

**N° 189**  
**AÑO LIX**  
**ENERO-JUNIO**  
**1991**

**ISSN 0303-9986**



# **REVISTA DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION**

**Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales**

---

## *LA INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SECTOR EXTERNO*

ELIZABETH EMILFORK SOTO  
MARIO PUCHEU MUÑOZ  
Profs. Derecho Económico  
Universidad de Concepción

### *I. SINTESIS*

1. Desde 1931 hasta la dictación de la Ley 18.840 se observa una permanente intervención estatal en el sector. Esta se ejerce con diversos grados de intensidad, según la realidad económica y la doctrina sustentada por el Gobierno de turno.
2. Los textos jurídicos que posibilitan esta intervención son fundamentalmente el art. 186 de la Ley 16.464 que entrega al Ejecutivo el manejo de los Aranceles y la Ley de Cambios Internacionales que consagra el Régimen de Control de Cambios.
3. La flexibilidad del D.S. 1.272 y, posteriormente, D.S. 471 permiten la intervención oportuna del Estado para hacer frente a los problemas que se presentan en el sector.
4. Al asumir el gobierno militar se modifica sustancialmente la estrategia de desarrollo, postulándose una economía abierta al exterior basada en la Teoría de las ventajas comparadas. La implementación de ella trae consigo las primeras modificaciones legales tendientes a limitar la intervención del Estado y a consagrar los principios liberales.
5. Dentro de ese contexto se dicta la Ley 18.525 que reestablece el principio de legalidad impositiva en relación con el arancel aduanero y, posteriormente, la Ley Orgánica del Banco Central.
6. La Ley 18.840 concreta la autonomía del Banco Central y las ideas liberales eliminando el Régimen de Control de Cambios. Se mantiene sin embargo, en carácter excepcional. Las medidas que en virtud de estas disposiciones pueden adoptarse no difieren sustancialmente de las que se aplicaban antes de la vigencia de esta Ley; más aún, en materias tales como el retorno y liquidación otorgan facultades más amplias que las contenidas en la antigua Ley de Cambios.
7. Desde la dictación de la Ley Orgánica hasta la fecha, el Banco Central ha mantenido el control de cambios en términos similares a lo que existía con anterioridad.

Las circunstancias de que en Chile haya regido desde el año '31 hasta nuestros días un régimen de control de cambio, permite sostener que la intervención del Estado ha sido una constante durante un período de aproximadamente 60 años. La forma en que se ha ejercido esta intervención estatal ha sido variable según la realidad económica del país y la filosofía del gobierno de turno. Sin embargo nos parece que analizado en la perspectiva

histórica ha prevalecido la realidad económica por sobre los principios que pudiera sustentar el gobierno.

Desde una perspectiva más general puede relacionarse la intervención del Estado con las estrategias de desarrollo aplicadas en el país y sostenerse que en aquellos años del período del año '30 al '73, en que se aplicó la estrategia de desarrollo hacia adentro, o de sustitución de importaciones, la intervención del Estado era un requisito *sine qua non* para llevarla adelante.

A partir del año 1973 los economistas del gobierno militar inspirados en las doctrinas liberales propician e implementan una estrategia de desarrollo diametralmente opuesta a la que se había aplicado en el país, basada fundamentalmente en la teoría clásica o neoclásica de las ventajas comparadas con un Estado neutro y subsidiario. Se anuncian entonces medidas liberalizadoras que reducen fuertemente la intervención del Estado en el sector, aún sin llegar a eliminarla. Sin embargo, algunos problemas económicos que enfrenta la economía en los primeros años del gobierno militar determinan un retroceso en la estrategia aperturista y la reposición de algunas restricciones que se habían eliminado o disminuido. El éxito económico de las medidas adoptadas a partir del año 1985 posibilitan una intensificación de la reducción progresiva de la intervención del Estado, sin lograr eliminarlo completamente.

Si consideramos la intervención en un sentido amplio, es decir, no sólo como sinónimo de la adopción de medidas de restricción y de control, sino además como una participación activa del Estado incentivando o alentando la actividad económica, puede observarse que a partir del año '85 la estrategia aperturista sufre una ligera variante en cuanto el Estado abandona su carácter neutro para impulsar fuertemente las exportaciones, asignándoles el papel de motor del desarrollo.

