

LAS CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO: UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO*

Cristián Ruiz Santibáñez

Abogado

Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho de la Empresa.
Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EMPRESARIO. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. CONCEPTOS GENERALES. III. ADMINISTRACIÓN V.S. EXPLOTACIÓN DE BIENES MUNICIPALES. IV. CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO. V. LAS CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO FRENTE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO. VI. CONCESIONES DE ESTABLECIMIENTO Y ASOCIACIÓN EMPRESARIAL. *a)* la concesión de establecimiento: escenario de una convergencia de intereses; *b)* actividad económica y actividad empresarial; *c)* asociación empresarial. Indicios de su presencia; *d)* la asociación empresarial supone una participación de las municipalidades en una actividad comercial. *e)* asociación empresarial : un resultado previsible de la concesión de establecimiento comercial ; VII. CONCLUSIÓN: LAS CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO: UNA NUEVA FORMA DE "PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO".

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo se orienta a demostrar que cierta tipología específica de concesiones, otorgadas por las Municipalidades en ejercicio de las facultades y prerrogativas entregadas por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, tienen la potencialidad de vulnerar, en el plano fáctico, el estatuto constitucional del Estado empresario.

Acostumbrados a presenciar cómo nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia aplican a diario criterios dispares en la interpretación de la normativa constitucional que rige la actividad del Estado en materias económicas¹ y, particularmente en lo que dice relación con la

* Tesis presentada al Programa de Magíster Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile, Julio 2001, bajo la guía del profesor Arturo Fermandois V.

¹ Muestra de lo aseverado lo constituye la sentencia de la Corte Suprema de 31 de enero de 2000, que revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de enero de 2000, en causa sobre Recurso de Amparo Económico "Asociación Nacional de la Prensa A.G. y Confederación Nacional de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. Metro International S.A. y Modern Times Group", dictado por los ministros señores Osvaldo Faúndez V., Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S. y Humberto Espejo Z.

actuación cotidiana que registran determinados organismos pertenecientes a la Administración del Estado –los municipios– nos proponemos examinar aquí, precisamente una de las formas como las municipalidades –en último término el Estado–² a pretexto de ejercitar la prerrogativa que las faculta para entregar en concesión los bienes que administran³, en no pocas ocasiones, y con la tolerancia de los organismos administrativos encargados de su fiscalización, han entrado de lleno en el ámbito de la actividad empresarial –cuya esfera solo por excepción y, previa autorización legal expresa han podido penetrar– verificándose así una abierta vulneración al principio de subsidiariedad implícito en la garantía que el ordenamiento constitucional “asegura a toda persona” de una excepcional intervención del Estado en materias empresariales.

El cúmulo y diversidad de actividades que día a día deben acometer los municipios dentro del ámbito de la comunidad local con la finalidad de dar satisfacción a sus crecientes necesidades, encubre la mayoría de las veces cierto tipo de actuaciones que importan poner en movimiento los verbos “desarrollar y participar” que tanto la Constitución como la ley reservan en forma prioritaria y preferente a los particulares en materia económica.

Determinado tipo de concesiones municipales, como son las de establecimiento⁴, cuya esencia está en que el municipio entrega en administración a los particulares una universalidad jurídica compuesta de bienes de distinta naturaleza, cuyo complejo forma un todo distinto de cada uno de los bienes individualmente considerados, son a menudo, y bajo ciertas condiciones indisolublemente asociadas –indiciarias de una asociación de tipo empresarial–, un ejemplo claro de cómo tras una aparente e “inofensiva” actividad del quehacer municipal, se proyecta el Estado como un agente económico más dentro del campo dominado por el riesgo empresarial, la utilidad del capital y la maximización de los beneficios. En otras palabras, dentro de la órbita naturalmente reservada a la iniciativa individual, donde su accionar se orienta a la satisfacción de sus objetivos materiales y espirituales.

A pesar de la sugerente generalidad que parece fluir de la tesis que encabeza este trabajo, podrá haberse advertido ya en estas primeras líneas que no toda la gama de “concesiones de establecimiento” que entregan los municipios importan la consecuencia infraccional que reprochamos, pues de otra forma estaríamos afirmando la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley 18.695, lo que escapa a nuestro propósito. Afirmamos, en consecuencia, que solo algunas de ellas, las dotadas de ciertas características específicas y ribetes propios, son las que tienen la potencialidad de ser catalogadas como verdaderas actividades estatales de tipo económico-empresarial.

Nadie podría afirmar, sin incurrir en grave error de apreciación, que el Estado ejerce una actividad empresarial, si una municipalidad entrega en concesión a un particular la explotación comercial de un “establecimiento” como lo sería, por ejemplo, un mercado del que fuera propietario por haberle sido donado y respecto de cual el beneficiario esté obligado mensualmente al pago de un canon fijo de concesión y administre comercial y operacionalmente con plena independencia de gestión respecto de las directrices municipales.

De igual manera, y como contrapartida de lo anterior, nadie podría desconocer, sin incurrir en tal grave error de apreciación, que el Estado “participa” en una actividad empresarial, si el órgano de la Administración, en este caso el municipio, entrega en concesión ese mismo “establecimiento”, pero esta vez el particular beneficiario –concesionario– estuviera obligado, por un imperativo contractual, al pago de un canon de concesión cuya cuantía estuviera

² Véase el artículo 1° de la Ley N° 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado.

³ El inciso tercero del artículo 8° de la Ley 18.695, entre otros aspectos, regula las concesiones de servicios municipales y las concesiones para la administración de establecimientos o bienes específicos que los municipios posean o tengan a cualquier título.

⁴ Categoría conceptual construida primeramente por la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República, recogida por la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades luego de la reforma introducida por la Ley N° 19.130.

vinculada, por ejemplo, a un porcentaje de los ingresos, utilidades u otro parámetro dependiente del éxito de la gestión comercial del establecimiento, y que, además, el concedente se hubiera reservado ciertas prerrogativas en la administración, tales como la presencia de un representante dentro del órgano gestor, facultades de nombramiento o de veto de un número determinado de miembros del mismo, etc.⁵.

La evidencia de estos elementos, aunque sutil, es precisamente la que en uno y otro caso hace la diferencia respecto del juicio reprobatorio que nos merece tal o cual actividad estatal, no obstante tratarse, en su génesis, de actuaciones que parten de un mismo supuesto: la entrega en concesión de un “establecimiento”.

De allí, entonces, surge nítido el objetivo que nos proponemos en este trabajo. Determinar con claridad y precisión cuáles son los elementos o condiciones que hacen que la entrega por parte de un municipio de una determinada “concesión de establecimiento” sea indiciaria o directamente suponga el desarrollo o la participación incuestionable en una actividad empresarial por parte de aquel.

Finalmente, precisar el ámbito infraccional de esta tipología específica de “concesiones establecimiento” nos lleva a un último desaffo. ¿Cuál es la forma como esta actuación empresarial se concreta? Las Municipalidades en estos supuestos ¿desarrolla directamente una actividad empresarial? O más bien ¿siempre se estará en presencia solo de una participación?

La respuesta a todas estas incógnitas son las que se pretende que al lector le queden despejadas una vez concluido este trabajo. Si ello es así, creemos estar haciendo un aporte concreto al análisis de esta problemática de tan frecuente ocurrencia en el quehacer de estos entes públicos y, por qué no decirlo, al perfeccionamiento de los criterios interpretativos con que hoy en día son analizadas y ponderadas actuaciones que contravienen nuestro ordenamiento constitucional.

II. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EMPRESARIO⁶. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. CONCEPTOS GENERALES

Bajo la vigencia de la Constitución de 1925, especialmente a partir de la década del 30, se registró una creciente expansión de la actividad estatal en el campo de lo económico que terminó por un repliegue casi total de iniciativa privada en este ámbito. La experiencia histórica vivida determinó que en los albores de la década de los setenta la Comisión Ortúzar, encargada del estudio y elaboración del anteproyecto de la nueva Carta Fundamental, estimara indispensable el establecimiento de un precepto específico que consagrara y reconociera la libre iniciativa de los particulares para desarrollar actividades económicas, como una expresión más de la libertad personal⁷.

El deseo plasmado en el seno de la Comisión Ortúzar se proyectó en el texto de la Constitución mediante la inclusión del artículo 19 N° 21, en cuyo inciso primero, reconociéndose como derecho fundamental, el constituyente aseguró a todas las personas “*el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”. A partir de su dictación, se resolvió que el ejercicio privado de la libre empresa resulta vital para el desarrollo del país y para la efectiva vigencia de muchos de los demás derechos individuales⁸.

⁵ Sin embargo, como veremos, la mayoría de estas situaciones escapan al reproche de legalidad e inconstitucionalidad tanto de la Contraloría General de la República como de los Tribunales Ordinarios de Justicia.

⁶ Expresión acuñada por Arturo Ferrandois Vöhringer en “Derecho Constitucional Económico”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo I. 2001.

⁷ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 388, pp. 2898 y 2899.

⁸ Ferrandois, ob. cit. p. 88.

La primacía de la iniciativa privada, reconocida ya como garantía constitucional en materia económica, trajo consigo como consecuencia lógica el establecimiento de un régimen de excepción para la actividad del Estado en este ámbito, reafirmandose con ello el principio de subsidiariedad⁹. De esta forma el inciso segundo del artículo 19 prescribe que *“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*¹⁰.

El derecho al Estado empresario subsidiario, como garantía negativa que la CPE “asegura a todas las personas” se resuelve, según Fernandois¹¹ en una doble garantía: a) el derecho a que el Estado y sus organismos no desarrollen actividades empresariales o participen en ellas, por regla general, sin una autorización específica, y b) el derecho a que el Estado participe o desarrolle dicha actividades, en la medida de sus facultades, cuando así lo exija el principio de subsidiariedad.

El imperativo de acción, por una parte [subsidio a los grupos que lo requieren], y el límite del actuar estatal, por otra [no interferir en la actividad económica de los particulares], son los contenidos esenciales que, junto a los grados de intervención delineados en la normativa constitucional [“desarrollar” y “participar”] perfilan la actuación del Estado en la actividad económico-empresarial, y a la vez constituyen el referente o parámetro obligado para un adecuado examen acerca de los límites, bondades o eventual reprochabilidad constitucionales de la libertad económica¹².

En efecto, la exclusión del Estado y sus organismos de la actividad económica, por regla general, y la subsidiariedad de su actuación excepcional, son contenidos que han sido reiterados en distintos cuerpos legales, cubriendo con ello el amplio espectro de actuaciones que “sus organismos” pueden llevar a cabo en las distintas esferas de competencia.

Por de pronto, la Ley N° 18.575 [Orgánica General de Bases de la Administración del Estado], en forma general y, luego particularizadamente, recoge esos contenidos esenciales. En efecto, el inciso segundo del artículo 3°¹³, precisa la obligación de la Administración de respetar la iniciativa privada en el ámbito económico y, más ampliamente el principio de subsidiariedad, precepto que se articula con la limitada autorización concedida al Estado en el artículo 6°, de *“participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales”*.

El deber de abstención que recae sobre el Estado y sus organismos y, por cierto sobre las municipalidades, se vincula, desde un punto de vista positivo, a determinadas formas de actuación como son el desarrollo y la participación en *“actividades empresariales”*, expresión, esta última, ligeramente distinta a la utilizada por el constituyente en el inciso primero del artículo 19 N° 21, de la CPE, cuando asegura a toda persona el derecho a desarrollar

⁹ En igual sentido véase a Pedro Pierry Arrau en “Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado”. Revista de Derecho Público, N° 37-38, 1985): “La disposición constitucional se encuentra ubicada en el capítulo relativo a las garantías constitucionales y específicamente en la libertad a desarrollar actividades económicas. Aparece por lo tanto como un resguardo o protección a los particulares de la absorción por parte del Estado de actividades que normalmente debieran corresponder al ámbito privado”.

¹⁰ Según consta en las actas de la Comisión, los comisionados estimaron que al aprobarse el inciso primero no se estaba permitiendo la actividad del Estado en materia económica, de donde surgió por indicación del señor Carmona, un inciso segundo por el cual se permitió, por excepción, la actividad empresarial del Estado, en la medida que existiera una ley de quórum calificado que así lo autorizara.

¹¹ FERNANDOIS, ob. cit. p. 162.

¹² FERNANDOIS, ob. cit. p. 87.

¹³ El texto de dicha disposición legal señala que “La Administración [...] y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad a la Constitución Política y a las leyes”.

cualquier “*actividad económica*”. De ello resulta, por una parte, que los particulares gozan de la garantía constitucional de poder desarrollar cualquier actividad económica y, por otra, el Estado y sus organismos, en tanto medie una autorización legal expresa, pueden desarrollar y participar en actividades empresariales.

La actividad económica es el género de la especie actividad empresarial [objeto de la excepcional actividad estatal]. La sutil distinción arranca, según se dejó establecido en las actas de la CENC¹⁴, de la idea de los comisionados de reforzar la diferencia entre esta y la relativa a la libertad de trabajo y de ampliar al máximo el derecho atribuido a los particulares en el ámbito de sus actuaciones económicas, no restringiéndola solo a fórmulas asociativas, como parecería fluir de la voz “*empresa*”.

Cabe consignar que el *lucro* como elemento esencial, indiciario y distintivo de la actividad económica –y por extensión de las actividades empresariales– es un aspecto sobre el cual no existe consenso. Algunos, como Fermandois¹⁵, disienten de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual solo puede ser económica aquella actividad en que se encuentra presente la idea de lucro o utilidad. Otros¹⁶, en cambio, adhiriendo a la doctrina del lucro, y particularmente en lo relativo a la calificación de las actividades que desarrollan las corporaciones sin fines de lucro, han afirmado que ellas se encuentran impedidas de invocar en su favor la garantía constitucional consagrada en el inciso primero del artículo 19 N° 21, de donde resulta que el accionar de estas corporaciones –sin fines de lucro– no pueden ser catalogadas de económicas, tesis a la cual adscribe nuestra jurisprudencia judicial¹⁷.

Establecido el marco contextual de la garantía constitucional consagrada a los particulares desde la perspectiva de la actuación del Estado y sus organismos en materias económico-empresariales, es preciso indagar acerca de la forma o manera bajo la cual es posible obrar en este campo.

Desarrollar y participar son las expresiones que utiliza el constituyente para indicarnos la manera como el Estado y sus organismos, en caso de encontrarse autorizados en forma expresa por una ley de quórum calificado, pueden ejercer actividades empresariales. O bien, y desde una perspectiva infraccional, aquellos vocablos nos dan la pauta de cómo el Estado y sus organismos [en el evento de *no* tener autorización legal expresa], pueden exorbitar su estatuto constitucional, entrando de lleno en el ejercicio de actividades originariamente reservadas a los particulares.

La excepcionalidad del giro empresarial del Estado, cualquiera sea la forma jurídica que asuma, sea como empresa, sociedad anónima, colectiva, de responsabilidad limitada u otra que se imagine¹⁸ [municipal], necesariamente debe canalizarse a través de las acciones implícitas en los vocablos *desarrollar y participar* que utiliza la Constitución.

Con el correr del tiempo, y a medida que la sutileza de esas dos nociones han ido abriendo nuevos caminos para la intervención encubierta del Estado y sus organismos en actividades empresariales para las cuales no cuenta con la habilitación legal requerida, paralelamente se ha venido notando –ello especialmente en la doctrina– una actitud de adaptación a las nuevas circunstancias, lo que se ha traducido en una suerte de flexibilización –por la vía de la ampliación y extensión– del significado y contenido de esos vocablos referidos. Muestra de ello, a nuestro juicio, lo constituye la sentencia dictada por la Corte Suprema en el denominado “Caso Metro”, en el cual nuestro máximo tribunal, tuvo la virtud, como lo afirma Fermandois¹⁹, de

¹⁴ Acta de la Sesión N° 388, pp. 2908, 2909, de fecha 27 de junio de 1978.

¹⁵ FERMANDOIS, ob. cit. p. 105.

¹⁶ Raúl BERTELSEN R. en Informe Constitucional N° 1668, de 1998, citado por Fermandois V. en ob. cit.

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de noviembre de 1997, pronunciada en recurso de amparo económico “Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación”.

¹⁸ SOTO KLOSS, Eduardo. “Legitimidad de la Distribución gratuita por un tercero, de un periódico en la red de transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 N° 2. p. 234 (2000). Sección Estudios.

¹⁹ FERMANDOIS V., Arturo, ob. cit. p. 183.

entrar directamente al fondo esencial de la actividad impugnada [actividad empresarial del Estado], sin dejar espacio para nominalismos y rigorismos comerciales que pudieron haber confundido su labor. De él emana la doctrina de la "colaboración empresarial", conforme a la cual el Estado participa indirectamente en una actividad empresarial cuando se asocia con una empresa privada a través de figuras contractuales atípicas, desbordando su giro autorizado.

