

## 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

*Eduardo Soto Kloss*

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Pontificia Universidad Católica de Chile

Se nos ha consultado acerca de la conformidad o disconformidad a Derecho de un contrato denominado "Contrato de Distribución de un periódico en la Red del metro de Santiago", celebrado el 23 de julio de 1999 por la sociedad estatal Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. con las sociedades MTG y MI para: (a) permitirles la distribución de un diario gratuito en las instalaciones del metro de Santiago; y (b) darle una licencia por el uso de la marca Metro, y si puede Metro S.A., mediante cualquier otra estructura jurídica diferente al contrato recién señalado, facilitar el uso de sus instalaciones o marca registrada para permitir la distribución de un diario gratuito en sus estaciones y en la red del metro de Santiago.

A fin de iluminar el tema con la mayor claridad posible estudiaremos (I) la constitución económica y los principios fundamentales que la Carta Fundamental ha establecido al respecto (II) la actividad empresarial del Estado, y (III) la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.: funciones y atribuciones, en donde se analizará si cabe la actividad empresarial referida en la consulta dentro del objeto social de ella y del giro específico que la ley le ha autorizado. Unas conclusiones (IV) cierran el estudio.

### I. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA (DE LA PRIMACÍA DE LA PERSONA Y DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA PRIVADA)

1. Si hay algo que aparece claro en la Constitución Política de la República son los principios que estructuran y vertebran lo que puede llamarse la "*constitución económica*", esto es, el régimen normativo que el constituyente plasmó como cimiento y pilar fundamental en este aspecto.

Tales principios no son otros que la "*primacía de la persona humana*", sujeto anterior y superior al Estado, lo que conlleva la primacía de la iniciativa privada en la actividad económica, y la consecuencial "*servicialidad del Estado*", el cual está al servicio de la persona humana, como medio o instrumento en el orden temporal, para el perfeccionamiento de ella, servicio que se concreta en la promoción o procura del bien común de la sociedad, con pleno respeto de los derechos de las personas, y que, en el campo de lo económico, exige respetar el *principio de subsidiariedad*.

2. Estos principios que son hoy disposiciones constitucionales vigentes, de aplicación directa y de obligatoriedad vinculante para todo órgano del Estado y para todo integrante de cualquier organismo estatal de que se trate (arts. 1º, 5º y 6º de la Carta Fundamental), están en la base del edificio constitucional chileno desde los primeros instantes en que se esboza y plantea la reforma a la Constitución de 1925 como proyecto de una nueva Constitución, ya a partir de fines de septiembre de 1973.

2.1. En efecto, en el documento “Metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República” (26.11.1973), que emitiera la Comisión nombrada al efecto por DS (Justicia) N° 1.064 (D. Oficial 12.11.1973), denominada “Comisión Ortúzar”, por su presidente (Enrique Ortúzar Escobar), se establece que:

- la estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección (N° 1 inc. 3°);
- es un hecho que la intervención excesiva del Estado en las actividades económicas deja entregada la subsistencia de los ciudadanos al entero arbitrio de las autoridades públicas, con lo cual el ejercicio real de todas las libertades se resiente o desaparece (N° 2 inc. 4° N° 4 párrafo 3°);
- la Constitución estimulará la iniciativa creadora de los particulares (N° 13, párrafo 2°)<sup>1</sup>.

2.2. Con mucha mayor precisión se concretarán tales ideas y principios en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” (11.3.1974), en cuyo segundo capítulo, “Concepción del hombre y de la sociedad”, plantea derechamente, y de modo clarísimo: (a) la primacía de la persona humana, tanto ontológica como teleológica, (b) que el Estado está, en consecuencia, al servicio de la persona y no al revés, (c) que su fin no es otro que el bien común de los miembros de la comunidad nacional, de todos y cada uno de ellos, y (d) bien común que exige respetar el principio de subsidiariedad.

Este principio —que resulta fundamental para entender la “*Constitución Económica*” que contiene la Carta de 1980— significa que ninguna sociedad superior puede invadir el campo que respecto de su propio fin específico pueden llenar las entidades menores, puesto que lo que pueden hacer estas es a ellas a quienes compete realizarlo. De allí que lo que las sociedades intermedias o particulares pueden hacer y hacen, no puede ser asumido por el Estado, porque su fin específico es otro y lo que le compete a él es asumirlo solo en la medida en que no sea posible ser efectuado por los particulares, ya porque de suyo desborda sus posibilidades (imagínese las relaciones exteriores o la defensa nacional), o bien porque implica una coordinación que escapa a sus alcances. Incluso cuando los particulares fallan en su actividad y esta presenta una relevancia importante para la comunidad, sea regional, local o nacional, podría asumirla pero solo temporalmente hasta que resurja tal posibilidad, desligándose de ella tan pronto ellos estén en condiciones de asumirla adecuadamente, incluso mediando la pertinente ayuda, auxilio, o subsidio del Estado.

Y es que subsidiariedad es auxilio, ayuda, pero jamás suplantación, reemplazo o eliminación por el Estado de los particulares que realizan actividades que primordialmente corresponden a ellos.

Por eso es que ha podido afirmarse con tanta verdad, y fundado en una experiencia tantas veces repetida, que el respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de vigencia de una sociedad auténticamente libertaria, es el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Cuanto mayor es el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad, ya que él impedirá que se desarrolle, crezca y florezca la creatividad y el esfuerzo individual de las personas, en una gama de alternativas y variedad que enriquezca la sociedad misma<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Puede verse este documento en *Actas Constitucionales. Antecedentes y textos*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1977, pp. 9, 11 y 17, respectivamente; también en mi *Ordenamiento Constitucional*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1979, pp. 9-29, espec. 12, 15 y 27.

<sup>2</sup> Véase *Declaración cit.*, II 4.

Pues bien, respetar el principio de subsidiariedad supone respetar tanto el derecho de propiedad privada como el derecho a la propiedad privada, y en especial el derecho a la libre iniciativa privada en el campo económico, y es este derecho fundamental el que resulta básico y primordial en la llamada *constitución económica* que la Carta de 1980 ha estructurado, ya que solo sobre su base es que puede realmente afirmarse y hacerse efectiva esa primacía de la persona, sujeto superior y anterior al Estado. Es a su través, por su intermedio, que se puede desplegar la capacidad creadora de los particulares, dignificándose personalmente y proveyendo al desarrollo y mayor bienestar de la sociedad, y asegurar, asimismo, a cada persona el derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, haciéndolas a ellas artífices de su propio destino, progreso y perfeccionamiento como personas<sup>3</sup>.

Aun cuando la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución no estimó del caso establecer un párrafo o capítulo dedicado específicamente a regular un llamado *orden público económico*, ya que ello chocaría con una adecuada técnica constitucional, no significa ello que no exista en la propia Constitución una visión muy clara sobre el tema, y que fluye de la interpretación armónica de las numerosas disposiciones que ella contiene respecto de la actividad económica, haciendo posible que en su ejercicio sea fortalecida la libertad humana; lo dicho aparece nítido de la Sesión 388, de 27.6.1978, en que se planteara el tema<sup>4</sup>.

3. Sobre el punto debe tenerse en cuenta que la idea misma de *orden público económico* se inserta, dentro de la Constitución, en esa perspectiva; para que no quepa duda alguna de ello, ha sido la propia Comisión referida la que se ha encargado de precisar que tal expresión de *orden público económico* debe ser entendida como el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a *preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común; tal noción ha quedado expresamente clarificada en su Informe de 16.8.1978, tanto en su Parte General (I) premisas previas, como en su Parte Especial (II) ideas precisas del anteproyecto, y en el cual se destaca la libre iniciativa para desarrollar cualquiera actividad económica<sup>5</sup>.

3.1. Pues bien, la nota o *rasgo conformador* del Estado de Derecho que ha configurado la Constitución de 1980 se fundamenta en la primacía de la persona humana y en el reconocimiento de sus derechos naturales, esenciales o fundamentales, de lo cual se deriva el rol o función instrumental del Estado, que está al servicio de la persona humana, promoviendo el bien común con pleno respeto de sus derechos, y en cuya virtud el poder estatal tiene como límite infranqueable los derechos esenciales que emanan de esa naturaleza humana, debiendo, además, promover su ejercicio, facilitándolos, haciéndolos más expeditos, y procurando que sean reales y efectivos (arts. 1, incs. 1 a 3, incs. 4 y 5, y art. 5 inc. 2 de la Constitución).

Esa primacía de la persona humana, superior al Estado (tanto en el orden del ser como del fin) y anterior a este (tanto en el orden del pensamiento como de la realidad), se reconoce y plasma en el inicio mismo de la Constitución, al expresar que *Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos* (art. 1, inc. 1), lo que se irá concretando a través de toda la preceptiva constitucional, y que se despliega en todos los ámbitos de la

<sup>3</sup> Vid. tal Declaración en *Actas* cit. pp. 19-31, en especial 20-23; en *Ordenamiento* cit. pp. 33-61, en especial 39-43.

<sup>4</sup> Vid. Sesión referida, pp. 2.888-2.921.

<sup>5</sup> Puede verse este Informe de la Comisión aludida (*Proposiciones e ideas precisas*) en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8 (1981) N<sup>os</sup>. 1-6, pp. 144-317; la cita de la noción de "orden público económico" en p. 153 (Parte General, N<sup>o</sup> 14 d); lo referente a la Parte Especial, en p. 191 (N<sup>o</sup> 54).

actividad de las personas, a cuyo servicio está precisamente el Estado, imponiéndosele a este expresamente el deber de respetar esa libertad e igualdad, y de promover su ejercicio (art. 1 inc. 4° y art. 5° inc. 2°).

- 3.2. La experiencia histórica chilena vivida ya desde 1930 señalaba que la libertad de industria que la Constitución de 1925 reconocía y decía asegurar a todos los habitantes del país (art. 10 N° 14 inc. 3°)<sup>6</sup> no era suficiente para permitir que la actividad privada pudiera ser desarrollada de manera efectiva. Fue bajo su vigencia que el Estado inició una expansión tan avasallante en lo económico al punto de verse la iniciativa privada replegada a la mínima expresión. Por eso, la Comisión Ortúzar estimó necesario e indispensable establecer una disposición específica que consagrara el reconocimiento –como derecho fundamental– de la libertad y libre iniciativa para desarrollar las actividades económicas como expresión de la libertad personal (sesión 388, pp. 2.898 y 2.899).

Y debe señalarse que expresamente se entendió que este derecho a desarrollar cualquier actividad económica no es sino una proyección de la libertad personal, aspecto que fuera tan amagado en épocas anteriores y desconocido en el pasado en forma más o menos sistemática (Sesión 388, p. 2.905).

Es en tal virtud que aparece en la Constitución el art. 19 N° 21, cuyo inciso 1 dispone que (La Constitución asegura 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<sup>7</sup>.

- 3.3. Ahora bien, reconocido y asegurado por la Constitución este derecho fundamental en la disposición aludida y aprobada por la Comisión Ortúzar, se plantea si al Estado cabe desarrollar actividad empresarial. Al respecto es relevante la observación que hace su presidente, don Enrique Ortúzar Escobar, en la sesión 388, en cuanto al haberse aprobado dicho inciso 1 –del que será luego el art. 19 N° 21– no se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica en la hipótesis de no establecer la excepción relativa al Estado (p. 2.913), observación que es reafirmada por el comisionado señor Bertelsen al precisar que las garantías constitucionales no se aseguran al Estado sino a las personas, por lo cual (con dicho inciso 1 aprobado) no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas (p. 2.913 cit.). De allí surgirá por indicación del comisionado señor Carmona, en concordancia con lo dicho por el señor Ortúzar, un inciso 2°, para permitir por excepción, y siempre que se establezca por ley específica y de quórum especial, la actividad empresarial del Estado (sesión 388 pp. 2.913, 2.916, 2.909, 2.912).

Particularmente claras aparecen las explicaciones del comisionado señor Bertelsen para comprender el sentido y alcance de este inciso 2°. Dice en la referida sesión 388: “...los particulares son quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y el Estado solo puede abordarlas cuando la ley, en forma excepcional, lo autorice, porque la garantía que se pretende establecer *no es para concurrir con el Estado, sino para excluirlo de ciertas actividades*” (p. 2.918). Y agrega: “... la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica y, en el segundo, al hacerse la excepción se establezca que el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales, atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización legal” (p. 2.920).

