

# Recurso de Amparo Económico: “Asociación Nacional de la Prensa, A.G. (A.N.P.) contra la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”

*Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 13 de enero de 2000,  
revocada por sentencia de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2000*

## Doctrina

- Analizadas las cláusulas del contrato suscrito entre Metro S.A. y las sociedades MTG y MI, y no siendo el contrato en estudio un arrendamiento, debe concluirse que se está frente a un contrato de “colaboración empresarial”, en que Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario, lo que excede la autorización legal establecida en la ley 18.772.
- La Corte Suprema revoca sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, tribunal éste que había rechazado el recurso interpuesto por la ANP al estimar que Metro S.A. no incursionaba en actividades ajenas a su giro, configurándose una especie de contrato de arrendamiento.

## Normas invocadas

- Artículo 19 N° 21 inc. 2° de la Constitución Política: Estado empresario.
- Artículo único ley 18.971: amparo económico.
- Ley 18.772: ley de quórum calificado de Metro S.A.
- Artículos 1 y 6 Ley 18.575: órganos que integran administración del Estado.
- Artículos 6 y 7 de la Constitución Política: principio de legalidad.

## I. La Corte de Apelaciones

*Santiago, trece de enero de dos mil.*

### Vistos:

La “Asociación Nacional de la Prensa, A.G.” (A.N.P.), representada legalmente por don Cristián Zegers Ariztía, periodista, ambos domiciliados en Carlos Antúnez N° 2048, comuna de

Providencia, interpone a fs. 43 y siguientes recurso de amparo económico contra la “Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.” (Metro), representada por su Gerente General don Rodrigo Azócar H., ingeniero civil industrial, ambos domiciliados en Avenida Libertador Bernardo O’Higgins N° 1414, comuna de Santiago, fundada en la infracción del artículo 19, N° 21 de la Constitución Política por parte de esta última.

Señala que la empresa estatal Metro ha iniciado actos destinados a participar –en conjunto con las sociedades extranjeras “Modern Times Group” (M.T.G.) y “Metro International” (M.I.), registradas en Suecia y Luxemburgo, respectivamente– en actividades empresariales periodísticas no autorizadas expresamente por ley, con lo que se invade ilícitamente el campo de actuación económica del sector privado y se infringe la norma constitucional citada.

Comienza por indicar que la empresa Metro ha informado, en un comunicado de veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve que, mediante un contrato suscrito con las sociedades anónimas extranjeras M.T.G. y M.I., iniciará la prestación de un nuevo servicio al millón de pasajeros que transporta diariamente, consistente en la entrega gratuita de un diario de nombre “Metro”, que se financiará con avisos publicitarios.

Esta iniciativa causará un grave perjuicio a las treinta y nueve empresas periodísticas afiliadas a ANP, representativas del 99% del volumen total de circulación de diarios y periódicos en el país, y cuyo giro principal es la edición, publicación y distribución de diarios.

Puntualiza que, de conformidad con el contrato suscrito con las referidas empresas, Metro aportará por 10 años: a.- Su nombre, en la forma de marca “Metro”; b.- La clientela cautiva del servicio público de transporte, que presta en condiciones de monopolio natural, y c.- El acceso privilegiado de sus instalaciones para el emprendimiento de estas actividades periodísticas.

A su vez, el Metro recibe: a.- Un pago a todo evento; b.- Una participación en los ingresos por publicidad; c.- El derecho potestativo a admitir nuevos accionistas o socios a la sociedad editora del diario, y d.- La designación de dos de los cinco miembros del comité editorial.

Explica que bajo la forma contractual de arrendamiento de espacios y de marca, el Metro participa en un negocio periodístico con dos empresas privada extranjeras, que recae en una actividad empresarial para la cual no se encuentra legalmente autorizada, usando su posición privilegiada en el transporte subterráneo para competir deslealmente con las demás empresas periodísticas.

Describe en seguida el entorno constitucional y legal que enmarca la actividad del Metro, así como el alcance de su giro social.

En la temática constitucional, enfatiza que el artículo 19, N° 21, prohíbe al Estado –en su inciso 1°– desarrollar o participar en actividades económicas, salvo que una ley expresamente lo autorice, lo que recíprocamente supone el reconocimiento privativo a los particulares del derecho a desarrollar las actividades empresariales en que el Estado no está legalmente autorizado a participar.

El inciso 2° de este mismo numeral 21 cautela el derecho de las personas privadas a que el Estado no participe a título alguno en actividades económicas para las que no está expresamente facultado por ley, punto de vista reforzado por antecedentes tomados de la historia fidedigna del precepto constitucional.

Agrega que la autorización excepcional al Estado para desarrollar o participar en actividades empresariales, por ley de quórum calificado, debe ser específica y limitada, citando ejemplos al respecto.

En lo tocante a las reglas legales aplicables al Metro, se apunta que en su origen nació como un servicio público dependiente del Ministro de Obras Públicas, bajo el nombre de “Dirección General del Metro”, según DL 257, de 1974, transformándose en sociedad anónima en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 18.772, de 1989, cuyo artículo 1° autorizó al Estado para desarro-

llar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos.

