

COMENTARIO:

ASOCIACION EMPRESARIAL ENTRE ESTADO Y PARTICULARES: EL CASO METRO S.A.

Arturo Fermandois Vöhringer

Profesor de Derecho Constitucional
P. Universidad Católica de Chile

Se trata de una de las sentencias más trascendentes de la última década para la interpretación del estatuto constitucional del Estado Empresario.

La relevancia del pronunciamiento emana de diversos elementos: primero, un caso complejo, lleno de matices fácticos aptos para camuflar con eficacia el desborde empresarial del Estado; luego, una sentencia de primera instancia rechazando el Amparo Económico extensa, fundada y haciendo debutar una serie de categorías doctrinarias novedosas; y por último, la nitidez de la sentencia de la Corte Suprema, precisa, acotada, centrada en lo esencial, que revocó con autoridad. Todos los elementos necesarios para hacer ineludible hacerse cargo de un comentario en nuestra *Revista Chilena de Derecho*.

En definitiva, se impuso el viejo axioma de que las cosas son lo que su esencia jurídica determina, y no lo que las personas las denominan. Así el Metro, empresa creada por ley y por ende sometida a las restricciones del art. 19 N° 21 inciso 2° de la Carta Fundamental, se

Esta atenuación se expresa en las denominadas potestades implícitas o inherentes, cuyo origen se encuentra en el derecho anglosajón ("inherent powers"), y que apunta a un problema estricto de interpretación finalista, sin aludir a que la fuente jurídica de la potestad administrativa sea o pueda ser algo fuera de la ley, lo que llevaría a una conclusión insostenible.

Tales poderes inherentes o implícitos son, en definitiva, "poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo", según explica García de Enterría. Proyectados al contorno que interesa, los poderes inherentes a la condición de la sociedad anónima que detenta Metro S.A. le permiten, sin necesidad de mención expresa al efecto en la ley habilitante, actuar en el mercado financiero con sus excedentes de caja, emitir bonos o debentures convertibles en acciones o dar en arrendamiento sus espacios físicos, sin que nada de ello signifique interpretar, extensiva o analógicamente su sistema legal, sino simplemente hacerlo coherente, a fin de conciliarlo con un orden de razón y no casuismo inútil, lo que en ningún caso autoriza al intérprete a sobrepasar los límites restrictivos de las actividades anexas."

Que el derecho a desarrollar actividades empresariales tiene tres tipos de limitaciones, a saber: a. Las que emanan de la moral, el orden

público y la seguridad nacional; b. El respeto a las normas legales que las regulen, y c. El derecho de los demás a desarrollar a su vez la actividad económica lícita que quieran emprender, en conformidad con la Constitución Política y las leyes, límite este último que viene impuesto por el artículo 3°, inciso 2° de la L.O.C. N° 18.575 (5.12.86), sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Descartando que el giro proyectado por Metro S.A. sea contrario a los principios reseñados en la letra a) precedente, se hace necesario inquirir si aquel violenta alguno de los límites indicados.

Que un análisis de contenido del contrato descrito permite establecer que Metro S.A. no ha vulnerado en su celebración el ámbito que le está legalmente vedado, cual es la cesión del giro principal de transporte.

Tampoco ha incursionado directa o indirectamente en el área de edición, publicación y distribución del Periódico Metro, labor que ejecutarán exclusiva y excluyentemente sus copartícipes, ya individualizados, sin perjuicio de los explícitos resguardos adoptados a fin de que dicha actividad económica se enmarque dentro de los parámetros constitucionales (art. 19 N° 21, inc. 1° de la Constitución Política) y legales (art. 146 inciso 2° de Código Civil).

colocó en una de las situaciones previstas en ese precepto: participar en actividades empresariales —distintas de su giro— y por ello se le ordenó cesarlas mientras no cuente con una ley de quórum calificado que la autorice.

1. EL CASO Y EL CONTRATO

La prensa se mantuvo informando sobre los detalles del asunto, pero bien vale revisarlos. La empresa estatal Metro S.A., creada por la Ley 18.772, celebró un contrato con dos sociedades extranjeras M.T.G. y M.I., para la edición, publicación y distribución gratuita de un diario a los pasajeros del Metro de Santiago, estimados en cerca de 1 millón al día. El público diariamente cautivo era así un atractivo para la publicidad que se incorporaría en los ejemplares del diario.

El comienzo de este contrato parecía usual, en cuanto el Metro S.A. cedía el uso de los espacios físicos del ferrocarril a estas empresas periodísticas para la distribución del diario y cobraba una renta por ello. Se analogaría así a un simple arrendamiento de bienes inmuebles, como los hay cientos celebrados por el Metro, entre este y terceros respecto de locales en sus estaciones.

