal produce efectos para quienes no son parte en el proceso. Existiendo un recurso judicial, y personas interesadas con derecho a interponerlo (partes), no puede el hecho de su no interposición producir efectos respecto de quienes no fueron parte (interesados) en el proceso.

Concepto de "Interesado"

El mecanismo diseñado por el legislador en la Ley del BC para reclamaciones de ilegalidad está muy bien pensado y estructurado. Lo normal es que un acuerdo tomado en ejercicio de las facultades de los artículos 43 N° 2, 35, 40, 42 y 49 interesen a la banca en general y a cada agente del sistema financiero y de

mercado de capitales en particular. Por ello, son notificados mediante publicación en el Diario Oficial. Por su parte, los acuerdos particulares, por definición, interesan a determinadas personas, a quienes se les notifica expresamente.

Ocorre, sin embargo, que el legislador no se puso en el caso de las muchas personas que pueden no tener interés actual alguno en un acuerdo a la fecha de su publicación, pero pueden posteriormente llegar a tenerlo. Esta eventualidad es una excepción a la actuación del BC, porque lo normal es que sus actos afecten a la banca o a sujetos que han solicitado su intervención, pero es perfectamente posible. Pensemos en el síndico de quiebras. El síndico es nombrado por el tribunal sólo una vez que un deudor es declarado en quiebra. El interés del síndico, por definición, sólo nace con su nombramiento, y su nombramiento nace con la declaración de quiebra, nunca antes. El síndico representa a la masa de acreedores, reunidos luego de la declaración de quiebra, y es desde luego "el" interesado en la posible ilegalidad de un acuerdo publicado mucho antes de que adquiriera su calidad de interesado ¿Opera respecto del síndico la preclusión de que hemos hablado? En absoluto, porque el síndico de quiebras no estuvo habilitado para reclamar, no tuvo acción alguna de reclamación respecto del acuerdo mientras no adquirió interés, y, por consiguiente, no le corrió plazo ni operó la preclusión respecto de él. ¿Puede reclamar hoy el síndico? Nos parece que no, porque siendo las normas procesales de derecho estricto, no hay contemplado recurso alguno para ser interpuesto transcurrido los plazos desde las notificaciones efectuadas *a quienes a la fecha del acuerdo eran interesados*. Los futuros interesados carecen del recurso de reclamación posterior, pero les es inoponible la preclusión operada respecto de los que fueron interesados al tiempo del acuerdo.

Resta únicamente analizar a la Fiscalía Nacional de Quiebras como eventual "interesado" en el acuerdo. De estimarse que es el Fiscal Nacional de Quiebras el legítimo afectado por un acuerdo que vulnera la ley, porque le interesa proteger a la masa de acreedores como concepto, nos manifestamos de acuerdo con ello. Es decir, el Fiscal pudo y tal vez debió –salvo que hubiese estimado que no hay conflicto real– recurrir a la Corte de Apelaciones de Santiago en su oportunidad, de acuerdo al art. 69 de la Ley. Empero, concluir de esta afirmación que el acuerdo no puede ser ilegal, o que un síndico recientemente nombrado está impedido de reclamar ante el tribunal de la quiebra la preeminencia de la ley por sobre el acuerdo, porque ha operado una especie de "cosa juzgada", es atribuir al recurso efectos que escapan a su naturaleza.

Recurso de Ilegalidad y Control de la Legalidad

Nos permitiremos, finalmente, hacer una breve reflexión relativa a las diferencias obvias que existen entre lo que es el control de la legalidad y el recurso de ilegalidad. Quienes sostienen que el recurso del artículo 69 de la Ley produce una especie de "cosa juzgada", o genera una suerte de presunción de derecho de la legalidad del acuerdo, están atribuyéndole efectos que nuestro ordenamiento no contempla ni siquiera para los casos en que hay controles formales de legalidad. En efecto, el mecanismo de la toma de razón que ejerce la contraloría es definitivamente más sólido que un recurso franquizado a los particulares, y ni aun así puede presumirse que los decretos sobre los que se ha tomado razón son legales. El mecanismo contralor es de rango constitucional y se ejerce forzosamente respecto de todos los decretos supremos. El recurso de ilegalidad de la

Ley 18.840 es eventual, es de rango legal y comprende un análisis de suyo parcial de los actos del Banco Central. No puede, entonces, concluirse que este es un control de la legalidad que tiene efectos más profundos que los asignados por la misma Constitución a la revisión formal que ejerce la Contraloría.