Sin duda que la dictación de este fallo –celebrado como el más importante de la década en materia de Estado empresario– ha marcado un hito en el desarrollo de este instituto, y, a no dudarlo, iluminará la senda por la cual, en lo sucesivo, deberá transitar nuestra judicatura en su labor de desentrañar y precisar, en cada caso, el efectivo desarrollo o participación del Estado en materias empresariales respecto de las cuales no cuenta con la habilitación legal en los términos exigidos por nuestra carta fundamental.

El Estado *desarrolla una actividad empresarial*, cuando él mismo o a través de sus organismos, sean integrantes o no de la Administración del Estado, son los que realizan la actividad empresarial en forma directa. Se trata, en consecuencia, de una *acción protagónica*²⁰, como la han calificado algunos, que *implica*, según la Corte de Apelaciones de Santiago, *la acción de iniciar una actividad económica que adquiera incremento y vigor gradualmente*²¹. Así desarrolla el Estado directamente la actividad empresarial a través de sus organismos, como en el caso de las "empresas del Estado" [Enap, Enami, Codelco, TVN, Correos de Chile] o de las llamadas "Sociedades del Estado" [Metro S.A., Polla Chilena de Beneficencia S.A.]²².

La jurisprudencia judicial y la administrativa de CGR, proporcionan interesantes casos en que se ha resuelto acerca del carácter empresarial de determinadas actividades emprendidas directamente por el Estado y sus organismos. A los ya tradicionales fallos dictados en causas en que intervino la Asociación Gremial de Impresores de Chile, como aquel pronunciado en contra del Instituto Geográfico Militar²³ y el recaído en el denominado "Correo Híbrido"²⁴, podemos agregar algunos pronunciamientos del organismo contralor, en que directamente ha dictaminado sobre este punto²⁵.

Así, durante el año 1989 la CORFO donó a la Municipalidad de Hualaihue la central térmica Río Negro Hornopirén, ubicada en la X Región, destinada a la generación de energía eléctrica en la zona. En la resolución por la cual se efectuaba la donación, se argumentaba por parte de CORFO que el municipio donatario se encontraba en condiciones de operar y mante-

²⁰ FERNANDOIS, ob. cit. p. 170.

²¹ LXXVIII, Revista de Derecho y Jurisprudencia (1981) 2º P., S.5º, p. 165, citado por Fernandois, en ob. cit. p. 170.

²² Sobre Sociedades del Estado, véase, Soto Kloss, Eduardo, "Las Sociedades del Estado", en Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. II, N° 2, julio-diciembre. pp. 335-342.

²³ Sentencia de 5 de diciembre de 1991, causa "Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile-Instituto Geográfico Militar", confirmada por la Corte Suprema, en Informe Constitucional N° 224 (20 de diciembre de 1991).

²⁴ Sentencia de 27 de noviembre de 1998, pronunciada en causa "Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile", confirmada más tarde por la Corte Suprema, en Informe Constitucional N° 1905 (30 de diciembre de 1998).

²⁵ En el mismo sentido véase dictamen N° 33110/86 de CGR en que se determinó que: "[...] no procede que cuerpo militar de trabajo se inscriba en el registro de obras menores del decreto 1340/65 MOPP, artículo 13, a fin de participar en las propuestas públicas exigibles para la ejecución de proyectos de inversión con cargo al Fondo Nacional de Desarrollo Regional, en virtud de la Ley 18.473, porque para inscribirse en dicho registro es necesario ser persona natural o jurídica, con capacidad de contratación suficiente, atributos de que carece el cuerpo militar aludido, el que acorde con el DFL 13/35 y DFL 200/60, es un organismo del ejército, que no se encuentra expresamente facultado para actuar como contratista ni para concurrir a propuestas públicas, sino solo para ejecutar obras por cuenta del ente estatal que se las encomienda [...], además al carecer esa entidad de personalidad jurídica propia, sería el Estado que como Fisco estaría solicitando la inscripción, lo que vulneraría la Constitución Política, según la cual se requiere de ley de quórum calificado que autorice al Fisco para desarrollar actividades empresariales".

ner las instalaciones en forma autónoma y eficiente. CGR mediante dictamen N° 24.171/91, se abstuvo de tomar razón de la resolución señalada, argumentando que la operación y mantención de dicha central térmica implicaba, por parte del municipio, el desarrollo de una actividad empresarial la que, acorde con la LOCM, solo puede hacerse [sic] si una ley de quórum calificado así lo autoriza. Al poco tiempo, CORFO insistió en la constitucionalidad de la resolución agregando, esta vez, nuevos argumentos, entre los cuales uno hacía especial fuerza. En efecto, argumentó que “el proporcionar a la comunidad alumbrado y energía eléctrica contribuye a la satisfacción de una necesidad pública que, conforme a la normativa legal vigente, es un cometido municipal que no tendría el carácter de actividad empresarial”. CGR confirmó el pronunciamiento anterior, mediante la emisión del dictamen N° 4013/90, en el cual dejó establecido que “si bien la mantención del servicio de alumbrado público recae en los municipios, no es menos efectivo que la generación y distribución de energía eléctrica a los habitantes en general, como en este caso, no son funciones que la actual ley orgánica constitucional de municipalidades haya asignado a estas corporaciones [...]”.

Igual criterio ha aplicado CGR en otros casos, en que se ha pretendido por parte del Estado y sus organismos desarrollar actividades empresariales sin autorización legal previa y expresa. Ello ha ocurrido, por ejemplo, cuando el Instituto Antártico Chileno, durante el año 1995, pretendió la celebración de un contrato de fletamento sobre una nave, y por el cual la Armada de Chile se obligaba a poner a su disposición un buque de su propiedad, recibiendo como contraprestación el pago de un precio determinado. CGR se abstuvo de tomar razón de la resolución, por considerar que ella vulneraba el artículo 19 N° 21 de la Constitución, al no contar con una autorización legal otorgada por una ley de quórum calificado²⁶.

Así también con otro caso en que CGR se ha abstuvo de tomar razón de una resolución por la cual el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones otorgó una concesión de radiodifusión sonora a la Dirección de Bienestar Social de la Armada [Puerto Williams e Isla de Pascua], por cuanto no se acreditó que esa entidad haya obtenido autorización legal necesaria para realizar tales actividades, en circunstancias que ella forma parte de la persona jurídica Fisco y que tales concesiones constituyen para su titular el *desarrollo* de una actividad empresarial²⁷.

Contrastando con la claridad de significado que se atribuye y deduce del vocablo *desarrollar*, el de “*participación*”, en cambio, es más complejo y discutido, sobre todo en lo que se refiere a sus alcances y extensión.

Puesto que el legislador no ha señalado lo que debe entenderse por *participar*, corresponde acudir al sentido natural y obvio de este vocablo, el cual es definido por el Diccionario de la Lengua Española, como “*tomar una parte en una cosa*”. De ello fluye que, habrá participación del Estado en una actividad empresarial siempre que aquel tome parte en este *de cualquier forma*.

En este sentido se ha dicho que *participar* –acción también regida por el principio de la excepcionalidad– da a entender ser o tener parte en una entidad que realice una actividad empresarial determinada. Como apunta acertadamente Soto Kloss²⁸, dicho vocablo importa “*ser o tener parte en un acuerdo, convenio, trato o negocio (actividad empresarial) con otro u otros sujetos, y de lo cual se obtiene utilidad y en el cual trato o negocio o convenio se pone algo, se aporta algo, sea tangible o intangible, contribuyendo así a que sea posible el acuerdo con otros*”; participación que “*puede darse a través no de una sociedad o asociación, y de un contrato de sociedad, sino por medio de cualquier tipo de acuerdo, convenio, o trato con otros sujetos, y bajo cualquiera forma jurídica que se imagine, clásica y tradicional o moderna o no común*”. Ya Bertelsen²⁹ en el año 1987 nos anunciaba algunas formas indubi-

²⁶ Dictamen N° 8984/95.

²⁷ Dictamen N° 37.937/94.

²⁸ Ob. cit. Nota N° 18., p. 235.

²⁹ BERTELSEN REPETTO. “El Estado Empresario” en Revista Chilena de Derecho, N° 14, 1987, p. 124.

tadas de participación del Estado y sus organismos en actividades empresariales, cuando afirmaba que esta podía tener lugar mediante “la *intervención* en la administración de una empresa, la *existencia de inversiones* significativas en una sociedad que realice actividades empresariales o sea dueña de empresas y, en general, la *asociación* con otras personas para llevar a cabo estas actividades”.

Concordante con los conceptos anteriores, CGR, sin entrar en disquisiciones semánticas entre los vocablos *desarrollar* y *participar* que caracterizan la intervención del Estado y sus organismos en actividades empresariales, se ha pronunciado en casos específicos sobre la participación del Estado en estas actividades.

Se trató de un pronunciamiento por el cual CGR devolvió, sin tramitar, una resolución del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que aprobaba las bases administrativas y técnicas de una licitación pública para el otorgamiento de una concesión para la operación de una planta de revisión técnica. El contralor se abstuvo de tomar razón de la mentada resolución ministerial, por cuanto estimó que:

“[...] en dicho acto, ese Ministerio aparecía encargando a un particular, además de la operación, la administración de la referida planta que es de su propiedad, participando tanto en las utilidades como de las pérdidas del negocio, lo que a su juicio, involucra la realización por parte de ese ente público, de una actividad rentable en concurrencia con terceros, sin que se haya acreditado el cumplimiento de la exigencia impuesta por el artículo 19 N° 21 de la Constitución, según el cual el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza, principio también contemplado en la Ley 18.575, artículo 6° [...].”³⁰.

De igual forma CGR, por dictamen N° 30.119/93, determinó la improcedencia que, con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional –cuya finalidad es financiar proyectos y programas en los diferentes ámbitos de infraestructura económica y social de la Región respectiva– se solvete un convenio sobre estudio de prospección minera. CGR señaló:

“No procede que con recursos del Fondo Nacional de Desarrollo Regional, cuya finalidad es financiar proyectos y programas en los diferentes ámbitos de infraestructura económica y social de la región respectiva para su desarrollo, el Gobierno Regional solvete la celebración de un convenio sobre estudio de prospección minera, que implica la realización de un proyecto en virtud del cual un organismo del Estado participaría, en conjunto con terceros, de las eventuales utilidades que generaría, lo que es propio de la actividad empresarial. Ello porque la atribución que tiene el Gobierno Regional para decidir el destino de las sumas que integran ese fondo debe ejercerse acorde con las reglas y limitaciones que rigen el uso de dichos caudales, en especial la de las leyes anuales de presupuestos y la Ley 19.182, que aprueba el presupuesto de 1993, que prohíbe expresamente utilizar en general los recursos del mencionado fondo en inversiones en sociedades o empresas o para adquirir títulos de ellas, con lo queda descartada la posibilidad de que el Estado pueda, por esta vía, concurrir al financiamiento de proyectos y programas que involucren la participación en actividades de índole empresarial. Además, la norma reseñada guarda plena armonía con el artículo 19 N° 21 de la Constitución, según el cual el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza”.

³⁰ Dictamen N° 763/95.

De lo expuesto y partiendo de la base que el objetivo del establecimiento del inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, fue proteger la iniciativa privada en el ámbito empresarial [y no al Estado de los riesgos propios de esta actividad] –evitando el desarrollo exagerado, privilegiado y abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado, las cuales tienden a alterar la competitividad del mercado y retraen la iniciativa particular– cabe afirmar que a la *participación del Estado* en este tipo de actividades debe dársele un sentido amplio, comprensivo de todo tipo de cooperación o intervención que determine un favorecimiento en el ámbito empresarial, como creemos que lo ha hecho la Corte Suprema en la sentencia dictada en el caso del Metro S.A.

El desborde constitucional, por su parte, que se verifica cuando el Estado y sus organismos “*desarrollan y participan*” en actividades empresariales –fuera de las hipótesis evidentes–, tiene lugar en dos situaciones, como anota Fermeandois³¹. Una, cuando una empresa estatal u organismo perteneciente a la Administración del Estado, creada y autorizada por ley para desarrollar determinadas actividades empresariales, desborda su giro ingresando a desarrollar otras actividades análogas, o completamente diferentes a las autorizadas sin mediar habilitación alguna; Otra, cuando una empresa u organismo estatal que carece de autorización legal para desarrollar o participar en actividades empresariales, ingresa, no obstante, a desarrollarlas, sea a través de terceros, en asociación, agrupación, convención, u otra fórmula jurídica o de hecho.

Revisados, aunque someramente, los contenidos esenciales del instituto del Estado empresario, veremos ahora, cómo este se proyecta en el ámbito municipal.

Para este efecto diremos primeramente que la garantía que la Constitución dispensa a “toda persona”, se concreta en este campo en el artículo 11° de la ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades, repitiendo la norma constitucional. En efecto, señala el precepto que “*Las municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado las autoriza*”.

Este precepto fue incorporado a la normativa municipal con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 18.695 [Orgánica Constitucional de Municipalidades], cuerpo legal promulgado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la CPE, y que vino a armonizar en forma definitiva la normativa aplicable a estas corporaciones y el articulado constitucional, especialmente en lo relativo a la garantía de libertad económica del artículo 19 N° 21 de la CPE, y la regulación de la actividad empresarial del Estado y sus organismos.

Hasta antes de su entrada en vigencia, en esta materia, existió una suerte de “zona gris”, pues, por un lado, se encontraba vigente el texto constitucional que consagraba como garantía individual el derecho de toda persona a ejercer cualquier actividad económica y el derecho a una actuación empresarial del Estado, subsidiaria y excepcional y, por otro, se mantenían plenamente vigentes, según algunos³², los preceptos contenidos en los artículos 55 al 60 del D.L.1289, de 1975, Orgánico de Municipalidades, en relación con el artículo 5° transitorio de la CPE³³. Conforme al primero de ellos [artículo 55], “*En casos calificados, cuando se trate de necesidades imprescindibles que no puedan ser satisfechas por los particulares, podrán establecer empresas municipales*”.

Con la derogación de dichas disposiciones, dispuesta por el artículo 143 de la Ley 18.695, se zanjó definitivamente toda discusión, y se relevó el actuar municipal en estas materias a un plano excepcional y subsidiario.

³¹ FERMANDOIS V. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 1, pp. 193-201. (1999), Sección Jurisprudencia.

³² PRECHT PIZARRO Jorge. “Empresas Municipales y Estado Empresario”, en Gaceta Jurídica 1988, p. 8.

³³ “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

No obstante encontrarse ya desaparecida dicha disposición legal, ello nos revela que, desde siempre, el ámbito del quehacer municipal –dada la variedad y amplitud de sus competencias– ha sido un campo complejo desde el punto de vista de la intervención estatal en el desenvolvimiento de las actividades que se desarrollan en la comuna, en especial las de tipo económico-empresariales.

La autonomía de que se dota a los municipios³⁴, unido a la multiplicidad de funciones y atribuciones con que cuentan, muchas de ellas, en la práctica vinculadas a actividades potencialmente generadoras de lucro o utilidad, devienen en *económicas*, en un sentido constitucional, formando parte de la órbita de actuación propia de sus actuaciones³⁵.

Se advertirá ya, cómo en el ámbito municipal, los entes que lo conforman, regidos *in integrum* por el estatuto del Estado empresario [artículo 19 N° 21 de la CPC y 11° de la Ley 18.695], ya sea por resabios de su antigua regulación orgánica o, por la vastedad y amplitud de sus atribuciones y facultades, es un área de actividad en la cual a diario se pone a prueba la taxatividad de su regulación frente a la praxis de su actuación.

Comoquiera que sea, una prohibición, un deber de abstención o una garantía de los particulares frente al Estado, los municipios, se encuentran impedidos, salvo autorización legal previa y expresa, de *desarrollar o participar* en actividades empresariales dentro del ámbito territorial de su comuna. Les está vedado, en consecuencia, ejecutar acciones que directa o indirectamente supongan o impliquen llevar adelante en forma protagónica un quehacer empresarial o, tomar parte de alguna forma, como señala Soto Kloss, en algún acuerdo, convenio, trato o negocio con otro u otros sujetos y de lo cual se obtiene utilidad habiéndose aportado algo.

La subsidiariedad en el plano municipal sin embargo, no excluye la ejecución de actos de comercio, de actividades económicas comprendidas dentro de la “especialidad del giro”. Solo las actividades empresariales caen dentro del marco de restricción que prescribe el artículo 11°, es decir, es la actividad empresarial lucrativa, esto es, aquella “*acción económica destinada a la producción o comercialización de determinados bienes y servicios para ser transados en el mercado*”³⁶, en la que no pueden ingresar las municipalidades, por regla general, por la vía de su desarrollo directo o la participación en las mismas.