Pero a continuación una serie de elementos enrarecían la naturaleza del contrato, y lo hacían transformarse —digámoslo ya— derechamente en una actividad empresarial de aquellas a que se refiere el inciso 2° del N° 21 del artículo 19 de la Constitución.

Por ejemplo, la renta pactada por la cesión de espacios se vinculó a la facturación mensual de las empresas MTG y MI por concepto de la venta de publicidad para el diario, además del sustantivo pago inicial; el Metro participaría en un Comité Editorial encargado de proponer al directorio de las empresas el nombre del Director del diario y de supervisar su línea

Que, finalmente, la tesis de los recurrentes en el sentido que el contrato de distribución del nuevo periódico proyectado solo podría ser económicamente factible a partir de los privilegios de que gozaría Metro S.A. en cuanto entidad estatal, que le reportaría ventajas comparativas respecto de los particulares, no es conciliable con el objeto del recurso de amparo económico y se relaciona más bien con la prohibición impuesta al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente a los particulares en materia económica. Tal prohibición se encuentra tratada en el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política, disposición que no es susceptible de ampararse por la vía del presente recurso, reservado exclusivamente para las infracciones al N° 21 del mismo artículo.

Con todo, es del caso precisar que el principio de subsidiariedad no resulta vulnerado por la eventual afectación de intereses económicos de particulares, cualquiera sea su entidad o importancia, siempre y cuando la actividad empresarial que desarrolla o en que participa el Estado o sus organismos, no sobrepase el ámbito de la autorización que le ha sido conferida, cuyo es el caso de la especie."

Corte Suprema (revoca): Que así, parece a esta Corte que Metro S.A. es un órgano estatal que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, por lo que la limitación esta-

blecido en el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios como ocurre en la generalidad de las sociedades, circunscribe a Metro S.A. a desarrollar solo esa actividad económica, pues para realizar una distinta, es menester que otra ley, también de quórum calificado, le permita desarrollarla o participar en ella."

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

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 frente a un contrato de aquellos denominados "colaboración empresarial", en el que Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario.

editorial; el Metro se reservaría el derecho a vetar la incorporación de nuevos accionistas a las empresas MTG y MI; y, más interesante todavía, el Metro se reservaría el derecho de aprobar o rechazar la enajenación de la participación de MTG y MI en la empresa editora que se constituiría en Chile para estos efectos.

Otros elementos llamaban la atención. Por ejemplo, el interés del Metro en que el negocio editorial mismo prosperara, reflejado en la cláusula cuarta del contrato, en la que las empresas MTG y MI se obligaban para con el Metro a mantener la distribución de un tiraje mínimo de 45.000 ejemplares del diario hasta el 31 de marzo de 2000 y de 80.000 ejemplares a partir de abril del mismo año.

Así las cosas, la Asociación Nacional de la Prensa A.G. recurrió por la vía del Amparo Económico. Su interés —no exigido para accionar al tenor del artículo único de la Ley 18.972 que regula el Amparo Económico— es evidente: se trata de una competencia desleal por parte del Estado, de aquellas que el principio de subsidiariedad desea proscribir, de aquellas que alteran la primacía de los particulares por sobre la acción estatal, la que solo cabe por excepción.

Posteriormente, se adhirió a la acción la Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile.

2. EL FALLO DE LA CORTE DE SANTIAGO

Discrepé de esta sentencia de primera instancia que desechó el recurso, pero debo reconocer que introdujo diversos elementos doctrinarios en su apoyo, interesantes de comentar. Aun así, creo que su principal falencia constitucional es no haber sabido distinguir, en el hecho, una simple explotación patrimonial de una verdadera "alianza estratégica" empresarial, como

Que, en efecto, si Metro S.A. facilita el uso de su marca, puede participar en el comité editorial a su sola voluntad, puede tomar parte en la designación y remoción del director del diario, y recibe un pago inicial y único de 29.573.8124 unidades de fomento, no asimilable a renta por arrendamiento de cosa alguna, es evidente que entre esa sociedad y MTG y MI se ha pactado una suerte de alianza estratégica para editar, publicar y distribuir un diario gratuito a los pasajeros de la red del

Metro de Santiago, actividad empresarial sin duda lícita pero que, al ser Metro S.A. un órgano estatal, requiere, para participar en dicha actividad, una ley de quórum calificado que lo autorice para ello, pues así lo establece el citado inciso segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Y al no haberse dictado dicha ley autorizando a Metro S.A. para participar del negocio periodístico ya aludido, el recurso de amparo económico debe ser acogido en todas sus partes.

la llamó la Corte Suprema, con alcances muy diversos al giro empresarial autorizado. La diferencia es que esta última es ilícita para una empresa estatal, a menos que se le autorice mediante una ley de quórum calificado.