## II. ANALISIS JURIDICO DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN EL SECTOR

Las principales normas jurídicas que han posibilitado la intervención estatal en el sector externo han sido, en nuestra opinión, primero, las relativas al control de cambios, contenidas a partir del año 1961 en el Decreto Supremo 1.272 cuyo texto refundido en el Decreto Supremo 471 rigió entre nosotros hasta abril de 1990 y, segundo, la facultad que tenía el Presidente de la República para rebajar, suspender y alzar los derechos aduaneros, contenida en el art. 186 de la Ley 16.464.

Si bien el sistema de control de cambio se establece en Chile el año '31 adquiere cierta estabilidad jurídica con el D.S. 1.272 citado, conocido también como Ley de Cambios Internacionales. En él se consagran los rasgos característicos de este régimen en las siguientes disposiciones:

a) En primer lugar en el artículo 12 que entrega al Banco Central el monopolio de las operaciones de cambios internacionales. Es precisamente en virtud de esta norma que el ente emisor se encontraba implícitamente facultado para determinar el tipo de cambio.

Conforme a lo expuesto, los agentes económicos y los particulares estaban impedidos en principio de realizar estas operaciones a menos que contaran con la autorización del Banco y naturalmente en este caso sólo podían efectuarlas en las condiciones y con los requisitos que este ente señalara.

b) Para canalizar las divisas hacia el Banco Central se consagraba en los arts. 7 y 9 la obligación de retorno respecto de ciertos rubros de la balanza de pagos: las exportaciones, las comisiones por actividades de comercio exterior y las indemnizaciones sobre mercaderías por conceptos de seguros u otras causas. El plazo general de retorno era de 90 días sin perjuicio de la facultad del Comité Ejecutivo para fijar en casos calificados un plazo distinto y la liquidación de las divisas debía efectuarse dentro de los 10 días siguientes a la fecha de retorno.

Siempre en materia de exportaciones el art. 5 establecía el principio de la libre exportación sin perjuicio de las facultades que el texto entregaba al Ministerio de Economía para establecer prohibiciones o contingentes.

c) En tercer término, en lo que se refiere a la asignación o distribución de las divisas, el monopolio que el art. 12 confería al Banco para realizar las operaciones de cambio, comprendía también implícitamente la facultad de asignarlas o distribuir las.

Por su parte, el art. 11 del texto legal establecía normas especiales para las importaciones facultando al Ministerio de Economía, previo informe del Comité Ejecutivo del Banco Central, para establecer a través de Decreto Supremo la lista de mercaderías de importación permitida. En consecuencia el principio imperante en la materia era el de la prohibición. Asimismo, el Comité Ejecutivo se encontraba expresamente facultado para establecer depósitos previos.

d) Por último los arts. 23 y siguientes tipificaban diversas figuras constitutivas de infracciones y delitos para quienes infringieren las normas de retorno o las que dictare el Comité Ejecutivo.

La característica fundamental de la Ley de Cambios Internacionales era su flexibilidad. Constituía un verdadero marco que encuadraba las facultades normativas que el art. 4 de la Ley otorgaba al Comité Ejecutivo para regular las operaciones de cambios internacionales y el comercio de exportación y de importación.

Esta flexibilidad del texto legal permitió que el control de cambios y, en consecuencia, la intervención estatal se aplicara con diversos grados de intensidad según la realidad económica existente en un momento dado. Permitió asimismo que el texto en comentario rigiera sin modificaciones bajo gobiernos de inspiración política tan disímiles como fueron el de los presidentes Alessandri, Frei e incluso durante los primeros años del gobierno militar.

\* El segundo texto referido, el art. 86 de la Ley 16.464 entregaba al Ejecutivo una poderosa herramienta de intervención estatal al permitirle, por la vía de Decretos Supremos, modificar, alzar y suspender los derechos de Aduana.

