

RENTABILIDADES EXCESIVAS ¿UNA CURIOSIDAD JURIDICA?

SERGIO GÓMEZ NÚÑEZ

SUMARIO

Introducción. I. Antecedentes Históricos. 1. Legislación extranjera. 2. Legislación Chilena. 3. Nuevas tendencias: 3. 1. Como rectificación. 3. 2. Como limitación a las inversiones. II. Las rentabilidades excesivas en la nacionalización chilena del cobre de 1971. 1. Aplicación. 2. Problemas jurídicos derivados de las rentabilidades excesivas: 2. 1. El discutido tema de los llamados contratos-leyes. 2. 2. La irretroactividad de la ley. 2. 3. El controvertido problema de los derechos adquiridos. 3. Consecuencias. III. La rentabilidad excesiva como forma de enriquecimiento injusto, y sus consecuencias. 1. Norma reguladora de las relaciones entre el Estado y los inversionistas. 2. Norma reguladora del cálculo de la indemnización debida en caso de nacionalización o expropiación. IV. Conclusión.

INTRODUCCION

Definido el término rentabilidad por el Diccionario, como calidad de rentable, y dicese rentable de las inversiones que producen buen interés, constituye aquél un término controvertido, y particularmente cuando debe ser aplicado como parámetro de diversas empresas o para los efectos de cálculos tributarios.

Para los economistas la rentabilidad es la medida del éxito desde el punto de vista de la economía de mercado. Expresada en dinero, revela la medida del éxito económico monetario con relación al capital empleado, de manera semejante a cómo el interés expresa la relación entre el capital prestado y la contraprestación. En otras palabras, es la compensación al capital empleado que recibe una empresa, de manera tal que, cuando mayor sea esa compensación, tanto mayor será la rentabilidad¹.

¹W. Heller, *Diccionario de Economía Política*. 3ª ed. Labor. Barcelona, 1969, 401.

De allí aparece la relación íntima entre rentabilidad y utilidades; así, cuando se habla de rentabilidad excesiva se está hablando, en el fondo, de una utilidad excesiva.

El problema comienza en la determinación de los elementos que deben ser tomados en cuenta para determinar económica o contablemente la rentabilidad. Esos criterios son variables y de ahí la confusión. Normalmente es utilizado, para los efectos tributarios, el balance de la empresa o empresas —que se quieren investigar. La uniformidad de la rentabilidad— como medida sólo se dará cuando los elementos que se tomen del balance para determinarla sean exactamente los mismos en todos los casos.

En Chile, para determinar el impuesto a los beneficios excesivos establecidos por la Ley N° 5.154 de (10-4-1933), se consideró a la rentabilidad como el porcentaje calculado sobre la base del capital de giro, esto es, sobre el capital propio o ajeno de la empresa, que hubiera contribuido a producir utilidades.

Con posterioridad, al establecerse la Ley N° 7.144 (5-1-1942) destinada a gravar también los beneficios excesivos se la consideró como la relación o comparación de la utilidad total con el capital propio de la empresa.

Finalmente, a raíz del descuento por rentabilidades excesivas hechas al monto de las indemnizaciones de las empresas mineras nacionalizadas, en 1971, la rentabilidad fue considerada un porcentaje o proporción entre la utilidad neta después de impuesto y el valor libro, considerado en un año tributario. Dicho de otra manera, la relación existente entre ganancia líquida e inversión, y así lo confirma el ds (Minería) N° 92 (29-9-71), por la cual el Presidente de la República procedió a fijar los montos por deducción de rentabilidades excesivas².

De lo expuesto, podemos concluir que, la determinación de la rentabilidad, más que un problema jurídico, es un problema técnico económico-contable, pero que una vez establecido el método para determinarla puede el jurista hacer uso de ella.

Nos encontramos entonces en presencia de las denominadas renta-

²El ds 92 cit. expresa en su considerando 14 que "...si se comparan las rentabilidades de las empresas que operaron en Chile —calculadas como la razón entre las utilidades netas anuales y el valor libro—...".

bilidades normales y excesivas. El establecimiento de una y otra permite al legislador establecer leyes de protección, resguardo y sanción destinadas a ordenar una economía.

Así, la determinación de la rentabilidad excesiva en la actividad económica trae una serie de consecuencias jurídicas que abarcan un amplio campo de la actividad del hombre y las empresas. A dichas consecuencias nos referiremos.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. *Legislación extranjera*

Como hemos visto, una alta rentabilidad del capital o inversión genera, a su vez, una utilidad también alta. Esto es, a mayor rentabilidad, mayor utilidad.

La obtención de rentabilidades dependerá fundamentalmente de la explotación, industria o actividad a que se haya aplicado el capital y particularmente de las circunstancias económicas y sociales que imperen en un momento dado; por lo que no extraña que sean especialmente las épocas de conflictos bélicos o circunstancias extraordinarias que den origen y posibiliten altas rentabilidades y ganancias en exceso en determinadas industrias o actividades.

De allí entonces que haya sido precisamente una guerra mundial la que dio origen a la aplicación de una legislación tributaria destinada, precisamente, a limitar los beneficios excesivos provenientes de la alta rentabilidad conseguida por ciertas empresas en épocas de guerra.

Debido a la Primera Guerra Mundial, Dinamarca dictó una ley (10-5-1915) que constituía un impuesto extraordinario del Estado sobre la Renta y que en el caso de las sociedades se aplicaba a las rentas imponibles que excedieran al 5% del capital ingresado. Para determinarlas, se tomaban como promedio las ganadas entre los años 1912 a 1914, y se consideraban excesivas a las que dicho promedio sobrepasaban.

Suecia por ley de 11-6-1915, fijó una tributación por beneficios de

guerra, estableciendo reglas especiales para determinar los beneficios que se presumían causados por ésta³.

Inglaterra, por su parte, estableció un "*excess profit duty*" en el Finance Act. N.º. 2 de 1915 y que fue prorrogando sucesivamente hasta 1919. No obstante considerar, para el cálculo, el promedio de utilidades en dos años tributarios inmediatamente anteriores a 1915, se estableció un mínimo del 7% del capital de la empresa respectiva como standard de beneficios pre-guerra y que más tarde fue elevado a 8%. En el caso de las empresas que hubiesen comenzado su giro durante la guerra misma, este porcentaje se estableció en un 11%. Como se trataba de un impuesto, éste fue fijado en 1915 en un 50% de los beneficios excesivos, elevados al año siguiente a un 60% y a un 80% en 1917 y, finalmente, reducidos a un 40%⁴.

Alemania, el 20-12-1915 por ley sancionada por el Reichstag sobre las ganancias de guerra, abarcaba a las diversas clases de sociedades "corporaciones mineras y además personas jurídicas que trabajan con fines de lucro" el proyecto comprendía igualmente al Banco del Imperio. Se entendía como "plus-ganancia" la diferencia entre el beneficio medio obtenido en los tres últimos años de negocio y el conseguido en tiempos de guerra.

La verdadera innovación consistía en que se obligaba a las sociedades a que formaran un fondo con el 50% de la llamada "plus-ganancia", que eran administradas separadamente del capital e invertidas en la adquisición de obligaciones del Imperio o de los estados confederados. En tanto que al Banco del Imperio se le gravó con un impuesto de 50% sobre la "plus-ganancia" de guerra obtenida en proporción con el beneficio de los años 1911-13.

Pero lo más notable de esta ley es que, "en su forma definitiva, la ley obliga al Banco del Imperio a ceder al Estado el 75% de la "plus-ganancia". El resto puede ser distribuido entre los accionistas en la forma acostumbrada"⁵.

Con posterioridad, dicha ley fue ampliada a un impuesto sobre

³R. Errázuriz Subercaseaux, *El impuesto a los beneficios excesivos de la industria y el comercio*. Imprenta El Imparcial. Santiago, 1943, 14.

⁴Errázuriz, *ob. cit.* 15.

⁵E. L. Colombes, *Leyes de emergencia de Alemania*. 2a ed. Librería La Facultad de Juan Roldán. Buenos Aires, 1918, 32.

el capital cuyo aumento se hubiese debido a la percepción de "plus-ganancia" y que de acuerdo a una determinada escala oscilaba entre el 10% al 45% para las sociedades extranjeras, tomando como relación las utilidades medias conseguidas en los cinco años anteriores a la guerra. Dichos montos bajaban ostensiblemente en las sociedades nacionales⁶. En otros términos, se gravaban las rentas que "excedieran el 8% del capital fundacional"⁷.

Francia procedió a establecer el impuesto a los beneficios excesivos por ley de 1-7-1916. Fijaba en ella dos tributos, uno que gravaba todas las utilidades cualquiera fuera su monto, y el otro, que gravaba los beneficios suplementarios obtenidos durante o con motivo de la guerra. Se tomaba como pauta los tres ejercicios financieros anteriores al 19 de agosto de 1914 como utilidad normal; este promedio de utilidades no podía ser inferior al 6% del capital de la empresa respectiva que en 1917 fue elevado al 8%.

La tasa de los impuestos mencionados fue fijada en un 50% que ascendió a 60% en 1916, tornándose más tarde en progresiva entre 40 y 80%⁸.

Noruega estableció por leyes de 17-8-1915 y 23-2-1916, impuestos por exceso de rentas, aplicables a "las sociedades anónimas-marítimas, mineras y de cualquier otra naturaleza" sobre el 5% del capital ingresado de dichas empresas⁹.

En Italia, por ley 21-11-1915, se fijaron las utilidades en exceso sobre un término medio calculado entre los años 1913 y 1914 dejando exentas las rentas que no alcanzaban al 8% del capital establecido. El tributo mismo fue de 10% al 30% duplicándose posteriormente¹⁰.

Austria el 16-1-1916, estableció un tributo muy similar al francés aplicable a las sociedades anónimas. La tasa era de 10 a 35% para las nacionales y 20 al 40% para las extranjeras, y gravaba precisamente los aumentos de rentas obtenidos sobre el promedio de los cinco últimos años de paz¹¹.

⁶E. L. Colombres, *ob. cit.* 103.

⁷Errázuriz, *ob. cit.* 19.

⁸Errázuriz, *ob. cit.* 17.

⁹Errázuriz, *ob. cit.* 17.

¹⁰Errázuriz, *ob. cit.* 18.

¹¹Errázuriz, *ob. cit.* 18.

Finalmente, Estados Unidos en 1917 aplicó un tributo general a los beneficios de guerra con una tasa oscilante entre 20 y 60% aplicable a las entradas superiores al 8% del capital invertido. Impuesto que posteriormente fue sustituido por uno relativo a beneficios excesivos. Esta tasa fue rebajada al término de la guerra a un 40% y en 1921 fue derogada.

“El método norteamericano de determinar el impuesto a los beneficios excesivos fue, esencialmente, el de estudiar el rendimiento de capitales invertidos en la industria y el comercio, para fijar un porcentaje sobre dichos capitales como límite a que podían alcanzar los beneficios normales”¹².