Para tal efecto, la ley ordenó la constitución de una sociedad anónima, con el nombre de la recurrida, que se regiría por las normas de las sociedades anónimas abiertas y bajo la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, con un aporte de 28% para el Fisco y 72% para Corfo, entidad que se materializó por escritura pública de veinticuatro de enero de mil novecientos noventa. Por tratarse de una filial de Corfo, la sociedad quedó sometida, además, a la normativa de la Ley N° 6.640.

El giro social de la empresa –se enfatiza– está centrado en las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros “y las anexas a dicho giro”, debiendo entenderse por tales las inherentes al mencionado giro, que debe ser objeto de interpretación restrictiva y no extensiva, como lo ha pretendido el Metro. Subraya que tal interpretación restrictiva se concilia con la historia fidedigna del establecimiento de la ley del Metro, con la jurisprudencia y aun con lo previsto en el artículo 25 de la ley N° 6.640, agregado por la Ley N° 18.889 (treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve), que hace obligatorio para las filiales Corfo el contar con autorización expresa, otorgada por una nueva ley, para participar en actividades empresariales con terceros, después del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve.

A continuación, la recurrente argumenta sobre la inconstitucionalidad de la actividad periodística en que pretende incursionar el Metro, la que funda en las consideraciones siguientes:

a) Contrariamente a lo expresado por Metro, no es efectivo que el contrato con las empresas ex-

tranjeras sea un simple arrendamiento de espacios y de la marca “Metro”, registrada a su nombre, con una participación en las ventas de publicidad del periódico, que no se diferenciaría de los arriendos de espacios, de locales comerciales y de publicidad en las estaciones del ferrocarril metropolitano, generalizados desde su inauguración.

b) La verdadera naturaleza del contrato sería, en cambio, la de una “asociación” o “joint venture”, en que el Metro hace aportes de bienes intangibles esenciales para el éxito de la empresa, como lo son un mercado cautivo de más de un millón de pasajeros diarios, además de su propio nombre como marca. A cambio, el Metro recibe una participación asegurada, que se materializa en: a.- un pago inicial equivalente a un millón de dólares; b.- Una participación en los ingresos netos por publicidad; c.- El derecho potestativo a admitir nuevos socios en la sociedad editora del periódico, y d.- Participación en el comité editorial del periódico.

c) Concluye que en definitiva, y según su auténtica naturaleza, el contrato en referencia sólo puede calificarse como de “participación”.

El recurso aborda luego el tema relativo a infracción de normas constitucionales que establecen el orden público económico, configurado especialmente en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política, que es por su parte expresión del principio de subsidiariedad. Añade al efecto que la actividad empresarial del Estado no está sujeta al principio de libertad de emprendimiento, sino al principio formal de legalidad del objeto, esto es, del giro, de modo que las empresas estatales sólo pueden desarrollar o participar en las actividades expresamente definidas por el legislador.

Profundiza acto seguido sobre la “ratio legis” del artículo 19, N° 21 del texto constitucional, observando que la libertad de emprender se ve com-

prometida si empresas estatales que disfrutaban de ventajas en razón del servicio público que prestan, pueden transformar esos privilegios en ventajas competitivas respecto de empresas que no pueden acceder a ellas. Tal situación es especialmente grave tratándose –como en la especie– de un servicio público monopólico cuyo pasaje es subsidiado, que transporta un millón de pasajeros diarios, y que podrá aspirar a lanzar en pocas semanas 200.000 ejemplares del nuevo periódico, cantidad que podría triplicarse durante la vigencia del contrato, en contraste con el tiraje total de 400.000 ejemplares que representan todos los matutinos, en la ciudad de Santiago.

Refiere luego el recurrente que la participación del Metro en la actividad empresarial periodística relacionada es decisiva, porque hace viable el proyecto empresarial de un diario gratuito, financiado sólo con publicidad, con el consiguiente grave perjuicio para la actividad periodística privada.

Dedica también el recurso un apartado al estudio de las significativas diferencias entre los contratos de arrendamiento de locales comerciales y para el uso de la infraestructura física (espacio para cajeros automáticos, buzones de correo, etc.) celebrados por el Metro desde su creación, con el negocio del diario Metro, para concluir que la participación en este último giro no guarda ninguna similitud material ni conceptual con aquéllos.

Concluye acotando que los efectos que produce la forma contractual utilizada por el Metro, son aquéllos que la Constitución y la ley intentan impedir, lo que deriva en un fraude a la ley, toda vez que más allá de las figuras contractuales empleadas, se muestra una "affectio societatis", característica de un emprendimiento económico conjunto.

En la parte petitoria, la recurrente solicita se de-

clare que Metro S.A. no está autorizada para desarrollar o participar en la actividad empresarial de distribución, edición o publicación de diarios o periódicos, en especial a través de sus instalaciones, y se ordene que cese de inmediato su participación en la actividad empresarial denunciada.