La Ley 18.525 pone término a esta situación al reestablecer el principio de la legalidad impositiva. Las facultades del Presidente de la República quedan limitadas al establecimiento de valores aduaneros mínimos o de sobretasas en caso de importación a precios distorsionados por efectos circunstanciales en sus respectivos mercados. Incluso en el ejercicio de estas facultades está supeditado al informe que, sobre tales distorsiones, emita un comité especial que al efecto se crea. De esta manera se cierra una importante vía de intervención estatal, profusamente utilizada en el pasado.

Como decíamos, a partir del año '73 comienza a aplicarse en Chile una nueva

estrategia de desarrollo basada en la teoría clásica de las ventajas comparadas, con un Estado neutro y subsidiario. Ello supone una reducción de la intervención estatal y una liberalización progresiva del sector.

Es así como, con el objeto de dar consagración legal a los principios en que se sustenta y que ya se habían implementado a través de los acuerdos del Comité Ejecutivo, se introducen algunas modificaciones a la Ley de Cambios. Primero, a través del D.L. 1.540, del año '76, que cambia el principio en materia de importaciones, de la prohibición a la libertad, reemplazando las expresiones "lista de mercaderías permitidas" por las de "importación prohibida". Se modifica asimismo el plazo de retorno, entregándose su determinación al Comité Ejecutivo, plazo que en todo caso no podía ser inferior a 90 días contados desde la fecha del embarque.

Por su parte, la Ley 18.022 de 1981 consagra definitivamente el principio de libre importación y exportación, eliminando la facultad del Comité de establecer depósitos previos y prohibiendo el establecimiento de contingentes o cupos. Esta misma Ley flexibiliza también la obligación de retorno al facultar por ejemplo al Central para liberar a los exportadores de esta obligación en los casos en que los retornos se destinen a pagar obligaciones previamente autorizadas.

Las modificaciones referidas indudablemente quitan flexibilidad a las normas y privan a la autoridad del ejercicio de instrumentos que le permitían reaccionar oportunamente frente a la situación económica conyuntural. Sin embargo, los porfiados hechos llevaron al propio ente emisor a vulnerar las limitantes. En efecto, frente a problemas derivados del diferencial de tasas de interés, estableció depósitos previos a los importadores que operaran con créditos externos aun cuando legalmente tales depósitos se encontraban prohibidos. De la misma manera, frente a la necesidad de obtener los retornos y liquidación en plazos inferiores a los legalmente permitidos, debió recurrir al expediente de condicionar la devolución del IVA al cumplimiento de la obligación de retorno.

Llegamos así a octubre de 1989, fecha en la que se dicta la Ley 18.840 Orgánica del Banco Central que modifica sustancialmente la normativa jurídica vigente hasta ese momento en el sector.

La citada Ley no vino sino a cumplir con el precepto constitucional que consagraba al Banco Central como un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico y de duración indefinida. Recordemos en este sentido que, bajo la vigencia del D.L. 1.078, el ente emisor no era autónomo, toda vez que las facultades que la Ley les entregaba tanto en la fijación de las políticas monetarias, crediticias, cambiarias y de comercio exterior estaban subordinadas a las directrices que les señalare el Supremo Gobierno. De manera que hasta la dictación de la Ley 18.840 las funciones del Banco Central se encuadraban netamente dentro del concepto de intervención estatal considerando estas expresiones como intervención del poder político.

Ahora bien, al consagrarse la independencia del Banco Central surge la duda de si las facultades que ahora la Ley le otorga en materia de sector externo pueden o no considerarse intervención estatal. Si estas expresiones las entendemos como intervención del Estado, la respuesta será afirmativa dado que nuestro ordenamiento jurídico incluye dentro de la Administración del Estado al Banco Central. Si por el contrario, la intervención estatal implica una intervención del poder político, deberíamos inclinarnos por la negativa.

Entrando al análisis de las disposiciones del párrafo octavo que regula el sector externo, apreciamos una primera modificación fundamental: la derogación, en cuanto regla

general, del régimen de control de cambios. Es así como conforme a las disposiciones de los arts. 39 y 44 de la Ley, se elimina el monopolio que el anterior texto entregaba al Banco al establecer que toda persona podrá efectuar libremente operaciones de cambios internacionales, al tipo de cambio que libremente acuerden las partes intervinientes. En nuestro concepto y como veremos, estas normas no impedirían la aplicación de un régimen de flotación impura, como el que opera en la actualidad.