2.1 Cesión del giro empresarial

La Corte de alzada aludió en primer término a la ley orgánica del Metro, 18.772, de 1989, que señala que, para la explotación patrimonial de sus bienes, la empresa puede ceder estos a diversos títulos, pero nunca respecto de su giro empresarial de transporte de pasajeros. Ergo, la cesión de los espacios físicos en este caso cabría dentro de su giro empresarial ya autorizado, y el caso en comento no se diferenciaría mucho de los muchos arrendamientos que celebra constantemente el Metro respecto de sus bienes.

2.2 Inherent Powers

Para reforzar la tesis anterior, y su consiguiente licitud de los actos de explotación de su patrimonio por parte de las empresas estatales, el fallo acudió al concepto de las potestades implícitas o inherentes, llamadas *inherent powers* en el derecho anglosajón. Citando a García de Enterría, recordó que estos poderes serían aquellos “efectivamente atribuidos a la administración por el ordenamiento, pero no por el componente escrito del mismo”.

Nos parece que los *inherent powers* son difícilmente exportables desde el derecho anglosajón al derecho público chileno, particularmente en materia empresarial, ámbito en que rige estrictamente el principio de legalidad. García de Enterría habla de que se trataría de *poderes “efectivamente atribuidos a la administración”*, pero no escritos. Considérese, en lugar de la citada por la Corte, la definición de Black¹ sobre *inherent powers*: “Potestades originadas en la naturaleza del Estado o soberanía; por ejemplo, potestades sobre y que van más allá de los explícitamente conferidos en la Constitución o razonablemente envueltos en concesiones expresas”. La idea de las potestades implícitas apunta, más bien, a aquellas que se traducen en actos potestativos, soberanos, propios de la naturaleza del Estado y que le pertenecen esencialmente, más que a actos menores que no envuelven ejercicio de potestades públicas, propios del ámbito contractual privado, y que pertenecen al Estado accidentalmente, como es el caso en comento².

Al usar este argumento, hay en el fallo una intención expresa de acomodar una interpretación finalista que haga frente al principio de especialidad del giro de las empresas públicas³, y así dar cabida constitucional al cuestionado contrato celebrado por Metro S.A. En cuanto

¹ Henry BLACK, *Black's Law Dictionary*. West, 1990 pág. 782.

² A nuestro parecer, la definición de potestades inherentes —en la lógica del fallo de primera instancia— se condice mejor en Chile con las facultades presidenciales del artículo 24 inciso 2º de la Constitución.

³ El considerando 13º de la sentencia consigna directamente de que la figura de los poderes implícitos o *inherent powers* apunta a un problema estricto de interpretación finalista”.

ejecución de actos menores, aislados y sin connotación empresarial, sino de administración de recursos, la tesis no me parece del todo reprobable, a saber: actuar financieramente con excedentes de caja, emitir bonos o debentures para financiar actividades del giro, arrendar espacios físicos y otros similares.

Pero ocurre que el contrato del Metro con las sociedades extranjeras no podría, en caso alguno, encuadrarse en esta clase de actos, y por ello no lo alcanza siquiera la autorización de la elástica figura de los *inherent powers*.

2.3 *Empresas Privadas del Estado*

Quizá la suprema novedad del fallo de primera instancia consistió en la alusión al concepto de "Empresas Privadas del Estado" (considerando 7°). Fundándose en una idea original de la Contraloría General de la República en un Dictamen de 1979⁴, estas serían aquellas empresas estatales que se han constituido de conformidad al derecho común, como sociedades anónimas básicamente, cual sería el caso del Metro S.A., por oposición a las Empresas Públicas del Estado, que serían aquellas creadas por ley.

¿Cuál es la importancia de esta distinción? Con la creación de categoría de empresas privadas del Estado, el fallo buscó dos consecuencias: extraer a estas empresas del ámbito de la Administración del Estado (artículo 1° de la Ley 18.575) y reemplazar para ellas el principio de legalidad del artículo 7° de la Carta por el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, cambiar el principio de actuación aplicable en el derecho público, y subrogarlo por el de actuación en el derecho privado, desperdiciándose de las engorrosas interpretaciones restrictivas aplicables al primero.

2.4 *Crítica a tesis de Empresas Privadas del Estado*

Creo que la creación de la categoría de Empresas Privadas del Estado arranca de un error inicial que vicia el razonamiento posterior de este fallo. Según la Corte, las empresas constituidas de acuerdo al derecho común, por ejemplo las que adoptan la forma de sociedades anónimas estatales, no formarían parte de la Administración del Estado. Como se sabe, la Ley 18.575 dispone que forman parte de la Administración "las empresas públicas creadas por ley", y para la Corte las sociedades anónimas estatales serían creadas de otra forma, de acuerdo a la ley común.