<sup>6</sup> El texto de la Constitución de 1925 retomaba el art. 151 de la CP de 1833.

<sup>7</sup> Para conocer todos los extremos de su configuración en la Comisión Ortúzar véanse las *Actas de la Comisión*, sesiones 288 (27.6.78), 393 y 394 (4.7.78), 398 (11.7.78) y 399 (12.7.78); véase también R. Huidobro Salas, *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en *Revista de Derecho Público* N°s 43-44 (1988) pp. 98-116.

3.4. De allí que el Presidente Ortúzar señalara que la norma del inciso 2° sin lugar a dudas, no tiene otro sentido, porque la *excepción* contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar el principio de subsidiariedad, al decir que: Sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades económicas, si una *ley especial* así lo autoriza... (p. 2.918), *ley especial* que se acuerda que sea *de quórum especial* (pp. 2.920/21), quórum que después se precisará que sea *calificado*<sup>8</sup>.

Que esta disposición del actual art. 19 N° 21 inc. 2° refuerza el principio de subsidiariedad no cabe duda, y en ello estuvieron contestes los miembros de la Comisión redactora del Anteproyecto; el criterio de ella fue clarísimo en orden a sustentar la primacía de la iniciativa particular o privada en materia económica, reconociéndola como derecho fundamental, y emanación directa de la libertad intrínseca de la persona humana; reconocida y asegurada (art. 19), y luego amparada y protegida procesalmente (art. 20 inc. 1°). Y como el Estado está al servicio de la persona humana para promover el bien común con pleno respeto de sus derechos (art. 1° inc. 4°), *le está prohibido* incursionar en aquellos campos o actividades que correspondan ser desarrolladas por los particulares pues toca a estos, y menos aún si ellos los realizan de modo eficaz y conveniente (sesión 388 pp. 2918 y 2905). Muy pertinentemente, el comisionado Bertelsen precisa que el Estado no puede, apoyado en el principio de subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional, pero en este último caso no será por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, por cuanto la ley deberá autorizarlo expresamente para ello (sesión 388 p. 2.919).

Y tratándose de actividad económica empresarial, *únicamente y por excepción* podrá ella asumirla el Estado, de manera subsidiaria respecto de aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al apoyo prestado por el Estado y que son necesarias para el país... (sesión 388 p. 2.918).

Se completará el cuadro exigiendo que la actividad empresarial que el Estado asuma, cuando *previamente sea autorizado de modo expreso y por ley especial con quórum calificado*, sea regulada por la misma legislación que regula a los particulares, esto es, por las mismas normas legales que rigen para el sector privado<sup>9</sup>.

4. Se advierte con claridad, tanto de la propia historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 21 de la Constitución, según aparece de las Actas mismas de la Comisión de Estudio designada para elaborar su Anteproyecto, como de su propio texto aprobado en plebiscito y luego promulgado y publicado<sup>10</sup>:

- 1) *la primacía que presenta la actividad económica privada frente a la actividad empresarial del Estado*, desde que el Estado está al servicio de la persona humana (art. 1° inciso 4°) y no al revés, puesto que es la persona humana el ser sustancial, anterior y superior, en tanto que el Estado es un ser (de razón y relación) accidental, posterior e inferior a las personas, a cuyo servicio está, y es medio para su perfección dado que el hombre es un ser sociable y vive en comunidad;

<sup>8</sup> Es el comisionado señor Guzmán (Jaime), el que propone que dicha ley sea acordada con un quórum especial; expresa que es necesaria tal exigencia, al igual que en aquella que la ley reserve determinada categoría de bienes al Estado, ya que su uso malintencionado puede llevar a la estatificación del país entero (pp. 2920 y 2921).

Valga señalar que incluir esta disposición entre los derechos que reconoce la Constitución fue acordado por los comisionados en la sesión 389 (p. 2924).

<sup>9</sup> Aparece ello a proposición del Ministro de Hacienda de la época, señor De Castro, en la sesión 393 (p. 3008) y será discutido y aprobado en la sesión 398 (vid. p. 3109, en particular, con las intervenciones de los comisionados señores Ortúzar, Guzmán y Bertelsen).

<sup>10</sup> Sesiones 388, 389, 393, 394, 397, 398 y 399 (1978); texto constitucional aprobado por mayoría absoluta, en plebiscito de 11.9.1980 (convocado por DL 3.465/80), promulgado por DS (Interior) N° 1.150/80, publicado en el Diario Oficial de 24.10.1980, y vigente a partir del 11.3.1981.

- 2) *la extrema excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado*, desde que su presencia en este campo más allá de los límites que la Constitución establece, a saber:

previa autorización del legislador, expresa, especial, y aprobada con quórum calificado, no solo viola la Constitución en este aspecto sino que, además, vulnera el derecho fundamental de toda persona para desarrollar cualquiera actividad económica que no sea ilícita (es decir contraria a la moral, al orden público, o a la seguridad nacional), y

- 3) *el carácter restrictivo*, en consecuencia, que presenta la interpretación jurídica tanto de la regulación legal específica que autoriza esa actividad en el caso concreto como la ya existente al momento de entrar en vigencia la Constitución de 1980 (en concordancia con su disposición quinta transitoria). Y es que en apoyo de esta restricción, no debe olvidarse –como lo decía muy bien el comisionado señor Bertelsen– que el N° 21 del actual art. 19 de la Constitución no solo está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, sino que, *por principio, se la está prohibiendo al Estado*, el que únicamente podrá abordarlas de modo excepcional<sup>11</sup>.

5. Si se analiza en su debido contexto el artículo 19 N° 21, teniendo presente la historia fidedigna de su establecimiento según resulta de las Actas Oficiales de la Comisión Ortúzar referidas, como de las Bases de la Institucionalidad, que son normas fundantes de toda la Constitución, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional<sup>12</sup>, se advierte con entera nitidez que la Carta Fundamental ha reconocido expresamente la *titularidad* de las personas privadas, originaria y primordial, para asumir la actividad económica en cualesquiera de sus rubros o materias y en toda la amplísima gama de diversidad que ella presenta, sin más excepción que la que la Constitución establece<sup>13</sup>. De allí que la actividad económica pertenezca de suyo primariamente a los individuos, a las personas, ya asociados o no; como se ha dicho muy bien, el desarrollo de cualquiera actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio* y *ab initio* a los particulares<sup>14</sup>.

Y tal titularidad originaria y primordial de las personas privadas –sea individual o asociadamente– está configurada como un *derecho fundamental* de ellas, derecho esencial que emana de la naturaleza humana, en cuanto ser libre y responsable, y cuya iniciativa privada permite, precisamente, no solo el mayor desarrollo material y espiritual de cada persona en cuanto despliega su subjetividad creadora, sino que provee, asimismo, al desarrollo y progreso de la comunidad y al bien común de la sociedad política en el orden temporal<sup>15</sup>.

Como derecho fundamental que es y configurado como derecho/libertad implica, intrínsecamente, por una parte, una propia y muy específica *limitación* para el Estado legislador y Administración (respetarlo) en orden (1) a no interferir ese derecho mediante prohibiciones, respecto de lo cual carece de competencias ya que la Constitución no se las ha atribuido<sup>16</sup>, y (2) a no afectar su contenido esencial (art. 19 N° 26) respecto a la regulación legal de su

<sup>11</sup> Sesión 388 p. 2917.

<sup>12</sup> Vid. rol 19 (27.10.83, consid. 9°), que señala que el art. 1° de la Constitución refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional: en *Fallos del Tribunal Constitucional 1981-1985*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1986, p. 99.

<sup>13</sup> Y que se refiere a la reserva exclusiva del Estado para la explotación, exploración y beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión minera, conforme con lo dispuesto por el art. 19 N° 24 inc. 10°.

<sup>14</sup> I. ARÓSTICA MALDONADO, *De espaldas al estatismo, el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica*, en *Ius Publicum* (Univ. Santo Tomás/Santiago de Chile) N° 1/1998, pp. 105-121.

<sup>15</sup> Lo ha venido a recordar muy bien el Tribunal Constitucional en su sentencia rol 226 (30.10.95), considerandos 41 y 42, en RDJ t. 92 (1995) 2.5, pp. 186-204 (consider. cit. en 201-202).

<sup>16</sup> La determinación de lo que es contrario a la moral, el orden público o la seguridad nacional no corresponde ni al legislador ni al administrador sino al juez en un debido proceso, conforme lo ha establecido la doctrina y, en especial, la Corte Suprema: vid. inaplicabilidad, sentencia de 16.9.1992, en RDJ t. 89 (1992) 2.5, 270-284, espec. consid. 18 a 27 (pp. 276-278), con comentario nuestro (en pp. 284-291).

ejercicio; y por otra parte, implica para el Estado un *deber de actuación* en cuanto la Constitución le impone promover su ejercicio a fin de concretar efectivamente el bien común, que es su misión básica y exclusiva (art. 5° inc. 2° en relación con art. 1° inc. 4°), por medio de estímulos y ayudas, como exenciones, franquicias, subsidios, bonificaciones, etc.

5.1. Y ello no son meras declaraciones líricas, programáticas, o buenas intenciones, sino que son disposiciones jurídicas positivas, imperativas y de la máxima jerarquía normativa (constitucional), *vinculantes* para todo órgano, persona, o grupo, y *obligatorias directamente* para cada uno de los organismos que configuran al Estado, y para cada uno de los titulares/autoridades de ellos, y para cada uno de los funcionarios públicos, tal como lo preceptúa imperativamente la Constitución en su artículo 6° inc. 2° (en relación con sus incisos 1° y 3°, con el art. 1° inc. 4° y con el art. 5° inc. 2°).

Es decir, tal precepto del art. 19 N° 21 inc. 1 crea obligaciones/deberes para todo órgano del Estado (art. 5° inc. 2°) y, por ende, la primerísima obligación de *abstención* de interferir en la actividad de los particulares en materia económica, prohibiendo actividades que, por disposición constitucional, le pertenecen de suyo a los particulares, como por ejemplo si pretendiera que ellas solo le corresponden al Estado<sup>17</sup>. Y, además, una obligación fundamental de *actuación* para promover el ejercicio de tal derecho y que sea efectivo en la realidad. Se ven muy bien aquí ambas vertientes del principio de subsidiariedad, que implica, por un lado, que el Estado no interfiera ni perturbe ni absorba las actividades que les corresponde a los particulares (sea individualmente o en grupos o asociaciones) y, por otro, que las promueva, estimulando su desarrollo, para lograr un mayor perfeccionamiento personal y societario y, así, ir concretando el bien común de la comunidad política.

5.2. Al expresarse la primera obligación/deber de abstención del Estado de interferir la actividad económica lícita de los particulares, debe señalarse que ello significa primeramente *no asumir tal actividad* ni directamente por medio de organismos estatales que la desarrollen, ni indirectamente participando en ella a través de entidades en que sea miembro o socio. Solo *excepcionalmente*, tal como lo prevé el inciso 2° del art. 19 N° 21 de la Constitución, cabe tal posibilidad y cumpliéndose las exigencias allí impuestas (autorización expresa y formal, a través de una ley especial y que esta sea aprobada con quórum calificado, siendo regulada su actividad por las mismas disposiciones que regulan a los particulares).

En segundo lugar, como la regulación normativa del ejercicio de los derechos fundamentales solo corresponde al *legislador*, y legislador parlamentario (ya que está expresamente prohibida la delegación legislativa en tales materias: art. 61 inc. 2° de la Constitución), la Constitución impone un deber de abstención expreso y formal a la Administración de entrar a regular la actividad económica por normas administrativas, v. gr. ordenanzas municipales, circulares, instrucciones, reglamentos autónomos, decretos o resoluciones, ya que solo puede regularlas exclusivamente la ley (normas legales que la regulan: inciso 1° N° 21 del art. 19, frase final)<sup>18</sup>.

En tercer lugar, cuando la ley entre a regular el ejercicio de esa actividad tiene el deber de abstención/prohibición de afectar el *contenido esencial* de ese derecho fundamental, como se lo impone la Constitución en su art. 19 N° 26, esto es, no puede estatuir requisi-

<sup>17</sup> Por eso es que la publicación (o publicización, si se prefiere) de una tal actividad económica es inconstitucional en Chile; la *publicatio* en este caso no procede en nuestro derecho.