Dentro del ámbito municipal, son abundantes los fallos judiciales y pronunciamientos de CGR que abordan el tema. Dentro de un criterio de selección, encontramos los siguientes:

En el año 1995, la Corte de Santiago, conociendo de un recurso de amparo económico interpuesto en contra de la Municipalidad de Santiago y la Subsecretaría de Pesca, en el cual se les imputaba el haber ingresado al negocio de explotación de un terminal pesquero, lo rechazó, invocando al efecto que la construcción de la infraestructura para el funcionamiento de un terminal de esta naturaleza –destinado a satisfacer necesidades urgentes de la comuna y financiado con fondos provenientes de una donación– no constituye el desarrollo ni la participación en actividades empresariales, *sino tan solo el cumplimiento de finalidades sociales que son características de los entes públicos*³⁷.

Más recientes son dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso [ambas rechazaron los RAE], en las cuales se denunciaban desbordes infraccionales al estatuto constitucional del Estado empresario por parte de los municipios de Viña del Mar³⁸ y Limache³⁹.

³⁴ Consagrada expresamente en los artículos 107 y 111 de la CPE.

³⁵ FERNANDOIS V., ob. cit. p. 147.

³⁶ Concepto incorporado en el proyecto de ley interpretativa constitucional, Subcomisión Carmona, artículo 1°, letra b).

³⁷ Sentencia pronunciada con fecha 4 de julio de 1995 (Rol 2.798-95) transcrita parcialmente en Fernandois, ob. cit. en nota N° 6, p. 169.

³⁸ Sentencia de la Corte de Valparaíso de fecha 1 de abril de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 7 de mayo de 1998, pronunciadas en causa sobre recurso de amparo económico caratulado “Piña Parraguez, Ignacio con Alcalde de Viña del Mar” (Rol 1360-98), transcrita íntegramente en ob. cit. Nota N° 32, pp. 193-201.

³⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de octubre de 2000, Rol 665-99, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 30 de noviembre de 2000, Rol 4379-2000, pronunciada en causa caratulada “Ebner y Otros con Alcalde Limache”, citada por Fernandois en ob. cit. Nota N° 6, p. 187.

En el primero de ellos, la Corte, estimó que la escuela de conductores creada por la Corporación Municipal de Viña del Mar para el Desarrollo Social, era una actividad desarrollada por una entidad sin fines de lucro distinta al municipio y que, por ello, la actividad en cuestión no era de tipo empresarial, dado que no tenía por finalidad la obtención de lucro. Vemos cómo para la Corte la idea del lucro es un elemento esencial de la actividad empresarial. En el segundo, el mismo tribunal —esta vez con un voto de minoría— desechó el recurso de amparo económico interpuesto por un grupo de médicos veterinarios de Limache, que denunciaban la vulneración por parte del municipio, de las normas sobre Estado empresario, al involucrarse este en la construcción, administración y operación de una clínica veterinaria en la comuna: La Corte, levantando similar criterio al aplicado en el caso de la escuela de conductores lo rechazó, afirmando que la actividad no tenía el carácter empresarial.

Por su parte, en la jurisprudencia de CGR, encontramos dos pronunciamientos, si bien referidos a situaciones no tan relevantes, sí destacables desde el punto de vista del concepto aplicado en ellos.

En el primero de ellos, mediante dictamen N° 24.171/91, en una “pintoresca” situación determinó que la Municipalidad de Carahue no desarrollaba ni participaba en actividades empresariales si procedía a la corta y venta de los árboles ubicados dentro de las escuelas rurales municipales, destinando su producto al mejoramiento de dichos establecimientos. Tal afirmación se fundamentó en que tales actos no constituyen una actividad empresarial desarrollada por la municipalidad, evento en el cual, acorde con la Ley 18.695, artículo 11°, en relación con el artículo 19 N° 21 de la Constitución, se requiere una ley de quórum calificado que la autorice. Según CGR, el corte o tala en este caso, atendida su antigüedad, características y ubicación, necesitaban ser removidos y enajenados, debiendo ingresarse el producto de tal venta en cuentas del presupuesto municipal y no en el área de los servicios de educación traspasados, pues se trata de bienes municipales.

El segundo de los pronunciamientos de CGR es aquel contenido en el dictamen N° 25.774/96, por el cual el contralor se abstuvo de tomar razón de una resolución de la Subsecretaría de Marina que otorgaba a la Municipalidad de Puerto Cisnes, una concesión de acuicultura de porción de agua y fondo de mar en la comuna. El razonamiento utilizado por CGR para rechazar tal acto administrativo giró sobre la base que la LOCM no entrega a los municipios atribuciones en materia de acuicultura, la cual —según CGR— reviste el carácter de actividad empresarial, a la que, de conformidad con el artículo 19 N° 21 de la CPE, y 9° de la Ley 18.695, los municipios pueden desarrollar o participar si cuentan con la autorización legal concedida en los términos allí establecidos. Posteriormente, dicho pronunciamiento fue confirmado mediante dictamen N° 32.969/97, no obstante lo cual, esta vez, sí se autorizó a la Municipalidad de Puerto Cisnes para ser beneficiaria de la concesión de acuicultura referida. En efecto, señaló CGR que, la *“entidad edilicia puede ser titular de una concesión de acuicultura para el cumplimiento de los fines educacionales que le corresponden”*, en atención a que en el caso específico, con anterioridad se había suscrito un convenio entre el Ministerio de Educación y dicho municipio, por el cual este desarrollaría un proyecto de habilitación de la especialidad de acuicultura en un establecimiento educacional de su dependencia, otorgando enseñanza técnico-profesional en el rubro.

Ciertamente, no pretendemos haber agotado el tema del Estatuto Constitucional del Estado Empresario y su aplicación en el ámbito municipal, pero sí haber establecido las bases conceptuales que nos servirán, en lo sucesivo, para el análisis y demostración de la tesis que involucra este trabajo.

III. ADMINISTRACIÓN *VERSUS* EXPLOTACIÓN DE BIENES MUNICIPALES

Consecuente con el principio de la “autonomía municipal” consagrado por la carta fundamental en el artículo 107, y reafirmado en los artículos 1° y 14 de la Ley N° 18.695, LOCM, los municipios se encuentran dotados de patrimonio propio para el cumplimiento de su finalidad de satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar la participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

Esta autonomía —expresión del principio de descentralización administrativa— implica, entre otros aspectos, que los municipios no se encuentran sometidos a un vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República ni de los Ministerios y, en general cumplen sus funciones y atribuciones sin supeditarse a otros organismos del Estado, reconociendo únicamente como límite tanto la sujeción al ordenamiento jurídico [artículos 6° y 7° de la CPE], como la actuación dentro de los planes nacionales y regionales que regulan la actividad y la coordinación con el resto de los organismos públicos [artículos 9° y 10° de la ley 18.695].

Ella junto a la amplitud de fines que se asignan a los municipios, desembocan naturalmente en una serie de funciones y atribuciones específicas que la ley les entrega para el adecuado cumplimiento de estos, entre las cuales resalta aquella establecida, con carácter de esencial, en el artículo 5, letra c) de su regulación orgánica. Conforme a esta, las municipalidades podrán administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido el subsuelo, existentes en la comuna, atribución cuyo ejercicio se entrega al alcalde, en cuanto autoridad máxima de la comuna, en el artículo 63, letra f) de la misma ley.

Esta verdadera “autonomía patrimonial”, en que se traduce la atribución esencial que le confiere la LOCM a las municipalidades de administrar su patrimonio⁴⁰, especialmente los bienes municipales y los nacionales de uso público⁴¹, implica en términos generales, la prerrogativa de la autoridad municipal —el alcalde⁴²— de determinar soberanamente el uso y destino de ellos, pudiendo legítimamente en ejercicio de tal facultad, calificar las circunstancias que conducen a una correcta y más eficaz utilización de los mismos con miras al cumplimiento y satisfacción de sus fines propios.

Ahora bien, en términos generales “*administrar*” es *gobernar, regir, disponer de bienes, y “administración” es gobierno de la hacienda y de los bienes, y, gobierno deriva de “gobernar”, que significa mandar con autoridad, regir una cosa*⁴³. De modo particular, *administrar* una sociedad como cualquier persona jurídica, es “*regir y mandar sobre su patrimonio y sus recursos*”.

Se señala que la función de administración comprende la denominada “*gestión operativa*”, noción comprensiva de todos los actos de administración que consisten en la realización de operaciones configurativas de las actividades que integran el objeto social. Traslados estos conceptos al ámbito municipal, se tiene que la atribución de que gozan los municipios de administrar sus bienes se traduce en la ejecución de todos los actos [sentido amplio] que miran a la conservación del patrimonio administrado y a la reparación e incremento de esos bienes mediante las obras, actos, contratos y enajenaciones que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales⁴⁴.

⁴⁰ El artículo 13 de la Ley 18.695, expresa: “El patrimonio de las municipalidades estará constituido por: a) los bienes corporales e incorporales que posean o adquieran a cualquier título. b) el aporte que le otorgue el Gobierno Regional respectivo. c) los ingresos provenientes de su participación en el Fondo Común Municipal. d) Los derechos que cobren por los servicios que presten y por los permisos y *concesiones que se otorguen*. e) Los ingresos que perciban con motivo de sus actividades o de las de los establecimientos de su dependencia f) los ingresos que recauden por los tributos que la ley les permita aplicar, dentro de los marcos que la ley señale, que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación local, para ser destinados a obras de desarrollo comunal, sin perjuicio de la disposición séptima transitoria de la Constitución Política, comprendiéndose dentro de ellos, tributos tales como el impuesto territorial establecido en la Ley Sobre Impuesto Territorial, el permiso de circulación de vehículos consagrado en la Ley de Rentas Municipales, y las patentes a que se refieren los artículos 23 y 32 de dicha ley y 140 de la Ley de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres. g) las multas e intereses establecidos a beneficio municipal, y h) los demás ingresos que les correspondan en virtud de las leyes vigentes”.

⁴¹ El artículo 5° de la Ley 18.695 prescribe: “Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales. c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido el subsuelo, existentes en la comuna, salvo [...]”.

⁴² El artículo 63 de la Ley 18.695 prescribe que: “El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: letra f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley”.

⁴³ ALONSO MARTÍN, Enciclopedia del Idioma, Edit. Aguilar, Madrid, 1958, t.I, p. 127.

⁴⁴ STITCHKIN BRANOVER, D. El Mandato Civil. Editorial Jurídica, 1975, p. 248.

En consecuencia, los fines institucionales de estas corporaciones [satisfacción de las necesidades de la comunidad local y asegurar la participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna] imponen un límite natural a la ejecución de los actos que caen dentro de la órbita de la administración. A entera semejanza de lo que ocurre en otros institutos jurídicos [en materia societaria], en este caso, los fines y objetivos asignados a las municipalidades estructuran una suerte de “giro municipal”, a cuyo amparo deberá llevarse a cabo y ejercerse la administración de los bienes que conforman al patrimonio municipal.

Como advertíamos, el ejercicio de la facultad de administración sobre el patrimonio municipal, y en especial sobre los bienes municipales y los nacionales de uso público⁴⁵, supone necesariamente la ejecución de una serie de actuaciones [actos en sentido amplio], que precisamente tienen su fundamento inmediato en dicha facultad. El régimen de permisos y concesiones que pueden otorgarse sobre ellos [artículo 36 de la Ley 18.695], la atribución de otorgarlos, renovarlos y poner término a los permisos municipales [artículo 63, letra g)], la facultad de adquirir y enajenar bienes muebles e inmuebles municipales [artículo 5º, letra f)], la competencia para establecer derechos por los servicios que presten y por los permisos y concesiones que otorguen [artículo 5º, letra e)] y la prerrogativa para ejecutar los actos y celebrar los contratos *necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad*, son ejemplos de ello.

Las facultades de los municipios sobre estos bienes, como lo ha señalado la CGR⁴⁶ aunque en términos equívocos, se reducen a *administrar* los bienes nacionales de uso público situados en la comuna y disponer⁴⁷ de los bienes municipales. El concepto de administración, referido a los bienes nacionales de uso público, es un concepto amplio, y abarca todo acto que no signifique la disposición del bien administrado⁴⁸.

Sobre la base de lo anterior, y para los efectos de clarificar el contrapunto que encabeza este acápite, pondremos el acento solo en aquellas situaciones que usualmente se presentan respecto de los bienes de propiedad municipal, excluyendo a los bienes nacionales de uso público.

Por de pronto, en esta categoría amplia –bienes municipales– se incluyen, ente otros, los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, así como los “establecimientos” de que es propietaria, entre los cuales se cuentan, por ejemplo, los centros educacionales⁴⁹, hoteles⁵⁰, mercados, casinos⁵¹ de juegos, museos, bibliotecas⁵², cementerios⁵³, centros culturales, jardines infantiles y consultorios de salud.

⁴⁵ Atendidas las funciones y atribuciones que tienen estas corporaciones edilicias, tales facultades solo pueden ejercerse respecto de los bienes municipales y nacionales de uso público y dentro de las materias a que se refieren esas funciones, sin que puedan extenderse a otros terrenos o abarcar otras materias distintas de las allí enumeradas, como ocurre, v.g., con la realización del cierre de un inmueble privado en el cual se han construido viviendas particulares (Dictamen N° 13.835/87).

⁴⁶ Dictamen N° 14.122/87 de CGR.

⁴⁷ La facultad de disposición se comprende dentro del concepto de administración conforme al antiguo aforismo jurídico de que “quien puede lo más, puede lo menos”.

⁴⁸ Dictamen N° 75.007/79 de CGR.

⁴⁹ Dictámenes N° 26.817/99 y 6.496/89 de CGR.

⁵⁰ El D.S. N° 103, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 1986, artículo 3º, define el hotel como “aqueel *establecimiento* en que se presta fundamentalmente el servicio de hospedaje, en un edificio o parte independiente del mismo, constituyendo sus dependencias *un todo homogéneo*, sin perjuicio de proporcionar otros servicios complementarios, y cuya capacidad mínima sea de diez habitaciones”.

⁵¹ Dictámenes N° 39.957/2000 y N° 49.306/99 de CGR.

⁵² Entregar en custodia los bienes muebles que forman la Biblioteca Municipal, es entregar en administración el *establecimiento bibliotecario*, al tenor del inciso tercero del artículo 8º de la Ley 18.695 (Dictámenes N° 18.127/88, 6.496/89 y 27.381/89 de CGR).

⁵³ El D.S. N° 537, de 1970, del Ministerio de Salud, artículo 2º, letra a), define el cementerio como “un *establecimiento* destinado a la inhumación o a la incineración de cadáveres o de restos humanos y a la conservación de cenizas provenientes de incineraciones”.

Sobre estos y con el objetivo de cumplir con sus fines específicos, las municipalidades ejercen en plenitud sus facultades de administración, las que llevan a cabo con total autonomía acorde con el principio que rige tal atribución. La casuística nos muestra situaciones como las siguientes, en que las municipalidades administran sus bienes [establecimientos] a través del otorgamiento de concesiones. Así, se observa cómo municipios propietarios de “establecimientos” entregan en concesión a particulares, bibliotecas, museos, casinos, cementerios, hoteles, establecimientos educacionales, etc.

El principio de la autonomía de administración que ilumina todo el régimen de bienes municipales, les habilita a estas corporaciones edilicias, en términos amplios, para determinar si entrega o no estos bienes en administración a particulares y, en ese evento, le faculta para fijar y decidir las condiciones, plazos y demás requisitos a que estos deberán someterse para optar a ella. En suma, las municipalidades soberanamente fijan las bases de la respectiva propuesta.

Es dentro de este contexto de unilateralidad en la fijación del pliego de condiciones que ha de regir la vinculación contractual entre el municipio y el particular [beneficiario de una concesión de este tipo], de donde surge en germen, la contrapartida a una simple administración de los bienes municipales, cuyo objetivo esencial, como ya se señalara, se orienta únicamente a la satisfacción de las necesidades de la comunidad local. En efecto, disponiendo los municipios de un poder soberano para establecer las condiciones en que se entregará a los particulares un determinado bien municipal, con frecuencia, incorporan cláusulas que suponen directa o indirectamente una intervención en la actividad empresarial del concesionario, sea por la vía de la injerencia en el desarrollo de la misma o bien, a través de la participación en los beneficios [lucro, provecho] que la gestión comercial le reportará a aquel, intervención que lisa y llanamente configura una “*explotación comercial de sus bienes*”.