En general las leyes mencionadas tuvieron existencia transitoria y dejaron de aplicarse pasados algunos años después del conflicto.

Posteriormente, Alemania estableció por ley (20-3-1939), una sobretasa de 30% aplicable a las empresas de armamentos y construcciones, por los excesos de renta que hubiesen tenido al año 1938 sobre los del año inmediatamente anterior. En abril de 1939 esa tasa fue rebajada a un 15%¹³.

Francia, por otra parte, aplicó dos decretos del año 1938 y abril de 1939 y que gravaba los beneficios superiores al 6% del capital con un impuesto progresivo del 50%. Por decreto de 1-9-1939 “se creó un impuesto del 25% sobre los beneficios provenientes de armamentos y otras fuentes análogas, que excedieran al 2% de los capitales empleados en producir dichas utilidades. En este caso fueron confiscados —aplicándose una tasa del 100%— los réditos superiores al 8%”¹⁴. Posteriormente, de acuerdo a la ordenanza de 18 de octubre de 1944 se procedió a la confiscación de las ganancias —cualquiera fuese su monto— que hubiesen sido obtenidas en virtud del comercio con el enemigo o de la violación de la reglamentación económica entre el 1-9-1939 y el 31-12-1944¹⁵. Su aplicación fue retroactiva y así lo señalaba dicha ordenanza “No se puede pues sino aceptar que haya pasado además el principio de la irretroactividad de las leyes: la situación

¹²Errázuriz, *ob. cit.* 19-20.

¹³Errázuriz, *ob. cit.* 19-20.

¹⁴Errázuriz, *ob. cit.* 19-20.

¹⁵Diario Oficial Francés N° 102 (19-10-1944).

excepcional en la cual se encontró nuestro país durante cuatro años justifican esta medida en sí misma excepcional”¹⁶.

Inglaterra adoptó, también, un impuesto a las ganancias excesivas que, de acuerdo a la ley de 28-7-1939, era sobre un 50% sobre los beneficios provenientes de la producción y tráfico de armamentos, siempre que fueran superiores a 20.000 libras anuales. Posteriormente se creó otro tributo destinado a gravar los beneficios que provenían de cualquier fuente siempre que sobrepasaran el límite de normalidad tomando como base los años anteriores.

Diversos otros países hicieron lo propio: Canadá, Guatemala, etc¹⁷.

Estados Unidos, como ya hemos visto, limitó las ganancias excesivas, recurriendo, particularmente a la llamada renegociación de los contratos. De acuerdo a la “Renegotiation Act dictado durante la Segunda Guerra Mundial ello se hizo obligatorio respecto de los contratos celebrados previamente con el gobierno a fin de permitir a éste ‘recapturar los provechos excesivos’ obtenidos por los particulares durante la vigencia de los mismos” y si bien fueron éstas —como las anteriores— establecidas en épocas de emergencia fueron muchas veces mantenidas por largo tiempo después de terminada la causa que las originó¹⁸.

2. Legislación chilena

Chile, no ajeno a estas corrientes internacionales, también ha aplicado impuestos a las ganancias excesivas. La Ley Nº 5.154 (10-4-1933) a iniciativa del Ministro de Hacienda de la época, Gustavo Ross, tuvo por finalidad procurar entradas extraordinarias al Estado.

¹⁶George Capdevielle y Jean Nicolay, *La confiscation des profits illicites*, Puf. Paris, 1944, 75.

¹⁷Erázuriz, *ob. cit.* 20-21. También véase Robert K. Goldman y John M. Paxman, *Real Property Valuations in Argentina, Chile and México*, en *The Valuation of nationalized property in International Law*, vol. II, Richard B. Lillich, editor. The University Press of Virginia, 1973. Allí se señala que en relación con la Ley Nº 5.708 de la provincia de Buenos Aires, “las ganancias excesivas son definidas por la ley argentina como ganancias obtenidas del comercio, minería, industria, agricultura, o alzas de stock que exceda el 12% del capital y las reservas libres en un año tributario”, 158.

¹⁸José Echeverría, *Enriquecimiento injusto y nacionalización*, en *Mensaje* 207 (1972) 43.

No obstante la fecha de su dictación, fue aplicada a los beneficios extraordinarios percibidos en 1932 y 1933.

Por beneficios excesivos extraordinarios se entendió aquellos que excedieran el 15% del capital de la empresa respectiva, cálculo que se hizo sobre la base del capital en giro, esto es, sobre los fondos propios o ajenos del empresario que hubieran contribuido a producir utilidades; gravaba las rentas superiores al 15% y hasta el 20% con un impuesto de 20% y superiores a ella en un 25%.

A pesar de su corta existencia, su aplicación produjo diversas dificultades principalmente en la computación del capital en giro y de las rentas imponibles¹⁹. Unido a ello estaba el hecho que gravaba utilidades excesivas producidas desde el 1º de enero de 1932 no obstante su dictación posterior. "La jurisprudencia de nuestros tribunales estuvo acorde en interpretar literalmente dicha disposición legal y al respecto pueden citarse las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema en los juicios seguidos por Pastor Valdivieso y por Martínez Velasco y Cía., con la Dirección General de Impuestos Internos²⁰, en las cuales se reconoció expresamente el carácter retroactivo de dicha disposición. En ambos casos se trataba de contribuyentes que habían desempeñado actividades afectas al impuesto especial durante cierta parte del año 1932, pero que habían cesado de ejercerlas antes de promulgarse la Ley N° 5.154"²¹.

Una nueva ley, 7.144 (5-1-1942), fue la que, en el contexto nacional, procedió a fijar un nuevo impuesto a las utilidades excesivas. Y así lo señalaba su artículo 15 "Establécese un impuesto sobre los beneficios excesivos derivados exclusivamente del ejercicio del comercio y de la industria...". Esta misma ley establece también que ha de considerarse beneficio excesivo: aquella parte de las utilidades totales que exceda al 15% del capital propio.

El impuesto que estableció era progresivo: 10% sobre rentas superiores al 15% del capital propio y hasta el 20% del mismo capital;

¹⁹Errázuriz *ob. cit.* 25.

²⁰Véanse: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo xxxv, 2ª parte, Sec. 1ª, 179 (casación en el fondo), y xxxii, 2ª parte, Sec. 1ª, 499 (casación en el fondo).

²¹Errázuriz, *ob. cit.* 26.

20% sobre rentas que van del 20 al 25% del capital y 30% sobre los que excedan de 25% del capital propio.

De acuerdo al art. 21 de esta ley el impuesto a los beneficios excesivos se aplicaba cada año sobre las rentas devengadas en el año anterior. Se cobraron por primera vez sobre las rentas producidas desde el 1-1-1942, sobre la base de los balances presentados por los respectivos contribuyentes.

En octubre de 1947, se recargó el impuesto que gravaba los beneficios excesivos en un 20% para la segunda cuota que se pagaba en ese semestre²². Diversas prórrogas extendieron a los años siguientes su aplicación y a comienzos de 1949 el recargo fue aumentado a un 30%, que fue la que tuvo vigencia permanente para los años venideros²³.

A la par que esos recargos, la Ley Nº 9.629 (18-7-1950) modificó el artículo 17 de la Ley Nº 7.144, estableciendo nuevas tasas impositivas: 12% sobre los excesos de renta superiores al 15% del capital propio y hasta un 20% del mismo capital; 24% sobre los excesos de rentas superiores al 20% del capital propio y hasta un 25% del mismo capital y 36% sobre los excesos de rentas superiores al 25% del capital propio²⁴.

Por Ley Nº 10.343 (28-5-1952) art. 140, se exceptuó del impuesto a los beneficios excesivos a las empresas navieras nacionales. En tanto que, al año siguiente, se suspendió la aplicación de este impuesto al Departamento de Arica en virtud de haberle sido concedidas diversas franquicias tributarias²⁵.

En 1954, la Ley Nº 11.575 (14-8-1954) art. 5, modificó por segunda vez el art. 17 de la primitiva Ley Nº 7.144, reduciendo, esta vez, drásti-

²²La Ley Nº 8.918 (31-16-1947) estableció en su art. 1º que la 2ª cuota semestral que debería pagarse ese año de diversos impuestos —entre otros—, sobre los beneficios excesivos, tendría un recargo de un 20%.

²³Las siguientes leyes rigieron sobre esta materia: La Ley Nº 8.938 (3-1-48) lo prorrogó para 1948; la Ley Nº 9.040 (23-9-48) en su art. 2º lo prorrogó durante los años 1949 y 1950; la Ley Nº 9.311 (4-2-49) en su art. 19 aumentó el recargo al 30%; la Ley Nº 9.854 (29-12-50) prorrogó la vigencia hasta el 31-12-51; la Ley 10.257 (12-2-52) prorrogó la vigencia hasta el 31-12-53; y, finalmente, la Ley Nº 11.493 (18-1-54) extendió su vigencia hasta el 31-12-55.

²⁴Ley Nº 9.629 (18-7-50) art. 53.

²⁵D.F.L. 303 (5-8-53) art. 11 letra a).

camente las tasas impositivas: 5% sobre los excesos de rentas superiores al 20% del capital propio y hasta el 25% del mismo capital; 10% sobre el 20% y hasta el 30% del capital propio; 15 sobre el 30% y hasta 40%, y finalmente 20% sobre los excesos de rentas superiores al 40% del capital propio²⁶.

En definitiva, la Ley N^o 11.791 (9-2-1955) procedió a derogar todos los artículos pertinentes a impuestos sobre beneficios excesivos de la Ley N^o 7.144, a contar desde el 19 de enero de ese año, con ello, naturalmente, dejó de tener efecto también los recargos de 30% que existían sobre los mismos²⁷.

En consecuencia, dicha ley rigió por nada menos que trece años llegando a tener tasas de un 36% recargadas adicionalmente en un 30% más.

Con posterioridad, el artículo 48 de la Ley N^o 14.171 (26-10-1960) obligó a las empresas de la Gran Minería del Cobre a restituir al Fisco, dentro del plazo de 90 días a contar de la promulgación de la ley, los beneficios extraordinarios obtenidos por la modificación de la tasa de cambio decretada por el gobierno en diciembre de 1958. (Las Cías. de Cobre debían retornar las divisas necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones nacionales, las que eran entregadas al Banco Central al tipo de cambio "libre bancario", debiendo éste a su vez hacer entrega del equivalente en moneda nacional). Debido a la modificación en dicho tipo de cambio, en virtud de una devaluación de la moneda nacional, las compañías pasaron a recibir 1.050 pesos en vez de los 835 pesos que recibían anteriormente, lo que constituyó beneficios extraordinarios.