A fs. 76 y 82 respectivamente se hacen parte en el recurso las empresas extranjeras "Metro International S.A." y "Moderns Times Group" –M.I. y M.T.G., respectivamente, debidamente representadas, las que para estos efectos constituyen domicilio en la ciudad de Santiago.

En lo sustancial, ambas entidades –que fueron tenidas por partes a fs. 85– manifiestan que no es Metro S.A. la que se obliga a desarrollar o participar en forma alguna en las funciones de edición, publicación y difusión o distribución de un periódico, sino que tales actividades corresponden contractualmente a dichas comparecientes, por lo que, de ser acogido el recurso, sus derechos sobre la actividad económica correspondiente se verían amenazados o conculcados, por lo que instan en definitiva por el rechazo del recurso.

A fs. 113 se hace parte a su vez la "Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile", cuya comparecencia es aceptada a fs. 187.

Junto con reiterar muchos de los conceptos vertidos por la recurrente a fs. 43, insiste en que la relación contractual entre Metro S.A. y las empresas extranjeras anteriormente individualizadas, constituye en definitiva un contrato de asociación o cuentas en participación, joint-venture u otra forma innominada de asociación empresarial, que tiene por objeto la edición, publicación y distribución gratuita de un periódico en la red del Ferrocarril Metropolitano de Santiago, convención que no podría calificarse de arrendamien-

to, como postula la recurrida. Esta actividad empresarial, desarrollada por una sociedad estatal como lo es Metro S.A., vulneraría la norma del artículo 19, N° 21 de la Carta Fundamental, por incidir en actividades anexas que trascienden el giro de transporte de pasajeros, fijado a esta entidad por la ley N° 18.772, y que debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Refiere la adherente los perjuicios que tal actividad irrogará a los suplementeros y termina requiriendo la aceptación del recurso.

“Metro S.A.” informa el recurso a fs. 163 y siguientes, apuntando, en lo medular:

\* La recurrente ha hecho abuso de su derecho al intentar, a través de la interposición de diversos medios jurisdiccionales –como recursos de protección y denuncias ante la Fiscalía Nacional Económica, presentados por un grupo de entidades con intereses afines– obtener un pronunciamiento favorable, pese a que lo que se reclama es lo mismo, en todos los procedimientos.

En este contexto, la imputación de fraude a la ley que se le hace, en el sentido que el contrato con M.T.G. y M.I., no correspondería a la real voluntad de los contratantes, sería una falacia.

\* Sobre el real sentido y alcance del N° 21 del artículo 19 de la Carta Política, puntualiza el informe que, una vez autorizado el Estado para desarrollar actividades empresariales, éstas quedan sometidas a la legislación común, aplicable a los particulares, sin perjuicio de resaltar que, en el caso de autos, Metro S.A. no realiza actividad económica periodística, sino simplemente explota comercialmente su patrimonio, a través de un contrato de arrendamiento.

\* Hace presente que la recurrida fue expresamente autorizada por ley de quórum calificado N° 18.772, para desarrollar una actividad principal, como es el servicio de transporte de pasajeros en

el ferrocarril metropolitano; una actividad complementaria, cual es el transporte de pasajeros en otros medio eléctricos, y las anexas a dicho giro, que la autorizan para explotar comercialmente sus bienes y espacios disponibles.

Agrega que la historia fidedigna de la ley es concluyente en el sentido que “Metro S.A.” se encuentra expresamente facultada para explotar comercialmente su patrimonio, en forma directa o mediante contratos con terceros, que se insertan dentro de las “actividades anexas” propias de su giro. Entre éstas se cita aquéllas que esta entidad ha desarrollado históricamente, como el arriendo de locales comerciales –comprensivo de más de 200 actividades, que incluyen centros telefónicos, bancomáticos, ventas de pasajes, venta de diarios y revistas, etc.– arriendo de espacios para publicidad, cabinas telefónicas, cajeros automáticos; salas de exposiciones, etc., actividades que en conjunto representan más del 10% del total de sus ingresos.

Lo único que le estaría vedado a la empresa –según constancia en la historia de la ley– sería la cesión a terceros del giro principal, cual es el transporte de pasajeros, mas no la explotación comercial de su patrimonio.

\* No es efectivo –continúa el informe– que Metro S.A. haya pretendido realizar actividades empresariales en materia periodística, sea directa o indirectamente o bajo forma de asociación alguna.

Lo único que ha hecho Metro S.A. es suscribir un contrato con un tercero, en virtud del cual se otorga a este último en arrendamiento espacios físicos en sus estaciones, para la distribución gratuita a los usuarios de este servicio de un periódico. Como contraprestación, la recurrida recibirá una determinada suma de dinero fija al inicio de la publicación; un porcentaje de los ingresos por publicidad, con un mínimo garantizado y una renta por

el uso temporal de la marca "Metro", registrada a su nombre desde 1988 en la clase 16.