Es, pues, la *explotación de los bienes municipales*, concebida como la actividad en virtud de la cual se obtiene “*utilidad de un negocio o una industria en provecho propio*”⁵⁴, la resultante frecuente de la autonomía de que gozan los municipios en la administración de sus bienes cuando esta se abre a los particulares y cuya fuente mediata la encontramos en las bases de licitación que el municipio ha fijado como marco regulatorio de ese preciso acto de administración. Caracteriza a esta “*explotación*”, la circunstancia de que en la casi totalidad de los casos [salvo aquellos en que se encuentra legalmente autorizada], ella no se presenta en términos explícitos sino más bien en forma simulada, solapada y encubierta.

Utilidad, negocio, industria, provecho propio, son los componentes que estructuran la explotación [comercial en estricto sentido] de los bienes municipales y que distinguen a esta forma de administración –propia del ámbito privado– de aquella otra –característica del ámbito público– donde estos conceptos, ajenos del todo a su quehacer, exceden por esencia, lo que son sus fines originarios de promoción del bien común. Una administración efectuada en tales términos ingresa definitiva y directamente al ámbito de actividad reservado a los particulares.

La sola idea de que los municipios *exploten* sus bienes de la forma como se ha descrito, esto es, obteniendo utilidades, lucro y provecho de “su negocio o industria”, implica como contrapartida, que el otro sujeto de esta relación propiamente comercial –el particular–, por su parte, también ha recibido los beneficios esperados de ella, conclusión que se apoya en el indiscutible principio que preside la actuación privada en las actividades de esta naturaleza. [finalidad lucrativa]

A partir de la premisa de que ambas partes de esta relación obtienen como saldo, utilidades y beneficios, que tanto la municipalidad como el concesionario se benefician mutuamente de la concesión, en síntesis si dos sujetos convergen en tales resultados, cabe plantearse la interrogante lógica ¿a qué responde esta unión?, ¿qué tipo de vínculo tipifica esta relación?, ¿les está permitido a los municipios lucrar a través de la administración de sus bienes?

⁵⁴ Segunda acepción del verbo “explotar”. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición, España, 1992.

Pudiendo advertir ya una respuesta para tales interrogantes, no obstante, en este apartado solo dejaremos planteada la cuestión para retomarla más adelante cuando se disponga de más elementos de juicio.

Sin embargo, diremos, eso sí, que en términos generales la administración de los bienes que conforman el patrimonio municipal deber ser ejercida siempre teniendo en cuenta el marco competencial que les corresponde, el que a su vez deriva de los fines institucionales reconocidos tanto por la Constitución Política como la LOCM. En ellos, subyacen bienes jurídicos de innegable relevancia [subsidiariedad del Estado en materia económica], cuyo deber de respeto y acatamiento corresponde, en primerísimo lugar, a sus propios destinatarios.

Es por ello que la administración de los bienes municipales, bajo ningún respecto puede degenerar en una *explotación comercial* de los mismos [administrar no implica lucrar]. No es aceptable que dentro de la necesaria colaboración que debe existir entre la Administración y los particulares para la satisfacción de las necesidades de la comunidad local, se entre de lleno, como única forma de satisfacerlas, en el terreno empresarial dominado por la utilidad, el provecho y el beneficio propio.

IV. CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO

El artículo 8° de la LOCM N° 18.695, consagra los mecanismos jurídicos a través de los cuales las Municipalidades en cuanto órganos territorialmente descentralizados pertenecientes a la Administración del Estado, cumplen con los objetivos [“Para el cumplimiento de sus funciones”] que desde una perspectiva finalista les asigna el legislador en el artículo primero de su regulación orgánica constitucional⁵⁵.

La trílogía de herramientas de gestión que la citada disposición legal⁵⁶ entrega a estas Corporaciones de Derecho Público para el cumplimiento de sus cometidos institucionales específicos –satisfacción de las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de sus respectivas comunas– encuentran un límite dual, desde el punto de vista del ámbito en que estas pueden ser aplicadas. En efecto, estructuralmente los medios de que disponen los municipios para llevar adelante las tareas que le encomienda tanto nuestro ordenamiento constitucional como legal, en caso alguno pueden exorbitar el campo de acción que naturalmente les viene dado por su propia naturaleza y competencias específicas.

Así, tanto la satisfacción de las necesidades de la comunidad local, cuanto el aseguramiento de la participación de esta en el progreso económico, social y cultural, constituye un primer límite contextual en la utilización de estas herramientas de gestión por parte de los municipios, deslinde que encuentra eco en dos disposiciones de la LOCM. Desde luego el artículo 5° de dicho cuerpo legal al señalar las atribuciones esenciales de los municipios –entre las que se encuentra la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público– precisa el marco dentro del cual aquellas pueden y deben desarrollarse prescribiendo que “*Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades [...]*”, idea que se reitera en la disposición contenida en el artículo 8° al señalarse que “*Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán [...]*”.

⁵⁵ El inciso segundo del artículo 1° de la Ley 18.695 expresa: “Las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas”.

⁵⁶ Convenios, contratos y *concesiones municipales*.

Una segunda limitante se expresa también en el inciso primero del artículo 8° de la LOCM, cuando se señala que las municipalidades para el cumplimiento de sus funciones pueden celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado, “[...] *sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios*”. Aunque referida a los convenios municipales, esta prohibición, a nuestro juicio, es de aplicación general, comprensiva de toda la tipología de actuaciones que pueden llevar adelante los municipios [convenios, contratos y concesiones], habida consideración que ella no es sino una aplicación concreta del “principio de legalidad” consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado.

Las denominadas “*concesiones municipales de establecimiento*”, por cierto vinculadas a este régimen de restricción que hemos anotado, originalmente surgieron como una categoría conceptual de origen extralegal creada al alero de la jurisprudencia administrativa de CGR⁵⁷, incorporada definitivamente a nuestra legislación luego de la modificación introducida al artículo 8°⁵⁸ de la Ley N° 18.695, LOCM, por la Ley 19.130⁵⁹, cuerpo legal que reconoció expresamente su existencia al incorporar como nuevo texto el siguiente:

“De igual modo podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título”.

Con anterioridad a su consagración legislativa, las “*concesiones de establecimiento*”, en ocasiones se entendían comprendidas dentro de las concesiones de servicios y, en otras, dentro de las concesiones de bienes, según el caso específico de que tratase, revelando con ello que constituían una realidad jurídica de constante aplicación y que, por lo mismo, tuvieron que ser objeto en la época, de un diseño jurisprudencial que, aunque imperfecto, al menos tuvo la virtud de servir de antecedente a su consagración legislativa posterior.

No obstante, esa pragmática asimilación a otras categorías de que eran objeto en la práctica las “*concesiones de establecimiento*”, debe puntualizarse la sustancial y bien marcada diferencia *conceptual* que existía –y por cierto existe– entre las concesiones de bienes, la concesiones de establecimiento y la concesiones de servicios. Las primeras, como es sabido, tienen por objeto *bienes específicos*, es decir, recaen sobre bienes municipales, bienes nacionales de uso público o sobre bienes que las municipalidades posean o tengan a cualquier título y, como la ley señala, *necesariamente recaen sobre bienes específicos*, característica que las distingue intelectualmente de aquellas que recaen sobre *establecimientos* y respecto de las que giran sobre la base de *servicios*, cuyo núcleo se conforma por la entrega que hace una municipalidad a un particular –sea persona natural o jurídica– de la *atención* de un servicio municipal, esto es, de *una actividad* destinada a satisfacer necesidades de la comunidad local, por cuenta y riesgo de este, sin que ello importe el traspaso por parte del municipio de sus funciones o potestades. Ejemplo usual de esta tipología lo constituyen las concesiones de los servicios de aseo.

Contrastando con la clara diferencia conceptual entre unas y otras [Concesiones de bienes, servicios y establecimientos], la práctica y ejercicio concreto de estas competencias por parte de los municipios⁶⁰ nos revela que la línea divisoria entre ellas es más abstracta que

⁵⁷ El artículo 6° de la Ley 10.336, de Contraloría General de la República, señala que “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”. “De acuerdo con lo anterior, solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°”.

⁵⁸ Hoy dicha disposición se encuentra en el artículo 8° de la Ley 18.695.

⁵⁹ La Ley N° 19.130, en su artículo único, N° 4, sustituyó el antiguo artículo 6° de la Ley 18.695, que corresponde al actual artículo 8°.

⁶⁰ Como lo reconoce expresamente la CGR en los dictámenes emitidos sobre la materia.

concreta. En muchas ocasiones estaremos frente a una concesión que importa la prestación de un servicio y, no obstante, vemos cómo este se entrega a través de la administración de establecimientos o bienes específicos. Esta constatación nos lleva a afirmar que dado el carácter casuístico de las situaciones que pueden darse, resulta prácticamente imposible precisar en términos absolutos cuando se está frente a uno u otro tipo de concesiones⁶¹.

La jurisprudencia administrativa de CGR nos enseña que la esencia de las “concesiones de establecimiento”, está constituida por:

“la entrega en administración de una universalidad jurídica, o sea, de un conjunto de bienes muebles e inmuebles que constituyen un todo armónico, distinto de aquellos que lo conforman y en el cual se desarrolla alguna actividad respecto de la cual la municipalidad tiene competencia”^{62, 63}.

De la descriptiva definición que ha formulado CGR, resalta a primera vista su objeto. La universalidad jurídica, entendida como aquel “Conjunto de bienes y deudas, o solo de bienes, que se consideran desde el punto de vista jurídico como conformando un todo, y sometido en ciertos aspectos a reglas distintas de las que deberían aplicarse a las cosas que lo componen, encaradas aisladamente”⁶⁴, constituye su elemento esencial.

En el campo de las concesiones municipales, esta universalidad se compone de bienes muebles o inmuebles de propiedad municipal, que son capaces de conformar e integrar una unidad de mayor extensión dotada de características e identidad propia. El vínculo de propiedad –no reconocido como parte del concepto dado por CGR– que debe unir a los bienes que conforman este conjunto con el municipio, permite, desde ya, excluir a los bienes nacionales de uso público como posibles integrantes de esta universalidad, pues si bien ellos son administrados por las municipalidades, estas no se encuentran facultadas para limitar el uso que sobre ellos hace la generalidad de los habitantes, como ocurriría si se entendieran comprendidos en una universalidad constitutiva de establecimiento municipal.

El otro elemento fundamental de este tipo concesional se encuentra constituido por la *entrega en administración* que concreta el municipio a través de este mecanismo. Siendo el particular el destinatario de esta entrega –de la universalidad– hecha con fines de administración, concluimos que ello involucra para aquel la facultad de “*explotarla*” en beneficio propio, esto es, de aplicarla al ejercicio de una actividad económica o empresarial.

Finalmente, de entre los elementos que componen la conceptualización transcrita –unos esenciales y otros adjetivos– particular interés reviste para nuestro análisis, aquel que se vincula a la necesaria ligazón que debe existir entre el establecimiento objeto de la concesión y los fines municipales. A ello se alude cuando el concepto transcrito precisa que “ [...] *en el cual se desarrolla alguna actividad respecto de la cual la municipalidad tiene competencia*”. Este punto, a nuestro juicio, se resuelve bajo la perspectiva siguiente: El vínculo que debe existir entre los componentes “*concesión – establecimiento – fines institucionales*” es una exigencia que deriva de la consideración misma del órgano que pone en movimiento sus competencias para el logro de sus fines propios. En efecto, más allá de los rasgos característicos de este tipo concesional, resulta gravitante que entre la utilización de este mecanismo y su objeto, por una parte y las competencias propias de la entidad que lo emplea para el cumplimiento de su fines normativos, por otra, exista una relación de medio a fin. Si no se da esta relación el ejercicio de tal competencia carece de sentido desvirtuándose por exceso.

⁶¹ Estimamos que esta afirmación basada en el reconocimiento de una realidad que se observa a diario en el quehacer de los municipios, no se contradice con aquella otra realidad conceptual que postula la absoluta y esencial diferencia entre las concesiones de bienes y de servicios por una parte, y las de establecimiento por otras.

⁶² Dictamen N° 12.864, de 27 de abril de 1995, de CGR.

⁶³ Lo subrayado es nuestro.

⁶⁴ Vocabulario Jurídico. Henri Capitant. reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires (1986).

Por otra parte, y fuera de los elementos que, según el diseño jurisprudencial de CGR integran el concepto de una concesión de establecimiento, existen otros, que también son connaturales a este. En efecto, el *pago de derechos por parte del concesionario, la obtención de beneficios por su administración, el pago por parte de la municipalidad o alguna otra forma de prestaciones recíprocas*, según se establezca en las bases administrativas o atendida la naturaleza del establecimiento concedido, son algunos de los elementos que usualmente se presentan entremezclados en las “concesiones de establecimiento”, no teniendo ninguno de ellos el carácter esencial desde el punto de vista de su estructura.

La presencia de estos elementos y, muy especialmente la forma en como ellos se manifiesten en un tipo concesional de establecimiento específico, es un aspecto capital dentro de la estructura de este trabajo, pues a través de ellos, como se verá más adelante, se podrá indicar una asociación empresarial entre un municipio y un particular.

Por ello, sin entrar a articular la manera como ellos permiten arribar a tal conclusión, nos limitaremos en este apartado, a describir las formas que usualmente toman estos elementos. En efecto, y en lo que atañe a las prestaciones de naturaleza económica que se establecen en este tipo de concesiones, es posible reconocer ciertas fórmulas comunes. Partiendo de la base que a través de este tipo de concesiones los municipios entregan un “establecimiento” [concesionan] a los particulares con la finalidad de que estos lo administren por la vía de su explotación comercial, surge allí el origen de esa contraprestación, a saber, el pago de derechos o el canon de concesión.

En la generalidad de los casos, este canon representará la obligación más importante –a veces la única– del titular de la concesión. Este puede ser fijo o revestir el carácter de variable y, en este caso, la variabilidad dependerá de múltiples factores entre los cuales cabe mencionar a los siguientes: porcentaje de los ingresos o de las utilidades, de la facturación de determinados servicios, etc.

En forma complementaria al cumplimiento de la obligación de pago del canon de concesión por parte del titular de ella, y en forma usual, los municipios se reservan una serie de potestades o derechos sobre el establecimiento concesionado. Ello se traduce en el establecimiento de una serie de facultades y prerrogativas que las municipalidades pueden ejercer durante el devenir de la concesión y que se justifican en el deber que pesa sobre el obligado –el municipio– a satisfacer una necesidad de interés social [como es la que supone se está satisfaciendo a través del otorgamiento de la concesión de establecimiento]. Ello sucede en la práctica –dependiendo del tipo de establecimiento concesionado– con determinadas facultades de intervención en la administración, derecho de veto a determinadas acciones comerciales del concesionario, derecho a intervenir en la forma como se prestará el servicio, derecho a tener un representante en el órgano de administración del concesionario, prerrogativa para fijar derechos o tarifas mínimas o máximas y aprobaciones.

También son parte de la realidad de este tipo de concesiones, las inversiones que comprometen los municipios en el establecimiento concesionado, generalmente compensadas al particular mediante la liberación del pago de la concesión por un período determinado de tiempo o de su descuento por la vía de una rebaja proporcional del canon de concesión. También el beneficio de liberación de pago por los servicios o prestaciones que el concesionario otorgue al municipio o a su personal.

Ahora bien, rasgo común a toda la gama de concesiones a que se refiere el artículo 8° de la LOCM, y por cierto aplicable a las “concesiones de establecimiento”, es aquel que refiere a los aspectos procedimentales que deben seguir las municipalidades para su otorgamiento a los particulares. La licitación pública, la propuesta privada y la contratación directa son los mecanismos que contempla la legislación municipal para estos efectos, dependiendo la utilización de uno u otro, únicamente del monto de los contratos o del valor de los bienes de que se trate⁶⁵.

⁶⁵ Los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la Ley N° 18.695, prescriben que: “La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación

Ejemplos de este tipo de concesional abundan en la práctica de nuestros municipios. Así por ejemplo, pertenecen a esta clase aquellas a través de las cuales se entrega a particulares la administración de establecimientos de propiedad municipal tales como, hoteles, terminales pesqueros, establecimientos educacionales, bibliotecas, casinos de juegos, cementerios, terminales de buses interurbanos, mercados, etc.

En todas estas hipótesis que entrega la casuística, nos encontramos con que las municipalidades concesionan la administración y explotación de verdaderas “unidades económicas”⁶⁶, a cambio de determinadas prestaciones pecuniarias, como lo son por ejemplo, la concesión del Casino Municipal de Viña del Mar⁶⁷, la del Casino de la ciudad de Puerto Varas⁶⁸, Coquimbo⁶⁹ e Iquique⁷⁰, concesiones todas que unánimemente han sido calificadas por la CGR, como de “establecimiento”.