La Sociedad anónima norteamericana Andes Copper Mining Company solicitó la inaplicabilidad del artículo mencionado porque vulneraba su derecho de propiedad. La Corte al resolver el recurso estableció en sus considerandos que "el legislador está expresamente autorizado por normas constitucionales para imponer contribuciones de cualquier clase o naturaleza" y "la garantía constitucional al derecho de propiedad no puede extenderse, al extremo de hacerlo invulnerable al gravamen de una contribución, pues, de serlo así, aunque está demás expresarlo, sería ilusoria la facultad de establecerla".

²⁶Ley N^o 11.575 (14-8-54) art. 5.

²⁷Ley N^o 11.791 (9-2-55) art. 4.

Tratándose de una norma legal de claro efecto retroactivo, la Corte —de acuerdo a lo establecido en otro de los considerandos del fallo— no entró a conocer sobre él por cuanto no le fue planteado en el recurso.

En definitiva, fue rechazada la inaplicabilidad solicitada por la compañía norteamericana²⁸.

3. *Nuevas tendencias*

Como hemos visto, la mayor parte de la aplicación del impuesto a las utilidades excesivas consistió en una tasa fija o progresiva que en ningún caso bajó del 5% del capital de una empresa o excedió de un 15% del mismo, con excepciones, como en el caso de Alemania en que existió una retención del 75% de ellas (y que correspondían a las que excedían al promedio de los últimos tres años de paz) o a la confiscación retroactiva de su totalidad, establecida en Francia, con aquellas provenientes del comercio con el enemigo o de una violación de las normas económicas imperantes. Chile estableció también un impuesto a las utilidades excesivas teniendo, como el caso de la Ley Nº 5.154 citada, carácter retroactivo.

Las nuevas tendencias están dirigidas más que a imponer un gravamen o contribución al producto del capital, esto es, a la utilidad, a limitar lisa y llanamente su rentabilidad y, por ende, las utilidades. Principalmente ha sido ocupada como una rectificación económica en procesos de nacionalización de riquezas básicas, o en la explotación de las mismas.

3.1. *Como rectificación.* Es lo ocurrido en la nacionalización de la International Petroleum Co. propiedad de la Standard Oil Co. Of. New Jersey, realizada por el Perú, cuyo gobierno estableció en 1968 una compensación de us\$ 690 millones por el valor del petróleo extraído por la compañía desde su iniciación en dicho país, esto es, en 1924. No cabe duda que, si bien en apariencia no es exactamente un cobro por utilidades excesivas, en el fondo se está castigando la alta rentabilidad obtenida por el capital norteamericano en virtud a la gratuidad de la materia prima que extraía.

²⁸RDJ., LXVIII, 2ª parte. Sec. 1ª, 379.

Dicha resolución administrativa fue apelada ante el Presidente de la República y denegada por éste el 6 de agosto de 1969²⁹. Finalmente se alcanzó a un acuerdo entre el gobierno peruano y los Estados Unidos³⁰.

En Brasil, la expropiación de los bienes de la American and Foreign Power Co. hecha por el Gobierno de Río Grande do Sul en 1959 dedujo una cantidad determinada por rentabilidades excesivas. En definitiva, el monto de las deducciones propuestas era sólo un cinco menos del supuesto valor. Más tarde, en 1963 Brasil acordó comprar dichos bienes en US\$ 135 millones, con lo cual se puso término al problema³¹.

Finalmente, está el caso de la nacionalización del cobre en Chile acaecida en 1971 que, por su importancia, trataremos en párrafo aparte.

3.2. *Como limitación a las inversiones.* Respecto a limitación de utilidades provenientes de inversiones de capital especialmente extranjero —sea que se aplique tanto a la explotación de una riqueza básica como a la prestación de servicios— existen diversos acuerdos de carácter nacional e internacional.

Sin duda el más conocido entre nosotros corresponde a lo establecido

²⁹Monroe Leigh, *Issue raised in Chilean nationalization by deduction of alleged excess profits*, The American Society of International Law. Washington, 15 de febrero de 1972, 7.

³⁰Acuerdo alcanzado directamente entre los gobiernos de Estados Unidos y Perú según comunicado de 9-8-1973 en el que Perú pagó una indemnización de 76 millones de dólares (Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20-2-1974 como Decreto-Ley N° 20.527).

³¹Monroe Leigh, *ob. cit.* 8. Véase también Peter Behrens, *Rechtsfragen im Chilenischen Kupferstreit*, en *Rabels Zeitschrift*, año 37, 1973, cuaderno 2-3 Hamburgo, 1973, que expresa que "de todos modos, debe constatarse que el empleo del concepto de las 'utilidades excesivas' en la nacionalización chilena no es un caso aislado. Ya en la expropiación de la Anglo-Iranian Oil Company en 1951-54, y en la nacionalización egipcia de la Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez en 1956, este concepto desempeñó cierto papel. También en Libia parece implícitamente contenido en ciertas fórmulas indemnizatorias. En los Estados Unidos, el concepto, curiosamente, se emplea en conexión con la renegociación de contratos públicos y no siempre sin la retroactividad. En Inglaterra, la Comisión antimonopolios empleó últimamente el concepto para descontar las utilidades excesivas de una empresa que dominaba el mercado" (414).

en el llamado Pacto Andino o Acuerdo de Cartagena que establece, al referirse al régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros, que los inversionistas, previa autorización del organismo nacional competente, tendrán derecho a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, las utilidades netas comprobadas, que provengan de la inversión extranjera directa hasta un 14% anual de la misma³².

Entre los acuerdos de interés nacional está el contrato firmado entre la Constructora Foram-Ica Ltda. sociedad chilena cuyos accionistas son los constructores Foram y Cía. Ltda. y la firma Ingenieros Civiles Asociados, sociedad mexicana, con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones ENTEL para la construcción del Centro Nacional de Telecomunicaciones, filial de Corfo, que es dueña de un 90% de las acciones, en que se establece una utilidad de un 8% para la firma adjudicataria.

Otro acuerdo en este mismo sentido fue establecido por la Ley N° 4.791 (23-1-1930) que aprobó el contrato principal y el contrato reglamentario celebrado entre el Gobierno de Chile y la Chile Telephone Company Ltda. según escrituras públicas de 7 de diciembre de 1929.

Según el artículo 21 del contrato principal, se fija hasta un 10% la utilidad líquida que tiene derecho a obtener la Compañía. Si hubiese utilidad líquida superior al 10% ésta se distribuirá en partes iguales entre el Fisco y la Compañía. Por un Convenio Ad Referendum de 15 de enero de 1958 se conviene en fijar en un 10% la utilidad líquida, que antes podía resultar variable y, por tanto, descender del 10% mencionado. El Convenio Ad Referendum de 6 de octubre de 1967 no hizo variar esta situación.

Otra limitación a las utilidades ocurrió por contrato Ad Referendum entre el Gobierno de Chile, el Fisco, la Municipalidad de Santiago y las compañías Chilenas de Electricidad Ltda. y de Tracción y Alumbrado de Santiago, aprobado por DEL 29 (12-3-1931), que establecía una rentabilidad mínima anual de un 10% y máxima de un 14% sobre el capital inmovilizado.

El DEL 28 (29-10-1959) aprobó un nuevo contrato Ad Referendum celebrado entre el Gobierno y el Fisco de Chile con la South American Power Company y la Cía Chilena de Electricidad que modificó el

³²DS (RRFF) 482 (3-6-71) art. 37.

de 16 de noviembre de 1956. Este contrato no establece limitaciones a la rentabilidad pero, de acuerdo a las diversas normas relativas a la materia, ordena fijar tarifas de modo que ellas produzcan una utilidad neta anual de 10% sobre el capital inmovilizado vigente a la fecha de la respectiva concesión.

II. LAS RENTABILIDADES EXCESIVAS EN LA NACIONALIZACION CHILENA DEL COBRE DE 1971

La única aplicación de la nacionalización en Chile, tuvo lugar en virtud de la reforma a la Constitución Política del Estado en 1971, que posibilitó, a la par, la dictación de las normas transitorias que nacionalizaron a las compañías de la Gran Minería del Cobre y la Compañía Minera Andina³³.

La nacionalización constituyó la verdadera culminación de un largo proceso que a través de los años llegó a convertirse en el deseo unánime de la comunidad nacional. La historia misma de su establecimiento así lo prueba y los hechos posteriores lo han confirmado.

En el caso específico del cobre que provee al país de un 70% de las divisas extranjeras constituyendo por ende el pilar básico de nuestra economía y el factor esencial para la conducción del país, es lógico que su detentación no esté radicada en los particulares, sino que en el Estado, el más genuino intérprete de los intereses generales.

Diversas y variadas razones, a que hemos venido haciendo referencia, existen y existieron tanto para justificar una nacionalización como para realizar específicamente la nacionalización en Chile. Sea como fuere, lo cierto y real es que, al respecto, hubo acuerdo unánime para llevarla a cabo. En todo caso, esta medida constituyó una reafirmación de su soberanía y una protección de sus recursos naturales reservándolos al Estado³⁴.

Esta actitud, establecida y sancionada por diversas resoluciones de

³³Véase art. 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado de Chile y las normas transitorias de la misma, 16 en adelante.

³⁴Véase Resolución 1.803 (XVII) de las Naciones Unidas sobre los Recursos Naturales (soberanía permanente), de 14-12-1962.

las Naciones Unidas³⁵, pareciera que es de reciente data en los pueblos y sin embargo, tiene raíces en el derecho romano que, no obstante su marcado carácter individualista, no dejaba poseer ni ser propietarios a los extranjeros. Si ya entonces, Roma sólo dejaba los bienes de su territorio para uso y disfrute de los ciudadanos romanos, ¿por qué ahora no puede ser tan legítimo que los países hagan otro tanto con sus riquezas naturales?³⁶.

I. *Aplicación*

En Chile, en virtud de la aprobación unánime de todos los sectores políticos representados en el Parlamento, se procedió a nacionalizar a las empresas que constituían la Gran Minería del Cobre y la Compañía Minera Andina. Esas empresas estaban determinadas por ley, afectando la medida a la Sociedad Minera El Teniente S.A. en la que eran socios el Estado por intermedio de la Corporación del Cobre y Braden Copper Co. subsidiaria de la firma norteamericana Kennecott Copper Corporation y que explotaban el mineral de El Teniente en Rancagua; la Compañía de Cobre Chuquicamata S.A. también sociedad mixta formada por CODELCO y por Chile Exploration Co., subsidiaria ésta de The Anaconda Company que explotaban el de Chuquicamata en El Loa; la Compañía Minera Exótica S.A. sociedad mixta formado por CODELCO y Chile Cooper Co. también subsidiaria de The Anaconda

³⁵Existen diversas otras resoluciones de las Naciones Unidas sobre recursos naturales: Resolución 2.158 (xxi) Soberanía permanente sobre los recursos naturales; Resolución 2.386 (xxiii) relativo a lo mismo; Resolución 2.625 (xxv) Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de NU; Resolución 2.692 (xxv) Soberanía permanente sobre los recursos naturales de los países en desarrollo y expansión de las fuentes internas de acumulación para el desarrollo económico; Resolución 3.016 (xxvii) Soberanía permanente sobre los recursos naturales de los países en desarrollo; y la Resolución 3.171 (xxviii) Soberanía permanente sobre los recursos naturales.