La única diferencia entre ambas instituciones la constituye, claramente, el que en el caso del recurso de legalidad hay una intervención del Poder Judicial, y que una futura discusión ante el juez de la quiebra tiene lugar también ante un ente jurisdiccional. Nos atrevemos a decir que, aun así, y siendo el fallo del recurso de ilegalidad una señal importante en la interpretación del acuerdo, *no está el juez de la quiebra sujeto a cosa juzgada* en materia de legalidad del mismo. Para afirmar esto, nos remitimos nuevamente al artículo 3 del Código Civil y los efectos relativos de las sentencias, que no podría modificarse sino en virtud de disposición legal expresa. A mayor abundamiento, hacemos presente que cuando se ha querido atribuir a una decisión judicial efectos vinculantes para otro tribunal, se ha dicho expresamente. Así ocurre con lo dispuesto por el inciso final del artículo 83 de la Constitución, el que dispone:

“Resuelto por el Tribunal (Constitucional) que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.”

Esta norma expresa, regla la relación entre el órgano que ejerce el control de la constitucionalidad y el órgano superior judicial encargado de analizar la constitucionalidad por la vía del recurso de inaplicabilidad. Por decirlo expresamente el constituyente, la Corte Suprema no puede declarar inconstitucional el precepto que ya ha sido declarado conforme a la Carta por el Tribunal Constitucional. Nos preguntamos: ¿puede impedirse al juez de la quiebra, a la Corte de Apelaciones respectiva o a la Corte Suprema declarar ilegal un acuerdo del BC cuando no ha existido intervención alguna judicial previa, sino sólo un mero transcurso de un plazo? O, incluso más, ¿puede pedirse lo mismo cuando la Corte ha declarado la legalidad de un acuerdo, rechazando la reclamación? Pensamos que no, porque de haberse buscado un efecto de esa clase, se hubiese incluido en la Ley 18.840 alguna norma análoga a lo dicho en el artículo 83 de la Constitución.

Caso de la Circular 235

Merece un acápite independiente lo sucedido, en materia de publicidad, con la Circular N° 235, de 8 de septiembre de 1992, emanada del Gerente de División de Cambios y Comercio Exterior del Banco Central, que fue el instrumento que incorporó en el Anexo 1-1 del Capítulo VIII la frase relativa a los retornos de exportación. Corroborando todas nuestras reflexiones que apuntan a la inoponibilidad de una eventual preclusión frente al síndico de quiebras, apuntamos que dicha circular *no fue publicada en el Diario Oficial*. Información de la Fiscalía del BC nos corroboró que la circular no reflejó un acuerdo del Consejo, ni tuvo alguna forma más amplia de notificación¹⁷.

¹⁷ El Diario Oficial de 8 de septiembre de 1992 no registra publicación de la Circular 235. Tampoco consta su publicación en los siete días siguientes al 8 de septiembre de 1992, aun cuando sí aparece la publicación del Acuerdo número 247 del Consejo del Banco Central, con

V. CONSIDERACIONES ADICIONALES

En las tesis que sugieren una prevalencia de los acuerdos del Banco Central por sobre la Ley de Quiebras, se han ofrecido argumentaciones relativas al orden público económico. Nos haremos cargo, ahora brevemente, de confrontarlas.

a) *El Orden Público Económico*

Se dice que estando el Banco Central a cargo de cumplir con funciones esenciales para el Orden Público Económico, y siendo además autónomo por voluntad constitucional, las normas que de él emanan tienen la virtud de prevalecer por sobre la ley común. De lo contrario, se argumenta, cae la base sustentatoria del referido orden, que a su vez es pilar del nuevo orden institucional de la Constitución de 1980.

En lo expuesto hay afirmaciones del todo correctas. No obstante, nos parece que debe construirse una conclusión diferente.