En estos casos, la universalidad que se entrega a los particulares para su explotación se compone básicamente de un conjunto de bienes muebles [mobiliario, máquinas de juego, equipamiento y patentes comerciales, etc] e inmuebles [edificio en donde funciona el casino], todos de propiedad municipal. Igual carácter reviste la concesión del “Hotel O’Higgins” de la ciudad de Viña del Mar, establecimiento compuesto básicamente de un inmueble de propiedad municipal, bienes muebles [mobiliario] y patentes comerciales.

En estos casos, la decisión de los municipios de proceder a la entrega en administración de estos establecimientos mercantiles a través del mecanismo de la “concesión de establecimiento”, es, a nuestro juicio, incontrovertible desde el punto de vista de la forma jurídica empleada.

Sin embargo, también encontramos situaciones en que tal decisión es más discutible y, no obstante, comprobamos cómo en ellos se ha procedido de igual forma. De este tipo encontramos casos en que se ha concesionado la administración de un inmueble *específico y determinado* considerándolo como un “establecimiento”. Ello ocurrió con el inmueble destinado al funcionamiento de un terminal de buses interurbano, el que, no obstante, se concesionó como un conjunto, esto es, como una universalidad compuesta de distintos bienes muebles e inmuebles específicos. En este caso, el edificio destinado a tal finalidad se estimó que estaba compuesto de la losa de estacionamiento, oficinas, locales comerciales, restaurante, estacionamientos subterráneos, etc.

pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales”. “Si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados o los derechos o prestaciones a pagarse por las concesiones son inferiores a los montos señalados en el inciso precedente, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante, que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados en dicho inciso, concurren imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio”. “Si no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa”.

⁶⁶ Concepto utilizado en los artículos 124, 125, 126, 127, 128 y 129 de la Ley N° 18.175, Ley de Quiebras, ubicados en el Título IX, “De la Realización del Activo” y artículos 45 y 46 de la Ley N° 18.876.

⁶⁷ El funcionamiento del Casino Municipal de Viña del Mar se encuentra autorizado por la Leyes N° 4.283 y N° 4.940.

⁶⁸ El funcionamiento del Casino de la ciudad de Puerto Varas se encuentra autorizado por la Ley N° 17.169, la que en su artículo 12 expresa: “Autorízase habilitar, explotar u otorgar en concesión un casino en la comuna de Puerto Varas, el que funcionará bajo el régimen de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 8 de la Ley 4.283”. “Corresponderá a la Municipalidad de Puerto Varas, como única forma de explotación, conceder el Casino a particulares, personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, mediante el sistema de propuestas públicas”.

⁶⁹ D.L. N° 1.544, de 1976. Artículo 2°: “La explotación del casino se concederá mediante el sistema de propuestas públicas, a particulares, personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras. No podrá otorgarse la concesión a personas jurídicas de responsabilidad limitada. Las concesiones no podrán otorgarse sino por períodos hasta de cinco años renovables”.

⁷⁰ Ley N° 18.936. Artículo 2°: “La explotación del casino se concederá mediante el sistema de propuestas públicas, a particulares, personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras. No podrá otorgarse la concesión a personas jurídicas de responsabilidad limitada. Las concesiones no podrán otorgarse sino por períodos hasta de cinco años renovables”.

Indagando acerca de las razones que han tenido los municipios para obrar de esta forma, nos encontramos que en la gran mayoría, son razones de conveniencia económica, de mejor provecho comercial o de “mejor administración” como suelen adjetivar tal proceder, las que han justificado tal forma de actuar. En otras palabras, en estos casos han primado motivaciones ajenas a la consideración de si en rigor la fórmula jurídica de la “concesión de establecimiento” era o no la idónea para hacer entrega a un particular de la administración y explotación de bienes específicos⁷¹.

V. “LAS CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO” FRENTE A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

Hasta aquí se ha dicho cuál es el marco jurídico que naturalmente rige la actuación del Estado en materias económico-empresariales. También se ha despejado y clarificado cuál es el sentido de las competencias municipales en el ámbito de la administración de sus bienes, así como sus alcances a partir de los conceptos de “explotación” y “concesión de establecimiento”.

Por otra parte, se ha precisado conceptual y terminológicamente lo que la jurisprudencia de CGR ha denominado como “concesiones de establecimiento”, señalándose sus elementos principales. De estos, entre otros, destacamos su objeto —el establecimiento— cuya noción, en su origen, envuelve la idea de desarrollo de una actividad lucrativa *por parte del particular que lo explota*, en otras palabras, de “industria”, de “comercio”.

De otro lado, se ha señalado que en la causa de la concesión administrativa y, por cierto de la municipal, se encuentra la existencia de un interés público. En efecto, para la mejor satisfacción de este interés colectivo, las municipalidades confieren al particular la facultad de prestar un determinado servicio de interés comunal, la ejecución de una obra o la administración de un establecimiento, representando para aquel la prestación del servicio, la ejecución de la obra y la explotación de un establecimiento un “negocio”, una “industria” perteneciente al ámbito de las actividades económico-empresariales, en las que el móvil de su actuación sitúa al ánimo de lucro y a la obtención de una ganancia justa como causa de ellas.

Desde la perspectiva municipal, el otorgamiento de concesiones por parte de los municipios a los particulares con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades de interés comunal y en las cuales el fin de lucro se excluye por definición, no impide, empero, que ellas puedan ser calificadas como “actividades económicas”. Desde el momento en que el concepto de actividad económica se vincula con aquellas conductas destinadas a satisfacer necesidades crecientes con recursos limitados, queda en evidencia que la prosecución de un lucro o ganancia⁷² no forma parte de su contenido esencial. En consecuencia, es perfectamente factible que una determinada actuación municipal, desprovista de todo vínculo con el concepto de lucro, sin embargo pueda ser calificada de económica.

Sobre la base de lo dicho, emerge con claridad una zona de conflicto potencial entre esta tipología concesional y las “actividades empresariales” del Estado y sus organismos que la Constitución Política circunscriben a un marco de excepcionalidad y subsidiariedad. Es esta constatación la que nos impone la tarea esclarecer y delimitar el foco de eventual conflicto entre el otorgamiento de “concesiones municipales de establecimiento” y el estatuto que la carta fundamental confiere al Estado y sus organismos en materias empresariales.

⁷¹ Sobre este aspecto véase sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua en causa Rol 3403-99, confirmada por la Corte Suprema con fecha 22 de noviembre de 1999, por la cual se acogió un recurso de protección interpuesto en contra de un alcalde por haber este arrendado a particulares un inmueble (destinado a un terminal de buses, mercado de verduras, locales comerciales y paradero de taxis colectivos) que tenía el carácter de “establecimiento municipal”, sin recurrir al mecanismo de la concesión y licitación pública, vulnerando el artículo 8° de la Ley 18.695. Base de Datos Jurisprudencial Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁷² JAEDERLUND LÜTTECKE, John, ob. cit. p. 50.

Es claro que para los efectos del artículo 19 N° 21 de la Carta Política, las municipalidades –en último término un organismo del Estado– se encuentran constreñidas por esta verdadera obligación de abstención que implica, como lo señala Soto Kloss⁷³, el deber de no interferir en actividades empresariales ni directamente, por medio de organismos estatales que la desarrollen, ni indirectamente participando en ellas a través de entidades en que sea miembro o socio. El mismo razonamiento es válido para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 18.695⁷⁴, LOCM.

En el terreno de lo práctico, ello importa que las municipalidades deben abstenerse en el ejercicio de sus competencias, de llevar adelante acciones o actuaciones que impliquen directa o indirectamente su intervención en el ámbito de las actividades empresariales, sin contar para ello con habilitación legal otorgada en la forma como prescribe la Carta Política.

De ello se sigue la cautela con que se deben observar las actuaciones municipales en el ámbito concesional, pues muchas veces, dada la difusa frontera que presentan determinadas actividades públicas, nos encontraremos con que a pretexto de ejercer una competencia municipal en colaboración con los particulares, no obstante, estaremos en frente de una verdadera alianza estratégica destinada no solo a dar satisfacción a las necesidades de la comunidad local, sino que derechamente, a satisfacer otros objetivos municipales a través de la búsqueda del lucro en sus actuaciones [urgencia de atraer nuevos recursos económicos a sus casi siempre debilitadas arcas]. En este caso, el antiguo proverbio de que *el "fin justifica los medios"*, de modo alguno puede atenuar ni menos justificar la transgresión de preceptos constitucionales y legales que descansan en las propias bases de la institucionalidad.

En estos eventos el conflicto potencial a que se aludía, se hace realidad tipificando un desborde del marco constitucional al cual se encuentran afectos los municipios, tanto por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la CPE, como por lo prescrito en el artículo 3° y artículo 6° de la Ley 18.575, LOGBAE y, artículo 11 de la Ley 18.695, LOCM.

En efecto, la *explotación comercial de establecimientos* de propiedad municipal, por la vía de su concesionamiento a los particulares, sin duda que constituye la forma como en estos casos se concreta el desborde constitucional.

Ya la entrega en administración a los particulares de un "establecimiento" lleva implícita la idea que para su titular ello es sinónimo de actividad comercial lucrativa, máxime cuando ellos tienen el carácter de "comerciales" Esto, a su vez, condiciona la actitud del municipio frente a la determinación del cómo y bajo qué condiciones entregará tal administración, de lo que resulta frecuente la fijación de condiciones en que los municipios, de alguna forma, aseguran un mayor retorno para sus bienes cuanto más éxito en la gestión obtenga el concesionario. Surge así naturalmente el concepto de *explotación de los bienes municipales* [explotación comercial del establecimiento], cuya consecuencia directa [el provecho, el lucro, el beneficio, el riesgo] revela que en estos casos la actividad municipal ha mudado a una *actividad empresarial*. El condicionamiento de actitud referido, la mayor de la veces no es explícito, sino que encubierto a través de la invocación de razones de "buena administración y mejor utilización de sus recursos".

Frente a la frecuencia e imperceptibilidad de los desbordes constitucionales –ejemplos de aquello abundan⁷⁵– constatamos la débil respuesta que por regla general nuestra judicatura ha entregado en defensa de la normativa constitucional. La primacía de la forma y no del fondo,

⁷³ SOTO KLOSS, ob.cit Nota N° 17, p. 231.

⁷⁴ "Las municipalidades podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado las autoriza".

⁷⁵ En esta línea encontramos el fallo pronunciado por una de las salas de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, luego confirmada por la Excm. Corte Suprema, en causa sobre recurso de amparo económico "Piña Parraguez, Ignacio con Alcalde de Viña del Mar y Otro", en la que se rechazaba dicha acción, declaró que una escuela de conductores creada por la Corporación Municipal de Viña del Mar para el Desarrollo Social, atendida la circunstancia de tratarse de una entidad sin fines de lucro, distinta de la municipalidad denunciada, en caso alguno podía importar por parte de esta última el ejercicio de una actividad empresarial.

en la mayoría de los casos, ha resultado el mejor aval para la consolidación de situaciones que han importado flagrantes ilícitos constitucionales de parte de organismos del Estado y especialmente de las municipalidades.

Los caracteres anotados nos hacen concluir que este tipo concesional de establecimiento en sí mismo y, a diferencia de lo que ocurre con las concesiones de bienes y servicios municipales, representan un serio riesgo infraccional para el estatuto que rige la actuación del Estado y sus organismos en materias empresariales.

La débil línea que separa a la auténtica *explotación* hecha a través de este tipo concesional y la participación verificada a través de lo que llamaremos como “asociaciones empresariales”, fundamenta el porqué de nuestra afirmación.

VI. CONCESIONES DE ESTABLECIMIENTO Y ASOCIACIÓN EMPRESARIAL

En este acápite la tarea consiste en indagar acerca de la relación que puede llegar a existir entre una “*concesión municipal de establecimiento*” y una “*asociación empresarial*” en cuanto forma en que se manifiesta una participación municipal en materias empresariales.

Esta temática se relaciona con la determinación, en el plano fáctico, del cuándo una concesión de este tipo muda en una asociación entre un municipio y un particular para el desarrollo de actividades comerciales, industriales y lucrativas. Se trata en consecuencia de determinar en qué momento se verifica entre estos actores, la convergencia de intereses que concluye con el desarrollo o participación en una actividad de índole empresarial.

De igual manera, formará parte de esta tarea la sistematización de los supuestos bajo los cuales se perfila esta asociación empresarial entre los municipios y los particulares.

a) *La concesión de establecimiento: escenario de una convergencia de intereses*

Partiendo de la base que la concesión es un mecanismo que posibilita la convergencia entre los intereses públicos y los privados, en el que se concilian conforme a su origen, la aspiración del Estado de satisfacer una necesidad colectiva en que predomina el interés general y la de los particulares de emprender una actividad lucrativa de eminente interés individual, resulta a no dudarlo, que ella propicia el escenario requerido como ambiente para la confluencia de intereses en principio contrapuestos.

Dicha nota característica, por cierto es atribuible a las “concesiones de establecimiento”, desde el momento que ellas no son ni más ni menos que una especie o tipología específica de concesión que, por lo mismo, participan de sus caracteres propios.

En estas, como podrá advertirse, el punto de convergencia entre los intereses del municipio y el de los particulares se materializa a través del *consenso* que entre ellos se produce respecto de un mismo objeto. En efecto, el deseo municipal de entregar en administración a un particular un “establecimiento municipal”, con la finalidad de que a través de ella se cumpla con una aspiración comunal cuya satisfacción cae dentro de la esfera de sus competencias específicas, encuentra eco en el interés de los particulares de emprender cualquier actividad económica de la cual puedan reportar beneficio, lucro o utilidad.

Este consenso, sin embargo, se particulariza, por un lado, cuando el particular acepta el marco de condiciones que le fija el municipio para la explotación del establecimiento concedido y, por otra, cuando este adjudicando la concesión, manifiesta su aquiescencia a los términos de la oferta efectuada, fundamentalmente en lo que se refiere a la obligación principal del concesionario, el precio, canon o derechos de concesión.

Sobre este punto específico, cabe recordar que usualmente es el municipio, dentro de un contexto de unilateralidad característico en el Derecho Público, el que regula íntegramente el contenido de la relación contractual a través de las bases de licitación. En ellas, ninguna injerencia tiene el particular. Estas, por regla general cubren todos los aspectos del vínculo jurídico que surgirá entre las partes, determinando con precisión, entre otros aspectos, el

objeto, el plazo de ella, el catálogo de derechos y obligaciones del concesionario, garantías, el inventario de los elementos que aporta, reajustabilidad, prerrogativas del municipio, pagos anticipados y muy especialmente el precio o canon de la concesión.

De lo dicho queda en evidencia que en el otorgamiento de “concesiones de establecimientos”, se genera un espacio propicio para la confluencia de los intereses originarios de sus partícipes, esto es, entre los de orden social y “económicos” del municipio y los empresariales del particular.

En efecto, los intereses de concedente y concesionario derivan de voluntades contrapuestas pero recíprocamente compatibles a través de la convergencia en torno a un objetivo común. Si el municipio desea entregar una “concesión de establecimiento” a un particular como forma de una mejor y más eficaz administración de sus recursos y, este por su parte, quiere obtenerla con el objetivo de reportar lucro a través de su explotación comercial, quiere decir que ambos convergen en la concesión y que esta le proporciona el escenario propicio para que de allí confluyan hacia un objetivo común muchas veces implícito y no declarado. [obtención de lucro]. Vemos, entonces, cómo de los intereses opuestos y recíprocos se pasa a una confluencia hacia la consecución de un objetivo implícito que, muchas veces es indiciaria de un tipo de vinculación de carácter asociativo.

b) *Actividad económica y actividad empresarial*

El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política garantiza a todas las personas un derecho cuyo núcleo consiste en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica. Este derecho es de contenido vasto, *dado que comprende tanto la libre iniciativa como la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, pudiendo ser esta extractiva, productiva, comercial, financiera, de intercambio, sea que desarrollen dentro o fuera del país*⁷⁶. La garantía de la libertad económica, de empresa, de industria y comercio, o cual sea la denominación de la acción de emprender actividades lucrativas, como se ha afirmado profusamente, tiene como a sus naturales destinatarios a los particulares. El Estado y sus organismos, en cambio, no se encuentran afectados en sus actividades al principio de la libertad de emprendimiento, sino que por el contrario, al principio formal de legalidad de su objeto.

Como proclama la más autorizada doctrina y la ya casi uniforme jurisprudencia de nuestros tribunales, el contenido de la actividad económica no es reglado o predeterminado por agente alguno⁷⁷. El individuo y su capacidad creadora dan lugar a una infinidad de actividades económicas, incluso no conocidas hasta este momento. En este mismo sentido se ha señalado por la Corte de Santiago que la garantía que dispensa el artículo 19 N° 21 de la CPE, a todas las personas, implica que estas tienen el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquiera otra forma de asociación lícita.