Sin embargo este principio de libertad para operar en cambios no es absoluto desde que se contempla la posibilidad, siempre en forma excepcional, de establecer restricciones propias del Régimen de Control de Cambio en las condiciones y requisitos que la Ley señala. Para poder establecerlo se requiere de un quorum especial y de una fundamentación específica: "La circunstancia de exigirlo la estabilidad de la moneda o el financiamiento de la balanza de pagos del país", restricciones éstas que sólo pueden establecer por un plazo máximo de un año, que puede ser renovado de acuerdo con las mismas normas y los mismos requisitos establecidos para su primitiva adopción.

*¿Qué restricciones puede adoptar el Banco Central en uso de estas facultades?*

a) Exigencia o imposición para poder operar exclusivamente en el mercado cambiario formal.

El art. 42 establece que el Banco podrá disponer mediante acuerdo fundado adoptado por la mayoría del total de los miembros del Consejo, que determinadas operaciones se realicen exclusivamente en el Mercado Cambiario Formal. Esta medida no forma parte en nuestro entender del régimen excepcional. En honor a la verdad no visualizamos claramente qué razones pudiera tener el ente emisor para establecer esta exigencia de operar en el Mercado Cambiario Formal, cuyo tipo de cambio, legal y teóricamente, es libre, sin la aplicación de las medidas restrictivas de los arts. 49 y 50, salvo por razones de ordenamiento o de estadísticas no le vemos otra importancia práctica.

En nuestra opinión el mercado formal justifica su existencia dentro del contexto del Régimen de Restricciones, ya que precisamente las operaciones que pueden ser canalizadas hacia este mercado están en relación con aquél. La pregunta que nos surge entonces es: ¿Puede existir Mercado Cambiario Formal sin aplicación del Régimen Excepcional del Control de Cambios? La redacción del art. 49 nos lleva a una conclusión opuesta: el régimen de restricciones está supeditado la existencia del Mercado Cambiario Formal y no al revés, ya que esta norma establece que el Banco estará facultado para imponer restricciones a "las operaciones de cambios internacionales que se realicen o deban realizarse en el Mercado Cambiario Formal". De manera que aparentemente primero se establece la obligación de operar en este mercado y posteriormente las restricciones para aquellas operaciones ya obligadas a operar en él. Nos parece que aquí existe más bien un problema de deficiente técnica legislativa.

b) ¿Puede el Banco Central en virtud de estas restricciones prohibir o limitar la facultad que tienen las personas y los agentes económicos para realizar libremente operaciones de cambios internacionales? La respuesta es afirmativa, sin perjuicio de lo que se señala en la letra f.

De acuerdo con el art. 49 N° 3 el Banco puede establecer que las obligaciones de pago o de remesa a que se refieren los arts. 42, N°s 3 y 4 y 48 requerirán autorización previa del

Banco en las condiciones que éste determine. La referencia está hecha a los pagos en moneda extranjera por conceptos de comisiones que se devenguen con ocasión de Comercio Exterior, servicios de transportes, regalías, asistencias técnicas, primas o indemnizaciones por seguros u otras causas y cualquier pago en divisas al exterior o a personas que no tengan residencia en el país.

Se comprenden también las remesas destinadas a inversiones, aportes de capitales, créditos o depósitos al exterior.

Cabe hacerse presente sin embargo que, como veremos más adelante, las restricciones que en virtud de esta norma se establezcan no pueden afectar a las importaciones de mercancías ni a sus correspondientes gastos.

El número 4 del art. 49 complementa la situación anterior considerada desde el punto de vista de las entidades que componen el mercado cambiario formal, estableciendo que el Banco podrá restringir las actuaciones de estas entidades, quienes sólo podrán realizar las operaciones que "expresamente el Banco autorice y en la forma que éste determine"; restricción que en todo caso no puede afectar, de acuerdo con la misma ley, las operaciones relacionadas con la importación y exportación de mercancías ni los pagos y remesas relacionados con las inversiones o aportes de capital o créditos provenientes del exterior.