\* Toda la labor relativa a la edición, publicación y distribución del periódico será realizada única y exclusivamente por las empresas co-contratantes de Metro S.A., sin que el contrato de arrendamiento suscrito constituya en modo alguno una nueva actividad suya, ni menos una "asociación" o "joint venture" con tal objeto. Descarta, en consecuencia, que Metro S.A. haya efectuado ciertos aportes al negocio periodístico, tales como la marca "Metro" –que es la que utilizan M.T.G. y M.I. en el ejercicio de su giro, y que en Chile han debido arrendar a Metro S.A., que la tenía inscrita–, la supuesta "clientela cautiva" de Metro S.A. o el acceso privilegiado a las instalaciones de la red para comercializar productos.

El derecho potestativo a admitir nuevos socios no es tampoco consustancial al contrato de asociación, puesto que constituye una simple prohibición de subarrendar, que es de la naturaleza del arrendamiento. Tampoco lo es la facultad conferida a Metro S.A. para designar eventualmente dos de los cinco miembros del Comité Editorial, la que sólo opera previo requerimiento fundado de Metro S.A., por razones objetivas dirigidas a cautelar la absoluta neutralidad del periódico en materias políticas y religiosas, excluyendo cualquier contenido contrario a la moral, el orden público y las buenas costumbres. Esta exigencia fue elevada por Metro S.A. al carácter de sustancial, constituyéndose su infracción en causal de resolución del contrato.

\* Junto con argumentar en orden a que no ha existido en el contrato que se impugna aportes u otros elementos que son propios de la sociedad o del joint venture, se señala que dicho contrato no difiere de otros de arrendamiento suscritos por Metro S.A., para terminar solicitando el rechazo del recurso, con costas.

A fs. 187 se negó lugar a la solicitud de la recurrente de vista conjunta del presente recurso con el recurso de protección N° 3553, tenido a la vista, ordenándose traer los autos en relación.

A fs. 196 la recurrente solicitó orden de no innovar, la que se concedió a fs. 198.

### Considerando:

1º.- Que el recurso de amparo económico, introducido en nuestro ordenamiento por el artículo único de la Ley N° 18.971 (10.03.90) –calificada como Ley Orgánica Constitucional por el Tribunal Constitucional, en sentencia de diez de marzo de mil novecientos noventa– constituye, no obstante su denominación, una verdadera acción popular, reconocida en favor de cualquier persona, con el objeto de "denunciar las infracciones del artículo 19, N° 21 de la Constitución Política", sin necesidad de acreditar interés actual en los hechos denunciados.

El recurso de fs. 43 y la adhesión de fs. 113, han sido promovidos por sendas organizaciones, dotadas de personalidad jurídica, que están pues formalmente legitimadas para su interposición, por su simple condición de tales.

2º.- Que el artículo 19, N° 21 de la Carta Política integra el conjunto de normas que regulan la actividad económica del Estado y de los particulares, bajo la fórmula generalizada en la doctrina con la denominación de "Orden Público Económico", utilizada inicialmente por Ripert en la década de los 60, y que la dogmática moderna designa como "Constitución Económica".

3º.- Que el precepto constitucional reseñado –cuyo contenido es fundamental desentrañar, para los efectos de este recurso– expresa:

"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.

“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;”

4º.- Que las infracciones denunciadas por la vía del recurso en análisis se extienden a cualquier forma de vulneración de alguno de los elementos constitutivos del N° 21 del artículo 19 de la Constitución, como con la limitación impuesta al Estado para desarrollar actividades empresariales.

Así lo han entendido la doctrina (E. Evans de la C., en “Acciones Cautelares de la Libertad Económica”, publicado en “Temas de Derecho”, Universidad Gabriela Mistral, 1998, pág. 58) y la jurisprudencia, uniformemente, desde 1995.

5º.- Que con el fin de precisar la forma en que la norma constitucional relacionada vincula a la recurrida, es necesario determinar con precisión su exacta naturaleza jurídica, habida consideración de lo prevenido en su inciso 2º, que impide al “Estado y sus organismos desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, salvo autorización por ley de quórum calificado”.

6º.- Que el Fisco de Chile y la Corporación de Fomento de la Producción fueron autorizadas, a través de la Ley N° 18.772 (28.01.89), a constituir una sociedad anónima bajo la denominación de “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” –comercialmente “Metro S.A.”– la que se registró por las normas de las sociedades anónimas abiertas y quedará sometida a la fiscalización de

la Superintendencia de Valores y Seguros” (artículo 2º, inc. 1º).

7º.- Que la jurisprudencia de la Contraloría General de la República –que esta Corte comparte– ha caracterizado la actividad empresarial del Estado sobre la base de distinguir entre “empresas públicas” y “empresas privadas” del Estado: las primeras, insertas dentro de la Administración del Estado y sometidas a las normas y principios de derecho público; las segundas, en el sector privado, con la consiguiente aplicación a ellas de las normas y principios de derecho privado.

En esta perspectiva, las empresas privadas del Estado “comprenden las empresas, sociedades o instituciones, centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital, mayoritario o en igual proporción, o en las mismas condiciones, representación o participación”. (Dict. N° 10.492, de 1979, vigente).

Tal conclusión no puede merecer dudas, desde que el inciso 2º del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional (L.O.C.) N° 18.575, de 1986, luego de mencionar al conjunto de organismos, centralizados, descentralizados y autónomos que integran la Administración del Estado, incluye en su ámbito, en lo que a las entidades empresariales se refiere, sólo a “las empresas públicas creadas por ley”.