La amplitud del concepto queda de manifiesto en opiniones como las de Jaederlund, quien caracterizando el concepto de *actividad económica* ha señalado que “[...] es necesario tener presente que una actividad económica para ser considerada como tal, no debe necesariamente traducirse en un propósito de obtener lucro. El concepto de actividad económica dice relación con aquellas conductas destinadas a satisfacer necesidades crecientes con recursos limitados, no siendo de su esencia la prosecución de un lucro o ganancia determinado”⁷⁸. En lo que se refiere al contenido esencial de la actividad, la postura del autor, como veremos más adelante, coincide con la de otros exponentes en la materia.

⁷⁶ Considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciada en causa caratulada. “Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vino, A.G contra Ministerio de Agricultura”, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 19 de junio de 1996, en Gaceta Jurídica N° 192, p. 25.

⁷⁷ FERMANDOIS V., ob. cit. 95. p.

⁷⁸ JAEDERLUND LÜTTECKE, ob. cit. p. 50.

En la idea de fortalecer al máximo el derecho de los “individuos” a emprender actividades de esta índole y con el ánimo de darle una vastedad irreductible, la CENC evitó utilizar la expresión “empresa”, no obstante, que hubo consenso que entre esta y las actividades empresariales existe una relación de género a especie.

Ahora bien, la especie del género actividad económica, es precisamente *la actividad empresarial*. En un sentido natural y primario, es posible definir la actividad empresarial como *aquel conjunto de operaciones o tareas propias de una empresa*. Aunque tautológica y, por lo mismo, carente de contenido material, una definición semejante es útil en cuanto revela la noción de “empresa” como elemento determinante de dicho contenido.

En nuestra legislación no se contempla una definición de empresa en términos generales. A nivel de doctrina jurídica y económica tampoco existe una noción relativamente consensuada de tal concepto, aunque se le suele referir como *una forma organizada de realizar una actividad económica* o, también, como *el cuerpo organizado que desarrolla de tal forma una actividad económica*. El debate en esta materia se ha centrado en la determinación de los factores indiciarios que permiten reconocer la existencia de una empresa. Así, Jorge Precht⁷⁹, recogiendo un estudio de la Comunidad Económica Europea, señala como elementos constitutivos de una empresa los siguientes: 1) la existencia de un organismo determinado y unitario; 2) una cierta permanencia [nuestra idea de habitualidad]; 3) posibilidad de realizar un beneficio [lucro]; 4) actividad económica: producción, intercambio, circulación de bienes o servicios; 5) relación con una clientela [un mercado]; 6) sujeto de derecho; 7) dirección autónoma y 8) contabilidad propia.

Algunos de estos elementos se encuentran presentes en la acepción de la voz “empresa”, contenida en el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, y recogida por la Corte Suprema en materia de actividad empresarial del Estado. En efecto el máximo tribunal ha definido empresa como:

*“Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de producción y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad”*⁸⁰.

Las falta de acuerdo en cuanto a la esencialidad de cada uno de los factores que se han dado de la noción empresa, genera grandes dificultades a la hora de determinar la naturaleza empresarial de ciertas actividades económicas, en las que falta alguno (s) de ellos. La concurrencia de todo ello, en cambio, es considerado indicio claro de existir una actividad empresarial.

En lo que dice relación con la *finalidad de lucro* en cuanto elemento esencial de la actividad empresarial, observamos que no es un tema agotado. En efecto, la tendencia original en este punto fue considerar a este como un elemento esencial. Sin finalidad de lucro no existe actividad económica ni empresarial. Bertelsen comentando el fallo pronunciado por la Corte Suprema en el caso de la “Universidad Mariscal Sucre” (1997)⁸¹ adhiere a esta tesis. Igual predicamento observa la Corte Suprema en el fallo pronunciado en el RAE, “Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca y Municipalidad de Santiago”⁸², en el cual señaló:

*“Ciertamente, cuando una empresa, persiguiendo un fin lucrativo, construye edificios con el objeto de obtener una utilidad, sea haciéndolo por encargo de un tercero o por cuenta propia para luego revender o de cualquier otra forma que implique ganancia, dicha actividad es empresarial [...]. Pero cuando un organismo público, sin perseguir finalidad económica alguna, construye estructuras destinadas al servicio de propósitos del grupo social, [...] esa actividad no puede ser calificada como empresarial”*⁸³.

⁷⁹ Véase “El Estado Empresario” en Revista Chilena de Derecho (1984), pp. 15-16.

⁸⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1995, T. XCCII, Sección V, p. 197.

⁸¹ BERTELSEN. Raúl, en Informe Constitucional N° 1668 (6 de enero de 1998) citado por Fermandois V., en ob. cit. p. 106.

⁸² Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1995, T. XCCII, sección V, p. 197.

⁸³ Lo subrayado es nuestro.

Sin embargo, autores^{84, 85} recientemente han levantado la tesis contraria, esto es, que el propósito o fin de lucro no necesariamente forma parte del concepto de la actividad económica y por tanto de las actividades empresariales, postura que ha encontrado eco en algunos fallos, aun cuando en voto de minoría. Así, en voto disidente de un fallo recaído en un RAE interpuesto por la Asociación Chilena de Seguridad en contra de la Superintendencia de Seguridad Social se afirmó:

“Que de este modo, no resulta posible sostener el que actividades no lucrativas, como las que desarrollan las recurrentes, no se encuentren debidamente protegidas por el constituyente en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. En efecto, la circunstancia que nos encontremos frente a actividades no lucrativas en nada impide que sean calificadas de actividades económicas, desde el momento que ellas también son consecuencia de la libre iniciativa para producir bienes y servicios y cuya finalidad en este caso preciso no es otra que satisfacer necesidades asistenciales y económicas tanto de los asegurados como incluso terceros ajenos al sistema previsional mutual”⁸⁶.

Comoquiera que sea, el “lucro” esencial o no al concepto de “actividad empresarial”, lo cierto es que establecido el ánimo de obtenerlo o lisa y llanamente su presencia, ello será suficiente prueba de existir una actividad empresarial.

Clarificado el alcance de lo que constituyen propiamente las actividades empresariales, desde ya, es posible establecer ciertos vínculos [en materia de concesiones de establecimientos comerciales], entre aquellas y las “actividades económicas municipales”.

c) Asociación empresarial. Indicios de su presencia

Empleamos la expresión “indicios” en esta materia, para referirnos a aquel conjunto de situaciones, aspectos, elementos y condiciones presentes en una realidad determinada, a partir de los cuales puede establecerse de una forma más o menos directa, la existencia de una “asociación empresarial” entre un municipio y un particular. La búsqueda de ellos y su sistematización dentro del ámbito de las “concesiones de establecimiento” será el objetivo de este apartado.

Con tal finalidad y dentro del contexto de esta especial tipología concesional, comenzaremos por precisar el campo natural de nuestra acción. Una primera delimitación surge al considerar la naturaleza de la asociación que se pretende deducir. Así, su carácter “empresarial” circunscribe la búsqueda solo a aquellas concesiones que potencialmente puedan tener por objeto las actividades económico-empresariales. Desde luego entonces, quedan excluidas por defecto, las concesiones en que su objeto [el establecimiento] no sea de aquellos que posibiliten mediante su administración el desarrollo de una actividad lucrativa de índole comercial, industrial o de servicios.

Ergo, la única tipología concesional que tiene la potencialidad de configurar una asociación de carácter empresarial, es aquella en que el “establecimiento” es de naturaleza netamente comercial, es decir, aquel en que se desarrolla o puede desarrollarse una actividad de intercambio de este carácter. v.g. un terminal pesquero, un estadio, un hotel, un terminal de buses, un casino, etc.

Pero ello no basta. La sola existencia de una “concesión de establecimiento comercial” no implica, per se, una asociación de carácter empresarial entre el concesionario y el municipio, pues de ser ello así, estaríamos implícitamente afirmando que con su sola entrega se

⁸⁴ JAEDERLUND LÜTTECKE, ob. cit. p. 50.

⁸⁵ FERNANDOIS, ob. cit. p. 106.

⁸⁶ Considerando 3° del voto disidente del abogado Integrante señor Fernando Román Díaz, en fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando el recurso, con fecha 2 de octubre de 1998 y confirmado por la Corte Suprema con fecha 16 de noviembre de 1998. Citado por Jaederlund, ob. cit. p. 50.

vulneraría *ab initio* la norma del inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la CPE, lo que está lejos de ser efectivo.

Ahora bien, precisado el ámbito dentro del cual deberemos ubicar los elementos indiciarios a que nos referimos, adelantamos que ellos se manifiestan usualmente de tres formas. A saber: Mediante 1) la obtención del beneficio o provecho económico que las actividades empresariales reportan para el municipio; 2) el aporte de elementos fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial, sea por la vía de la entrega de bienes o la existencia de inversiones significativas y, 3) las facultades de intervención en la administración del establecimiento que se reserva el municipio en el acto concesional respectivo.

Como se advertirá, estos elementos se ubican dentro de la estructura interna de las “concesiones de establecimiento”, y se vinculan directamente con la forma y modalidades bajo las cuales los municipios las otorgan a los particulares. En efecto, ya CGR, en su dictamen N° 12.864/95, reconocía que “*esta concesión, también puede considerar el pago de derechos por parte del concesionario, la obtención de beneficios por su administración, el pago por parte de la municipalidad o alguna otra formas de prestaciones recíprocas o no, según se establezca en las bases administrativas o atendida la naturaleza del establecimiento concedido*”.

Precisamente en el pago de derechos por parte del concesionario al municipio y aquellas otras “*formas de prestaciones recíprocas*” a que alude el referido dictamen, unido a ciertas facultades que el municipio se reserva para sí en el acto concesional, se encuentra el germen potencial de esta fórmula asociativa de naturaleza empresarial y de la cual nosotros derivaremos sus indicios.

Pasando revista a las formas en que se manifiestan o se canalizan los indicios señalaremos:

- 1) *La obtención del beneficio o provecho económico que las actividades empresariales reportan para el municipio:*

Es claro que los municipios al administrar sus bienes, con frecuencia recurren al mecanismo de la concesión, de la cual obtienen legítimamente los ingresos que se aplicarán al cumplimiento de sus finalidades y objetivos propios. Sin embargo, esta legitimidad derivada del cobro de los derechos o cánones de concesión, en caso alguno, puede avalar el que por su intermedio, estas corporaciones se involucren en una auténtica explotación comercial de sus bienes, obteniendo lucro, beneficio o provecho económico.

En consecuencia, un primer indicio de la ejecución de una actividad económico-empresarial por parte de un municipio en convergencia con el interés del particular, lo encontramos en la denominada “*explotación*” comercial de sus bienes [establecimientos comerciales]. Ella se hará patente cuando el otorgamiento de una concesión de este tipo, se transforme en una *actividad lucrativa*, esto es, de la cual se obtenga un *provecho o beneficio propio*.

La práctica nos demuestra que esta “*explotación*” lucrativa, se manifiesta a través de la estipulación de cláusulas relativas al pago del canon o derechos de concesión, que directa o indirectamente suponen que el municipio toma parte en el riesgo de la actividad comercial que desarrolla el concesionario. Se trata de cláusulas cuyo contenido podríamos sintetizar en la expresión de ordinario uso, pero no por ello menos gráfica, que “*si el concesionario gana, también gana el municipio*”. A la inversa, “*si este pierde la municipalidad también pierde*”. Para los fines indiciarios en que estamos inmersos, se excluyen en consecuencia las cláusulas contractuales en que el canon consista en una cifra fija e inmodificable, cualquiera sea el resultado de la gestión comercial del establecimiento.

Mediante la incorporación de estas estipulaciones el municipio obtiene, como contraprestación a la entrega en administración del establecimiento, un canon de concesión cuya cuantía se vincula, entre otros, a los siguientes factores índices: a) ingresos brutos de la concesión; b) utilidades del concesionario; c) ventas del establecimiento. En estos casos, el monto del canon que percibirá el municipio nunca será fijo, sino que dependerá únicamente del éxito de

la gestión comercial del establecimiento, pudiendo incluso darse el caso de no percibir canon alguno, como sería si dicha gestión fuera deficitaria. Idéntica situación se observa cuando en aquellas estipulaciones contractuales el canon se determina conforme a un sistema mixto, como sería, por ejemplo, cuando el concesionario estuviera obligado a pagar un monto fijo, más un porcentaje de los ingresos, utilidades, etc. En una zona fronteriza se encuentran, a nuestro juicio, las cláusulas conforme a las cuales el concesionario tiene derecho a la rebaja del canon, en el evento de que los ingresos o utilidades de la concesión disminuyan en un porcentaje previamente pactado. Este elemento será importante de analizar en relación con otro u otros con que se presente en una situación concreta.

Aunque distinto a los anteriores, pero vinculado al tema del lucro, encontramos otro elemento frecuente, que la mayor de las veces aparece en forma solapada o encubierta. Nos referimos a aquellos pagos de sumas considerables que, conforme a la exigencias de las bases de licitación, el concesionario se encuentra obligado a pagar en forma anticipada. Generalmente estas exigencias de pagos anticipados no aparecen fundamentadas, ni nominadas, salvo cuando se señala que ellos corresponden a anticipos de cánones de concesión futuros [lo que en principio no levanta sospecha alguna]. La falta de fundamentación unida al hecho de que se trata de la entrega de un establecimiento comercial, nos sugiere que en estos casos se está en presencia de un auténtico "Derecho de Llaves".

No cabe duda que un municipio en estos eventos ingresa al ámbito de las actividades empresariales del concesionario compartiendo su riesgo y, consecuente con ello, obteniendo un provecho económico acorde con la entidad del incertidumbre asumida.

- 2) El aporte de elementos fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial, sea por la vía de la entrega de bienes o la existencia de inversiones significativas.

Esta forma de manifestación –indiciaria–, tempranamente nos fue advertida por Bertelsen y más recientemente por Soto Kloss y la Corte Suprema. El primero, ya en el año 1987 describía como formas indubitadas de participación del Estado y sus organismos en materias empresariales, entre otras, la "*existencia de inversiones significativas en una sociedad que realice actividades empresariales*". Soto Kloss, por su parte, en forma más amplia, incluía a esta modalidad cuando describía lo que a su juicio era la participación "[...] y en el cual trato o negocio o convenio se pone algo, se aporta algo, sea tangible o intangible, contribuyendo así a que sea posible el acuerdo con otros", idea que también recogió la Corte Suprema en el caso "Metro S.A."

Comoquiera que sea, lo cierto es que comprobada que sea la existencia de aportes de bienes, inversiones u otros de esta naturaleza, de parte de un municipio a un concesionario dentro del marco de una "*concesión de establecimiento*", ello será suficiente prueba de que allí ha existido o existe algo más que el simple otorgamiento de una concesión. Y ese algo más será definitivamente una asociación de corte empresarial entre concedente y concesionario, caracterizada por la participación del primero en la actividad económica del segundo.

En el plano concreto, la presencia de este elemento usualmente toma alguna de las siguientes formas: Desde luego, en estos casos, lo primero que resalta es el aporte o entrega del establecimiento comercial mismo en donde se desarrolla la actividad empresarial, a lo que generalmente se asocia una patente comercial de titularidad municipal. También se presenta, como anticipábamos, mediante la aplicación de inversiones significativas en el establecimiento. Estas generalmente serán de cargo del concesionario, pero soportadas en definitiva por el municipio, a través de su imputación a los derechos de la concesión. Estas situaciones denotan que el municipio, durante la explotación de la concesión, aplica recursos materiales que van en directo beneficio del concesionario y de su actividad, por la vía del mejoramiento de la infraestructura del establecimiento.

La evidencia de esta hipótesis refleja que el municipio no solo tiene con el concesionario un vínculo contractual como cualquier otro del quehacer municipal, sino que por el contrario, este se proyecta más allá de lo puramente concesional, mediante la colaboración interesada en

la gestión que al particular corresponde en la explotación del establecimiento, hecho que a no dudarlo, envuelve la existencia de una verdadera asociación para el desarrollo de actividades empresariales.

- 3) Las facultades de intervención en la administración del establecimiento que se reserva el municipio en el acto concesional respectivo.

La tercera de las vías por las cuales se encausan estos indicios, dice relación con ciertas facultades que la municipalidad concedente se reserva para sí en el acto de otorgamiento de la concesión. El origen de este tipo de facultades, como la generalidad de las veces lo invocan los municipios, viene dado por la propia naturaleza del instrumento concesional. Es propio, según ellas, que en estas la autoridad concedente se reserve ciertas prerrogativas, dada la finalidad con que ellas se otorgan [satisfacción de necesidades comunales].