³⁶Gumersindo de Azcárate, *El problema social*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1946. 96. En Chile existen diversas normas que han limitado el goce de la propiedad territorial a los extranjeros. Véase la nota puesta al pie del artículo 57 del Código Civil, y limitaciones sobre pesca en el mar territorial dispuestas por Ley N° 4.601 (1-7-29) art. 7 inc. 1°

Co. y que explotaban el mineral vecino a Chuquicamata; la Compañía de Cobre El Salvador, de propiedad en sociedad tanto de CODELCO como de Andes Cooper Mining Co., subsidiaria de The Anaconda Co. que explotaban el mineral de El Salvador en Chañaral y, finalmente, la Compañía Minera Andina S.A., ya mencionada, sociedad mixta formada por CODELCO y Cerro Corporation, que explotaban la mina Andina en Los Andes.

De las cinco empresas nacionalizadas, correspondió, para los efectos del establecimiento y fijación de la indemnización correlativa realizar un descuento especial al momento de la indemnización, que fue el llamado descuento por rentabilidades excesivas de acuerdo a como lo disponía la ley, otorgándose dicha atribución al Presidente de la República. Las empresas afectadas con dicho descuento fueron las tres más antiguas: El Teniente, Chuquicamata y El Salvador. No siendo aplicable, por lo tanto, a Exótica, que recién comenzaba su explotación, ni a Andina que se encontraba en circunstancias similares.

La primera utilización que se hace de la expresión *rentabilidades excesivas*, la encontramos en el mensaje adjunto al proyecto de reforma a la Constitución política del Estado destinado a nacionalizar las empresas de la Gran Minería del Cobre, enviado por el Ejecutivo al Parlamento en diciembre de 1970.

Expresaba el mensaje que "se establece el derecho a deducir de la indemnización la rentabilidad excesiva que las empresas o sus antecesoras pudieran haber devengado desde 1955 por sobre la rentabilidad normal que ellas mismas o empresas similares hayan obtenido en el conjunto de sus operaciones internacionales"³⁷. En dicho mensaje no había otra referencia a la Rentabilidad Excesiva y el proyecto era prácticamente textual al ya aludido y aparecía como inciso final de la letra c) de la disposición 16a. transitoria.

Lamentablemente, tampoco es posible encontrar suficientes antecedentes durante la discusión en general o particular del proyecto o de su discusión en comisiones (no obstante que éstas no pueden ser consideradas estrictamente como historia de la ley), debido a que cuando correspondió que fuera tratada, tanto las comisiones respecti-

³⁷Véase el Diario de Sesiones del Senado, Sesión 23 de 19-1-71, 920.

vas como las salas, se constituyeron en sesión secreta, y de esto hay numerosos antecedentes en las actas respectivas³⁸.

En todo caso, es conveniente señalar que las modificaciones que se le introdujeron al precepto, corresponden a las que a continuación se mencionan.

Uno de los primeros puntos de discusión fue el relativo a la fecha exacta que habría de considerarse para los efectos del descuento por rentabilidades excesivas. El proyecto del Ejecutivo señalaba el año 1955, sin embargo en ese año existían dos balances diversos uno correspondiente a las compañías extranjeras y otro realizado por el Departamento del Cobre que sólo abarcaba algunos meses y no el año tributario completo. Pese a lo anterior, se optó por el balance realizado por el organismo chileno, en virtud de que a partir de esa fecha se contaba con información más o menos fidedigna de la verdadera rentabilidad de la empresa³⁹.

Finalmente, se estableció como fecha exacta el de la vigencia de la Ley N° 11.828 esto es 5-5-1955⁴⁰.

Otro punto de discusión estuvo referido al carácter y ubicación de la norma. Existió, en algún momento⁴¹, la intención de no ubicarla dentro de las normas permanentes, pero finalmente la idea fue desechada. Asimismo, se estableció también, el carácter facultativo del descuento en un amplio sentido, que llevaba incluso la posibilidad que éste fuera la totalidad o parte de las rentabilidades excesivas⁴².

De extraordinaria importancia resultó la modificación acordada

³⁸La discusión sobre rentabilidades excesivas puede encontrarse en los diversos diarios de sesiones tanto de la cámara de Diputados como del Senado a que se alude a continuación: Senado sesión 31, 37, 38, Cámara de Diputados, sesión 22, 25, 29. Senado sesión 56 y 59.

³⁹E. Novoa, en Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de 29-12-70, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 23, 954.

⁴⁰La Ley N° 11.828 (5-5-1955) creó el Departamento del Cobre que, posteriormente, por Ley N° 16.425, se transformó en la Corporación del Cobre; ver hoy DL 1349 y 1350, de 28-2-1976.

⁴¹Véase sesión de 13-1-1971 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en que Novoa plantea la posibilidad de ubicar la norma en el texto constitucional y la discusión que siguió a ello Sesión del Senado 23, 1.178.

⁴²Véase sesión indicada supra, especialmente, 1.179.

según la cual el descuento por rentabilidades excesivas quedaba entregado al Presidente de la República sustrayéndolo de la esfera de decisión del Contralor General de la República como se establecía en el proyecto del Ejecutivo⁴³.

Fueron estas modificaciones, sin duda, las que le dieron el sentido definitivo a la norma.

No se estableció en momento alguno, a lo menos en lo que consta en acta, ningún concepto sobre rentabilidad excesiva y tal fue la crítica del Senador Bulnes⁴⁴.

Aprobada la norma como inciso 9º del art. 10 Nº 10 de la Constitución Política del Estado y como letra b) de la disposición 17a. transitoria, se establecía, además, el plazo de 30 días fatales para que el Presidente de la República comunicara al Contralor su decisión sobre el monto de las deducciones.

Publicada esta reforma como Ley Nº 17.450 el 16-7-1971, el Presidente de la República procedió a dictar el Decreto Supremo Nº 92 (Minería) de 29-9-1971, por el cual disponía el descuento por rentabilidades excesivas ya aludido.

El decreto antes señalado fijó esos montos en 300 millones para Cobre Chuqui, 64 millones de dólares para Cobre Salvador y 410 millones para El Teniente.

Esta medida, como veremos más adelante, ocasionó diversos problemas judiciales tanto nacionales como extranjeros.

2. Problemas jurídicos derivados de las rentabilidades excesivas

Con la aplicación de las normas que autorizaban el descuento por rentabilidades excesivas se dió lugar a uno de los problemas jurídicos más debatidos en los últimos años, tanto por la magnitud del problema como por las consecuencias que él tuvo. Si bien es cierto que hay que reconocer que en estricta técnica jurídica el descuento por rentabilidades excesivas se ajustaba estrictamente a la Constitución, y a la ley no menos cierto es que subyacían diversos intereses en juego,

⁴³Véase Sesión del Senado 31 (2-2-71) sobre la facultad otorgada al Presidente de la República, 1.819.

⁴⁴Véase opinión del Senador Francisco Bulnes en Sesión del Senado 37 (10-2-71), 2.185.

intereses que se traducían en tres problemas jurídicos bien delimitados: la validez de los Convenios celebrados entre el Estado de Chile y las Compañías extranjeras, esto es, los llamados contratos-leyes; el principio de la irretroactividad de las leyes, por cuanto la aplicación de las rentabilidades excesivas significaba violentar dicho principio; y, finalmente, el desconocimiento a los derechos adquiridos que, nacidos de la legislación vigente, se traducían en el ejercicio de determinados derechos y la adquisición de otros que ahora resultaban afectados. Veremos cada uno de ellos.

2.1. *El discutido tema de los llamados contratos-leyes*

El contrato-ley, de acuerdo a como la ha definido la Contraloría General de la República de Chile⁴⁵, “corresponde a todos aquellos convenios generadores de obligaciones recíprocas que suscriben una o varias personas o entidades privadas, por una parte, y el Supremo Gobierno, por la otra, y cuya plena eficacia se deja sometida a la aprobación legislativa, por contener algunas materias que, dentro de nuestro régimen jurídico, requiere esa sanción”.

El reconocimiento de este hecho, permitió el surgimiento de toda una doctrina que, por cierto, no resultó unánime. Considerando especialmente la naturaleza del problema en cuanto diversos e importantes campos de la actividad económica del Estado se hallaban reglados por una forma de relación que revestía precisamente estos caracteres. Su forma de apreciarla devino en diferencias de criterios.

Una parte de la doctrina está representada por la tesis sustentada por la Corte Suprema, la que sobre la base de diversos principios, estableció: a) Que la ley puede conceder beneficios o franquicias de carácter tributario, bajo la forma de un convenio que —con la autorización legal pertinente— se celebra entre el Estado y el particular; b) Que tal convenio reviste los caracteres de un contrato-ley; c) Que los derechos emanados de tal relación contractual quedan incorporados al patrimonio del particular; d) Que el contrato-ley no puede ser modificado unilateralmente por la sola voluntad del Estado; e) Que

⁴⁵Citado por Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968, 155.

la dictación de una nueva ley —no consentida por el particular— modificando los términos del contrato-ley no puede ser aplicada retroactivamente sin violar el derecho de dominio del particular; f) Que, por ello, el particular que constituyó su derecho bajo el imperio de la ley que autorizó el convenio, sigue gozando de ese derecho bajo los términos de la ley posterior que imponga nuevos gravámenes y contribuciones; y g) Que, incluso una ley dictada específicamente para modificar la situación de los particulares constituida bajo el régimen de contrato-ley, es una norma inaplicable por vulnerar la garantía del derecho de dominio ya incorporado al patrimonio del particular⁴⁶. Diversos fallos ilustran esta doctrina⁴⁷.

La posición absolutamente contraria a la señalada está planteada por el Consejo de Defensa del Estado tanto en las defensas sustentadas ante los tribunales, como en diversos informes emitidos por el Consejo mismo⁴⁸, y que puede sintetizarse en: a) el contrato-ley, concebido como convención autorizada por ley entre un particular y el Estado que comprometa la soberanía, es una institución que no puede dar nacimiento a derecho de dominio amparado por la Constitución, y b) que dicho concepto de contrato-ley supone nulidad constitucional del acto legislativo que autoriza su celebración y es inoponible a la voluntad del legislador de modificarla.

Esta última conclusión arranca del texto mismo de la Constitución,

⁴⁶Circular número 2. Doctrina sustentada por el Consejo de Defensa del Estado sobre los contrato-leyes de mayo de 1967. Publicado en Diario de Sesiones del Senado, Sesión 23, 1.289.