<sup>18</sup> Recuérdese los dichos de los comisionados en las Sesiones 388, ya citada, y 393, espec. p. 3001. Y *muy especialmente*, la Sesión 212 (p. 10), en la cual quedó, por acuerdo unánime, expresa constancia que ni el Poder Administrador ni ningún otro Poder Público pueden atribuirse la facultad de *regular, complementar o interpretar* las garantías que asegura el texto constitucional (cursivas nuestras). Igual posición ha adoptado el Tribunal Constitucional en sus sentencias roles 146/21.4.1992 (RDJ 89/1992, 2.6, 35-44, consid. 8 a 11); 167/6.4.1993 (RDJ 90/1993, 02.06, 14-24, consid. 12 y 14); rol 226/30.10.1995 (RDJ 92/1995, 2.6, 186-204, consid. 41 a 43).

tos, condiciones, exigencias o limitaciones que impidan ese libre ejercicio<sup>19</sup>, desde que el Estado –y aquí el legislador– tiene constitucionalmente un límite infranqueable como son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5° inc. 2°, frase 1ª), y más aún que su deber positivo es promover su ejercicio, y no entrarlo, dificultarlo, o impedirlo.

5.3. Por último, forzoso resulta concluir que incluso esa excepción que plantea el inciso 2° del N° 21 del art. 19 en orden a que pueda el Estado o sus organismos desarrollar actividades empresariales o participar en ellas con las exigencias que dicho inc. 2 dispone, implica, también de suyo, una *garantía* para el derecho fundamental que reconoce el inciso 1, ya que solo podrá existir esa actividad estatal empresarial en la medida que intervenga una previa y expresa autorización de la ley en tal sentido, autorización concedida por ley especial y de quórum calificado, y, además, tal actividad estatal estará sometida a la legislación común aplicable a los particulares, es decir, según las mismas normas aplicables a los privados<sup>20</sup>, a fin de impedir privilegios que hagan difícil o imposible la participación de la iniciativa privada en ese campo<sup>21</sup>.

## II. LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

Vista ya la “constitución económica” configurada con la Carta Fundamental sobre la base de la primacía de la persona humana (art. 1°, especialmente su inciso 4°) y de la iniciativa privada en lo económico (art. 19 N° 21), con su consecuencia: la excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado, veamos ahora cómo se estructura esta, en la medida que se hayan cumplido las exigencias (sustanciales y formales) que la propia Constitución ha establecido expresamente para que tal actividad exista y opere.

1. Recordaremos –como cosa previa– que esas *exigencias* se refieren en primer lugar a que la actividad empresarial del Estado puede ser permitida por el legislador *por excepción y de manera subsidiaria*, puesto que, tal como quedó establecido en la Comisión Ortúzar, dicha autorización solo procederá respecto de “aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al apoyo prestado por el Estado y que son necesarios para el país” (sesión 388 p. 2919). En principio, pues, esta actividad empresarial le está prohibida al Estado; no le cabe incursionar en aquellos campos o actividades que corresponde ser desarrollados por los particulares, ya que toca a estos hacerlo, y menos corresponderá al Estado si ellos las realizan de manera eficaz y conveniente (ídem pp. 2918 y 2905)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> El Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia rol 43, de 24.2.1987 (asumiendo la sentencia de 8.4.1981, de su homónimo español) que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica (consid. 21); vid. *Fallos del Tribunal Constitucional 1985-1992*. Edit. Jurídica de Chile. 1993, pp. 32-51, su consid. 21 en p. 38.

<sup>20</sup> Sin perjuicio –agrega el referido inc. 2°– de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, que será igualmente de quórum calificado.

<sup>21</sup> De allí la aplicación del derecho privado al Estado en esa actividad empresarial, no como una “huida” del derecho público para evitar el rigor de este, sino para asegurar la *igualdad* en un ámbito donde concurren Estado y particulares, que de otro modo llevaría muy pronto a la desaparición de la iniciativa privada, y a la estatización de la economía, lo que ha sido expresamente vedado por el constituyente, como veíamos al analizar las Actas de sus Sesiones (v. gr. sesión 398 p. 3109; 388 p. 2905, 2909, 2913, etc.).

<sup>22</sup> Entiéndase bien que esta posibilidad de desarrollar por excepción el Estado actividades empresariales no es un “derecho” que tenga este o sus organismos, puesto que el Estado carece de “derechos fundamentales” o “naturales” o “humanos”, los que solo existen respecto del ser humano, y tampoco “derechos” sin apellidos, desde que sus órganos ejercen *funciones*, es decir, a ellos le son atribuidos *poderes-deberes finalizados*, “potestades”, conferidos para ser ejercidos en beneficio de terceros (y no en beneficio propio), o sea en provecho y para bien de la comunidad nacional. No se olvide que *el Estado está al “servicio” de la persona humana* (art. 1° inciso 4° citado), para su desarrollo y perfección, y que no posee el Estado un fin que vaya en su propio beneficio sino su fin es el bien de quienes lo componen como comunidad de personas; su fin es un fin *instrumental* y no un fin en sí mismo, *terminal*, ya que el Estado es un ser de relación, esto es accidental, y no sustancial como lo es el ser humano, para cuyo fin existe y a cuyo servicio está.



Primacía de la actividad privada en las actividades empresariales, e intervención del Estado en ellas solo en la medida que los particulares, “*pese al apoyo prestado por el Estado y que son necesarias para el país*”, no pueden realizarlas.

Y recordemos, también, que el legislador<sup>23</sup> ha de hacer tal permisión a través de una ley específica, de quórum calificado, y de manera expresa, explícitamente formal, delimitando con precisión la actividad empresarial autorizada al Estado y acotando la función, objeto o giro que la entidad estatal que se indica desarrollará.

2. Veamos ahora un rubro que aparece fundamental para iluminar mejor el tema en estudio.

¿Cómo el Estado puede realizar esta actividad empresarial, actividad excepcional y que la Constitución, además, la enmarca “de manera subsidiaria”?

### 1 *La propia Constitución lo ha establecido expresamente:*

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza” (art. 19 N° 21, inciso 2° frase 1°).

La Constitución en la norma recién transcrita utiliza muy bien las expresiones que contiene, ya que el Estado y sus organismos pueden “desarrollar” la actividad, o bien “participar” en ella. Quedará aquí circunscrita la manera o modalidad bajo la cual puede asumir el Estado o sus organismos esa actividad.

La Ley N° 18.575 reitera –como no podía hacer menos– esta idea, al disponer su art. 6°:

“El Estado podrá 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.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

Esta misma ley prescribe perentoriamente en su art. 3° inc. 2°, la obligación de la Administración de respetar la iniciativa privada en lo económico, y más ampliamente el principio de subsidiariedad. Dice su texto:

“La Administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

Este precepto de la Constitución (art. 19 N° 21 inc. 2°) no es aislado en el texto fundamental, ya que otras dos de sus normas utilizan la misma terminología, a saber, su artículo 55 al establecer las incompatibilidades de diputados y senadores, y el art. 60 N° 9 respecto a las materias de ley. El art. 55 en su inc. 2° dispone que esos cargos son incompatibles con las funciones de directores o consejeros en las entidades “en las que el Estado tenga participación por aportes de capital”.

El art. 60 N° 9 dispone que “Solo son materias de ley: 9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que este tenga participación puedan contratar empréstitos<sup>24</sup>”.

<sup>23</sup> Congreso Nacional y Presidente de la República, como legislador; pero jamás el legislador delegado, ya que está prohibida expresamente la delegación del ejercicio de atribuciones legislativas en el Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley en materias de garantías constitucionales (art. 61 inciso 2°).

<sup>24</sup> En las propias Actas de Sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución hay varias referencias a esta “participación” estatal; véanse v. gr. Sesiones 310, 311 y 312, referentes a la Contraloría General de la República (agosto de 1977), respecto de su función fiscalizadora.

2.2 Pues bien, lo primero que aparece en el texto es la expresión “El Estado y sus organismos”.

Y su razón de ser resulta evidente si se considera que es por excepción y dentro de la función subsidiaria, que se autoriza la actividad empresarial del Estado. Obvio aparece, entonces, que cuando se dice “el Estado y sus organismos”, ello abarca, comprende y engloba a *todos los sujetos jurídicos estatales*, sean o no integrantes de la Administración del Estado<sup>25</sup>.

La autorización que se da “al Estado” es al Estado en toda su estructura, comprensiva de todos sus organismos, y para que este ejerza una determinada actividad empresarial, cualquiera sea la forma jurídica que asuma la personificación, sea como empresa, o sociedad y esta sea anónima, colectiva o de responsabilidad limitada, u otra que se imagine.

Comprende, pues, a todas las formas mediante las cuales el Estado pueda realizar esa actividad empresarial, según sea la que determine específicamente el legislador al autorizarlo. De allí que sea impensable que la Constitución al disponer que el Estado, por excepción y con las exigencias que ella establece, hubiera podido dispensarlas respecto de alguna forma especial de entidad u organismo estatal. Fue muy precisa la expresión utilizada por la Carta Fundamental al decir “*el Estado y sus organismos*”, pues concierne a cualquiera de ellos, sean o no parte de la llamada “Administración del Estado”, cualquiera sea su denominación<sup>26</sup>.

2.3 Como establece el referido artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución, el Estado puede “desarrollar” actividades empresariales o “participar” en ellas.

“Desarrollar”, es decir, el mismo Estado o sus organismos realizan la actividad empresarial, a través de sus propios órganos, sean o no integrantes de la Administración del Estado (como la define la Ley 18.575, art. 1); es una actividad directa, tal como de manera explícita lo formula, por ejemplo, el art. 19 N° 24 inc. 10 al referirse a la actividad minera de exploración, explotación o beneficio de yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, norma esta que textualmente señala que esta actividad económica “podrá ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas” (o por medio de concesiones administrativas...).

“Participar”, en cambio, da a entender ser o tener parte en una entidad que realice una actividad empresarial determinada, actividad debidamente autorizada por el legislador de quórum calificado, de manera expresa y específica. Y esto tanto para formar parte de otras entidades o ampliar el giro para poder “participar”<sup>27</sup>. Y este “participar” –no se olvide– es también regido por el principio de la *excepcionalidad* de esta actividad empresarial del Estado, y basado en el de la *subsidiariedad*, esto es, cuando haya carencia de actividad privada en el rubro, pese al apoyo que se haya otorgado por parte del Estado<sup>28</sup>.

Aun cuando esta distinción ya aparece como necesaria en el constituyente de 1980<sup>29</sup>, ella deviene esencial al momento de aplicarse en la práctica, y no solo si se la toma en consideración en el proceso de privatización, sino también como en el caso de entidades estatales como el Metro S.A. que –según su propia historia de su establecimiento– quedan

<sup>25</sup> Locución que la Ley 18.575 delimita para ciertos efectos, y que se refiere incluso a aquellos órganos estatales en que el Estado “participa” en actividades empresariales (art. 6°), recordando incluso la primacía de la actividad económica de los particulares y la subsidiariedad del Estado (art. 3° inc. 2°).

<sup>26</sup> Véase la Ley N° 18.965 (10.3.1990) artículo único, que hemos transcrito en la nota 17 del parágrafo III.

<sup>27</sup> Lo primero se ha dado con la Ley 19.170 (3.10.1992) que autoriza al Metro S.A., filial Corfo, para que constituya con la Empresa de Ferrocarriles del Estado sociedades anónimas para atender servicios de transporte suburbano de pasajeros y la explotación comercial de sus bienes en actividades o servicios complementarios, pudiendo participar terceros en estas sociedades (art. 6°).

Lo segundo, con la ley 19.293 (11.2.1994), referente a la “Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua Limitada” (filial Corfo).

<sup>28</sup> Recuérdense pp. 2.919, 2.918 y 2.905 de la Sesión N° 388, de la Comisión Ortúzar ya citadas.

<sup>29</sup> Véase Sesión 388 cit., especialmente expresiones de los comisionados Alicia Romo Román y J. de Dios Carmona Peralta.

fuera de ese proceso porque expresamente se dispuso su carácter estatal permanente (art. 2° inciso 2°, Ley 18.772<sup>30</sup>).