Por lo general, estas prerrogativas se particularizan en determinados derechos que recorren un amplio espectro del devenir de la concesión. Entre ellas, destacan tanto facultades de mera fiscalización como algunas que derechamente entran en el terreno de la coadministración e intervención en la explotación del establecimiento.

Así podemos mencionar las siguientes facultades: a) de veto de determinadas actividades del concesionario; b) para establecer horarios de funcionamiento mínimos y máximos; c) fijación de tarifas mínimas o máximas⁸⁷; d) para aprobar o rechazar cualquier modificación estatutaria de la sociedad concesionaria; e) para aprobar o rechazar modificaciones en el establecimiento; f) para tener un representante en el organismo de administración; g) para revisar y aprobar presupuestos de la concesión.

Ciertamente que este tipo de prerrogativas y derechos del municipio tanto sobre la actividad empresarial que desarrolla el concesionario, como sobre el establecimiento mismo, desbordan lo que es una simple fiscalización entrando frontalmente al área naturalmente reservada al empresario, esto es, a la administración.

- d) *Asociación empresarial: Un resultado previsible de la "Concesión de establecimientos mercantiles"*

Ante la ausencia de un concepto unívoco sobre qué es lo que debe entenderse por la expresión "*asociación empresarial*", comenzaremos tratando de forjar una definición que, aunque descriptiva y no material, nos sirva como herramienta de análisis en el desarrollo de estas ideas. Es por ello que nuestra tarea se centrará en la búsqueda de una conceptualización que sea instrumental a los objetivos de este trabajo, por lo que su aplicación será particularizada al ámbito del derecho municipal.

En este sentido y tomando como base el Diccionario de la Lengua Española, se tiene que "*asociar*", en su segunda acepción significa "*juntar una cosa con otra, de suerte que se hermanen o concurran a un mismo fin*". Por su parte, la voz "*empresarial*" nos remite al concepto de "*empresario*", el cual significa, en una primera acepción, "*Persona que por concesión o por contrata ejecuta una obra o explota un servicio público*" y, en una tercera, "*Titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa*".

De suerte tal, una "*asociación empresarial*", es para nosotros, aquella "*agrupación compuesta por una persona que siendo titular de un negocio, industria o empresa, ejecuta por concesión una obra o explota un servicio público y, otra que compartiendo o no esa titularidad se le une a través de estas, existiendo convergencia de intereses*".

⁸⁷ Como ocurre con la facultad que ejerció la Municipalidad de Viña del Mar en la concesión del "Terminal Rodoviario", en la que fijó tarifas máximas por "derecho de losa" a cobrar a las empresas de buses interurbanos.

Antes de entrar al fondo del análisis, advertimos al lector que para los efectos que nos proponemos, se han descartado tanto las hipótesis en que la “*asociación empresarial*” surge como una consecuencia contractual directa de la suscripción de convenciones que la implican formalmente, como ocurre con el contrato de sociedad, *joint venture* y cuentas en participación, como también aquellas en que la asociación de este tipo sea la resultante de valoraciones situacionales surgidas como consecuencia de la celebración de otras figuras contractuales –generalmente innominadas– que la supongan de un modo no formal. Dentro de estas últimas caben aquellas en que la *asociación empresarial* es deducida a partir de uno o varios actos y contratos –indicios– que suponen la voluntad de asociarse [confluencia de intereses concordantes], empero, no formalmente a través de una figura típica, como ocurrió en el caso del “Metro S.A.”, en que fue la Corte Suprema la que dedujo la “colaboración empresarial” a partir del análisis de las diferentes cláusulas de un contrato “innominado” que contenía una mixtura de obligaciones contractuales, típicas de otras categorías civiles y mercantiles.

De esta forma, en lo sucesivo, circunscribiremos nuestro análisis a aquellos casos en que la “*asociación empresarial*”, si bien arranca de un acuerdo de voluntades entre sus partícipes, a diferencia de los anteriores, este en su origen no ha tenido por objeto ni finalidad el estructurar una relación cooperativa esencialmente destinada a la concreción de un común interés lucrativo, es decir, no existe el ánimo de concretar una asociación. En estas hipótesis existe una convergencia de intereses hacia una finalidad que arranca, sin embargo, de voluntades contrapuestas pero compatibles, como ocurre en los contratos bilaterales. En ellos se da esta convergencia señalada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una compraventa cualquiera en que el vendedor quiere desprenderse de su dominio sobre una cosa y el comprador, a su vez, quiere adquirirlo. Existen voluntades opuestas pero compatibles que convergen en un acuerdo de voluntades que es la fuente y medida de sus derechos y obligaciones. Serán por tanto, objeto de nuestra atención, solo las hipótesis que en que la “*asociación empresarial*” sea la consecuencia ignorada, no representada ni deseada y, aún más, resistida por sus partícipes. De ello se sigue que en estos casos, únicamente a través de análisis *ex post* de ciertas realidades del ámbito municipal, se podrá derivar la existencia de una asociación de esta especie.

Hechas estas prevenciones y retomando la conceptualización diseñada con precedencia, diremos que en ella destacan como elementos esenciales los siguientes: a) la presencia de dos o más personas, una de las cuales, debe ser empresario; b) la ejecución por parte del empresario de una obra o servicio de naturaleza pública y, c) la convergencia de intereses.

Comprobada que sea la presencia de estos elementos en una situación concreta y determinada del ámbito municipal, un intérprete podrá comprobar la existencia de una verdadera y auténtica “*asociación empresarial*”.

Y ello será así, con entera independencia de la valoración de aspectos subjetivos de sus partícipes. En efecto, no constituyendo el “ánimo” de asociarse parte esencial del concepto, a la inversa de lo que ocurre en materia societaria con la *afectio societatis*, en estos casos, la intencionalidad no es un aspecto relevante. Incluso más, ella puede ser un elemento completamente ausente en la noción, hipótesis que es precisamente la que nos interesa. De ello se sigue que una “*asociación empresarial*”, en el ámbito municipal [por cierto en otros también] podrá surgir con o sin la intención de sus partícipes y, aun con su ignorancia, desconocimiento o rechazo. Un ejemplo bastará para comprobar lo aseverado:

Piénsese, por ejemplo, en una situación de frecuente ocurrencia en el campo municipal, en que un empresario se adjudica una “concesión de establecimiento comercial” [licitada con la finalidad de dar satisfacción a una necesidad comunal] la cual ha obtenido luego de haber resultado su oferta la más económica dentro de todas las postulantes. De otra parte, imagínese que en esta hipótesis el municipio ha debido, por aplicación irrestricta de las bases de licitación, adjudicar la concesión al proponente que haya presentado la oferta más económica (este empresario), no obstante asistirle la convicción de que aquel no es la persona técnica y comercialmente más idónea para su explotación. Finalmente, tómese como dato la circunstancia que conforme a las bases que rigieron el proceso de licitación [fijado unilateralmente por

el municipio], el adjudicatario estaba obligado a pagar como canon de concesión un porcentaje de las utilidades obtenidas por el concesionario y que, en el evento de que ellas bajaren de determinados rangos, el municipio de igual forma se hubiera obligado a reducirlo en forma proporcional. Adicionalmente, agréguese como elemento, que el municipio ha debido, por imperativo de las bases de licitación, aportar o entregar como parte del “establecimiento” ciertos bienes de su propiedad y que, además, todas las mejoras introducidas [previa autorización] por el concesionario en aquel han debido pasar a dominio municipal al término de la concesión o tan pronto como ellas se incorporaren. Y finalmente, tómesese en cuenta que el municipio se ha reservado ciertas facultades vinculadas a los estándares de funcionamiento de la concesión, tales como horarios de atención mínimos, descuentos y beneficios a determinados sectores. Podrá pensarse que se trata de un caso de “laboratorio”, artificioso o el producto de una gran imaginación. Nada de eso hay.

Pues bien, ante una realidad de estas características –reitero frecuente– surgen algunas interrogantes básicas cuya respuesta se orienta en la línea de esclarecer la temática que nos ocupa. En efecto, ¿existe en este caso el ánimo, la intención o el deseo entre el municipio y el concesionario de asociarse en torno a la actividad empresarial de este último?, ¿puede afirmarse que existió la intención o el deseo del municipio de asociarse con quien no consideraba como idóneo para la explotación del establecimiento?, ¿el municipio al licitar esta concesión buscaba un socio para desarrollar una actividad empresarial?, ¿el municipio al licitar la concesión pretendía desarrollar o participar en una actividad empresarial?, ¿el empresario acaso tenía la intención de asociarse con el municipio en la explotación del establecimiento?

Si ello no es así, emerge otra interrogante basada en las siguientes premisas. Si el municipio es propietario del establecimiento comercial; si aporta o entrega bienes para su explotación; si el monto de lo que recibe como canon de concesión está vinculado a las utilidades generadas con la explotación del establecimiento; si debe reducir el monto de dicho canon en el evento de que las utilidades bajen de determinados rangos; si las mejoras que se introduzcan al establecimiento deben ser autorizadas previamente y pasan a su dominio al término de la concesión o desde el momento en que se incorporan; si tiene injerencia en el horario de funcionamiento del establecimiento; ¿que tipo de vinculación existe aquí?, ¿es que acaso el municipio no toma parte en el riesgo de la actividad del empresario? En síntesis, ¿es posible negar en este caso o en otros en que se presenten similares peculiaridades que se ha concretado una asociación con ribetes empresariales?

De lo dicho queda en evidencia que lo que se persigue es establecer una noción *instrumental o un referente* que permita confrontar *ex post* una realidad concreta, definida, de forma tal de revelar y dejar al descubierto una realidad fáctica y no jurídica, que por lo mismo no cabe confundirla con otras categorías típicas del ámbito comercial o societario, las que, en todo caso, no resultan excluidas. En efecto, es tan “asociación empresarial” la que surge, desde un principio, al alero de un contrato de sociedad o de un contrato de *joint venture* por ejemplo, como la que se deduce a partir de la presencia de ciertos elementos originariamente desvinculados de cualquier fórmula asociativa basada en un mismo interés.

De esta forma entonces, esto es, aplicando instrumentalmente la noción delineada en los párrafos precedentes, nos daremos a la tarea de comprobar el aserto con que comenzamos este acápite. Verificar cómo entre el otorgamiento de una “concesión municipal de establecimiento” y una “asociación empresarial” –dados ciertos supuestos– existe una relación de consecuencia, de previsibilidad entre una realidad jurídica formal y tangible y otra intelectual.

Como podrá haberse advertido ya, la previsibilidad de una “asociación empresarial” en tanto consecuencia del otorgamiento, bajo ciertos supuestos, de una “concesión municipal de establecimiento” es un aspecto íntimamente ligado a las modalidades conforme a las cuales se verifica ese “otorgamiento”. Es por ello que no todas las “entregas” de concesiones de este tipo mudan en una asociación de naturaleza empresarial. Solo algunas, las dotadas de ciertas peculiaridades indiciarias de una cooperación o colaboración empresarial, son las que la tipifican.

Para ello, la noción de “colaboración empresarial” resulta útil a estos efectos.

En esta línea, la sentencia dictada por la Corte Suprema en el denominado “Caso Metro S.A.”⁸⁸, nos aporta elementos importantes. En efecto, de ella emana la denominada doctrina de “*la colaboración empresarial*”, la que según las propias expresiones del máximo tribunal consiste en:

“Que para participar de un determinado negocio o actividad económica con otra persona, sea natural o jurídica, no es menester que se haga bajo la forma de un contrato de sociedad: basta que exista lo que se denomina en doctrina una “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre unidades económicas, como sería el caso si una de las partes contribuye o facilita un bien que haga viable económicamente el negocio”^{89. 90}.

El elemento central de la tesis de la Corte Suprema, tan celebrada a nivel de la doctrina, está en la “cooperación entre unidades económicas”, actuar que se manifiesta a través de la ejecución de determinados actos positivos [contribuir o facilitar un bien], indicios inequívocos de un “*obrar conjunto con otros u otros para un mismo fin*”.

Lo relevante en la postura asumida por la Corte Suprema en el caso del “Metro S.A.,” es haber sabido distinguir con precisión, de entre las múltiples aristas del caso, los elementos indiciarios de una cooperación económica entre empresas, proyectada con la finalidad de obtener un beneficio lucrativo a través del ejercicio de una actividad que excedía el giro del Metro S.A.

Si bien es cierto que la doctrina de la “colaboración empresarial” la Corte Suprema la dedujo de un caso en que dos agentes económicos detentaban intereses concordantes orientados a una finalidad común, a diferencia de nuestra hipótesis de trabajo, no obstante estimamos que dicha doctrina es igualmente válida para los efectos de detectar las situaciones como las que nos ocupa⁹¹.

Conforme al criterio sustentado en el fallo, esta “cooperación” puede presentarse en múltiples y variadas figuras contractuales, típicas y atípicas. Esta podrá manifestarse de diversas maneras, tales como el aporte de bienes entre los partícipes u otra forma análoga.

Ambientada esta doctrina en el ámbito de las “concesiones de establecimiento”, se tiene que ella [la colaboración empresarial] se presentará cada vez que se presenten alguna o algunas de las condiciones que para nosotros constituyen “*los indicios*”, esto es, el aporte de bienes, el lucro o determinadas facultades de intervención en la administración.

Y si ello es así, concluiremos que allí donde exista cooperación o colaboración entre unidades económicas, es decir, cada vez que se presente alguno de “nuestros indicios”, se verificará una “asociación empresarial”, toda vez que en ese evento existirá una agrupación compuesta por una persona que siendo titular de un negocio, industria o empresa [el particular], explota por concesión un establecimiento y, otra que no compartiendo esa titularidad [el municipio] se le une a través de esta [aportes, inversiones, etc.], existiendo convergencia de intereses. [de obtener provecho o beneficio del desarrollo de la explotación del establecimiento].

Para nosotros la “asociación empresarial” es la figura asociativa que personifica a los partícipes de ella [desde un punto de vista infraccional] y supone la colaboración empresarial, la que constituye solo un indicio de aquella.

⁸⁸ Sentencia citada en nota N° 1.

⁸⁹ Considerando 5° de la sentencia citada en nota N° 1.

⁹⁰ Lo subrayado es nuestro.

⁹¹ Este puede ser un punto de precisión a la doctrina de la Corte Suprema. En efecto, si se lee con atención el considerando séptimo del fallo del máximo tribunal, se podrá advertir que en él se supedita la existencia de un contrato de colaboración empresarial, a la no tipificación de un contrato de arrendamiento, dando a entender con ello que, a través de este último no puede darse una colaboración de este carácter. En efecto, en dicho considerando se expresa: “Que analizadas las cláusulas resumidas precedentemente y otras del contrato aludido, y no siendo el contrato en estudio un arrendamiento, debe concluirse que se está en frente a un contrato de aquellos denominados de “colaboración empresarial” [...]”.

En consecuencia, la asociación empresarial es un resultado previsible de las “concesiones de establecimiento mercantiles”, puesto que en ellas va implícita la potencialidad de generar una cooperación para el desarrollo de una actividad empresarial, desbordante del marco constitucional establecido para el Estado y sus organismos en materias económicas.

e) *La asociación empresarial supone una “participación” del municipio en una actividad empresarial*

Clarificado por una parte el concepto de “asociación empresarial” y el contexto dentro del cual esta se presenta en el ámbito municipal y, por otra, sus elementos indiciarios, corresponde determinar ahora y, desde una perspectiva infraccional, el grado de intervención que en estos casos se verifica por parte del municipio en la actividad empresarial.

En un sentido constitucional, diremos primeramente que quien “desarrolla” la “actividad empresarial” en situaciones como la que nos ocupa, es el particular. Este es quien realiza por sí mismo, en forma directa y protagónica la actividad mediante la ejecución sucesiva de actos de comercio. Y lo hace a través de la “explotación” comercial del “establecimiento” concedido. El particular es el agente económico que interviene directamente en el mercado entrando en contacto con los consumidores.

Sostenemos que a las municipalidades en estos casos, en cambio, les cabe un grado de intervención distinto, más indirecto y no protagónico, que se resume en el verbo “participar” que la carta fundamental precisa como una de las formas a través de la cual el Estado se integra al ámbito empresarial.

Sobre la base del supuesto que cuando se tipifica un “asociación empresarial” entre un municipio y un particular, a partir del otorgamiento de una “concesión de establecimiento”, aquel no cuenta con habilitación legal para ello, observamos cómo, desde ese momento, entramos de lleno en el terreno de lo infraccional, de los desbordes fácticos al estatuto del “Estado Empresario”, donde los verbos “desarrollar” y “participar” constituyen el referente obligado de cualquier análisis de reprochabilidad.