Me parece del todo inexacto esta afirmación: en realidad, todas las empresas estatales, estas y aquellas, nacen a la vida del derecho en virtud de una ley. Es el caso, por lo demás, de Metro S.A. (Leyes 18.872 y 18.889). No podría ser de otra forma, por lo demás, de acuerdo al artículo 62 N° 2 de nuestro Código Político, que ordena que la creación de empleos públicos en empresas del Estado requiere de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Luego, las sociedades anónimas estatales también son parte de la Administración del Estado y están plena e irrevocablemente afectas al principio de legalidad que rige la actuación de los órganos del Estado. Esto lleva, por cierto, a aplicar una interpretación restrictiva para las expansiones empresariales del Estado (artículo 7° inciso 2° CPR), todo de acuerdo al principio de especialidad del giro de las empresas públicas.

Cosa distinta es que, por disposición de la ley que la crea, se ordene la estructuración de la empresa pública bajo formas propias del derecho privado, como sería una sociedad anónima. Se persigue con esto, normalmente, no extraer a la empresa del ámbito de la Administración, sino atribuirle una fiscalización rigurosa, propia del mercado económico privado, y dotarla de mayor flexibilidad empresarial. Pero en ningún caso deja ella de ser pública.

⁴ Dictamen N° 10.492, de 1979.

3. LA REVOCACION DE LA CORTE SUPREMA

Como adelanté, el fallo del máximo tribunal me pareció excepcional desde la perspectiva constitucional.

En primer término, la Corte Suprema disiente de la tesis de que las empresas públicas constituidas como sociedades anónimas puedan ser “empresas privadas del Estado”. Una cosa es que desee operar con formas jurídicas idóneas comercialmente, y otra que se trate de privatizar la empresa. La Corte pone el muy lúcido ejemplo del giro social: en el caso del Metro, por ejemplo, el giro ha sido determinado únicamente por la ley, mientras en una sociedad anónima o en una empresa privada, el giro es impuesto por sus accionistas. Tal cosa sería impensable en sociedades anónimas estatales. Luego, aquí está fallando un elemento central para atribuir carácter privado a la empresa pública.

Pero creo que el mayor mérito de la sentencia que acoge el recurso es ir directamente al fondo de la actividad impugnada. Admitiendo que el contrato del Metro con MTG y MI no es necesariamente un *joint venture* ni una asociación de cuentas en participación, rescatan los sentenciadores la esencia innegablemente empresarial de la actividad que pretendía el Metro, ilícita ante el N° 21 del artículo 19 de la Carta, salvo autorización ley de quórum calificado.

Así, el fallo determina que se está en presencia de una “colaboración empresarial”, de una verdadera “alianza estratégica” entre el Metro y las empresas privadas. Esta alianza se celebra para efectos que desbordan su giro de transportes y que, al tenor de los elementos muy especiales ya mencionados del contrato, no puede tenerse como una simple explotación comercial de activos.

Lo interesante es que la Corte Suprema no se confundió en rigorismos comerciales, los que podrían haberla hecho dudar de la naturaleza exacta del contrato impugnado, incierta ante el derecho comercial. Simplemente observó que el Metro S.A. estaba “participando” –no directa pero sí indirectamente, y con fuerza– en todo un proyecto periodístico cuya marcha, utilidades y vaivenes editoriales le interesaban directamente.

Por último: ¿por qué ley de quórum calificado?

Permítasenos recordar cuál es la *ratio legis* del N° 21 del artículo 19° de la CPR. No se trata de impedir la expansión de las empresas públicas solo por causar daño al Estado y favorecer a los empresarios privados siempre y en toda circunstancia.

La exigencia de una ley de quórum calificado, en rigor, lo único que provoca es trasladar el foro en que se discutirá si hay mérito para que el Estado actúe en virtud de la subsidiariedad económica, desde el Estado mismo al Congreso, lugar en que solo prosperará si hay un mínimo consenso entre diversos sectores, por el quórum calificado exigido. Si admitiéramos que fuese el Estado-administrador quien decidiera expandirse a sí mismo, en definitiva siempre lo haría, como tendencia irreversible, haciendo ilusa la preferencia empresarial privada que nuestros principios constitucionales consagran desde el primer inciso de nuestra Carta Magna.

Espero entonces que este fallo provoque algo difícil en nuestro sistema judicial: que “siente jurisprudencia”.