“Desarrollar” actividad empresarial es realizarlas por sí mismo a través de sus organismos, y “participar” es hacerlo tomando parte en otras entidades distintas del Estado y sus organismos. De allí que en el primer caso realizaría tales actividades directamente, por sí mismo, mientras en el segundo caso sería o tendría parte en entidades distintas del “Estado y sus organismos”, y las realizaría de modo indirecto<sup>31</sup>.

“Participar” es 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.

En el caso del Metro S.A. es *el Estado* quien desarrolla la actividad empresarial de transporte de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos urbanos o suburbanos y la desarrolla directamente por un “organismo estatal” como es esta sociedad anónima, que tiene el monopolio intransferible e inconcedible de este su giro, giro que constituye un servicio público (art. 2° inciso 2° frase final, ley citada para lo primero, y art. 1° para lo segundo). Pero puede —como la ley lo autoriza— “participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”.

Esa “participación” ha de ser necesariamente referida y relacionada con el *objeto social* que ha sido autorizado por la ley de quórum calificado, esto es ser concerniente a tal objeto, y no otro.

Del mismo modo, obviamente, ese “ejecutar cualquier acto u operación” a que se refiere la frase final del aludido art. 2° inciso 2° de la Ley 18.772, ha de ser “relacionados con el objeto social”, cosa que, además, expresamente lo dispone este mismo precepto.

Pudiera entenderse que ese “participar” del que habla esta norma necesariamente ha de ser a través de sociedades, *pero no es así* ya que sin que exista sociedad alguna, ni manifestación alguna de voluntad explícita o formal para formar sociedad, una entidad u organismo del Estado puede encontrarse siendo parte o teniendo acciones de una sociedad, como ocurre v. gr. al ser este (las acciones) el modo de devolución de aportes reembolsables por servicios eléctricos (DFL (M) N° 1, de 1982), y a lo que hace referencia precisamente la Ley 18.965 en su artículo único<sup>32</sup>. Por ello es que “participar” 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 y no común.

Lo que sí ha de darse —e insisto en ello porque es fundamental— es la necesaria e ineludible relación, referencia y conexión intrínseca de esos acuerdos o tratos *con el objeto social* del organismo estatal autorizado por el legislador para desarrollar esa determinada y específica actividad empresarial. De lo contrario, excederá dicho objeto y todo cuanto se obre será contrario a Derecho, puesto que carece en tal caso de fundamentación jurídica

<sup>30</sup> Que quedó fijada la naturaleza estatal del Metro aparece reiterativo en la historia fidedigna de su establecimiento; vid. Boletín N° 949-03 citado: en su numeración correlativa de páginas, véanse pp. 17, 130, 147, 170, 223, 224 (“una sociedad netamente estatal”: p. 130; debe estar “en las manos del Estado” p. 147; “pertenece 100% al Estado” p. 174, etc.).

<sup>31</sup> Directamente el Estado desarrolla actividad empresarial a través de sus organismos, como v. gr. las llamadas “empresas del Estado” (Enap, Enami, Codelco, TVN, Correos de Chile, Eaza, Famae, Enaer, etc.), o las empresas municipales (Emeres Ltda., o alguna eléctrica, sanitaria o turismo), o las llamadas “sociedades del Estado” cuando en su totalidad son estatales (como Metro S.A. o Polla Chilena de Beneficencia S.A., o algunas sanitarias) o incluso mayoritarias (pues aún son “del Estado”). Puede decirse que tanto unas como otras, en general, realizan actividades empresariales, pero de servicio público, piénsese Metro S.A., o Emeres Ltda., que contienen “publicatio”, es decir, atribución por ley que tal actividad corresponde al Estado realizarla (v. gr. Ley 18.695, de Municipalidades art. 3°, aseo, función privativa de ellas; o Ley 18.772, del Metro S.A.).

<sup>32</sup> V. gr. Leyes 18.554 (art. 1°) y 18.681 (arts. 2° y 3°), y 18.965 ya citada (nota 5 precedente).

ca, violando así tanto la ley autorizatoria como, por ende, la Constitución. Y si excede, no es cuestión de pretender realizar esa actividad no autorizada por medios subrepticios, ya que igualmente dichos medios son ilícitos por no decir referencia o relación con el objeto social o función específica del organismo estatal de que se trata<sup>33</sup>.

### III. LA EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS METRO S.A.: FUNCIÓN Y ATRIBUCIONES

1. El 22 de enero de 1974 se publica en el Diario Oficial el DL N° 257, que crea la "Dirección General de Metro", órgano fiscal, que constituye una unidad del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, dependiente de él, y, por tanto, integrante de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, esto es, una unidad de un Ministerio, administración central, fiscal, o centralizada del Estado, bajo el poder jerárquico del Presidente de la República<sup>34</sup>.

¿En razón de qué se crea esta unidad ministerial?

Los propios considerandos del DL N° 257/1974 lo explicitan con perfecta claridad, al justificar la creación de esta Dirección General. Se ha debido a la gran importancia que tiene "la realización de una obra pública como el Metro, por el beneficio, seguridad y capacidad que representa para la colectividad la puesta en funcionamiento de una solución de *transporte rápido y masivo de personas*" (considerando 1°; cursivas nuestras).

¿Y qué se le atribuye como función pública que le corresponde?

Su texto (art. 1°) dispone a la letra:

"todo lo referente a *metros urbanos y suburbanos* desde sus estudios hasta su respectiva puesta en servicio normal, como asimismo su vialidad urbana complementaria y sus respectivos estudios de transporte urbano, en las áreas que sea necesario" (cursivas nuestras).

Como se advierte, la función no es sino la gestión del servicio público de *transporte de personas*, desde la construcción de la obra pública que él comporta hasta la entrega del servicio mismo a los usuarios, transporte de personas mediante ferrocarril urbano y suburbano, subterráneo o terrestre.

Puesto que se trata de construir esas obras públicas y "poner en funcionamiento dicho medio de transporte masivo y su red complementaria de alimentación de las líneas de pasajeros" (consid. 2°), es que se ha creado esta nueva Dirección (fiscal) en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a fin de darle una organización formal, estable, operativa y flexible, sucesora legal especialmente de la Dirección General Coordinadora del Metro de Santiago y Vialidad Urbana de la Región Metropolitana de Santiago, establecida en 1972<sup>35</sup>.

Como órgano fiscal, integrante del referido Ministerio de Obras Públicas, desarrolló sus funciones durante más de 15 años, hasta que el proceso privatizador, que intentaba agilizar la gestión de los servicios públicos, alcanzó también a aquella Dirección.

1. En efecto, por la Ley 18.772 (28.1.1989) se creará la "*Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.*", "continuadora legal en todos los derechos y obligaciones que correspondan a la Dirección General de Metro" (art. 2°<sup>36</sup>).

<sup>33</sup> Tal como lo ha dejado claramente establecido la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso llamado eufemísticamente "correo híbrido", en el cual habiéndose declarado que ello infringía el art. 19 N° 21 inc. 2°, de la Constitución porque carecía de atribuciones la Empresa de Correos de Chile para emprender tal actividad empresarial, esta pretendió realizarlo por vía de licitación con privados; ante tal desacato, la Corte por sentencia de 29.1.1999, reiteró dicha ilicitud y dejó sin efecto la pretendida licitación convocada por dicha Empresa (véase Anexo).

<sup>34</sup> Su texto ha sido rectificado por incurrirse en errores en su publicación; véase Diario Oficial de 30.1.1974.

<sup>35</sup> Vid. considerando 3° y art. 7° de este DL N° 257/74.

<sup>36</sup> Véase en relación con el art. 6°, que dispone la salvedad al respecto).

Como dispone la Constitución en su art. 19 N° 21 inc. 2°, la Ley 18.772 prescribe en su artículo 1°:

“Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos” (art. 1°).

Fácil es entonces determinar el *objeto* de la referida autorización legal, que es expresa y específica –conforme al mandato constitucional: *desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros*, y por vía terrestre.

Con tal finalidad, la misma ley, en su artículo 2° y siguientes, ordena al Fisco y a la Corporación de Fomento de la Producción constituir una sociedad anónima, cuyo nombre la misma ley precisa al efecto, determinando incluso su nombre de fantasía (*Metro S.A.*), su capital social (Fisco 28% y Corfo 72%), el aporte de bienes, su calidad de continuadora legal de la Dirección General de Metro, e incluso el caso de la posible incorporación de terceros a esta sociedad, pero *con el exclusivo propósito* de “ampliar la actual red de ferrocarril metropolitano, construir nuevas líneas u obtener el equipamiento de dichas obras<sup>37</sup>, determinar que la propiedad de Fisco y Corfo de las acciones de la sociedad no podrá bajar del 51% del total de ellas, que su fiscalización corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros, y que se registrará por las normas de las sociedades anónimas abiertas.

Ahora bien, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 2° de la Ley 18.772, por escritura pública de 24.1.1990, otorgada ante el Notario Público Raúl Undurraga Laso, se constituyó la referida sociedad anónima estatal, determinándose en ella también materias no previstas en la ley, tales como su administración, previéndose al efecto un Directorio, su composición (de siete miembros, designados por los accionistas/Fisco y Corfo), y la duración de sus miembros (cláusulas 11 y 12).

*De todo lo señalado resulta que se trata:*

- 1) de una sociedad del Estado.
- 2) compuesta, formada o constituida por dos organismos o entidades estatales, a saber, el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, ambos personificados,
- 3) que “desarrolla actividades empresariales” directamente,
- 4) teniendo a su cargo ella misma la gestión y el funcionamiento del *servicio público* de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios,
- 5) servicio público estatal monopólico “que no podrá darse o cederse a ningún título” (art. 2°).
6. El punto central que debe ser ahora analizado –teniendo presente el estatuto legal referido y los fundamentos constitucionales antes reseñados– es el *objeto o función* de esta sociedad estatal “Metro S.A.”.
- 3.1 Lo primero que ilumina el entendimiento y de forma muy clara y unívoca es el *nombre* mismo con que la ley ha denominado esta sociedad; este nombre es “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (art. 2°). Su objeto social o función es el *transporte de pasajeros*.

Transporte, esto es acción y efecto de transportar, o sea, llevar personas de un lugar a otro<sup>38</sup>. Actividad que proporciona los medios para trasladar personas de un lugar a otro<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Tal eventualidad no ha ocurrido hasta ahora; el Fisco y la Corfo detentan el 100% de tales acciones. Teniendo la Corfo el 72% de ellas, Metro S.A. es una sociedad de las llamadas “filiales” de Corfo.

<sup>38</sup> *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, 21ª edición. Espasa Calpe. 1992, 2 volúmenes), II, p. 2.011, columna 2.

<sup>39</sup> *Gran Enciclopedia Larousse* (22 volúmenes). Planeta S.A. Barcelona. 1972, vol. 19, p. 334, columna 2.

- 3.2 Y también de modo muy claro se especifica que este transporte de pasajeros constituye un *servicio público que presta el Estado a través de esta sociedad Metro S.A.* (art. 1°).
- 3.3 Pero no solo ello, sino que la misma ley determina con claridad absoluta *la forma a través de la cual se presta este servicio de transporte de pasajeros*: lo presta el Estado “mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos” (arts. 1° y 2° inciso 2°).
- 3.4 Conforme a ello, la propia ley se encargará de señalar –art. 2° inciso 2°– que esta sociedad estatal “tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros” por los medios ya indicados, “y *las anexas a dicho giro*”, “pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación *relacionados con el objeto social*”<sup>40</sup>.
- 3.5 Como se advierte, el punto en cuestión radica en la frase “y las anexas a dicho giro”, esto es las actividades anexas a “las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios complementarios”.
- Del texto mismo de los artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.772 aparece que el legislador –en concordancia con el art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución y en su cumplimiento– se encargó de precisar bien delimitadamente la autorización para que por excepción el Estado pueda desarrollar actividades empresariales, no solo de manera expresa sino bien específicamente acotando con rigor tanto el *objeto y fines* de la actividad autorizada como los *medios* a través de los cuales la lleva a cabo.