El Orden Público Económico es la forma de ordenación del conjunto de principios e instituciones de naturaleza económica y de las relaciones entre ellas, que se refieren al funcionamiento económico esencial del Estado, y que se han establecido principalmente en la Constitución¹⁸. Este concepto es una introducción novedosa del constituyente de 1980, que, habiendo tomado nota de que la estructuración económica de una nación tiene tanto o más relevancia para un país que la política, abogó por un diseño amplio, un marco económico a incluirse en la Constitución. El fundamento del Orden Público Económico es adscribir al Estado de Chile a una estructura económica basada en la libertad económica, la no discriminación, el derecho de propiedad y la apoliticidad de los órganos emisores. ¿Qué es lo que este marco considera? Ha sido una interpretación clásica que el Orden Público Económico incluye desde luego las 5 garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución de mayor signifi-

fecha 23 de septiembre. Este Acuerdo modificó normas de los Capítulos IV y XI de los Títulos I y II del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales, e incluso incluyó como aprobada dentro del Acuerdo una resolución de gerencia que aprobó cambios en un anexo perteneciente a dichos capítulos. Tal situación, sin embargo, no se verificó, según información aportada por la Fiscalía del BC y la referida revisión del Diario Oficial, respecto de la Circular 235 de 8 de septiembre de 1992. Con ello, se hace improcedente otorgarle a la circular el rango sustantivo de Acuerdo del Consejo, y presumirle la formalidad de publicación en el Diario Oficial.

¹⁸ Para José Luis CEA EGAÑA, el Orden Público Económico es "...el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional declarados en la Constitución." (Tratado de la Constitución de 1980, Stgo. Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 158). Este concepto tiene el mérito de haber sido objeto de constantes reconocimientos judiciales, entre los que se encuentran, por citar los más recientes, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de febrero de 1995, en causa rol N° 207 y el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 26 de enero de 1995, en causa sobre Recurso de Amparo Económico rol 3.899-94, confirmado luego por la Corte Suprema. J. Tomás HURTADO CONTRERAS, en su "Orden Público Económico en la Constitución de 1980" Editorial Jurídica de Chile, 1981, Santiago), restringe el concepto a la idea de medidas de autoridad, siendo para él el Orden Público "el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas". Para nosotros, el concepto comprende necesaria, si bien no únicamente, los principios, derechos y garantías de naturaleza económica que, contenidos en la Constitución, constituyen la fundación de la estructura económica nacional, y sobre la cual recaerán las "medidas de la autoridad" a que se refiere Hurtado en el concepto citado.

cación económica: los números 20, 21, 22, 23 y 24 de dicho artículo (igualdad ante las cargas públicas, derecho a desarrollar cualquier actividad económica, no discriminación arbitraria en materia económica, derecho a la propiedad y derecho de propiedad). Junto a estas garantías, el Orden Público Económico incluye también otras instituciones o disposiciones constitucionales de relevancia para la estructuración económica: la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en leyes de materias económico-sociales y la autonomía del Banco Central.

El Banco Central de Chile es definitivamente eje en el Orden Público Económico (OPE) consagrado por la Constitución. Empero, cabe preguntarse exactamente por las materias específicas del Banco Central que consideraremos pertenecientes al OPE. Por ejemplo, es evidente que el sistema de pensiones de los funcionarios del BC, o su organigrama organizativo no pueden considerarse con rango suficiente para incluirse en el OPE. Hay, por el contrario, materias relativas al BC que para el constituyente son esenciales de diseñar y plasmar en la Constitución, y ellas son, prioritariamente, Orden Público Económico.

b) *Orden Público Económico y Banco Central*

Creemos que el BC es de OPE, primera y específicamente, en lo dicho por el artículo 97 de la Constitución. Este expresa:

“Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.”

El OPE alcanzaría entonces, en rango constitucional, a la *autonomía* del BC y a su *carácter técnico*. El constituyente fue claro en estos dos conceptos, pero prácticamente en todo lo demás dio poder al legislador para resolver. El artículo 98 contiene un tercer elemento que podemos incluir como de orden público en materia del BC, que es la *no discriminación en materia económica*, como una formulación especial de la garantía del art. 19 N° 22¹⁹.

Sabemos entonces que es la autonomía del Banco Central la primera *ratio legis* de Orden Público Económico sustentado en el artículo 97. La interrogante es ahora cuál es el objeto de esta cualidad funcional de autonomía, cuál es el bien económico que pretende tutelar el constituyente. La definición del fin al que apunta la autonomía es clave, porque la autonomía por sí misma no puede ser absoluta, aun reconocida en rango constitucional. El BC está integrado al Estado de Chile, y éste tiene normas, poderes y entidades con las que tiene que relacionarse y también subordinarse (caso Poder Judicial o Legislativo). En este marco, ¿cuál es la función de la autonomía conferida constitucionalmente al Banco Central?