⁴⁷Al respecto véanse los siguientes fallos: a) Tomos LVII, 2ª parte, Sec. 1ª, 196. Compañía de Acero del Pacífico con Fisco. 8-8-60. b) LVIII, 2ª parte Sec. 1ª, 198. Inaplicabilidad Germán Cortés. 14-7-61. c) LX, 2ª parte, Sec. 1ª, 191. Compañía de Acero del Pacífico con Fisco. 16-7-63. d) LXI, 2ª parte, Sec. 1ª, 122. Fundación Alister con Impuestos Internos. 13-4-64. e) LXI, 2ª parte, Sec. 1ª 70. León Caro con Impuestos Internos. 4-5-64. f) LXII, 2ª parte, Sec. 1ª, 122. Compañía Acero del Pacífico con Fisco. 31-5-65. g) LXIII, 2ª parte, Sec. 1ª, 353. Inaplicabilidad Ford Motor. 3-10-66. h) LIV, 2ª parte, Sec. 1ª, 228. Inaplicabilidad Esso Standard Oil Co. 8-7-67. i) Inaplicabilidad Esso Standard Oil Co. de 7-10-67 (no publicada). j) Pubill con Impuestos Internos de 7-12-68 (no publicada) k) Inaplicabilidad Cía Comercial de Rentas Rivas Rocas S.A. de 22-7-70 (no publicada).

⁴⁸Véase especialmente el informe del Consejo de Defensa del Estado, redactado por el Abogado-Consejero Guillermo Pumpin Belloni, a que se hace referencia en nota 46.

de acuerdo al Consejo de Defensa del Estado, en virtud al que el art. 10 N° 10 en su inc. 2° autoriza que la ley establezca el 'modo de usar y gozar' de la propiedad y 'las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social'. Si se acepta que una ley común pueda garantizar la no imposición de contribuciones, abiertamente se sostiene que ya no podrá la ley futura imponerlas, esto es que no podrá dictarse a pesar de la expresa autorización que al respecto otorga la Constitución⁴⁹. Ello importa dar rango de precepto constitucional a una ley simple, ya que por virtud de ésta se llega a la conclusión de que no es posible dictar ley futura, posibilidad que, en cambio la Constitución expresamente consagra como una posibilidad de limitar el derecho de dominio justificado por 'los intereses generales del Estado'⁵⁰.

Sin embargo, pese a la posición inalterable de la Corte que sostenía la tesis de declarar por una parte inaplicables las leyes que tendían a vulnerar los contratos-leyes, o se oponía por la otra a la aplicación retroactiva de las mismas cuando pretendían poner término a los beneficios especiales, hubo una creciente desconfianza respecto de dichos contratos, motivados por diversos problemas de índole política, económica o social, en que tampoco estaba ausente el abuso hecho de las franquicias concedidas.

Nuevas consideraciones se tuvieron en cuenta y, si bien es cierto que nada obsta a que el Estado pueda contraer diversos compromisos con particulares, que tengan la forma de una relación contractual en que ambas partes se encuentran en un mismo plano de igualdad, éste —el Estado— advirtió pronto el hecho de que la estabilidad del contrato dependería de sus propias necesidades. Esto es, si en un momento determinado las necesidades planteadas por el interés general, exigen poner término unilateralmente a los citados compromisos, no cabe duda que el Estado está en condiciones de hacerlo, y aún

⁴⁹Nótese la similitud de este argumento dado por el Consejo de Defensa del Estado para sustentar su posición y restarle validez (o sanción legal) a los contratos-leyes con el argumento de la Corte Suprema establecido en el considerando octavo de la sentencia sobre inaplicabilidad del artículo 43 de la Ley N° 14.171 fallando a favor del Fisco y que hemos transcrito en parágrafo aparte. Véase nota 28.

⁵⁰Informe del Consejo de Defensa del Estado ya citado, I.309.

más, debe hacerlo. La indemnización de perjuicios es coetánea al daño causado de acuerdo a como lo disponga la ley.

En definitiva, el problema queda radicado a una posición meramente ideológica frente al problema de la primacía del interés general por sobre el particular, incluso en caso de conflicto entre ambos, o viceversa. Argumentos en ambos sentidos existen, según hemos visto, y aún más es posible advertir esta dualidad en las conclusiones a que se han llegado en diversos trabajos relativos al tema⁵¹.

El legislador, ante la magnitud del problema que tenía ante sí a la fecha de la discusión del proyecto de la nacionalización en 1971, optó por declarar constitucionalmente la facultad del Estado para modificar o extinguir por ley esos regímenes especiales por exigencias de interés general⁵².

Con dicha declaración incorporada a la Carta Fundamental acogió la tesis sustentada por muchos años por el Consejo de Defensa del Estado que ya comentábamos y, a la par, posibilitó la nacionalización misma en la medida que dejó nulos diversos acuerdos celebrados con las empresas del cobre a raíz de diversas negociaciones que condujeron a la llamada "chilenización" y que posibilitó que el Estado pasara a formar parte como socio en las Compañías del Cobre, a estos convenios también se les denominó "nacionalización pactada". Por consiguiente, con la sanción constitucional la modificación o alteración de los convenios celebrados por particulares con el Estado quedaban absolutamente entregados a éste, no siendo, por tanto, posible discutir la legitimidad de una norma que los atacase.

2.2 *La irretroactividad de la ley*

Estrechamente vinculado a los contratos-leyes aparece un segundo problema, que es el de la dictación de una ley que no sólo viniera a modificar para el futuro los beneficios obtenidos en virtud de un convenio celebrado con el Estado, sino que, aún más, a afectar a éstos con carácter retroactivo.

⁵¹Véase J. Irrazábal, *Validez de los Contratos-Leyes* en Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Público (Septiembre de 1965). Editorial Jurídica. Santiago, 1966. 78; O. Schärer, *Del contrato-ley*. Editorial Universitaria, Santiago, 1962.

⁵²Constitución Política del Estado, art. 10 N° 10, inc. 12.

El principio general de que la ley dispone sólo para el futuro y no tiene efecto retroactivo, sufre fuertes embates en diversos campos y, principalmente, en Derecho Público. Particularmente en Chile es éste un precepto contenido en el Código Civil y que por tanto sólo obliga a la judicatura, no al legislador. Es sólo una ley que puede ser modificada por otra ley, no es un precepto constitucional.

Por lo demás, "la retroactividad de la ley tributaria ha sido considerada por muchos autores como el efecto normal y corriente de las reglas jurídicas que rigen esta materia del derecho público"⁵³. La multiplicación de ejemplos, no sólo en Chile, sino en el extranjero, demuestran la veracidad de esa afirmación.

En Estados Unidos ha habido, en materia impositiva, diversas leyes con efecto retroactivo, e incluso vinculados a las ganancias excesivas. "El hecho es que ni el principio de las ganancias excesivas ni su aplicación retroactiva son novedades en el derecho norteamericano. Suficiente es mencionar las leyes de impuesto a las ganancias excesivas de 1940-1950 y la ley de renegociación de 1942"⁵⁴. Echeverría señala por su parte que, "es verdad que se requiere un 'plazo razonable' para la retroactividad, pero prevalece una extrema liberalidad para apreciar qué es 'razonable' en tales casos. Así una ley de impuestos de 1939 —en Estados Unidos— gravó los contratos celebrados entre el 19 de enero de 1924 y el 31 de diciembre de 1939; y en el único caso en que una Corte tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, resolvió que nada afectaba a su constitucionalidad, pese a que el período de retroactividad se extendía a cerca de dieciséis años"⁵⁵.

Diversos otros ejemplos de legislación extranjera aplicada retroactivamente hemos analizado a lo largo de este trabajo.

En Chile, a más de los casos comentados en su oportunidad, se puede constatar la existencia de numerosas normas con efecto retroactivo

⁵³B. Supervielle, *Retroactividad de las leyes tributarias*, en RDJ, XLV, 1³ parte, Sec. 1³, 169. No está demás recordar que en materia penal el principio de la irretroactividad ha sido elevado a categoría de principio constitucional (arts. 11 y 12 CPE).

⁵⁴Cl. Bonnefoy, *Chile and Copper: another View*, en The Washington Post 11-3-1973.

⁵⁵J. Echeverría, *ob. cit.* 40. La referencia está hecha al Revenue Act de 1939. La resolución judicial recayó en el caso *Wilgar Realty Co. v. Commissioner* en 1942 y fue confirmada por la Corte Suprema ese mismo año.

dictadas principalmente a partir de 1952, sobre todo en materia de aumento de remuneraciones tanto para el sector público como privado y en materia de fijación de impuestos sobre ejercicios financieros que estaban ya finiquitados y liquidados en su situación tributaria^{55a}.

La retroactividad de la aplicación del precepto que descontaba las rentabilidades excesivas, estaba expresamente manifestado en la ley y no existía norma alguna que prohibiera al legislador obrar de esa manera, en cuanto estaba justificado por razones del más alto interés general.

A fin de determinar la naturaleza jurídica del descuento por rentabilidades excesivas Gaja ha expresado que "por cuanto en la letra b) de la disposición 17a. transitoria el descuento de las rentabilidades excesivas se configura como fase del procedimiento para la determi-

^{55a}Todas estas disposiciones legales con efecto retroactivo que se han dictado en Chile para el marco nacional, han sido escrupulosamente respetadas por todos los ciudadanos chilenos, por todos los empleadores chilenos que han tenido que pagar aumento de remuneraciones con efecto retroactivo. Incluso se han planteado problemas de inconstitucionalidad de estas leyes en cuanto estarían privando a los empresarios que están obligados a pagar más impuestos o a pagar más remuneraciones a su personal, del ingreso pertinente necesario para financiar este mayor pago, y estos recursos para impugnar la inconstitucionalidad de esas leyes han sido desestimados por la Corte Suprema. Incluso, en materia de revisión de sistemas previsionales se han dictado leyes con efecto retroactivo sin que la situación haya sido removida o reconsiderada por la Corte Suprema a través de los respectivos recursos de inaplicabilidad y, esto todavía tienen un alcance bastante importante: si en el campo de lo que se llama derecho privado, las relaciones de los sujetos individuales considerados como tales en que la Constitución ampara su derecho de propiedad sobre sus haberes, se ha producido este predicamento, se ha producido esta reacción, no debe llamar tampoco la atención de que ello ocurra con mayor razón en el campo de lo que es el derecho público y... (en el caso de la nacionalización que contempla la Constitución) ... se está entrando a un campo de derecho público-económico porque la riqueza natural de un país, evidentemente no puede estar sometida simplemente a las prescripciones de una legislación dictada en el solo interés de los particulares. Es el interés del país entero el que está en juego, si en ello media el interés de explotar recursos naturales básicos. Guillermo Pumpín Belloni. Conferencia de Prensa realizada en la Sala de Consejo de Codelco en Santiago el 14 de octubre de 1971. Copia dada por el Departamento de Relaciones Públicas de Codelco, 23. Fue publicada in extenso por la prensa al día siguiente.

nación de la indemnización, se puede sostener que el descuento tiene naturaleza esencialmente fiscal. El principio de la retroactividad es lejos un principio fundamental de los sistemas fiscales nacionales; no se podría, por lo tanto, contraargumentar que las normas retroactivas serían contrarias al orden público”⁵⁶.