- 3.6 En efecto, del texto aludido resulta que la autorización conferida al Estado se extiende a tres aspectos, esto es: 1) las actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos; 2) lo mismo del número 1 precedente pero por “otros medios (de transporte) eléctricos complementarios”, y 3) lo mismo que los números precedentes “y servicios anexos”.
- Lo mismo aparece –como es obvio– cuando la ley, en su artículo 2°, especifica el *objeto o giro* de la sociedad anónima estatal “Metro S.A.”, que no puede ser sino aplicación de la autorización conferida al Estado ya aludida. En este artículo 2° (inciso 2°) se usa la expresión “y las (actividades) anexas a dicho giro”, en lugar de “y servicios anexos” del art. 1°; frase final.

- Transporte de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos,
- Transporte de pasajeros por otros medios eléctricos, y
- Servicios, o actividades, anexos a dicho giro de transporte de pasajeros.

He aquí en este triple aspecto la *actividad empresarial autorizada al Estado* por el legislador de quórum calificado, y el *objeto o finalidad o función de la sociedad anónima estatal* creada para realizar tal actividad de servicio público de transporte de personas por vía terrestre, sea subterránea o superficie o elevada.

4. Para corroborar lo hasta ahora expuesto nos parece útil referirnos a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 18.772<sup>41</sup>.

- 4.1 El Mensaje enviado por el Presidente de la República a la Junta de Gobierno (órgano legislativo) el 23.3.1988, breve pero conciso, es suficientemente claro. En su inciso o párrafo 6° señala que la iniciativa legal “tiene por finalidad transformar la Dirección de Metro, servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, en sociedad anónima, con un objeto lo suficientemente amplio como para intervenir en todas las acciones relacionadas con el transporte de pasajeros urbano y suburbano, a través del ferrocarril metropolitano”.

<sup>40</sup> Lo que repetirá la cláusula 2ª de sus estatutos.

<sup>41</sup> Boletín N° 949-03, Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno.

Rescataremos aquí la frase final “transporte de pasajeros urbano y suburbano, a través del ferrocarril metropolitano”.

Pero póngase también atención en aquello de “un objeto lo suficientemente amplio”, porque esto *fue expresamente rechazado por el legislador* por ir en contra de lo dispuesto por la Constitución en su artículo 19 N° 21 inciso 2°, ya que la autorización que la ley de quórum calificado ha de ser no solo expresa sino específica, bien determinada y delimitada.

Esta amplitud venía dada en dicho Proyecto de Ley, en su artículo 2° inciso 2°, frase final:

“La sociedad Metro S.A. podrá explotar comercialmente su patrimonio en forma directa o mediante contratos con terceros, pudiendo efectuar todas las operaciones y actos para tal efecto”.

4.2 Pues bien, tal amplitud fue expresamente rechazada, al discutirse en sesiones conjuntas de las Comisiones Legislativas la debida concordancia entre el artículo 1° (autorización para que el Estado desarrolle actividades empresariales en este rubro) y su artículo 2° (referente al objeto de esa actividad/inciso 2°).

Allí fue que se precisó aquello de “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”, que es precisamente el *transporte de pasajeros* por medio de ferrocarriles metropolitanos *u otros medios eléctricos complementarios*, y se analizó la conveniencia de precisar muy bien aquello del art. 2° inc. 2° frase primera, del Proyecto “y las relacionadas con este” (servicio de transporte de pasajeros en ferrocarril metropolitano)<sup>42</sup>. En virtud de ello apareció la idea de hablar mejor de *servicios anexos* a este servicio de transporte de personas, lo que en último término quedó como “*las (actividades) anexas a dicho giro*”<sup>43</sup>. Así lo confirma el Oficio Ordinario N° 6.583/110/51, de 22.8.1988, del presidente de la Primera Comisión Legislativa a la H. Junta de Gobierno, informando el proyecto de ley. En su “Análisis particular” (pp. 13-25), se precisa que el objeto de esta sociedad (art. 2°) sea determinado de tal forma “que sea el reflejo fiel de las actividades autorizadas” (art. 1°). De allí que si se autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos (a ellos), el objeto de la sociedad anónima estatal que se ordena crear al efecto tiene necesaria e ineludiblemente que estar constituido por lo mismo que ha sido autorizado el Estado por el legislador, esto es, “*las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros*” por los medios referidos “*y las anexas a dicho giro*”, “pudiendo ejecutar cualquier acto u operación *relacionados con el objeto social*”<sup>44</sup>.

5. Ahora que conocemos no solo el ordenamiento constitucional en lo que concierne al *carácter excepcional de la actividad empresarial del Estado*, sino también el estatuto legal de Metro S.A., en cuanto a la autorización otorgada al Estado para desarrollar tal actividad, y al

<sup>42</sup> La intención expresa del Ejecutivo con este proyecto de ley “es restringir el objeto justamente a los medios eléctricos, considerando que la actividad empresarial del Estado corresponde a un ejercicio de carácter excepcional, como lo señala la Constitución Política” (sesión conjunta de las Comisiones Legislativas de jueves 28.7.1988, pp. 2, 5 y 6).

<sup>43</sup> Vid. sesión conjunta de 14.7.1988, p. 7; también la de 21.7.1988, p. 9. Véase la sesión de 28.7.1988, p. 10 (“no se trata de ampliar las posibilidades de la sociedad para el desarrollo de nuevas actividades”, ya que el objeto de la sociedad es asunto de transporte de personas por ferrocarril u otros medios eléctricos; en p. 11: “la empresa solo tiene que ver con la operación del Metro y las construcciones relacionadas con este”).

<sup>44</sup> Con afán de precisión, y en lo que aquí interesa, la Junta de Gobierno —a través de sus Comisiones Legislativas— modificó el proyecto primitivo enviado por el Presidente de la República en varios aspectos: (a) autorización (agregándose “u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos”), (b) nombre de la sociedad estatal que se crearía, (c) objeto social (se delimita precisándolo), (d) continuadora legal de órgano fiscal originario, (e) monopolio estatal del servicio público, no transferible o concedible, etc.

objeto social, o giro de dicha sociedad anónima estatal, incluso en la historia legislativa de su establecimiento, entremos al punto de analizar qué significa “servicios anexos” y “actividades anexas a dicho giro”, que utilizan los artículos 1º, y 2º inciso 2º de la Ley N° 18.772. Ello relacionado, también, con la frase “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”, que se emplea en su artículo 2º inciso 2º.

5.1 Básico y fundamental es tener presente que lo “anexo” se refiere al servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios.

¿Qué significa “anexo”?

Si se atiende a su etimología latina, anexo viene de *annexus*, p. p. de *annectere* (es decir, enlazar, unir, atar, ligar, anudar), de donde anexo es unido, agregado, anejo, atado<sup>45</sup>.

Y esta etimología revierte también en las lenguas romances como el español, francés, portugués e italiano. Si se revisa el término en castellano, *anexo* no es sino “unido”, “agregado a”, y también “propio”, “inherente”, “concerniente a”, siendo *anexar*: “unir”, “agregar una cosa a otra con dependencia de ella”, “conectar una cosa a otra principal”<sup>46</sup>. Y en francés refiere el término anexo a “agregado a”, “lo que es unido a una cosa principal”, y *anexar* significa “juntar”, “unir”, especialmente en cuanto “formar parte de algo principal” y “con lo que se tiene relación directa”<sup>47</sup>.

También en la lengua germánica es posible encontrar el mismo significado; en efecto, *zugehörig* indica “pertenencia”, “correspondiente a”, “lo que es propio de”<sup>48</sup>.

Clarísimo aparece de este breve recuento que anexo, *servicios anexos*, *actividades anexas*, indica inequívocamente algo que está *unido* a aquellos servicios o actividades de transporte de personas por ferrocarril metropolitano u otros medios eléctricos complementarios, con una relación de dependencia con estos, que es lo principal, formando parte con estos y con una relación directa, porque hay pertenencia, correspondencia, porque es también propio de estos servicios o actividades, les son inherentes, ya que también están incluidos en ellos.

De allí la expresión “anexas a dicho giro” (art. 2º inciso 2º frase primera).

5.2 Volviendo al texto de la Ley N° 18.772 y los dos artículos en donde aparece la expresión “servicios anexos”, o “anexas a dicho giro”, debe concluirse que *lo principal* no es sino “el servicio público de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos” (art. 1º), a lo que también se agrega de modo específico que ese servicio público de transporte de personas puede ser por “otros medios eléctricos complementarios” (arts. 1º, y 2º inc. 2º frase 1ª). A ello es que se añade “y servicios anexos” (art. 1º), “y actividades anexas a dicho giro” (art. 2º inc. 2º frase 1ª).

Es decir, la autorización está dada para aquellos “servicios” o “actividades” que pueden *juntarse* o *unirse* a ese objeto principal que es el *transporte de personas por ferrocarril metropolitano u otros medios eléctricos complementarios*, porque son inherentes, complementarios, pertenecientes, les son propios, tienen una relación directa con ellos y con un carácter de dependencia, y vienen a formar parte de los mismos.

Tal es el sentido propio de no solo el texto legal sino de la intención misma del legislador, que acotó y delimitó el objeto social del ente estatal que ordenara crear, especificándolo con precisión<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> BLANQUEZ FRAILE, *Diccionario Latino-español* (2 vols.). Sopena. Barcelona. 1967, vol. 1, p. 174 columna 1.

<sup>46</sup> *Diccionario de la lengua española* cit. (n. 4) vol. 1, p. 141 columna 1; vid. también, Espasa Calpe, *Diccionario Enciclopédico Abreviado* (7 vols., más Apéndices) 7ª. ed. Madrid 1957, vol. 1, p. 574, col. 1.

<sup>47</sup> *Dictionnaire Encyclopedique Petit Larousse*. Larousse. Paris 1959 (28 è tirage 1966) p. 47, columna 2.

<sup>48</sup> *Langenscheidts Taschenwörterbuch*. Der Spanischen und Deutschen Sprache (2 vols.). Herder. Barcelona. 1956 (5 Auflage 1957), volumen 2, p. 544, columna 2.

<sup>49</sup> Valga indicar aquí que el término “servicios anexos” que contiene el art. 1º de la Ley N° 18.772 vino a simplificar una larga enumeración que el Proyecto del Presidente de la República contenía en la frase primera de su art. 2º inc. 2º, referente al objeto de la sociedad anónima que se disponía crear, actividades todas concernientes al servicio de transporte de pasajeros en ferrocarril metropolitano y “relacionadas con este”.



5.3 En este mismo orden de ideas viene a explicarse la frase “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”.

Si el objeto social de la sociedad anónima estatal Metro S.A. es precisamente –conforme a la autorización conferida por el legislador al Estado– “la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro” (art. 2º inc. 2º frase 1ª), aparece obvio que la referencia que a continuación de lo dicho hace este mismo inciso 2º, “y ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social” no puede sino referirse precisamente al servicio de transporte de pasajeros a través de los medios que el artículo 1º autoriza y servicios anexas.

El propio proyecto del Presidente de la República para transformar el organismo estatal fiscal “Dirección General de Metro” en una sociedad estatal anónima, señalaba en su art. 2º inc. 2º parte final: “La sociedad Metro S.A. podrá explotar comercialmente su patrimonio en forma directa o mediante contratos con terceros, pudiendo efectuar todas las operaciones y actos necesarios para tal efecto”.

Dada la amplitud que ello comportaba, tal redacción fue *rechazada* por la Junta de Gobierno en el estudio realizado por sus Comisiones Legislativas, quedando reducido su texto a la redacción actual, esto es solo lo que dice relación con su “*objeto social*”.

“No se trata de ampliar las posibilidades de la sociedad para el desarrollo de nuevas actividades sino” permitir asociarse con terceros privados “para construir nuevas líneas” de ferrocarril metropolitano. “No se trata de mayor amplitud” (p. 10, sesión conjunta de Comisiones Legislativas, 28.7.1988, Almirante Toledo, presidente). “La empresa solo tiene que ver con la operación del Metro y las construcciones relacionadas con este” (idem., Sr. Lausen, Director del Metro, p. 11).

De acuerdo con la Constitución “la actividad empresarial del Estado se hace en calidad de subsidiaria. Se ha procurado salvaguardar el hecho de que no exista competencia desleal entre la actividad empresarial del Estado y la eventual o existente actividad empresarial privada” (idem, Sr. Larroulet, p. 4)<sup>50</sup>.