La sentencia del Tribunal Constitucional referida, rol 48, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la Ley 18.840, cita textualmente un antecedente

¹⁹ Se prohíbe en esta norma al Banco Central adoptar acuerdos “que signifiquen de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza”. Nótese que la Constitución, al hablar de “acuerdo”, está reconociendo la facultad normativa que se estudió precedentemente.

agregado a la sesión de la Comisión constituyente que trató el tema del BC. Dice el oficio del Presidente de la República dirigido con fecha 10 de noviembre de 1977 a dicha comisión:

“g) Creación de una instancia técnica e independiente, que podría radicarse en el Banco Central o en un ente especial para ello, destinada a procurar que la emisión monetaria no sea manejada como señuelo de promesas o acciones demagógicas.”

“Al considerar el Orden Público Económico en la primera parte de este informe, expresamos que los excesos de la demagogia política en los últimos 40 años habían afectado gravemente la economía de la nación y provocado una inflación endémica que deterioró en forma importante el desarrollo económico del país.”

“Señalamos entonces, entre las medidas correctivas destinadas a lograr el saneamiento económico: la necesidad de crear un órgano autónomo, ajeno a las influencias políticas, encargado de establecer y regular la política monetaria y cambiaria”²⁰.

Estas citas nos ofrecen un claro sentido a la autonomía del BC: radicar la potestad emisora de circulante y la fijación cambiaria en un ente autónomo de la administración central, gubernamental. Nos preguntamos ahora: ¿de qué forma la Circular 235, de 1992, que establece la relación de los retornos de las exportaciones y los créditos otorgados para ella, afecta o es parte del Orden Público Económico? ¿Es atentatorio contra el OPE el que dichos créditos sean pagados conforme a un procedimiento de realización de activos en la quiebra? Recuérdese que el síndico es el representante legal del fallido, y, como tal, está sujeto a toda la normativa del BC referente a liquidación de los retornos en el mercado formal y en los plazos que éste indique. Nuestra interpretación no exige que el síndico opere al margen de dichas normas, sólo que los bancos deben subordinar sus pagos “obligados” como dice el Anexo 1-1 al proceso de quiebra. Luego de la liquidación de los retornos a moneda nacional como imperativo para el ingreso a la quiebra, la eventual posterior adquisición de divisas por el síndico para el pago de obligaciones en moneda extranjera podría afectar, de alguna forma, la cantidad de reservas internacionales en el Banco Central y su precio. No obstante, el impacto de esta operación sería mínimo y de suyo excepcional –sólo en caso de quiebra del deudor–, de forma tal que resulta excesivo concluir que el Orden Público Económico se ve afectado. Debe tenerse presente, por ejemplo, que el propio anexo 1-1 del Capítulo VIII autoriza a los exportadores para adquirir divisas en el mercado formal, cuando no se hayan realizado embarques. Luego, no resulta extraño entender autorizado al síndico para actuaciones análogas con la autorización del BC, en casos de pagos de créditos que han ingresado a la quiebra sin el pago automático con retornos de exportaciones.

En definitiva, no se observa de qué forma el OPE, en sus relaciones con la política monetaria o cambiaria, pueda verse afectado con la primacía de la Ley de Quiebras por sobre el Anexo 1-1. El síndico deberá liquidar las divisas en el mercado formal, o bien el banco acreedor hacerlo y luego deberá poner a disposición del síndico su producto. Recuérdese, finalmente, que en materia de quie-

²⁰ LARRAÍN CRUZ, Rafael, ob. cit., p. 212.

bras estamos tocando precisamente una norma de orden público, con rango de principio general del derecho y por tanto base de un estado de derecho: la *par conditio creditorum*, que implica el pago de todos los acreedores, con sus derechos irrevocablemente fijados al día de la quiebra, *a prorrata* de sus créditos sobre los bienes del fallido. Es inoficioso extenderse en la afirmación, por todos compartida, de que la *par conditio creditorum* es de indubitado Orden Público. En virtud de este principio, no caben pagos completos de créditos fuera de la quiebra, salvo expresa excepción legal. ¿Podría con fundamento sostenerse que una circular del BC, no publicada en el Diario Oficial, no fiscalizada siquiera en su legalidad, está derogando dos o tres artículos de la Ley de Quiebras, que revisten indubitado carácter de Orden Público?