Por su parte Peter Behrens, relacionando el fin perseguido por el descuento por rentabilidades excesivas de obligar a los inversionistas extranjeros a repartir las utilidades con los países huéspedes en la misma proporción en que lo hacen con su estado de origen, expresa que “la deducción retroactiva de las utilidades excesivas es, pues, una medida peculiarmente enérgica para lograr este objetivo político-económico. Semejante medida tiene el carácter de un gravamen retroactivo a las utilidades. Gravámenes retroactivos que están en un grado especialmente grande en conflicto con los principios de la protección de la confianza y de las garantías legales, que en muchos Estados están garantizados por la Constitución. Sin embargo, las medidas chilenas que comentamos aquí fueron realizadas justamente por vía de una reforma constitucional”⁵⁷.

En este sentido, no cabe duda que al legislador le asiste la más amplia libertad para dictar leyes con efecto retroactivo y con ello no está violando ninguna norma constitucional.

2.3. *El controvertido problema de los derechos adquiridos*

En la más íntima relación a la aplicación retroactiva de la ley se encuentran los derechos adquiridos. La aceptación de que hay leyes que retroobran significa que deberemos aceptar el hecho que de una manera y otra sean perturbados determinados derechos que pueden oscilar desde las meras expectativas a aquellos que han ingresado al patrimonio de una persona. “Se dice, en general, que hay derecho adquirido, cuando se trata de un derecho definitivo que no puede

⁵⁶Informe Giorgio Gaja de 18 de febrero de 1973, *Los efectos en Italia de la nacionalización en Chile de las empresas de la gran minería del cobre*. Presentado durante los procesos seguidos en Italia por embargo de cargamento de cobres solicitados por Kennecott. Punto 521.

⁵⁷Peter Behrens, *ob. cit.* 414.

ser quitado a aquel que lo posee”⁵⁸. “El legislador, en efecto, tiene incontestablemente el poder de atribuir efecto retroactivo aún a leyes a las cuales se aplicaría sin éste la regla de la no retroactividad. Podría especialmente someter a nuevas condiciones la conservación o la eficacia de derechos anteriormente adquiridos. Solamente el legislador no debe hacer uso de este poder sino por causas graves de interés público y con todas las consideraciones que impone la equidad”⁵⁹.

No cabe duda que ello ha ocurrido en muchos casos. “En norteamérica, la abolición de la esclavitud significó aplicar una ley con efecto retroactivo porque había allí personas que tenían derechos adquiridos conforme a la antigua ley de propiedad sobre los esclavos. Al abolirse la esclavitud, operó la abolición con efecto retroactivo y sin ninguna indemnización además”⁶⁰.

Para aquellos que distinguen entre derechos adquiridos y meras expectativas, una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando sólo vulnera meras facultades legales o simples expectativas⁶¹.

Pero, para los efectos que nos interesa, debemos tener claro que si el legislador no tiene ninguna prohibición para dictar normas retroactivas puede, perfectamente, imponer limitaciones a los derechos o gravarlos siempre que ello no signifique atropellar las garantías constitucionales. La existencia de un patrimonio en donde esa ley retroactiva pueda realizarse, le dará razón de ser a la norma, de lo contrario ésta no tendrá ningún sentido⁶².

⁵⁸Eliodoro Yañez, *Una cuestión transitoria, breves apuntes sobre el efecto retroactivo de las leyes*, en RDJ I, 1a. parte, 236.

⁵⁹Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, Tomo I, 58, citado por Eliodoro Yañez, *ob. cit.*, 162.

⁶⁰E. Novoa, Conferencia de prensa citada, de 14 de octubre de 1971, 10.

⁶¹A. Alessandri R. y M. Somarriva U., *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, (2ª ed.), Editorial Nascimento, Santiago, 1945, 253.

⁶²Ello tiene particular importancia en Chile dado el texto del Art. 10 N° 10 de la CPE, norma constitucional que en su inc. 7° establece que “Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o

3. Consecuencias

La estricta aplicación de los descuentos por rentabilidades excesivas significó, en el cálculo realizado por el Contralor General, que no correspondiera pagar indemnización a las tres más grandes empresas del Cobre, teniendo sólo derecho a percibirla las que explotaban Exótica y Andina. Obviamente, esta situación produjo febril actividad judicial ante el Tribunal Especial del Cobre en Chile y ante diversos tribunales norteamericanos. A esto se unieron diversos embargos en Estados Unidos. Con lo cual las hostilidades se acrecentaron, para concluir en Chile con el fallo del Tribunal Especial del Cobre que no acogió la petición de las Compañías afectadas en orden a declararse competente para revisar el descuento por rentabilidades excesivas⁶³.

El paso posterior realizado directamente por Kennecott, consistió en una serie de solicitudes de embargo en diferentes países europeos que llevó a la Corporación del Cobre a comparecer en ellos como demandada. La suerte de esos procesos fue diversa y ninguno de ellos llegó a concluirse en virtud a que los hechos posteriores modificaron radicalmente la situación.

Sin embargo, entretanto el problema estuvo vigente, los aspectos jurídicos derivados de la nacionalización misma dieron lugar a una vasta y riquísima literatura, en la que la rentabilidad destacaba

de interés social, calificada por el legislador". De allí que si una ley significa una violación —al ser retroactiva— del derecho de propiedad (garantizado por la CPE), por atentar contra derechos adquiridos, esto es ingresados al patrimonio del afectado, deviene inconstitucional si no contempla la indemnización consecuencial, o la forma para fijarla (continúa el cit. inc 7º "El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización, cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las relaciones sobre su monto el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado"). Poco o nada ha variado la situación con la dictación del Ac. 3 (13-9-76) art. 1º n.16 que substituyó al n. 10 *cit.*

⁶³El fallo de 11-8-1972 puede verse en el Diario Oficial de 19-8-1972.

por su trascendencia y por ser uno de los puntos más álgidos de los desacuerdos habidos.

La teoría de los beneficios excesivos fue llamada por Cartou, una "curiosidad jurídica" en un artículo de un diario europeo⁶⁴, destinado fundamentalmente tanto a comentar un fallo francés que incidía en el problema de los embargos de cobre chileno a petición de Kennecott⁶⁵, como un artículo publicado por el profesor chileno Rodrigo Díaz Albónico. Cartou basaba su argumentación señalando la inexistencia en el derecho internacional de la noción de beneficios excesivos, considerándolo no convincente en su fundamento ni en su contenido como tampoco en su aplicación. Respecto de lo primero, expresaba que una norma para ser aplicada en derecho internacional debía encontrar su fuente en un tratado, una costumbre, en la jurisprudencia internacional o en los principios generales de derecho y no le daba a la teoría de las rentabilidades excesivas ninguna de aquellas fuentes.

Sobre el contenido mismo, expresaba Cartou que decir que los beneficios son excesivos es atribuirle eso que el derecho llama una calificación que permite generar efectos jurídicos. "Calificar un hecho, es aplicar a un caso específico una definición general, precisa, consagrada por el derecho". Definición que no encontraba para el caso en comento; ni sus elementos, ni criterios, como tampoco la referencia o estándar para considerar el carácter excesivo de los beneficios. Terminaba expresando que la apreciación de la rentabilidad excesiva fue el resultado de un procedimiento y método arbitrarios.

Respecto a la crítica planteada por Cartou, es posible expresar que la teoría de las rentabilidades excesivas si bien resultaba en alguna manera novedosa dentro de la aplicación internacional, efectivamente debemos reconocer que su existencia no es reciente, ya hemos dado variados antecedentes al respecto y diversos internacionalistas ven su existencia en numerosos otros casos⁶⁶. Luego entonces, no se trata

⁶⁴Luis Cartou, *Une curiosité juridique: la théorie des bénéfices excessifs*, en *Le Monde* de 1-12-1972.

⁶⁵La referencia está hecha al fallo del Tribunal de la Gran Instancia de París que el 29-11-1972 alzó el embargo trabado en un cargamento de cobre fletado por CODELCO y que había llegado al puerto francés de El Havre.

⁶⁶Véase nota 29.

de la aplicación de algo que jamás hubiese tenido expresión en las relaciones internacionales, puesto que la esencia de la misma estuvo presente de alguna manera en los casos a que hemos hecho mención; es más, la teoría y la doctrina suele buscar diversas y diferentes expresiones hasta que llega a decantar con claridad sus elementos y en tal sentido admitimos la expresión "creación reciente" utilizada por Díaz Albónico⁶⁷ y de que se vale Cartou para criticarla. Respecto a su fuente, creemos haber dado elementos suficientes hasta ahora para poder expresar que existe base para señalar que la limitación a los beneficios excesivos tiene fuente en tratados, y el principio mismo de donde arranca: el enriquecimiento injusto (tendremos oportunidad de verlo en detalle más adelante) es, efectivamente un principio general de derecho plenamente aceptado por el derecho internacional.

En lo que atañe a la crítica hacia su contenido, los beneficios excesivos han sido —en algún momento— reconocidos por los ordenamientos internos de los países para lo cual ha sido necesario elaborar diversas pautas de reconocimiento, y diversos criterios que con mayor o menor diferencias tienen pautas comunes. Tal ocurrió en el caso francés que comentábamos en su oportunidad y ha ocurrido en el caso chileno: el criterio mismo sobre qué ha de considerarse excesivo podrá variar de acuerdo a cómo se impongan diversas consideraciones, pero subsiste el carácter de lo que ha de ser normalidad y qué excesivo. De lo contrario, tendríamos que reconocer que no es posible determinar con cierta exactitud la rentabilidad de una o varias empresas y establecer relaciones y comparaciones entre ellas, lo que sería absurdo para la planificación económica.

Finalmente, que la rentabilidad excesiva aplicada en Chile fue el resultado de un procedimiento y método arbitrario, si bien no entraremos al fondo del problema por exceder las pretensiones de este trabajo, es posible expresar que ella se ajustó exactamente a lo que el legislador dispuso y no correspondió una arbitrariedad. Sobre el resultado mismo, repetimos, no corresponde pronunciarnos, pero no cabe duda, ninguna, que si propugnamos a la teoría de la rentabilidad excesiva como la expresión de la más alta justicia social, no

⁶⁷R. Díaz Albónico, *En nationalisant le cuivre l'Etat Chilien n'a pas enfreint le droit*, *Le Monde*, de 4-11-1972.

podemos dejar de reconocer que, precisamente, en mérito a sus sólidos fundamentos y principios en que se basa: enriquecimiento injusto y función social de la propiedad, su determinación, cálculo y fijación definitiva debe ser lo más clara posible, nítida e inmaculada que no deje lugar a ninguna duda. Hacerlo no debe revestir ningún temor porque está basada en la justicia misma. De allí entonces que, reconociendo en todo momento el derecho y la justicia que le asistía a Chile para realizar un descuento por rentabilidades excesivas en mérito de los antecedentes históricos de público conocimiento, ésta, en virtud de sus propios fundamentos, no debió dejar duda de ninguna especie. Sin embargo, honesto es reconocer que sí las hubo y como expresa Cicerón: "La justicia es de por sí clara, mientras la duda implica, al menos, un asomo de injusticia"⁶⁸. De allí la conveniencia de la publicidad en su cálculo que le habría otorgado más fuerza por razón de su fundamentación.