5.4 Debe recordarse en este punto que los tribunales de justicia han entendido siempre que el *giro social* u objeto específico de la empresa o sociedad estatal ha de ser interpretado de modo restrictivo, en razón precisamente de la *excepcionalidad* de la actividad empresarial del Estado, tal como aparece en la Constitución (art. 19 N° 21 inc. 2º), y quedara tan claramente señalado en las Actas de Sesiones de la Comisión Ortúzar.

Valga traer a colación la sesión 388 (p. 2.917) en donde se deja constancia que el referido N° 21 del art. 19 “no solo está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas sino que, por principio, se le está *prohibiendo* al Estado, el que únicamente podrá abordarlas de modo excepcional”.

El propio presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar hace hincapié, en la misma Sesión aludida, en que el inciso 1º de dicho N° 21 no se refiere al Estado, y que por dicho inciso “no se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica” (p. 2.913), lo que es luego reafirmado por el comisionado Sr. Bertelsen al precisar que “las garantías constitucionales no se aseguran al Estado sino a las personas, por lo cual (con dicho inciso 1º) no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente activi-

<sup>50</sup> Tan evidente es que no puede jurídicamente la sociedad o entidad autorizada por el legislador para realizar una determinada y específica actividad empresarial, salirse del objeto social o giro específico autorizado, que por ejemplo, y es una ley general no solo vigente sino aplicable a todo el Estado y sus organismos que la Ley 18.965 (10.3.1990) dispone que: “El Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, deberán enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título en sociedades cuyo objeto social está fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado o exceda los términos de dicha autorización en el plazo de un año contado desde la recepción”, disponiéndose al efecto que tales derechos no serán considerados (artículo único).

dades económicas” (p. 2.913 cit.). De allí que el comisionado Sr. Carmona proponga una indicación para que en un inciso 2° se permita por excepción tales actividades empresariales al Estado.

Dada su intrínseca excepcionalidad, de origen constitucional, es que la *interpretación* del objeto social de estas empresas o sociedades estatales es *restrictiva*. Así lo han confirmado varios fallos en que la Corte de Apelaciones de Santiago le ha tocado conocer precisamente en acciones de amparo económico.

Señalemos, por ejemplo, *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile* (5.12.1991, rol 2.396-91 E, confirmada por la Corte Suprema el 8.1.1992, Rol 18.175 en Fallos del Mes 398 (1992) 831-836), caso que se debatió si el Instituto Geográfico Militar, cuya actividad –conforme a su estatuto DFL N° 2.090, de 1930 y Ley 15.284– se encuentra enmarcada en lo que se refiere “a la geografía, levantamiento y confección de Cartas del territorio” podía, según esa normativa, actuar como empresa privada en el área gráfica y en materias ajenas a su estatuto, imprimiendo libros u otro tipo de material gráfico ajeno al objetivo o funciones propias “de su especialidad”.

La Corte fue bien enfática en precisar que “los compromisos comerciales que el Instituto Geográfico Militar haya contraído o contrajere con particulares, que recaigan en un área ajena a la cartografía, y que en su informe denomina “área marginal”, no pueden considerarse –por no ser de su propia especialidad– comprendidos en la competencia que la ley le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales, e infrinjan la norma constitucional que se invoca en el recurso” (esto es art. 19 N° 21 de la Constitución/ consid. 17°). En tal virtud, declara el tribunal que dicho Instituto “debe abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no pertenezcan al área propia de su especialidad, determinada en las leyes que orgánicamente lo regulan”.

También, y en el mismo sentido, *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile* (20.11.1998, rol 3.817-98, confirmada por la Corte Suprema el 16.12.1998, Rol 4.068-98), caso en el cual lo debatido era la pretensión de la empresa estatal recurrida de asumir actividades de impresión, ensobrado y etiquetado de material enviado a ella por terceros; el tribunal, acogiendo la pretensión de la recurrente, establece que ello no se encuentra comprendido entre las actividades empresariales autorizadas por la ley a dicha Empresa. Como se pretendía por esta que ello cabía en la expresión “actividades similares” que utiliza el artículo 2° inc. 1° del DFL (TT) N° 10, de 1982, la Corte entra a dilucidar el punto haciendo ver que lo “similar” se refiere a otras “prestaciones de servicio postal” pero jamás puede incluirse en ella una actividad como el procesamiento de datos entregados por particulares, la impresión de los mismos, su ensobrado y etiquetado, hasta obtener físicamente una carta, puesto que ello no constituye algo “similar” al *transporte* de correspondencia (consid. 8°). En razón de ello, la Corte deja sin efecto tanto el Acuerdo del Directorio de la Empresa recurrida que autorizaba tal actividad/ “correo híbrido”, como la Resolución exenta dictada por su Gerente General que la disponía, todo ello con costas<sup>51</sup>.

Más recientemente, y en la misma línea, *Chilexpress S.A. y Línea Aérea Nacional S.A. con Empresa de Correos de Chile* (Corte Suprema, 17.3.1999, Rol 328-99), amparo económico deducido en contra de esta entidad estatal por infracciones cometidas por ella al intervenir en actividades no comprendidas en el ámbito de su giro u atribuciones. En efecto, la recaudación de valores y la recepción de pagos de servicios como cuentas de consumo de agua excede claramente su específico marco legal de envío o transporte de correspondencia, como también excede esta noción el envío de bultos de gran tamaño ya que ello no puede considerarse como “encomiendas”, ya que al hacerlo está interviniendo en materia comercial que escapa a la autorización conferida por la ley<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> En Gaceta Jurídica 222 (diciembre 1998), 50-59.

<sup>52</sup> En Gaceta Jurídica 225 (marzo 1999), 31-35.

En estos tres casos citados es posible advertir con claridad que rige en plenitud el *principio de especialidad* de las personas jurídicas, y que aquí tratándose de entidades estatales asume una connotación muy especial ya que se dobla o adiciona con el principio constitucionalmente consagrado de la necesaria *excepcionalidad de las actividades empresariales del Estado*, puesto que la regla general es la “primacía de la actividad económica privada” reconocida como derecho fundamental de la persona humana, individualmente considerada o integrada en sociedades o entidades asociativas (art. 19 N° 21 inciso 1°), consecuencia de su primacía ontológica, como también lo reconoce la propia Constitución en sus arts. 1° inciso 4°, y 5° inc. 2°.

5.5 Llegado a este punto debe insistirse en algo que a veces se olvida o se pasa de largo.

Las entidades a través de las cuales el Estado desarrolla actividades empresariales, llámense como se llamen, si empresas, sociedades u otra denominación<sup>53</sup>, son *del Estado*. No son entidades *de los particulares*, aunque en su funcionamiento (aspecto funcional) estén “sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”, como dispone el art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución. Esta sujeción a la misma normación de los privados no borra ni extingue el hecho de ser *del Estado*.

Si tales sociedades pueden ejercer actividad empresarial es debido a que al “Estado y sus organismos” se les ha autorizado de modo expreso y específico, el ejercerla; no cabe duda, pues, que se trata de una *sociedad estatal*. Sociedad que en el caso de “Metro S.A.” es además de estatal, *monopólica*, y además, *intransferible e inconcedible*, dado que la Ley 18.772 ha prohibido toda posibilidad en tal sentido (“no podrá darse o cederse a ningún título el giro principal de transporte que se realice en las actuales vías o en las que se construyan exclusivamente por dicha sociedad”/art. 2° inciso 2° frase final).

Si es un ente estatal esta sociedad anónima –como lo es y no puede haber duda alguna<sup>54</sup>– como organismo del Estado” que es, si bien no integrante de la Administración del Estado (art. 1° de la Ley 18.575), *está sujeta* “a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” (art. 6° inc. 1°). Insensato sería pretender que no está sujeta a la supremacía de la Carta Fundamental, desde que a ella están sujetos no solo los “órganos del Estado”, sino también “toda persona, institución o grupo” (art. 6° inciso 2°). Y si está sometida, como organismo o entidad del *Estado*, a la Constitución y a las normas dictadas en su conformidad, tal sociedad actuará válidamente en la medida que sus integrantes hayan sido designados conforme a su ley social (sus estatutos) y actúen “dentro de su competencia” (art. 7° inc. 1°), competencia que especifica la ley autorizatoria para realizar la actividad empresarial (art. 1° Ley 18.772), y que concreta su objeto o giro social (art. 2° inciso 2°).

Llámese principio de juridicidad, legalidad o especialidad, la persona jurídica *del Estado*, creada como sociedad anónima “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, nombre de fantasía “Metro S.A.”, está sujeta y sometida a él, puesto que esta sociedad ha sido constituida *por el Estado* (Fisco y Corfo) por imperativo de la Ley (18.772, art. 2° inc. 1°), y su estatuto social (escritura pública de 24.1.1990 cit.), siguiendo los dictados de la ley, ha reiterado su objeto social y el giro de ella, según la autorización previa conferida para desarrollar esta actividad empresarial.

De allí que esa actividad empresarial no puede excederse o pretender ampliarse a actividades que no encuadran en el preciso y delimitado ámbito autorizado por la ley de quórum calificada respectiva.

<sup>53</sup> Recuérdese en este caso la “Corporación Nacional del Cobre de Chile”, cuya actividad es netamente empresarial y lleva por nombre “corporación” (DL N° 1.305, de 1976) o *el Banco del Estado de Chile* (DL N° 2.079, de 1977).

<sup>54</sup> Innumerables son las ocasiones en que ello se reitera durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 18.772; baste indicar en su historia fidedigna, Boletín 949-03, de la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno, ya citado, pp. 130-147, 169, 174, 223, 224, etc.

Lo anexo, similar o análogo, o los actos o contratos que pueda convenir o acordar esta sociedad anónima estatal –para que sea válido y conforme a la ley autorizatoria y a su estatuto social– han de estar de acuerdo directamente, y sin resquicios, *con el objeto social y la actividad específica autorizada*, es decir, transporte de pasajeros por ferrocarril metropolitano u otros medios eléctricos complementarios, y cuanto diga referencia (“servicios o actividades anexas”) a ello con dependencia, con pertenencia, unido a ese giro como lo accesorio sigue a lo principal.

No es lo propio de Metro S.A. participar con empresas periodísticas en la publicación de diarios o periódicos, e incluso aportando el nombre *Metro* a dicha publicación; y para que sean distribuidos de modo gratis a sus usuarios; como tampoco es lo propio de esta empresa de transporte de pasajeros por ferrocarril metropolitano participar con una empresa editora de libros para regalarlos a sus usuarios y así propender a la lectura masiva del público: no es ese su giro ni esa su “especialidad” como objeto social. No solo no lo es; es que *ni siquiera dice relación* con dicho objeto en cuanto “servicios anexas”, por cuanto carece de toda “correspondencia”, “dependencia” o “inherencia” con el objetivo específico para el cual ha sido autorizada su existencia<sup>55</sup>.

Ello excede no solo su actividad como objeto social; es que excede *la razón misma de su existencia* como sociedad anónima estatal con actividad empresarial, ya que el fundamento de su creación no ha sido otro que desarrollar el *servicio público de transporte de pasajeros por ferrocarril* u otro medio eléctrico complementario, y en régimen monopólico, y sus servicios anexas, o sea anexas a ese transporte, como la operación del servicio y la construcción de nuevas vías<sup>56</sup>.

Y no debe olvidarse que la intervención del Estado a través de actividades empresariales, en la Constitución, obedece rigurosamente al principio de subsidiariedad, esto es, que legitima esta intervención la carencia de la actividad por el sector privado. Y la pretensión de participar Metro S.A. en el negocio de un diario distribuido gratuitamente en las estaciones de ese ferrocarril metropolitano no viene a suplir carencia alguna del sector privado en el ámbito periodístico, y constituye, además, una competencia desleal con dicho sector desde que se entrega de modo gratuito a sus usuarios.

6. Pero hay más. Tal pretensión de participar la sociedad estatal Metro S.A. en el negocio de la distribución gratuita de un diario a los usuarios de su medio de transporte de pasajeros por ferrocarril subterráneo, no solo excede de modo palmario la autorización legal para

<sup>55</sup> Como queda establecido en la tramitación de la Ley 18.772.