c) *Ley Orgánica Constitucional y Ley Común*

Existe la marcada tendencia en los intérpretes a otorgar a la ley orgánica constitucional un rango especial en la jerarquía de las normas. Este rango, según tales interpretaciones, permite a una ley orgánica primar, en caso de conflicto, sobre las leyes de quórum calificado y sobre las leyes comunes, las que deben conformarse con la normativa orgánica. La verdad es que los tratadistas han concordado que tanto leyes orgánicas como leyes de quórum calificado se encuentran en un plano de igualdad sustantiva respecto de la ley común, y rechazan la creación de nuevos "escalones" en la jerarquía de las normas. La distinción, en consecuencia, es netamente procesal: la aprobación o modificación de leyes orgánicas y de quórum calificado está sujeta a mayorías distintas en el contexto de la formación de la ley, pero no constituyen factor de primacía sobre la ley común. Las leyes orgánicas constitucionales están sujetas, además, a control preventivo forzoso de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (art. 82, N° 1), pero, una vez más, se trata de una exigencia del proceso de formación constitucional de la ley. No hay en el texto constitucional norma positiva que permita desprender una primacía material de unas leyes sobre otras.

Las reflexiones anteriores tienen importancia para el caso en estudio, porque la Ley 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, no puede entenderse que prima sobre la Ley 18.175, de Quiebras. Cabe insistir, por otra parte, que la Ley 18.840 no contiene disposiciones que colisionen materialmente por sobre la Ley de Quiebras en la materia en comento, de forma que tampoco puede afirmarse que ha operado una derogación tácita de la Ley de Quiebras en lo relativo a los retornos de exportación. Sabemos, por último, que la regla que aparentemente cae en conflicto con los artículos 3, 27 y 64 de la Ley de Quiebras, emana de una circular que carece de rango de ley, y que por ende jamás podría derogar un precepto legal en vigencia²¹.

²¹ Hemos comentado que la Circular 235 no fue producto de un acuerdo del Consejo del Banco Central. Empero, el artículo 42 de la ley orgánica del BC, al reglar las facultades del BC en materia de cambios internacionales, dispone: "El Banco podrá disponer, mediante acuerdo fundado, adoptado por la mayoría del total de los miembros del Consejo, que las siguientes operaciones se realicen, exclusivamente, en el Mercado Cambiario Formal: 1. El retorno al país en divisas y la liquidación, a moneda nacional, del valor que corresponda obtener por las exportaciones de mercancías, dentro de los plazos que determine el Banco..." Más adelante, el inciso octavo del mismo número y artículo señala: "El Banco podrá otorgar prórrogas para el cumplimiento de las obligaciones de retorno y liquidación referidas en los números precedentes, o liberar de tales obligaciones cuando.....el valor total o parcial que corresponda obtener por las

VI. CONCLUSIONES

a) *Conflicto Específico*

Frente al conflicto planteado entre los artículos 3, 27 y 64 de la Ley de Quiebras y lo dispuesto en el Anexo 1-1 del Capítulo VIII del Título II del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central de Chile (Tomo III), hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1. El conflicto es sólo aparente, porque ambas normativas son aplicables en épocas distintas. Mientras en el Anexo 1-1 rige durante la operatoria normal de un crédito, la Ley de Quiebras rige luego de pronunciada la declaración de quiebra del deudor-exportador.
2. Una vez pronunciada la declaratoria de quiebra, el síndico debe recibirse de los retornos de las exportaciones para proceder al pago de los créditos según las reglas generales del procedimiento concursal. El síndico opera como representante legal del fallido y en interés general de todos los acreedores, asumiendo la administración de todos los bienes del deudor no exceptuados por ley. Esto, no obstante, no libera al síndico de liquidar los retornos en el mercado formal, de acuerdo lo dispone el Banco Central para estas operaciones, en los plazos y condiciones que éste establezca, las que no pueden colisionar con lo dispuesto en la Ley de Quiebras.
3. De estimarse real y no aparente el conflicto entre las normas citadas, la Ley de Quiebras prima por sobre lo dispuesto en el Anexo 1-1. Para determinar la primacía en este conflicto, hemos atendido a la jerarquía de las normas, a los efectos del recurso de ilegalidad del artículo 67 de la Ley 18.840 y al contenido del concepto Orden Público Económico.