Pero sin duda, uno de los análisis más extensos realizados en el extranjero sobre la nacionalización correspondió al peritaje francés realizado por orden del Tribunal de la Gran Instancia de París por S. Thouvenot⁶⁹.

Por su parte, P. H. Kahn, comentando la sentencia del Tribunal de la Gran Instancia de París sobre embargo de cargamento de cobre chileno expresa que "en principio, la noción de ganancia o utilidad excesiva, no parece ser desconocida en el derecho francés: ha existido toda una legislación que sancionaba las utilidades excesivas obtenidas durante la guerra; el derecho administrativo da a la Administración Pública el derecho a recuperar la plusvalía de colocaciones, etc... De la misma forma, las dificultades de calificación presentadas por M. Cartou, no parecen irreductibles. Toda noción nueva presenta esta clase de dificultades".

Sin embargo, la formulación general de los comentarios al respecto estuvieron dirigidos al reconocimiento de esta tendencia en los países en vías de desarrollo de restringir las ganancias de los inversionistas⁷⁰

⁶⁸Cicerón, *Los deberes*, Editorial Iberia, Barcelona, 1962, 22.

⁶⁹S. Thouvenot. Informe pericial de 19-1-1974 entregado al Tribunal de la Gran Instancia en París el 29-1-1974.

⁷⁰P. H. Kahn, Nota a la Sentencia del Tribunal de la Gran Instancia de París, publicado en *Le Clunet*, 1973, 227-238. Rodrigo Díaz Albónico,

y a declarar que la actitud chilena al plantear la teoría de la rentabilidad excesiva, constituía un verdadero aporte⁷¹.

III. LA RENTABILIDAD EXCESIVA COMO FORMA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y SUS CONSECUENCIAS

Hemos visto que una buena compensación del capital empleado en una empresa es producto de una rentabilidad también buena, y que a mayor compensación mayor rentabilidad. No es entonces extraño que el empresario o inversionista busque la más alta rentabilidad.

El alto grado de control y planificación económica que realizan la mayoría de los gobiernos de todos los países, una determinada legislación como es el caso de las leyes antimonopolio, el control sobre precios e importaciones, etc., lleva precisamente a limitar que se produzcan altas rentabilidades sin que haya un provecho correlativo para la sociedad. En otras palabras, las tasas impositivas y el sistema tributario en general lleva a que el margen de utilidad líquida que alcance un empresario o inversionista sea, dentro del contexto en que se desenvuelve, similar en la mayoría de las actividades y la tendencia es mantener esta línea en forma permanente. Entonces, ¿de dónde procede esa alta rentabilidad? o mejor, ¿qué hace normalmente que un empresario o inversionista obtenga una rentabilidad alta?

La posibilidad que se produzca una alta rentabilidad cuando los factores productivos que entran en juego se mueven con alguna libertad, no es, por cierto, difícil. Determinadas situaciones coyunturales: explotaciones, actividades monopolistas encubiertas, crisis económicas o financieras, necesidad de tecnología, de inversiones, desconocimiento de mercados, sujeción colonialista o determinadas presiones imperialistas, etc., conducen a la posibilidad de una alta renta del capital.

De acuerdo a lo anterior, los factores productivos en juego, si-

La place de l'équité et l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnité en cas de nationalisation, en *Revue Egyptienne de Droit International*, vol. 29 (1973) 207.

⁷¹P. H. Kahn, *ob cit.*, 238. James A. Rohwer, *Nationalization*, Harvard International Law Journal, vol. 14, Nº 2, 1973, 391.

guiendo la trilogía clásica de naturaleza, trabajo y capital⁷² se encontrarían en situaciones de subordinación de unos respecto de otros, muy marcada. Pudiendo producirse un grave desequilibrio. En efecto, la alta rentabilidad del capital se obtendría, precisamente en perjuicio de uno de los dos restantes o de ambos factores productivos; la remuneración del trabajo puede ser extremadamente baja y las materias primas obtenidas libres de pago o con costos ridículamente ínfimos (como sería el pago de patentes por concesiones mineras). Finalmente, motivado también por una legislación favorable a determinadas inversiones o actividades empresariales, conseguidas al amparo de presiones que surgen de la necesidad de inversiones que obligan a un país a aceptar imposiciones de los inversionistas —y muchas veces de los países desarrollados— que terminan convirtiendo ciertos contratos en verdaderos despojos.

La compensación al capital sería, entonces, extremadamente alta con relación al trabajo realizado para obtenerla y a los recursos naturales empleados. Se produciría un enriquecimiento del capital con un emprobleamiento correlativo del factor trabajo y, principalmente, de las riquezas naturales del país, en virtud a que se ha obtenido ninguna compensación por ellos o ésta ha sido insuficiente.

Como la situación anterior no ha sido una situación querida por el empobrecido (diferentes ejemplos en la historia confirman este acerto) nos encontramos en presencia de un enriquecimiento injusto.

Dicho reconocimiento se ha dado en diversos campos: en el ds (Minería) N° 92 (29-9-1971) por el que se procedió al descuento por rentabilidades excesivas, en las opiniones de diferentes juristas. Rohwer expresa, por ejemplo, que "la idea de exceso de utilidades contiene una noción embrionaria de la justicia que se recomienda a sí mismo a la doctrina del enriquecimiento injusto"⁷³, mientras Echeverría obtiene, por su parte, el fundamento del descuento por rentabilidades excesivas del enriquecimiento injusto⁷⁴, etc.

En efecto, la figura de los beneficios excesivos, tal cual la hemos venido analizando, constituye un desplazamiento patrimonial, del

⁷²A. Baltra Cortés, *Teoría Económica*, (2 vol.) Editorial Andrés Bello, Santiago, 1963, I, 122.

⁷³J. A. Rohwer, *ob. cit.*, 390.

⁷⁴J. Echeverría, *ob. cit.*, 47.

empobrecimiento a los propietarios de capital que se enriquecen no existiendo una causa legal para ello.

Este último punto requiere de una mayor extensión ya que es posible advertir normalmente la existencia de un contrato o convenio que ha permitido obtener determinado tipo de ganancias. Sin embargo, por lo que señalábamos anteriormente, esta relación contractual puede ser el fruto de presiones diversas o, sencillamente, de no haber sido negociado en términos de igualdad en virtud a desconocimiento técnico. Llewellyn expresa que “el desequilibrio que exista entre las prestaciones de un contrato ya celebrado puede ser tenido como señal de que también ha existido desequilibrio en la voluntad de las partes al momento de celebrarlo”⁷⁵. Lo anterior le permite expresar a Puig Brutau que el concepto de causa ha experimentado un vuelco histórico ya que en el Derecho moderno se vale de ella para “juzgar la validez de los contratos por razón de su contenido”⁷⁶. De allí que la regla que obliga a mantener la fidelidad de los contratos *paeta sunt servanda* no es tan absoluta pues lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus* según la cual un contrato es mantenido en tanto subsistan las condiciones conforme a las cuales fue contraído⁷⁷. Todo lo cual conduce a que nos encontremos corrientemente enfrentado a una causa injusta, que no puede generar obligaciones de ninguna especie.

Si la rentabilidad excesiva tiene su antecedente en contratos o concesiones obtenidos de la manera señalada, podemos decir con certeza que estamos en presencia de un enriquecimiento injusto. En otras palabras, la rentabilidad excesiva es una de las tantas formas que reviste el enriquecimiento injusto. Producido este enriquecimiento, asiste al derecho al afectado para repetir. En caso de no disponer

⁷⁵K. N. Llewellyn, *Contratos* (Encyclopedia of Social Sciences), citado por Echeverría, *ob. cit.*, 37.

⁷⁶J. Puig Brutau, *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo II, vol I (Doctrina General del Contrato), Bosch, Barcelona, 1954, 162-163.

⁷⁷J. Puig Brutau, *ob. cit.*, agrega que “Tal es el sentido de la llamada cláusula “rebus sic stantibus” que se considera implícita en los contratos. Precisamente, las tendencias contemporáneas dan satisfacción a esta necesidad de juzgar el contrato retroactivamente a partir de sus resultados injustos, mediante el arbitrio judicial de la revisión: éste tiene por finalidad “procurar que se logre un resultado equitativo y justo en una situación que no ha sido prevista en el contrato” (362 y 365). La cita en general es de José Echeverría, *ob. cit.*, pág. 38.

de una acción principal correspondería subsidiariamente aplicar la *actio in rem verso*.

Tanto los fundamentos éticos en que se basa, como la aplicación que ha tenido, convierte a la rentabilidad excesiva —aun cuando resulta más apropiado hablar de ganancias o beneficios excesivos por cuanto una alta rentabilidad puede revertirse en la sociedad procurando al factor económico una ganancia normal— en una teoría que abre un rico e interesante campo de aplicación. En efecto, postulando a las rentabilidades o ganancias excesivas como una norma reguladora principalmente en una economía en vías de desarrollo, en dos aspectos esenciales: a) En las relaciones con los inversionistas y b) En el cálculo de la indemnización que haya de pagarse en caso de nacionalización o expropiación.

1. *Norma reguladora de las relaciones entre el Estado y los inversionistas*

Es un hecho que aparece como indiscutible el de la obligación que le asiste al propietario de cumplir con la función social que le está asignada. Enriquecerse en exceso mediante el uso que haga, por ejemplo, de la propiedad del capital es, precisamente, no dar cumplimiento a la obligación impuesta por la sociedad en interés general. Siendo la ganancia excesiva una forma de enriquecimiento injusto, no hay duda que no sólo hay perjuicio patrimonial para una sociedad, sino que, además, se han violado principios generales que perturban la tranquilidad social. En estos términos, corresponde al Estado restablecer el equilibrio o, en otros casos, prevenir que se produzcan estos desequilibrios estableciendo una legislación adecuada.

Precisamente, la teoría de que el inversionista debe limitar sus ganancias para su inversión a los márgenes que sean establecidos o a los términos normales de ganancias existentes en el lugar y no debe dar pie a la obtención de rentabilidades excesivas, permite establecer una adecuada relación entre la sociedad necesitada de capitales y los inversionistas.

En estos términos, las tendencias modernas de esta teoría, que analizamos en párrafo anterior, debe ser llevada adelante como norma constante para con los inversionistas e, incluso, extenderse a otros acuerdos internacionales, cual lo señala el Pacto Andino.

Las ventajas de su aplicación se traducen en una clarificación de las normas aplicables a las inversiones, una mayor seguridad y tranquilidad social a la par que un provecho para el interés general.