En cambio, las empresas constituidas con participación de organismos estatales de acuerdo con las normas de derecho común –cual es el caso de Metro S.A.– no forman parte de la Administración del Estado, como expresamente lo ratifica el inciso 1º del artículo 6º de la citada L.O.C. N° 18.575, independiente de que el Estado no pueda participar en esas entidades, si ellas desarrollan actividades empresariales, sin previa autorización por ley de quórum calificados (Dict. N° 22.683, de 1996).

Por no integrar estas entidades la Administración del Estado, no les son aplicables las normas de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, que sirven de marco al principio de legalidad de Derecho Público, sino su principio contrapuesto, cual es el de autonomía de la voluntad, inherente al sector privado (Dict. N° 22.683, de 1996, citado).

8º.- Que, consecuente con el mandato constitucional, la Ley N° 18.772 autorizó 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. 1º), constituyendo para el efecto la sociedad anónima "Metro S.A." (art. 2º), con una participación del 28% del capital social para el Fisco, y de un 72% para Corfo (art. 4º).

El objeto de la sociedad anónima "Metro S.A." es, según el inciso 2º del artículo 2º de la citada ley, "la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios y las anexas a dicho giro, pudiendo con tal fin constituir o participar en sociedades y ejecutar cualquier acto u operación relacionado con el objeto social. No obstante y sólo respecto de Metro S.A., 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".

9º.- Que la sociedad anónima estatal "Metro S.A.", que como se ha visto no forma parte de los cuadros orgánicos de la Administración Pública, integrando en cambio el sector denominado en doctrina "Administración invisible" del Estado, se rige en su actuar por las normas de la ley de quórum calificado que autorizó su creación -N° 18.772, modificada por el artículo 55

de la Ley N° 18.889- por la Ley N° 18.046 (22.10.81), sobre Sociedades Anónimas y su Reglamento (D.S. N° 587, de Hacienda, de 13.11.82), y por sus propios estatutos sociales, contenidos en escritura pública de veinticuatro de enero de mil novecientos noventa, ante Notario Público de Santiago Sr. Raúl Undurraga Laso (corriente a fs. 146 y siguientes). En lo concerniente a su fiscalización, le son aplicables las disposiciones del D.L. N° 3538 (Hac.), de 13.11.82, por remisión del artículo 2º de la Ley N° 18.772.

Por tratarse además de una sociedad anónima abierta en la que el Estado, directamente o por intermedio de sus empresas, tiene participación o representación superior al 50%, Metro S.A. ha quedado también sujeta al control de la Contraloría General de la República en los términos previstos en el inciso 2º del artículo 16 de la Ley N° 10.336, de 1964, sin perjuicio de otros controles complementarios específicamente previstos en el ordenamiento para esta categoría de entidades.

10º.- Que corresponde en seguida determinar si la actividad denunciada por los actores como contraria al orden público económico, implica intervención o participación en la actividad empresarial de distribución, edición o publicación de diarios o periódicos, con infracción específica a la garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política o si, por el contrario, no es efectivo que Metro S.A. pretenda realizar actividades empresariales de carácter periodístico, en asociación con empresas extranjeras que desarrollan esa actividad, y que, en consecuencia, la mencionada entidad estatal no trascederá, en el objetivo proyectado, el giro social para el cual ha sido autorizada a través de ley de quórum calificado.

11º.- Que la elucidación de este tema central no



puede intentarse sin tener en cuenta algunos pasajes de la historia fidedigna del precepto constitucional que interesa, contenidos en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), particularmente referidos a la acción subsidiaria del Estado en materia empresarial.

Del contexto de la discusión –que no es del caso reproducir aquí– se desprende que toda actividad empresarial que el Estado y sus organismos –esto es, el Estado persona jurídica y los servicios centralizados y descentralizados que forman parte de la Administración Pública– quieran emprender, sea directamente –“desarrollar actividades empresariales”–, sea indirectamente –“o participar en ella”–, requiere, para su realización, la autorización previa por una ley de quórum calificado (Sesiones 384 y 388 de la CENC, Actas Oficiales, págs. 2816 y 2898 y siguientes).

De este mismo análisis se puede inferir que el inciso 2º del N° 21 de la Carta Fundamental “no impide ninguna actividad del Estado” (Sr. Sergio de Castro, Ministro de Hacienda, en intervención ante la CENC, Sesión 393º, de 4.07.78, Actas, pág. 3010). No se trata, pues, de una norma prohibitiva, sino imperativa de requisitos, pues lo que hace es sujetar el ejercicio de una actividad económica por parte del Estado o sus órganos, a una autorización legal, que no es exigible para los particulares.

Al preceptuar la misma disposición constitucional que una vez autorizado el Estado para desarrollar o participar en una actividad económica determinada, se registró en todo por la legislación aplicable a los particulares, no ha hecho sino explicitar su propósito de colocar a las empresas privadas y a las públicas, creadas por ley o con participación estatal relevante, en un pie de igualdad a fin de que puedan competir entre sí libremente, sin privilegio o garantías especiales para

estas últimas, que trasciendan los términos de la habilitación legal concedida.