Alguien podría sostener que el contrato del Metro con MTG/MI sería equivalente, desde un punto de vista constitucional, con los contratos de arrendamiento de locales comerciales y de espacios publicitarios celebrados por el Metro; sin embargo, no cabe admitir tal planteamiento. Estos contratos se explican fundamentalmente por razones históricas, ya que los locales forman parte del diseño de las estaciones; además, ellos se vienen celebrando aún desde antes de la vigencia de la Constitución de 1980; por último, la razón más probable por la que no se ha alegado hasta ahora la inconstitucionalidad de esos contratos se debe a que no tienen efectos relevantes en las actividades económicas a las que se refiere (v. gr. librerías, pastelerías, lavasecos, etc.). Debe advertirse que tales arriendos versan sobre bienes que son “bienes nacionales de uso público”, cuya administración corresponde o a las municipalidades (art. 5° letra c) ley 18.695), o al fisco (si se estimare que no a aquellas, por recaer sobre el subsuelo), pero de ningún modo en puridad al Metro S.A.; cierto, sí, que la Ley 18.772, art. 3° inc. 1° dispone que se aportan en concesión, pero se trata de una ley de quórum calificado, que jamás puede ir en contra de lo estatuido por una ley orgánica constitucional como es la 18.695. De allí que ello carezca de sustento jurídico, tanto legal como constitucional.

<sup>56</sup> Llama poderosamente la atención que Metro S.A. sea –según ella afirma– dueña de la marca *Metro*, y en la clase 16, esto es edición y distribución de periódicos por cuanto *ello escapa totalmente al objeto social* de este órgano estatal y a la propia autorización que la Ley 18.772 ha otorgado al Estado, la cual recae en la actividad empresarial de servicio público de *transporte de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos*. Con igual predicamento ¿podría sostenerse que Metro S.A. pudiera registrar la marca *Metro* en las clases correspondientes a pasteles, artículos deportivos, productos farmacéuticos, u otros? ¿Y si inscribiera esa marca *Metro* para tales productos, pudiera dedicarse también a ello y sostener que son servicios anexas o actividades anexas a su objeto social? Lo menos que puede decirse es que tal afirmación es insensata, carente de racionalidad y de fundamento constitucional y legal si se atiende a la Ley 18.772 en su texto y en la historia fidedigna de su establecimiento.

realizar *el Estado* actividades empresariales, y el giro u objeto social fijado por ley, sino que hay también en ello una clara violación a la ley orgánica de Corfo, N° 6.640.

En efecto, el inciso final del artículo 25 de la Ley 6.640, agregado por la Ley 18.899 (30.12.1989) art. 32 letra a), dispone que la Corfo para “participar” en la propiedad o administración de otras empresas (sean estatales o privadas/de particulares, ya que el texto no distingue) “requerirá de autorización expresa otorgada por la ley en conformidad a lo establecido en el inciso 2° del N° 21 del artículo 19 de la Constitución. Igual autorización necesitarán para tales actos las *empresas o entidades filiales de dicha Corporación*” (cursivas nuestras).

La sociedad anónima estatal Metro S.A. es una “filial de dicha Corporación” y figura como tal en las propias publicaciones o declaraciones de la misma Corfo<sup>57</sup>. Luego, le es enteramente aplicable esta norma del art. 25 de la Ley 6.640, inciso final y, por tanto, Metro S.A. necesita autorización expresa de una ley de quórum calificado para *participar* en esta actividad que pretende realizar.

No puede olvidarse que esta exigencia de la Ley N° 18.899 es enteramente aplicable a Metro S.A., puesto que, posterior a la Ley 18.772, ha venido a imponer a Corfo y a sus filiales esta exigencia a fin de que no quepa duda alguna que la *actividad empresarial del Estado*, realizada por cualquiera de sus organismos, y cualquiera sean los medios utilizados *debe contar con una previa y expresa autorización del legislador*, específica, determinada y delimitada, para que la disposición del art. 19 N° 21 inciso 2° tenga plena vigencia y efecto, y no sea burlada o torcida con la creación de entidades por parte de filiales Corfo o su participación con terceros que extiendan de esta manera subrepticia su actividad a objetos no autorizados y a ámbitos que escapen al giro o materia para lo cual la ley de quórum calificado autorizó.

*Tan cierto e indiscutible es lo que afirmamos*, que la propia sociedad estatal Metro S.A. ha debido contar con una ley de quórum calificado<sup>58</sup> para participar en actividades empresariales con terceros (como fue con la Empresa de Ferrocarriles del Estado), a fin de “atender servicios de transporte suburbano de pasajeros y para la explotación comercial de sus bienes en actividades o servicios complementarios” (Ley 19.170, de 3.10.1992, artículo 6°).

Si ello hubiera estado dentro del alcance del objeto social que fija para el Metro S.A. el artículo 2° inciso 2° de la Ley 18.772, no habría habido necesidad alguna de dictarse dicho precepto legal (art. 6° cit.), ni tendrfa razón jurídica esta disposición; si se dictó fue debido precisamente a que el inciso final del artículo 25 de la Ley 6.640, orgánica de Corfo (en plena aplicación del art. 19 N° 21 de la Constitución), *exige la intervención del legislador* como una condición de validez intrínseca para que una sociedad estatal filial Corfo pueda intervenir en actividad empresarial<sup>59</sup>.

En el caso presente no existe tal autorización legal expresa, de donde resulta forzoso concluir que carece jurídicamente Metro S.A. de la habilitación indispensable para concurrir y participar válidamente en el negocio objeto de esta consulta.

Valga reiterar lo que decíamos en párrafos anteriores: la minuciosa redacción del artículo 2° inciso 2° de la Ley N° 18.772, que el órgano legislativo aprobó –modificando el proyecto del Presidente de la República– tuvo por *precisa finalidad*, como quedó constancia en sus discusiones<sup>60</sup>, de *acotar* las actividades empresariales que podía asumir la sociedad estatal que dicha ley ordenaba crear, vale decir poner cotos, poner límites, delimitar tal actividad. Poner límites, es decir, *impedir* que se extienda más allá de lo que la propia ley autorizaba al Estado intervenir (art. 1°), impedir su extensión a otras actividades, ya que de

<sup>57</sup> Véase Anexo.

<sup>58</sup> Como exige la Constitución (art. 19 N° 21 inciso 2°) y la Ley 6.640 (art. 25 inc. final, según modificación de la Ley 18.899, art. 32 letra a).

<sup>59</sup> Lo ha sostenido también la Contraloría General en su jurisprudencia; vid. específicamente Dictamen 24.379, de 1992.

<sup>60</sup> Véase especialmente (Boletín 949-03 cit.). Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas de 14.7.1988, pp. 9 y ss.

no hacerse así, este vendría a invadir ámbitos de acción que son propios de los particulares y que le corresponden en razón de su intrínseca primacía ontológica (arts. 1° inc. 4, 5° inc. 2°, en relación con los arts. 1° inc. 3° y 19 N° 21/primacía de la iniciativa económica privada y excepcionalidad de la actividad empresarial del Estado<sup>61</sup>).

#### CONCLUSIONES

1. Corresponde señalar, primeramente, que en el ordenamiento jurídico constitucional chileno, la actividad económica privada goza de primacía frente a la actividad empresarial del Estado, desde que este está al servicio de la persona humana; la Carta Fundamental ha reconocido expresamente la *titularidad* de las personas privadas, originaria y primordial, para asumir la actividad económica en cualquiera de sus rubros o materias y en toda la amplísima gama de diversidad que ella presenta, sin más excepción que la que la Constitución establece.

2. Como derecho fundamental que es, traduce por una parte una *limitación* para el Estado, sea el legislador, sea la Administración, que importa no interferirlo, ni afectarlo en su contenido esencial, cuando exista regulación legal de su ejercicio; y por la otra, implica para el Estado un *deber de actuación* en cuanto la Constitución le impone promover su ejercicio.

3. Por lo dicho, del artículo 19 N° 21 inc. 1°, surge una clara obligación de *abstención* para el Estado, es decir, de no acometer actividades de los particulares en materia económica. Al Estado no le corresponde interferir la actividad económica lícita de los particulares, lo que conlleva que no puede *asumir tal actividad* ni directamente por medio de organismos estatales que la desarrollen, ni indirectamente participando en ella a través de entidades en que sea miembro o socio. Solo *excepcionalmente* le cabe tal posibilidad, cumpliendo los requisitos que la propia Carta le impone. En este contexto, cobra su verdadero sentido el inciso 2 del numeral 21 del artículo 19, que es una garantía constitucional para que el Estado no asuma, ni ocupe espacios, lugares o ámbitos donde pueda desplegarse en plenitud el derecho consagrado a toda persona en su inciso 1°.

4. Cualquier actividad empresarial del Estado que se aparte de los límites establecidos por la Constitución (autorización previa del legislador, expresa, especial, y aprobada con quórum calificado), no solo es fuente de una violación de aquella, sino que, además, vulnera directamente el derecho fundamental de toda persona para desarrollar cualquiera actividad económica que sea lícita (es decir, no contraria a la moral, al orden público, o a la seguridad nacional).

5. De allí que en estas materias, la interpretación jurídica a que haya lugar es siempre de carácter *restrictivo*, considerando la excepcionalidad con que la Constitución ha autorizado la actividad empresarial del Estado y de sus organismos.

6. La ley ha autorizado al Estado de manera específica, expresa y debidamente delimitada, la actividad empresarial de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos (Ley 18.772, de quórum calificado).

7. Para tal fin, la Ley (18.772) dispone que se constituya por el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo) una sociedad del Estado con el nombre de "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", que puede usar el nombre de fantasía "Metro S.A.", y cuyo objeto social es el transporte de pasajeros por los medios que la ley ha autorizado específicamente y las actividades anexas a este giro, giro que constituye una *actividad de servicio público*, como señala la ley.

<sup>61</sup> La Ley 18.772, en su art. 2° inc. 2° ha servido de *modelo* a otras leyes para delimitar muy precisamente la actividad empresarial de otras sociedades estatales, como por ejemplo, entre otras, la de *Polla Chilena de Beneficencia S.A.*, Ley 18.851 (22.11.1989) art. 2° incisos 2° y 3°; véase *Boletín* 1092-03, sesión conjunta de Comisiones Legislativas de 22.9.1989, pp. 20 y ss.

8. Tanto los *servicios anexos* como las *actividades anexas* a ese objeto o giro dicen referencia a aquello que está unido, ligado o vinculado al transporte de pasajeros por ferrocarril metropolitano, con una relación de dependencia, y directa, con tal actividad de transporte de personas, por cuanto significan pertenencia o correspondencia con dicho servicio público y vienen a formar parte del mismo.

9. La distribución por parte de un tercero de un diario gratuito en la red del metro de Santiago, en virtud de un acuerdo, convenio o trato, o cualquiera sea la estructura jurídica que asuma o se le dé, por la cual la sociedad estatal Metro S.A. aporta o facilita las instalaciones de esa red y da licencia para el uso de la marca "Metro", es una actividad empresarial enteramente ajena al objeto social de dicha sociedad estatal, y a la autorización que la ley ha otorgado al Estado para desarrollar el servicio público de transporte de pasajeros por ferrocarril metropolitano u otros medios eléctricos complementarios.

10. La pretensión de realizar Metro S.A. dicha actividad de distribución de un diario o periódico gratuito a los usuarios de la red del metro de Santiago, facilitando sus instalaciones y permitiendo el uso de la marca Metro a terceros, viola no solo su estatuto social, la Ley 18.772, y la Constitución (art. 19 N° 21 inc. 2°), sino, además, viola de modo directo la Ley 6.640, orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción, cuyo artículo 25 exige que para participar en la propiedad o administración de otras empresas requerirá de la autorización expresa de la ley, conforme al art. 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución, e "igual autorización necesitarán para tales actos las empresas o entidades filiales de dicha Corporación", como es el Metro S.A., que es "filial Corfo" e integrante del actual Sistema de Administración de Empresas (SAE), predicamento que ha sido reconocido y aplicado tanto por el legislador, como por la Contraloría General de la República, como por los Tribunales Superiores de Justicia.

11. Existiendo una clara infracción al artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución por parte de la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., resulta procedente otorgar el amparo que la Ley 18.971, conocida como acción de amparo económico, prevé ante tal situación, debiendo dejarse sin efecto el correspondiente Acuerdo de su Directorio que ha aprobado tal actividad excediéndose de su objeto social.