El mismo Nº 4 nos da una norma de alcance general en cuanto señala que las operaciones de cambios internacionales que en virtud del art. 42 deben realizarse en el Mercado Cambiario Formal y que no estén expresamente autorizadas, quedarán prohibidas.

El juego de estas disposiciones nos lleva a la conclusión de que el ámbito de las restricciones que puede adoptar el Banco Central dentro del régimen excepcional es similar al que se establecía en la Ley de Cambios Internacionales y que tradicionalmente ha regido en Chile.

c) ¿Puede el Banco Central autorizar sólo a algunas empresas bancarias para operar en el Mercado Cambiario Formal? Nos parece que la respuesta es negativa.

En efecto, conforme al art. 41, este mercado está constituido precisamente por las empresas bancarias, sin perjuicio de que el Banco autorice a otras entidades o personas.

Refuerza esta tesis el art. 61, conforme al cual el Banco puede sancionar a las entidades que operan en el Mercado Cambiario Formal cuando infrinjan disposiciones relativas a operaciones de cambios; sin embargo, tratándose de empresas bancarias, sólo puede aplicarles la medida de suspensión en tanto que, respecto de los demás entes autorizados, la sanción puede llegar incluso a la revocación de la autorización concedida.

No obstante, debe tenerse presente que la facultad establecida en el Nº 5 del art. 49 le permite fijar límites a las tenencias en moneda extranjera o a sus inversiones en esa moneda, pudiendo por esta vía convertirlas en meros intermediarios, como ocurría en aquellas épocas en que el control de cambios se aplicaba en forma intensiva. En todo caso, tales limitaciones deben ser establecidas con arreglo a criterios de aplicación general, lo que en nuestra opinión impediría la marginación de sólo algunas entidades bancarias.

d) ¿Tiene facultades para imponer restricciones a las importaciones? La respuesta también es negativa desde que el art. 88 de la Ley consagra el principio de libre importación y exportación y la prohibición de establecer contingentes o depósitos previos.

Consecuente con lo anterior, el art. 49 N° 3, frente a la posibilidad de exigir autorización previa para efectuar pagos y remesas, expresamente excluye a "las importaciones de mercaderías y sus correspondientes gastos" sin perjuicio de que el Banco pueda utilizar las normas de acceso a la cobertura, pero con la limitante de no poder postergar este acceso más allá de 180 días contados de la fecha de embarque de la mercancía.

El inciso final del art. 49, por su parte, refuerza esta idea al establecer que el Banco en ningún caso podrá exigir depósitos previos u otros requisitos diferentes a los previstos en la Ley para las operaciones de exportación e importación de mercancías y sus correspondientes gastos. Esta disposición que pudiera considerarse innecesaria ya que no hace sino repetir lo ya dicho en el art. 88, tiene su justificación por la ubicación dentro del art. 49, es decir, el legislador nos está indicando expresamente que no obstante poder regir el régimen de control excepcional del art. 50, ni siquiera dentro de él podría limitarse las importaciones.

e) En relación con las exportaciones, el art. 88 recién citado mantiene el principio de libertad para exportar. El régimen excepcional de los arts. 49 y 50 sólo contempla la posibilidad de establecer la obligación de retorno y liquidación en términos similares a los que se contenían en la antigua Ley de Cambios.

Es interesante destacar que las nuevas normas permiten ampliar estas obligaciones a las exportaciones de servicios y, en general, "a los pagos devengados en el extranjero a que tengan derecho personas o entidades residentes en Chile".

Como complemento de la obligación de retorno, el art. 45 mantiene la facultad que la antigua Ley entregaba al Banco Central para fiscalizar el valor de los bienes y servicios transados internacionalmente. Haciéndose cargo de los problemas que se presentaron bajo la antigua normativa, al existir discrepancias entre los valores declarados y los establecidos por el instituto emisor, se contempla un mecanismo de reclamo ante una comisión especial, de cuya resolución puede reclamarse a su vez ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

f) Otra de las medidas que puede adoptarse dentro del régimen de restricciones y que no se contemplaba en la legislación anterior es la contenida en el N° 5 art. 42, en relación con el art. 49 N° 1, en cuanto faculta al Banco para establecer la obligación "de liquidar a moneda nacional las divisas percibidas a cualquier título, por personas residentes en Chile, con ocasión de actos u operaciones realizados dentro o fuera del país".