12º.- Que la actividad empresarial para la cual fue autorizada Metro S.A. en la Ley N° 18.772 es susceptible de desglosarse en dos partes: un giro principal, relacionado con el “servicio de transporte de pasajeros”, y un giro anexo o supletorio, subordinado al anterior.

Lo característico e inherente al giro principal de transporte que se realice en las actuales vías o en las que se construyan exclusivamente por Metro S.A., es la prohibición expresa de darlo o cederlo “a ningún título”, como se encarga de explicitarlo el inciso 2º del artículo 2º de la ley, elevando ese objetivo al carácter de “necesidad pública”, no transferible ni renunciabile.

En el caso de las actividades y servicios anexos a dicho giro, que facultan a la sociedad para “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”, incluida la “constitución o participación en sociedades”, se concentra el disenso entre las partes de este recurso.

13º.- Que es necesario señalar que la autorización conferida legalmente a Metro S.A. para incursionar en una actividad anexo o supletoria a su giro principal debe interpretarse de manera restrictiva, ya que implica una expansión de su competencia.

En efecto, y como lo proclama la más autorizada doctrina, dicha regla general tiene una importante atenuación, cuya existencia es necesario admitir, a menos que se acepte un planteamiento excesivamente legalista del tema, que aboque a soluciones absurdas y, por ello mismo, contrarias al interés público o injustas.

Esta atenuación se expresa en las denominadas potestades implícitas o inherentes, cuyo origen se encuentra en el derecho anglosajón (“inherent powers”), y que apunta a un problema estricto

de interpretación finalista, sin aludir a que la fuente jurídica de la potestad administrativa sea o pueda ser algo fuera de la ley, lo que llevaría a una conclusión insostenible.

Tales poderes inherentes o implícitos son, en definitiva, “poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo”, según explica García de Enterría (autor citado, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 441). Proyectados al contorno que interesa, los poderes inherentes a la condición de sociedad anónima que detenta el Metro S.A. le permiten, sin necesidad de mención expresa al efecto en la ley habilitante, actuar en el mercado financiero con sus excedentes de caja, emitir bonos o debentures convertibles en acciones o dar en arrendamiento sus espacios físicos, sin que nada de ello signifique interpretar, extensiva o analógicamente su sistema legal, sino simplemente hacerlo coherente, a fin de conciliarlo con un orden de razón y no un casuismo inútil, lo que en ningún caso autoriza al intérprete a sobrepasar los límites restrictivos de las actividades anexas.

14º.- Que el derecho a desarrollar actividades empresariales tiene tres tipos de limitaciones, a saber: a.- Las que emanan de la moral, el orden público y la seguridad nacional; b.- El respeto a las normas legales que las regulen, y c.- El derecho de los demás a desarrollar a su vez la actividad económica lícita que quieran emprender, en conformidad con la Constitución Política y las leyes, límite este último que viene impuesto por el artículo 3º, inciso 2º de la L.O.C. N° 18.575 (5.12.86), sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Descartado que el giro proyectado por Metro S.A. sea contrario a los principios reseñados en la letra a) precedente, se hace necesario inquirir si

aquél violenta alguno de los otros límites indicados.

15º.- Que a efectos de ilustrar el alcance de la disposición legal que autorizó a Metro S.A. para ejercer su giro, es útil consignar que para el legislador de la Ley N° 18.772, la referencia genérica a los “servicios anexas” al giro social de la empresa incluiría la posibilidad de “explotar comercialmente su patrimonio en forma directa o mediante contratos con terceros, pudiendo efectuar todas las operaciones y actos necesarios para tal efecto”. Como el precepto –así concebido originalmente– era inespecífico, “pues le permite hacer lo que desee con su patrimonio, explotándolo comercialmente a través de cualquier acto...”, se buscó una redacción expresiva de que, para ejercer la actividad propia del giro, “no podrá dar en concesión la actividad principal, pero sí las accesorias... (como) el arriendo de los locales comerciales, la publicidad, etc.” (Acta Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas, de 14.07.88).

La redacción final de los artículos 1º y 2º de la Ley N° 18.772 no buscó pues restringir el giro social de Metro S.A., sino excluir del concepto amplio de explotación comercial de su patrimonio, sólo lo relacionado con su giro principal, cual es el transporte de pasajeros.

16º.- Que en este orden de consideraciones, no se ha puesto en duda por los litigantes que los contratos de arrendamiento que Metro S.A. ha celebrado desde su creación para el uso de su infraestructura física para instalación de locales comerciales, cajeros automáticos, buzones de correo, centros de llamadas telefónicas, espacios para publicidad, etc., se inserta en el ámbito de las actividades anexas a su giro principal, que le son permitidas.