Siendo evidente que lo que buscaba el constituyente al establecer un marco restrictivo al actuar estatal en materias empresariales, era proteger al particular de los excesos y privilegios en que estos suelen incurrir en este campo, y no a este de los riesgos propios de la actividad empresarial, debe concluirse, como lo proclama la unánime doctrina constitucional, que a la participación estatal en este ámbito, debe dársele un sentido amplio, comprensivo de todo tipo de cooperación o intervención que determine un favorecimiento.

Ahora bien, y puestos en este plano –fáctico–, constatamos que los desbordes a la CPE, admiten en esta materia múltiples y variadas formas, todas rodeadas de un sesgo de imperceptibilidad que la mayor de las veces dificultan a extremo la detección del ilícito constitucional. Una de ellas se concreta cuando una empresa u organismo estatal que carece de autorización legal para desarrollar o participar en actividades empresariales, *ingresa* indirectamente a desarrollarlas o a *participar* en ellas, sea *a través de terceros, en asociación, agrupación, convención, u otra fórmula jurídica o de hecho*⁹².

Esta suerte de “tipicidad” amplia cubre una infinidad de situaciones concretas en que el Estado y sus organismos, subrepticamente ingresan al quehacer empresarial. Por de pronto, comprende nuestra hipótesis de trabajo, esto es, aquella que se verifica cuando una municipalidad, otorgando a un particular una “concesión de establecimiento” bajo ciertas condiciones contractuales de explotación, llega a integrar lo que hemos denominado como “asociación empresarial”, *participando* de esta forma en las actividades empresariales del primero.

⁹² FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. “Municipalidades, Corporaciones Sin Fines de Lucro y Estado Empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26 N° 1. pp. 193-201 (1999), Sección Jurisprudencia.

¿Cómo participa en estos casos el municipio en la actividad empresarial?

El hecho que un municipio entregue la “explotación comercial” de un establecimiento a un particular, por la vía de su concesionamiento, no implica que esté totalmente ajeno a la actividad empresarial implícita dicha explotación.

En efecto, la actividad empresarial como se la ha caracterizado, está compuesta por diversos elementos, como son una actividad económica [producción, intercambio o circulación de bienes y servicios], relación con una clientela [un mercado], riesgo económico, posibilidad de realizar un beneficio, etc. Ahora bien, siendo la actividad empresarial una noción compleja, a nuestro juicio, la concurrencia a la realización de cualquiera de los elementos que la componen, importa “*tomar parte en ella*”. Así nadie cuestionaría, por ejemplo, que una municipalidad participe en una actividad empresarial cuando concurre al desarrollo de la actividad económica que ella envuelve [producción de bienes o servicios], aunque no tome parte en el riesgo económico propio de las actividades de este tipo, como también en el caso inverso. De ello se sigue que para que exista “*participación*” –en un sentido constitucional– en una actividad empresarial por parte de un municipio, no es menester que este concorra a todas y cada una de las etapas o esferas que componen la actividad, bastando que intervenga o tome parte en una cualquiera de ellas.

De otra forma, el hecho de que un municipio no tome parte en alguno de los elementos característicos de la empresa, como por ejemplo sería en la actividad económica propiamente tal que desarrolla el particular [prestación del servicio], no significa, en caso alguno, que no *participe* de otra forma en esta última, pues lo relevante para los efectos constitucionales es determinar *si hay participación en la actividad empresarial y no en la empresa misma*.

Aplicados estos conceptos a la hipótesis que nos ocupa y reafirmando lo ya esbozado, sostenemos que en estos supuestos se configura una innegable “*participación*” del municipio en la explotación comercial del establecimiento concedido, la que se verifica, según hemos visto, a través de: a) el aporte de elementos fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial; b) las facultades de intervención en la administración del establecimiento que le reserva el contrato de concesión respectivo, y c) el beneficio o provecho económico que dichas actividades le reportan al municipio.

Sin duda que los factores de los cuales se infiere la *participación municipal* en la actividad empresarial implícita en la explotación del “establecimiento”, guardan plena armonía con la extensión y amplitud que a la voz “*participar*” le concede tanto la doctrina como la jurisprudencia más reciente. Baste recordar al efecto que constituye participación, como afirma Soto Kloss⁹³, el ser o tener parte en un acuerdo, convenio, trato o negocio con otro u otros sujetos del que se obtiene utilidad y, en el cual se pone o aporta algo, sea tangible o intangible, contribuyendo de esta forma a que sea posible el acuerdo con otros, la que a su vez puede darse no solo a través de una sociedad o asociación sino que por cualquier medio o forma jurídica que se imagine, clásica o tradicional, amplitud que aparece refrendada por la Corte Suprema en el caso del “Metro S.A.”, cuando afirma que “*para participar de un determinado negocio o actividad económica con otra persona, sea natural o jurídica, no es menester que se haga bajo la forma de un contrato de sociedad: basta que exista lo que se denomina en doctrina una “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre unidades económicas [...]*”.

De lo dicho, resultan evidencias suficientes y sobrados elementos para afirmar que en aquellos casos en que el otorgamiento de una “*concesión de establecimiento*” muda en una “*asociación empresarial*”, en los términos referidos, el municipio “*toma parte*” de la actividad empresarial que directamente desarrolla el concesionario colaborándole interesadamente, lo que implica, desde la perspectiva constitucional, una innegable *participación empresarial*.

⁹³ SOTO KLOSS, Eduardo. Ob. cit. p. 235.

VII. CONCLUSIÓN: LAS CONCESIONES MUNICIPALES DE ESTABLECIMIENTO:
UNA NUEVA FORMA DE PARTICIPACIÓN EMPRESARIAL DEL ESTADO

Semejante afirmación, por lo demás, no es sino la síntesis en que se resuelven las conclusiones extraídas oportunamente de los diversos tópicos tratados, y que aquí conviene recapitular a manera de corolario.

Con el advenimiento del nuevo orden constitucional instaurado a partir de la Carta de 1980, quedó clara y definitivamente establecido el principio de la “primacía de la persona humana”, en cuanto sujeto anterior y superior al Estado. Ello impuso la consagración de las bases fundamentales que en esta materia dieron origen a la denominada “constitución económica”. En esta, tal primacía se concretó en la preeminencia de la iniciativa privada en materias económicas, la servicialidad del Estado⁹⁴ y el principio de subsidiariedad.

En este contexto, la actuación del Estado y sus organismos dentro del campo económico se circunscribió a un régimen de “excepcionalidad” y “subsidiariedad”, estableciéndose así el principio general de una intervención aislada, desde la perspectiva temporal y reglada desde el punto de vista formal.

A pesar de lo categórico de este deber general de “abstención” que implica para el Estado y sus organismos, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política [“solo si”], somos testigos de cómo estos entes, a diario, hacen ingentes esfuerzos para desbordar, por la vía de los hechos, la normativa constitucional que regula su actuación en el ámbito de lo económico-empresarial, actuaciones que caen dentro de lo que se ha denominado “desbordes fácticos al Estatuto Constitucional del Estado empresario”.

Las “concesiones de establecimiento”, en ciertas hipótesis, otorgadas por las municipalidades a los particulares son un ejemplo de aquello.

Bajo la “inofensiva” fórmula del ejercicio de atribuciones vinculadas a la administración de los bienes que conforman su patrimonio, los municipios llevan a cabo un sinnúmero de actuaciones en colaboración con el mundo privado, muchas de las cuales tienen el carácter de económicas empresariales.

La “explotación” de los bienes que componen el patrimonio municipal, nos envía una primera señal de alerta. Esta se particulariza, con frecuencia, mediante el otorgamiento a los particulares de concesiones sobre “establecimientos” municipales, los cuales dada su naturaleza comercial y mercantil, conllevan el riesgo potencial de tentar a sus propietarios [el municipio] con la idea de la rentabilización de sus activos. Asumir una cuota de riesgo en la administración que de esos bienes efectúa el particular concesionario, es la usual manera como se concreta esta idea en el plano de lo práctico. Esto a su vez se traduce en la fijación de condiciones contractuales —previamente determinadas por las bases de licitación— que determinan que el municipio obtendrá como retribución por la entrega del “establecimiento”, derechos de concesión cuya cuantía estará directamente vinculada al éxito o fracaso de la gestión comercial del establecimiento. De allí surge, entonces, el concepto de utilidad y beneficio como resultante directa, ya no de una contraprestación por la entrega de un bien de su propiedad, sino más bien, como saldo del ejercicio de una actividad económico-empresarial en la cual se ha asumido un riesgo.

Junto con ello y dado que muchos de los elementos que suelen acompañar a este tipo de actuar municipal [la explotación], particularizado en el otorgamiento de “concesiones de establecimiento mercantil”, se vinculan a facultades y prerrogativas que están más cercanas a una coadministración que a una simple acción de fiscalización, resulta incuestionable que en estos casos surge una realidad diversa de aquella que se manifiesta en apariencia.

⁹⁴ SOTO KLOSS. Ob. cit. p. 225.

Esta, surgida al alero de una “concesión de establecimiento mercantil”, y que se caracteriza por la convergencia de intereses entre un municipio y un particular en torno a la actividad económica que este último desarrolla en el establecimiento de su propiedad, tipifica, en nuestro concepto, una auténtica “*asociación empresarial*” entre un organismo del Estado y un particular que vulnera la prohibición impuesta a estos de no desarrollar ni participar en actividades empresariales sin una ley de quórum calificado que los autorice.

Esta vulneración se concreta en el plano fáctico, extrajurídico, es decir, mediante la utilización de vías encubiertas –a veces imperceptibles– por cuyo conducto un municipio que carece de habilitación para intervenir en actividades empresariales, no obstante, ingresa a ellas a través de terceros por la vía de la asociación que, aun cuando no formal, igualmente implica el quebrantamiento y vulneración del estatuto constitucional que regula su actividad económica.

La cooperación y la colaboración –indiciaria de la asociación de este tipo– se concreta entre estos actores de múltiples formas, no pudiendo darse a priori un catálogo de ellas, sino solamente criterios generales respecto de los que usualmente han servido para estos fines desbordantes.

Desde un punto de vista constitucional, la intervención que les cabe a los municipios en situaciones como las señaladas, se encuadra dentro del verbo “*Participar*”, esto es, en un tomar parte de cualquier forma en la actividad empresarial que desarrolla un tercero, en este caso, el particular, titular de la “concesión de establecimiento municipal”.

Esta forma de intervención municipal en el campo económico, desbordante del marco constitucional, no tradicional hasta ahora, se constituye como una nueva forma y camino en que las entidades comunales, en lo sucesivo –dada su amplitud de competencias y variedad de patrimonio– tratarán de utilizar y recorrer en su progresivo afán de abarcar áreas que le son absolutamente ajenas a su quehacer esencial.

Ello impone, tanto a la judicatura como a los organismos fiscalizadores –CGR–, una tarea futura, cual es, la de ser capaces de desentrañar la verdadera esencia de ciertos comportamientos institucionales que, aunque cada vez más complejos y alambicados, son perfectamente posibles de ser combatidos a través de acciones decididas como las que nos señaló la Corte Suprema durante el año 2000, en el caso del Metro S.A.

Finalmente, como prueba palmaria de la frecuencia y seriedad de esta realidad municipal⁹⁵, analizada en este trabajo, entregamos al lector una síntesis de un caso concreto de este tipo, aún en discusión ante los Tribunales de Justicia y próximo a su resolución⁹⁶.

⁹⁵ También por estos días se ha informado profusamente por la prensa regional que la I. Municipalidad de Viña del Mar habría decidido adjudicar la concesión del “Hotel Miramar”. Entre las condiciones de la concesión, según se ha anunciado, se contempla un plazo de 42 años para su duración y *el pago de un canon de concesión en favor del municipio equivalente al 6% de las utilidades netas del concesionario*, con un mínimo anual garantizado 3.000 Unidades de Fomento.

⁹⁶ Se trató de un caso ocurrido dentro del proceso de licitación para entregar en concesión el Casino Municipal de Viña del Mar, convocado en 1999 y decidido al año siguiente. Conforme a las Bases de Licitación, esta última tenía por objeto el otorgamiento de dos concesiones distintas, siendo la primera de ellas la explotación comercial de los juegos de azar y el goce y uso del local destinado a esta actividad en el inmueble del casino, y la segunda, la explotación comercial de alimentos y bebidas, que comprendía comedores, cocinas, bar, discoteque, restaurante, cafetería y cabaret, y todos los otros servicios que funcionan en el inmueble del casino, lo mismo que el uso de los locales entonces empleados en esta actividad al interior de dicho inmueble.

Desde el momento mismo de la apertura de las ofertas se suscitó una intensa controversia jurídica entre ambos postulantes, así como en la opinión pública y agrupaciones comunales, que acabó siendo materia de dos dictámenes de la Contraloría General de la República, dos recursos de protección, un reclamo de ilegalidad y, en lo que aquí particularmente interesa, un recurso de amparo económico. Dicha controversia tuvo su origen en la discrepancia de criterios surgida acerca de la legalidad de evaluar y autorizar, al amparo de las Bases de Licitación y de la normativa constitucional y legal aplicable, un hotel, una sala de convenciones y un parque subterráneo de estacionamientos ofrecidos por uno de los postulantes como parte de la concesión de alimentos y bebidas y en cumplimiento de las exigencias de inversión impuestas por las Bases.

En él, la judicatura deberá pronunciarse por primera vez acerca del carácter empresarial de la actividad municipal ejercida a través del otorgamiento de una "concesión de establecimiento".

Por lo que dice relación con la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, en diversos documentos se manifestó la aprensión de que por la vía del otorgamiento de una concesión la Municipalidad ingresaba a participar en la actividad comercial del giro de hotelería, no obstante faltarle la autorización legal expresa requerida por ese texto fundamental.

Las mayores inquietudes se centraron en tres aspectos, a saber, que la municipalidad aparecía aportando una parte importante de los fondos requeridos para la *construcción* del hotel; que adquiría un importante grado de injerencia en su *administración* a través de diversas limitaciones y obligaciones que el contrato de concesión imponía al concesionario; y que resultaba beneficiada económicamente por su *explotación* a través de la mayor renta fija que percibiría a título de alimentos y bebidas —el hotel fue ofrecido como parte de ese objeto concesionado—, considerando que el objeto concesionado era un "establecimiento municipal" y no un simple bien o un mero servicio.

En efecto, del costo total de construcción del hotel, ascendente a UF 400.164,11, el proponente se obligaba a cubrir con fondos propios únicamente la suma de UF 241.782,91, correspondiente al 60% de la inversión. La oferta técnica contemplaba que el 40% restante, esto es, el equivalente en pesos a UF 158.381,20, sería cubierto por la Municipalidad de Viña del Mar descontándolo de las utilidades brutas que arrojará la concesión de las salas de juego durante los ejercicios de los años 2001 a 2007, ambos incluidos.

Además del aporte municipal al financiamiento de la *construcción* del hotel, antes tratado, se reparó en que el contrato de concesión suscrito con el concesionario tras la adjudicación reservó al municipio importantes facultades de intervenir en la *administración* del nuevo establecimiento hotelero. En efecto, en él se facultó al alcalde para contratar directamente los seguros en la forma que estime más conveniente y pagar las primas por cuenta y cargo del concesionario, si este no diere cumplimiento oportuno a esta obligación. Por su parte, se otorga a la Municipalidad la facultad de aprobar los programas de orquestas y espectáculos de variedades que el concesionario proyecte cada semestre. Corresponde también a la Municipalidad autorizar la apertura de nuevas dependencias en la concesión y, no menos importante, la modificación de "cualquier aspecto de los estatutos de la sociedad concesionaria". Por último, también se reconoció a la Municipalidad la atribución de establecer cualquier sistema de fiscalización de las obligaciones del concesionario, la mayoría de las cuales, según se lee en el contrato, dicen relación con la forma en que se desarrolla la explotación comercial de los servicios concesionados.

Por último, el contrato dispuso que el adjudicatario pagaría a la Municipalidad una renta de UF 50.000 anuales por la concesión de alimentos y bebidas —el hotel, recuérdese, fue ofrecido como parte de esta concesión— dentro de la cual, se arguyó, no cabía sino estimar forzosamente comprendida la explotación comercial de dicho hotel, toda vez que, tratándose de un establecimiento municipal, naturaleza que inviste el Casino de Viña del Mar, tal renta no corresponde solo al precio del derecho a usar el local en que funcionará el hotel (como si se tratara de un mero arrendamiento), sino que también cubre, inevitablemente, el derecho a explotar comercialmente este último. De hecho, tras la adjudicación, la autoridad comunal manifestó públicamente su esperanza que el hotel atrajera una mayor cantidad de clientes al Casino para, por esa vía, incrementar sus ingresos por concepto de utilidades de la concesión de juegos de azar.