#### ADDENDUM

En conocimiento del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13.1.2000, recaído en la acción de amparo económico rol 4.538-99 deducido por la Asociación Nacional de la Prensa por infracciones cometidas al artículo 19 N° 21 de la Constitución por parte de la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., órgano del Estado, debe señalarse, como addendum al Informe en Derecho que se me solicitara y que fuera evacuado en diciembre de 1999, lo que sigue.

Leído con detención y rigurosa acuciosidad, debe afirmarse con la indispensable independencia e imparcialidad que ha de contener un Informe en Derecho, cuya finalidad es ilustrar sobre el derecho vigente determinado asunto o tema, que dicho fallo adolece de tres graves errores y, además, de una incoherencia argumental (en un punto específico).

#### *Veámoslos*

1. El error de base es el afirmarse (considerando 7°), fundamentándose en jurisprudencia de la Contraloría General de la República y no en la Constitución, que existen "empresas públicas del Estado" y "empresas privadas del Estado", y que como -según esa misma jurisprudencia contralora- las segundas no son parte de la Administración del Estado, no les sería aplicable el "principio de juridicidad" sino toda su actividad se regiría por el "principio de la autonomía de la voluntad". Es, en síntesis, la argumentación de base que el fallo desarrolla en sus considerandos 7° a 9°, y que va a tener consecuencia directa en sus considerandos 12° y 13°.

Grave error porque se olvida que esas sedicentes sociedades “privadas” del Estado, son “órganos del Estado”, no son órganos de privados o particulares, son Fisco y Corporación de Fomento de la Producción, ambas entidades estatales por antonomasia, que carecen por entero de la posibilidad de “engendrar” entes privados, como si los particulares tuviéramos la capacidad jurídica de crear “órganos estatales” por nuestra autonomía de la voluntad, como por ejemplo un ministerio, una municipalidad o un servicio público; sería ciertamente folclórico, por decir lo menos, pero jurídicamente constituye, sin lugar a dudas, una aberración.

*Metro S.A.* es un *órgano estatal*, no es un órgano particular o privado; es nada menos que continuadora legal de la “Dirección General de Metro” (el art. 2º de la Ley 18.772, lo dice expresamente), órgano fiscal, dependiente jerárquicamente del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de la época.

Si es un órgano estatal –como la propia Constitución lo establece en su art. 19 N° 21: “El Estado y sus organismos”– está regido obviamente por el principio de juridicidad (arts. 6º y 7º incisos 1º: “*Los órganos del Estado*”), lo que no impide que en su “funcionamiento” de actividad empresarial se rija por “la legislación común aplicable a los particulares” (art. 19 N° 21 inc. 2º); pero como órgano estatal está estrictamente sujeto al objeto social que la ley le impuso, ley de “quórum calificado”, “especial”, y “específica” en su autorización. Y ese objeto social es nada menos que un servicio público de transporte de personas, por vía terrestre, y monopólico.

El planteamiento de la Contraloría General de la República no tiene asidero alguno en la Constitución de 1980<sup>62</sup>, y ni siquiera en la Ley 18.575, en la que pretende asilarse el fallo, porque esta, en su artículo 6º, solo repite en su línea gruesa el art. 19 N° 21 inc. 2º, y el hecho que no incluya a las sociedades del Estado en la “Administración del Estado” no le quita su carácter de *órgano del Estado*, como lo señala expresamente la Constitución (art. 19 N° 21 inc. 2º: “El Estado y sus organismos...”)<sup>63</sup>.

2. Otro grave error –y error mayúsculo– es en el que incurre el fallo al traer teorías extranjeras que son enteramente contrarias a texto expreso de la Constitución.

Me refiero a la teoría de las llamadas “potestades implícitas” que, heredera del absolutismo monárquico (español-inglés-francés), es completamente incompatible no solo con nuestra tradición republicana (1833) sino con el texto expreso de nuestro artículo 7º inciso 2º, de larga raigambre chilena, puesto que previsto por la Constitución de 1833, rigió bajo la de 1925 y ha continuado vigente en la de 1980, por más de 176 años.

Olvida nada menos que como *órgano del Estado* que es *Metro S.A.* le es aplicable *in integrum* el inciso 2º del artículo 7º de la Constitución, que ya desde 1833 dispone perentoriamente que:

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas, pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que *expresamente* se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”<sup>64</sup>.

No tiene más atribuciones o facultades que las que expresamente le ha conferido la Ley 18.772, delimitando específicamente su objeto social o sea su campo de actividad, y su giro,

<sup>62</sup> Ello viene de época anterior a 1980, con perspectiva distinta y antagónica a la de la Constitución vigente, como lo demuestra el propio fallo que cita en su apoyo el dictamen N° 10.492, de 1979/consid. 7º. Ya hay dictámenes en 1975, como el N° 20.423, en donde se explaya en el tema. Los posteriores se suelen remitir a ellos.

<sup>63</sup> Véase nuestro *Las sociedades del Estado*, extraído de mis “Apuntes de Derecho Administrativo/Organización”, en publicación en Revista de Derecho Administrativo Económico N° 3 (2000).

<sup>64</sup> Hemos tratado larga y detenidamente esta disposición en nuestro *Derecho Administrativo* (2 tomos). Edit. Jurídica de Chile. 1996, tomo 2º, pp. 24-28 (especialmente 26-28), 47-50, y sobre todo 115-130 y 143-145 para la historia del surgimiento del art. 7º inciso 2º (160 inc. 1º de la Constitución de 1833), y la razón de haber dispuesto el término “expresamente”, lo que tuvo una intención bien precisa y querida (una síntesis, en pp. 170-171).



que no es otro que el transporte por tierra de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos a dicho transporte de pasajeros (arts. 1º y 2º inc. 2º).

Es más: cae incluso en contradicción el fallo en este aspecto, por cuanto trae a colación el artificio teórico de las “potestades implícitas” para aplicarlas a una entidad que sería –según el fallo– regida por el derecho privado, pero ocurre que dicha teoría ha nacido en el campo del derecho público europeo (heredero del absolutismo monárquico) para escabullirse del principio de juridicidad precisamente respecto de los órganos propiamente públicos, cualidad que, curiosamente, el fallo niega a *Metro S.A.*

Más aún: se cita a un autor español Eduardo García, pero de manera trunca, porque él explícitamente señala que tal teoría de los poderes implícitos –en España y dado su ordenamiento– solo podría admitirse *por excepción*, y por la vía de “interferirse por interpretación de las normas más que por sobre su texto directo”, “*proceso deductivo que no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad atributiva de poderes*”; “tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio”<sup>65</sup>.

3. Un tercer error –y grave– en que incurre el fallo (considerando 11º) es creer que la norma del inciso 2º del artículo 19 Nº 21 es simplemente imperativa cuando de toda la historia de su establecimiento aparece en forma expresa que es una “excepción” a una prohibición formal y explícita.

El fallo otra vez utiliza dichos en forma trunca, como citar una frase (6 palabras) de un economista, invitado por los constituyentes para escuchar sus planteamientos, y que está en otro contexto, y olvida citar las expresiones fundamentales de los propios miembros de la Comisión que redactaron el anteproyecto de Constitución, y que eran profesores de Derecho. La Sesión 388 de dicha Comisión es más ilustrativa: véanse las explicaciones del Prof. Bertelsen en las páginas 2.918 y 2.920, que son lapidarias: “la garantía que se pretende establecer (se refiere al actual Nº 21, art. 19) no es para concurrir con el Estado sino para excluirlo de las actividades económicas empresariales”, lo que se reafirma con la conclusión que se expresa por el Prof. Ortúzar, Presidente de la Comisión: la norma del inciso 2º del actual art. 19 Nº 21, “sin lugar a dudas, no tiene otro sentido, porque la excepción contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar el principio de subsidiariedad” (p. 2.918), que establece la primacía de la iniciativa privada (de los particulares) en materia de actividades económicas, al consagrarse su reconocimiento constitucional como un derecho fundamental /en su inciso 1º) debidamente amparado y protegido<sup>66</sup>.

De allí que sean en extremo incoherentes las consecuencias que extrae el fallo, porque se trata de una excepción, como lo es la actividad empresarial del Estado, y con requisitos y limitaciones muy explícitas y formales, no cabe ni interpretación extensiva ni analógica, y menos se comprende que se saque a colación la idea de “poderes implícitos” con los cuales pretende justificar la posibilidad del *Metro S.A.* de incluir actividades empresariales como anexas o complementarias a su giro, que son ajenas completamente al transporte de pasajeros por vía terrestre por medio de ferrocarriles u otros medios eléctricos complementarios.

4. No puede dejarse de advertir la falta de fundamentación en que incurre el fallo del 13.1.2000, al señalar que el contrato acordado por *Metro S.A.* no vulnera el ámbito de su giro (considerando 18º), ni sobrepasa lo accesorio o anexo a él (considerando 19º a 22º).

<sup>65</sup> E. GARCÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* (2 tomos). Civitas. Madrid, tomo I, pp. 377-378/uso la edición base, que es la 3ª de 1979, ya con la nueva Constitución española de 1978, y que ha sido reeditada hasta 1997, sin cambio en este punto, según puede verse en las distintas reimpressiones.

<sup>66</sup> Hemos desarrollado este punto en *La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (la primacía de la persona humana)*, en esta Revista, Nº 2 (1999) 119-128 (espec. 123-128).

Además de no detenerse en el punto fundamental del uso de una *marca comercial* de un órgano estatal como es el *Metro S.A.* (marca cuya cesión, uso o utilización o cualquiera sea la figura jurídica por la cual se permite a un tercero es remunerada), pasa de largo el fallo sobre cuál sería lo anexo o complementario: de qué manera lo es. Servicios anexos o complementarios dice referencia a *dependencia, inherencia, correspondencia* con el objeto específico autorizado por la ley de quórum calificado 18.772, y participar en un negocio de distribución gratuita de un diario no dice relación con ninguna de esas calidades: ello no va unido al giro de transporte de pasajeros por vía terrestre y por ferrocarriles como lo accesorio sigue a lo principal.

5. Pasa de largo el fallo sobre un punto fundamental, y es que la “participación” de *Metro S.A.* en otros negocios con otras empresas –estatales o privadas– requiere “de autorización expresa otorgada por la ley en conformidad a lo establecido en el inciso 2° del N° 21 del artículo 19 de la Constitución”, autorización que la Ley 18.899 (art. 32 letra a), que agrega un inciso final al art. 25 de la Ley 6.640, orgánica de Corfo) exige expresamente a “las empresas o entidades filiales de dicha Corporación”. *Metro S.A.* es –qué duda cabe– una “filial” Corfo.

Luego –tal como ha debido *Metro S.A.* tener autorización específica por ley de quórum calificado para participar en actividades empresariales con la Empresa de Ferrocarriles del Estado (Ley 19.170)–, se ha vulnerado la propia ley orgánica de Corfo en este caso, al “participar” *Metro S.A.* en esta actividad con otras entidades o empresas, sin contar con dicha autorización.

Ni palabra sobre el tema dice el fallo soslayando uno de los temas en que precisamente se da una infracción clara, precisa e indiscutible al inciso 2° N° 21 del artículo 19 de la Constitución.

6. En fin, resulta imprescindible recordar que la Corte Suprema en el caso del llamado “correo híbrido”, por unanimidad de su Sala Constitucional (Ministros señores Faúndez, Gálvez, Álvarez, Hernández y Espejo y abogado integrante Sr. Mosquera), ha confirmado (16.12.1998) la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (20.11.1998), que ha declarado que una actividad pretendidamente similar (anexa o complementaria) como el procesamiento de datos, impresión de los mismos y ensobrado, *no queda comprendida en el ámbito de competencia* de la Empresa Correos de Chile, cuyo giro es traslado de correspondencia, ordenándose al órgano estatal recurrido “abstenerse de realizar ese tipo de servicios y, por el contrario, ceñirse al objeto específico previsto en su ley orgánica” (Gaceta Jurídica N° 222, p. 58; reiterado el 29.1.1999, ante el desacato de la recurrida).

En *Metro S.A.* su giro autorizado es traslado de pasajeros por ferrocarril por vía terrestre, urbano o suburbano, y los servicios anexos a ello, esto es, a dicho traslado de personas por esos medios.