2. *Norma reguladora del cálculo de la indemnización debida en caso de nacionalización o expropiación*

La remisión a la nacionalización y a la expropiación la hemos hecho porque consideramos que es posible aplicarse a una como a la otra aunque reconocemos que ambas difieren, en especial en la indemnización. Mientras en una exigimos que ésta sea “previa, completa y efectiva” como es el caso de indemnización por expropiación; en la otra, la nacionalización, la indemnización puede no reunir ninguno de los requisitos señalados e, incluso, llegar a ser ínfima o inexistente⁷⁸.

Creemos que la aplicación de la teoría de las rentabilidades excesivas tiene aquí una de las aplicaciones más interesantes posible, esto es, que pueda jugar un papel decisivo en el cálculo que haya de hacerse para fijar una indemnización. Por una parte, en cuanto protege el cumplimiento de la función social de la propiedad, según veíamos anteriormente, puede ser uno de los fundamentos que el legislador tenga en cuenta para proceder a una nacionalización o expropiación y por la otra, porque la adopción misma de la función social vino a romper ese concepto monolítico de la propiedad que reunía al propietario y la cosa para introducir en él a la sociedad; pues siendo así, para los efectos de fijar la indemnización o expropiación, debe tenerse presente el interés social. Como lo expresa Katzarov “si se admite que la propiedad es una relación en la que se encuentra implicada la sociedad y que, por su destino y por esencia, debe llenar efectivamente funciones sociales, tenemos también que admitir necesariamente que en casos de limitación o de expropiación de la propiedad, conviene fijar la indemnización tomando en consideración no

⁷⁸Sobre diferencias entre expropiación y nacionalización véase especialmente a Konstantin Katzarov, *Teoría de la Nacionalización*, Imprenta Universitaria, México, 1963, 264 ss. Véase también a E. Novoa, *La batalla por el Cobre*, EEN. Santiago, 1972, 184 ss. Interesa en la medida que resume los criterios observados en el Congreso sobre este problema durante la discusión del proyecto de nacionalización.

solamente los intereses del propietario, sino igualmente los de la sociedad; dicho de otra manera, la cuestión deberá ser examinada teniendo en cuenta la función social de la propiedad”⁷⁹.

De esta manera, no sólo ha de considerarse si ha habido ganancias excesivas, esto es, enriquecimiento injusto —que es una forma de violar la función social de la propiedad— sino que hay que observar en amplitud este principio de la función social para los efectos de proceder al cálculo de la indemnización.

Constatada la existencia de un enriquecimiento injusto en virtud de ganancias excesivas, podrían éstas ser recobradas por el afectado sin que medie ninguna medida de expropiación o nacionalización, en virtud de las facultades que le son otorgadas a éste por medio de la *actio in rem verso*.

Sin embargo, si no ha ocurrido lo anterior y sobreviene una expropiación o una nacionalización, necesariamente la aplicación de la teoría de las ganancias excesivas fundada en el principio del enriquecimiento injusto deberá ser considerada al momento de la fijación de la indemnización. En otras palabras, serán parte integrante de la indemnización misma.

No cabe concluir otra cosa si consideramos, por ejemplo, que una empresa se enriqueció injustamente en virtud a una alta rentabilidad, resulta afectada por una expropiación o nacionalización, ¿cuándo y en qué momento será posible recobrar ese enriquecimiento sino al momento de la nacionalización?. No hay duda que no hacerlo es dar pauta a la injusticia, y en este sentido, la teoría de las rentabilidades excesivas provee de un buen instrumento que permita rectificar las iniquidades habidas. Y esa fue, precisamente, las razones que tuvo el legislador chileno para establecerla⁸⁰.

Díaz Albónico, sobre la base de otros fundamentos, pone al enriquecimiento injusto como elemento más que debe ser considerado en el cálculo de indemnización en el caso de nacionalización, en tanto que el beneficio excesivo la funda en la equidad en cuanto representa una situación injusta y porque ésta exige ganancias medianas (*profits moyens*). Concluye expresando que “el enriquecimiento sin causa, jue-

⁷⁹Katzarov, *ob. cit.*, 225.

⁸⁰E. Novoa, *La batalla...*, 208-212.

ga un rol relativamente limitado en el cálculo, además, la aplicación misma de esta noción exige como elemento complementario la equidad que tiende a tomar un lugar fundamental en la evaluación del cuantum de la indemnización”⁸¹.

Indudablemente, no es conveniente dejar de considerar el lugar que la equidad puede tener, en la teoría de los beneficios excesivos. Tratándose de una teoría que como tal ofrece resistencia cuando se ha pretendido aplicar en cuanto significaría para algunos modificaciones a ciertas reglas (sobre indemnización, derechos adquiridos, etc.), la justicia exige sea la modificación de esas reglas, sea, si la regla no puede ser cambiada, que intervenga otra norma o conjunto de normas destinadas a atenuar el rigor de aquéllas, he ahí el lugar de la equidad⁸².

También Echeverría funda la teoría de las rentabilidades excesivas en el enriquecimiento injusto en su trabajo ya tantas veces aludido, como también en la equidad⁸³.

Sin embargo, otros han querido ver el enriquecimiento injusto no como principio informador de los beneficios excesivos sino que, por el contrario, de la actitud del Estado que lo realiza.

Está en esa posición Gaetano Arangio Ruiz, quien, al comentar a Cartou se afirma en Friedmann para expresar que “la determinación del resarcimiento a otorgarse a empresas nacionalizadas debe ser tal que se excluya un enriquecimiento injusto por parte del Estado nacionalizante”⁸⁴, y ésta, principalmente, fue la posición sustentada por Kennecott.

Como hemos visto, la teoría de las ganancias excesivas en cuanto enriquecimiento injusto la encontramos establecida en la nacionalización de la Gran Minería del Cobre en Chile, de una manera similar en la nacionalización de la Gulf en Perú; y con otro sentido —en cuanto

⁸¹Díaz Albónico. *La place...*, 207.

⁸²Ch. De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, Editions A. Pédone, Paris, 1972, 11.

⁸³Ver nota 173.

⁸⁴G. Arangio-Ruiz, *Orden público y nacionalización del cobre en Chile* de 6 de diciembre de 1973, N° 11. Presentado durante los procesos seguidos en Italia por embargos de cargamentos de cobre chilenos solicitado por Kennecott.

se trató de una confiscación— en Francia⁸⁵; y en fin, la nacionalización de las grandes empresas mineras de Bolivia de 1952⁸⁶.

En otras palabras, “el principio del enriquecimiento injusto ha sido, pues, plenamente recogido por el orden jurídico internacional y es, precisamente, esa universal aceptación la que permite su aplicación como elemento fundamental para determinar la extensión de la compensación en caso de nacionalizaciones. En otras palabras, existirá una obligación de compensar si hay enriquecimiento injusto del Estado que aplica la medida nacionalizadora y por el contrario, si se determina que tal enriquecimiento no ha existido, ello deberá considerarse a los efectos de regular la compensación”⁸⁷.

CONCLUSIONES

La función social de la propiedad obliga, al titular del derecho, a ejercer éste teniendo presente, fundamentalmente, el interés de la sociedad o, a lo menos, no ejercerlo en contravención a los intereses generales.

El enriquecimiento injusto, precisamente porque se da en las múltiples relaciones e interacciones patrimoniales, constituye un incumplimiento de la función social. En otras palabras, el enriquecimiento injusto, por lo mismo que significa desplazamientos patrimoniales no

⁸⁵Uno de los considerandos de la Ordenanza de 18 de octubre de 1944 que confiscaba las ganancias ilícitas expresaba que “Independientemente de la acción represiva que se debe ejercer en contra de estos malos ciudadanos, la más elemental justicia fiscal exige que deban revertir al Tesoro público todas las ganancias que han sido hechas gracias a la presencia del enemigo. Cuando la Nación se empobrecía, es inadmisibles que algunos se hayan enriquecido a sus expensas. Tal es el objeto de la presente ordenanza”.

⁸⁶El Decreto Supremo 3.223 de 31 de octubre de 1952 que nacionalizó las Minas y Empresas de los grupos Patiño, Rothschild y Aramayo, establecía en su considerando octavo “que, en contraste con el desmesurado enriquecimiento de los magnates del estaño, el Estado boliviano se empobreció gradualmente y arrastró déficits presupuestarios cada día mayores, porque la minería, principal fuente de riqueza nacional, estaba prácticamente eximida de cargas tributarias, al amparo del dominio incontrastable que ejerció sobre los poderes públicos”. Isaías Pacheco Jiménez, *Derecho Minero de Bolivia*, Empresa Editora Universo, La Paz, 1954, 850.

⁸⁷E. Vargas C., *La nacionalización del Cobre y el Derecho Internacional*. Centro de Estudios de Planificación Nacional, Universidad Católica de Chile, Documento N° 30, Santiago, (nov. 1973) 35.

queridos por la sociedad, viola los fundamentos mismos de la función social.

La rentabilidad, en cuanto compensación del capital invertido y como medida del éxito económico es buscado y querido por los inversionistas. Pero, como ésta se logra con la concurrencia de otros factores productivos de una comunidad dada —trabajo y naturaleza— debe ser conciliada con los intereses generales de la sociedad.

La rentabilidad cuando es excesiva no tiene una causa justificativa (o habiéndola tenido, no adolezca de nulidad) constituye una forma de enriquecimiento injusto. en cuanto significa enriquecimiento y empobrecimiento correlativos, no queridos.

Por lo tanto, la función social que le está encomendada al propietario debe ser cumplida. Ese cumplimiento implica, entre otras cosas, que no se enriquezca injustamente en razón, particularmente, por la rentabilidad en exceso que, por el empleo del capital, obtiene en perjuicio de los intereses generales de la sociedad.

La rentabilidad excesiva, establecida como tal por los ordenamientos jurídicos internos o en tratados internacionales, cumple una doble finalidad: 1. Normativiza y regula la actividad económica de los inversionistas y empresarios, y 2. Sirve como norma correctora de la indemnización en casos de expropiación y, principalmente, en casos de nacionalización.

En el primer caso, como norma reguladora de las inversiones, permite la adecuada protección del interés general y conduce, efectivamente, a la propiedad por la senda de la función social que le es inherente.

En el segundo caso, como norma reguladora del cálculo de la indemnización en casos de expropiación y nacionalización, constituye una de las consecuencias más importantes del principio de que el inversionista debe limitar sus ganancias a fin de conciliarlas con los intereses superiores de la sociedad en las que las obtiene. La rentabilidad como elemento que ha de ser tomado en cuenta en el caso de la determinación de la indemnización responde a los principios de la más clara justicia y equidad, en cuanto sanciona el enriquecimiento injusto. En este sentido, como medida de corrección no sólo económica sino histórica, corresponde que, de existir beneficios excesivos, deban ser éstos descontados del monto que, en su caso, corresponderá pagar por indemnización.