b) *Naturaleza Jurídica de los Acuerdos del Banco Central*

Los acuerdos del Banco Central de Chile tienen reconocimiento constitucional, emanan de un ente autónomo de rango constitucional y son soberanos en materias monetarias, cambiarias y de pagos internos o externos (art. 3° Ley 18.840), las que a su vez son parte sustantiva del Orden Público Económico. No obstante, los acuerdos no son formalmente leyes, porque no se han sometido al proceso constitucional de formación de la ley, sin perjuicio de no serlo en razón de las materias que eventualmente regulen. Al mismo tiempo, los acuerdos no pertenecen a la potestad reglamentaria presidencial, ni autónoma ni de ejecución, a pesar de la tutela indirecta que sí tiene el Presidente de la República

respectivas operaciones sea destinado a pagar, directamente en el exterior, obligaciones autorizadas por el Banco. Asimismo, el Banco podrá liberar de las mencionadas obligaciones cuando las operaciones correspondientes sean, a su juicio, de poca importancia, no representen operaciones comerciales o se destinen al pago de mercancías provenientes del exterior". Este inciso parece conceder las facultades por las cuales la Circular 235 fue dictada, la que, de todas formas, debió tener el rango de Acuerdo del Consejo. Para los efectos de nuestro estudio, en todo caso, nos permite corroborar que la ley orgánica sólo faculta al BC para dictar ciertas normas en ciertas materias, y no ha reglado directamente lo referente a pagos de créditos con retornos de exportaciones. En este marco, sólo estaríamos en presencia de un conflicto si otra ley confiere estas facultades a una autoridad distinta, entorpeciendo el accionar del BC, o reglase situaciones contrapuestas sustantivamente a la ley orgánica del Banco Central. No nos parece sea el caso.

sobre el Banco Central. Los acuerdos del Banco son, en definitiva, el ejercicio material de la potestad normativa que le cabe como ente constitucional autónomo, y deben subordinarse a la ley. La ley puede ampliar o restringir las atribuciones del Banco, mediante modificaciones a su propia ley orgánica, con el quórum requerido constitucionalmente. No obstante, y como contrapartida, al legislador le está vedado ejercer por ley las funciones propias del Banco Central, o atribuir las a otro órgano, por cuanto la autonomía constitucional del Banco se expresa también respecto del legislativo en este aspecto²². El Banco Central fue creado por el constituyente con la expresa intención de hacerlo técnico, autónomo y no discriminatorio, y si bien no se le señalaron fines en la constitución misma, es nuestra apreciación que ellos emanan de su naturaleza misma, y son sólo especificados por la ley orgánica constitucional respectiva. No podría, en consecuencia, encomendarse por ley sus funciones a otro órgano o al legislador mismo, sin infringirse gravemente la Constitución Política de la República.

²² Esta separación obvia de funciones, derivada de la naturaleza y autonomía constitucional del Banco Central, tiene su reconocimiento expreso en el artículo 60 de nuestra Carta, al establecerse las materias de ley. Los números 7 y 8 definen las materias de ley que autorizan al Estado, sus organismos o las municipalidades para contratar empréstitos, o a celebrar cualquier operación que pueda afectar directa o indirectamente la responsabilidad financiera de dichas entidades. En ambas disposiciones existe la expresa prevención constitucional: "...Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central.", y "Esta disposición no se aplicará al Banco Central". Estas dos prevenciones son armónicas con la autonomía del Banco Central, puesto que complementan lo dispuesto en el artículo 97, en cuanto a que el Banco es autónomo en sus operaciones financieras y crediticias. Pero, más aún, el artículo 60 al establecer las materias de ley y no incluir en su texto las referidas a la política monetaria y cambiaria, y al excepcionar al Banco Central de los números 7 y 8 del mismo artículo, materializa sólidamente el espacio propio y sui generis de actuación que le cabe al Banco Central de Chile en el Orden Público Económico.