17º.- Que el contrato entre Metro S.A. con las sociedades M.T.G. y M.I., dirigido a la edición, comercialización y distribución de un periódico

financiado con avisaje publicitario y gratuito para los usuarios de la red del Metro, importa para la sociedad estatal una actividad lucrativa, no reconducible a su giro principal, pero que importa explotación comercial de activos, a través de la utilización de espacios físicos y del arriendo de la marca comercial “Metro”, inscrita a su nombre en el Registro de Marcas del Ministerio de Economía.

El acuerdo entre estas entidades se materializó en el contrato denominado “Distribución de un Periódico en la Red del Metro de Santiago de Chile”, suscrito en Santiago el veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve, que contiene las siguientes estipulaciones principales:

- a) Metro S.A. se obliga a conceder el uso de la marca “Metro”, registrada a su nombre, a “Metro International S.A.”, para la edición y distribución del Periódico Metro, a ser distribuido gratuitamente en la red de Metro (cláusula 1ª);
- b) Metro S.A. autoriza M.T.G., M.I. o eventuales cesionarias, para que usen los espacios físicos dentro de las estaciones que integran la red actual o futura del Metro, con el objeto que se efectúe la distribución del Periódico Metro, dentro de las estaciones, en los lugares y horarios que las partes acuerden, dejándose constancia que Metro S.A. no proveerá en forma alguna a sus contratantes de instalaciones o elementos para la distribución del periódico (cláusula 2ª);
- c) M.T.G. y M.I. se obligan, como condición esencial de este contrato, a mantener la continuidad de la distribución del Periódico Metro, siendo de su cargo la responsabilidad por la edición y distribución diaria de un tiraje mínimo de 45.000 ejemplares del mismo, que aumentará de 80.000 a partir de primero de abril del año dos mil, sujeto a la capacidad técnica de la sociedad impresora (cláusula 3ª);

d) M.T.G. y M.I. se obligan a que el Periódico Metro será regulado por la línea y los estándares editoriales que se contienen en un anexo del contrato, que a su vez asegura la imparcialidad política, religiosa y filosófica del periódico y su sujeción a las normas éticas que regulan la publicidad comercial (cláusula 4ª);

e) M.T.G. y M.I. se obligan a ceder, sin renunciar a su responsabilidad, sus derechos y obligaciones para efectos de edición y publicación del Periódico Metro, a una o más sociedades constituidas de acuerdo a las leyes chilenas, una de las cuales deberá ser propietaria y editora del Periódico Metro y la o las otras sociedades, si se constituyeren, se harán cargo de la distribución, publicidad o promoción del citado periódico (cláusula 5ª);

f) Metro tendrá derecho a percibir: 1) una renta mensual por el uso de inmuebles de su propiedad, equivalente a un 4% de los ingresos que las empresas chilenas facturen a sus clientes mensualmente, cifra que no podrá ser inferior a 15.656, 7242 Unidades de Fomento anuales, y 2) La suma de 340 Unidades de Fomento anuales por el uso de la marca comercial, según Convenio de Licencia de Marca, que las partes suscribirán (cláusula 6ª);

g) Todos los gastos de cualquier tipo –excluidos los de limpieza– necesarios para la puesta en marcha, publicación, transporte y distribución del Periódico Metro, o costos en que se incurra para su edición, publicación y distribución, serán de cuenta de M.T.G. y M.I. (cláusula 9ª);

b) Metro se obliga a no conceder el uso de sus instalaciones para la distribución de otros diarios gratuitos, salvo en condiciones y modalidades iguales o superiores a las convenidas en el contrato en análisis (cláusula 12ª);

i) El contrato tendrá una vigencia de 7 años, prorrogable por otros tres, en la forma que se señala en la cláusula 22ª.

18º.- Que un análisis de contenido del contrato descrito permite establecer que Metro S.A. no ha vulnerado en su celebración, el ámbito que le está legalmente vedado, cual es la cesión del giro principal de transporte.

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

Resta sólo por resolver si la actividad en cuestión sobrepasa o no el giro accesorio o anexo autorizado a Metro S.A. en la tantas veces citada Ley N° 18.772.

19º.- Que, como ya se ha expresado, las partes no disienten acerca de la legitimidad de los contratos de arrendamiento suscritos por la recurrida con diversas personas y entidades, por entender que aquéllos imputan una forma lícita de explotación de recursos de su infraestructura física, siendo por tanto insostenible argüir que Metro S.A. participe, por ese mecanismo, en las heterogéneas actividades desarrolladas por sus locatarios, que van desde la publicidad de productos, hasta la explotación del giro bancario, turístico o de telecomunicaciones, con la consiguiente vulneración del precepto constitucional que le prohíbe el ejercicio de esos rubros empresariales.

Pues bien, si esas acciones empresariales han sido normalmente apreciadas como lícitas, ello es porque se las considera incorporadas en el concepto de “servicios anexos” al transporte de pasajeros, que son concomitantes con ese objetivo social, sin necesidad de mención expresa.

20º.- Que ciertamente la cesión de espacios físicos y de la marca comercial Metro, para ser utilizados por sus co-contratantes en su objetivo de editar, publicar y distribuir el Periódico Metro, a cambio de un precio pactado en la forma relacionada en el considerando..., se inserta en el módulo del contrato de arrendamiento, con algunas modalidades que no desvirtúan su esencia.