Es ésta una norma extraña que, aparentemente, tiene su fundamentación en la circunstancia de que no se contempla en el régimen de restricciones que estamos comentando la posibilidad de prohibir de un modo general la realización de operaciones de cambios internacionales dentro del país que no impliquen remesa al exterior. En consecuencia, cualquier persona es libre para realizar transacciones pagaderas en moneda extranjera, pero podría encontrarse obligado a liquidarlas en virtud de esta disposición. Podría llegarse así a eliminar la tenencia de dólares en manos de particulares y, consecuencialmente, eliminarse el mercado cambiario informal.

g) En relación con la cuenta de capitales, ¿qué facultades otorga la Ley al Central en relación con la inversión extranjera indirecta?

De acuerdo al art. 47 el consejo debe dictar las "normas y condiciones" aplicables a este

tipo de inversión, requiriendo para ello un acuerdo fundado de la mayoría del total de sus miembros. No se pronuncia expresamente en cuanto a si por esta vía puede prohibirse el ingreso de dichos capitales. En todo caso, no cabe duda que si las condiciones generales que se establezcan no son precisamente favorables, de hecho podría llegar a constituir un impedimento.

El régimen de restricciones del art. 49 autoriza al Banco para someterlas a la obligación de mantener un encaje en el Banco Central o en empresas bancarias o financieras. Este encaje no podrá exceder del cuarenta por ciento, podrá exigirse en moneda nacional o extranjera y, cuando el Banco lo autorice, generar intereses, los que en ningún caso podrán exceder de las tasas normales de mercado.

En todo caso, el régimen de restricciones no podrá limitar al inversionista el acceso al mercado cambiario formal para el cumplimiento de las obligaciones que deriven de dicha inversión en las condiciones de carácter general que estén vigentes a la fecha de liquidación.

Tratándose de inversión chilena al extranjero, la situación es diferente, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 Nº 3, en relación con el 42 Nº 4, el Banco puede establecer la exigencia de autorización previa para remesar moneda extranjera destinada a efectuar inversiones en el exterior. Como la facultad es para "autorizar" y no para "informar o registrar", estimamos que tal autorización podría ser denegada.

h) Finalmente, las infracciones en que se incurra por la violación de las normas de restricción establecidas en el art. 49 son constitutivas de meras infracciones, sancionadas con multas; sólo mantiene el carácter de delito la presentación de documentos maliciosamente falsos.

Existe aquí, en consecuencia, una notable diferencia con la situación anterior ya que, como sabemos, la infracción a las normas de retorno y de las disposiciones establecidas en relación con las operaciones de cambios internacionales eran siempre constitutivas de delito.

Esta revisión de carácter general que hemos hecho de las nuevas normas establecidas en la Ley de Cambios Internacionales ha tenido por objeto establecer un paralelo entre la situación existente antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Banco Central y después de ella. Y si bien como dijimos al comienzo, el texto jurídico implica un cambio fundamental por el solo hecho de derogar, como regla general, el control de cambios asignándole un carácter excepcional, situación de hecho que hemos vivido en el país desde que entró en vigencia esta ley hasta el día de hoy, nos permite sostener siguiendo a Lampedusa "que todo ha cambiado para que todo siga igual". Si se analiza el Compendio de Operaciones de Cambios Internacionales, podemos apreciar que no hay cambios significativos en relación a la normativa que existía antes de la vigencia de la ley.

Queremos finalizar esta ponencia con lo que para nosotros constituye la gran interrogante y que tal vez debió ser el punto de partida de ella. El aspecto clave a discutir y respecto del cual no tenemos una opinión formada es el de determinar si Chile puede vivir sin el Régimen de Control de Cambios. ¿Es posible visualizar nuestro país que durante 60 años ha vivido bajo este sistema operando dentro de un sistema absolutamente libre?