Metro S.A. no asume en esta negociación los riesgos de la empresa periodística, que gravan exclusivamente a su contraparte; no contribuye a las eventuales pérdidas ni participa de las utilidades, elementos todos estos caracterizantes y de la esencia de la sociedad, conjuntamente con la “affectio societatis”, que tampoco concurre, todo lo cual basta para excluir la existencia de una sociedad entre esta entidad y sus co-contratantes, para la explotación del giro periodístico.

No es suficiente para desvirtuar la premisa precedente la modalidad de pago del precio pactada, que incluye una suma variable calculada sobre el monto total de las ventas mensuales por publicidad que realicen los arrendatarios, toda vez que Metro tiene garantizada una suma mensual a todo evento, independiente de que el negocio genere o no utilidades. Esta parte de la renta convenida –que tampoco se aplica sobre las utilidades, sino sobre las ventas facturadas por publicidad– es compatible con el arrendamiento, pero en modo alguno con la sociedad o las cuentas en participación.

21º.- Que tampoco la convención impugnada puede configurar un “joint venture”, toda vez que no se dan en la especie los supuestos de administración o beneficios compartidos, contribución a un fondo operativo, participación en las utilidades o pérdidas del negocio y derecho mutuo de representación, que la doctrina especializada consigna como característicos de esta clase de contratos modernos.

22º.- Que, como corolario es dable concluir que la convención aludida en las reflexiones precedentes, configura una especie de contrato de arrendamiento que no sobrepasa el giro social fijado legalmente a la empresa Metro S.A. y que, por tanto, configura una actividad empresarial lícita, que no vulnera el derecho de los particulares a desarrollar actividades económicas, en cuanto se ha ejercido dentro del marco regulado por la ley de quórum calificado que autorizó su funcionamiento como sociedad anónima estatal.

23º.- Que, finalmente, la tesis de los recurrentes en el sentido que el contrato de distribución del nuevo periódico proyectado sólo podría ser económicamente factible a partir de los privilegios de que gozaría Metro S.A. en cuanto entidad estatal, que le reportaría ventajas competitivas respecto de los particulares, no es conciliable con el objeto del recurso de amparo económico y se relaciona más bien con la prohibición impuesta al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente a los particulares en materia económica. Tal prohibición se encuentra tratada en el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política, disposición que no es susceptible de ampararse por la vía del presente recurso, reservado exclusivamente para las infracciones al N° 21 del mismo artículo.

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

Por estas consideraciones y atendido además lo dispuesto en el artículo único de la Ley N° 18.971, de 1990, se rechaza el recurso de ampa-

ro económico deducido a fojas 43 y siguientes por la "Asociación Nacional de la Prensa A.G." contra la "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.".

El Ministro Sr. Brito no comparte el párrafo segundo del considerando décimo quinto, quien además previene que para el rechazo del recurso de la acción de estos antecedentes tiene especialmente en consideración:

1º.- Que si bien es cierto que la norma del artículo 21 inciso 2º de la Constitución Política de la República es imperativa en cuanto a los requisitos que deben ser cumplidos para que el Estado pueda desarrollar actividad empresarial, que ésta debe ser ejecutada en condiciones de igualdad con los restantes agentes económicos y que el principio de autonomía de la voluntad debe orientar su desarrollo en razón de la naturaleza del ente por medio del cual tiene lugar, no lo es menos que, no obstante todo ello, no pueden excederse los límites establecidos en la norma legal que de manera específica la autoriza en virtud de los fines propios de toda sociedad anónima, la que debe ser interpretada de manera restrictiva a objeto de cautelar el alcance, formas y condiciones en las que el Estado puede desarrollar actividad empresarial, toda vez que siempre se trata de preceptos de excepción que mantienen el concepto estructural de la actividad empresarial que, por regla general, está reservada a los particulares.

2º.- Que los contratos cuestionados no sobrepasan la autorización legal de prestar servicios anexos al giro de transporte de pasajeros por medio de ferrocarriles urbanos y suburbanos establecido en la Ley N° 18.772, cual es el punto en discusión, porque si se observa que las formas y condiciones de la actividad empresarial de servicios varían con impensable rapidez adecuándose claramente a las necesidades y re-

querimientos de los usuarios, no parece ajeno a la buena prestación de transporte que a los pasajeros se les proporcione un periódico en forma gratuita, porque ello no difiere de las variadas y numerosas alternativas que les son ofrecidas en las diferentes estaciones con el propósito de generar condiciones de comodidad y máxima utilización, que al igual que los contratos discutidos generan ingresos y no constituyen transporte, lo que unido a lo razonado en los fundamentos vigésimo primero a vigésimo tercero en cuanto a que nada autoriza a estimar que la recurrida pretende emprender la actividad editorial toda vez que su actuación dice relación con la obligación de permitir el uso de un bien incorporal y el de espacios físicos causada por la contraprestación de cantidades dinerarias determinadas y/o fácilmente

determinables, llevan al previniente a concluir que no ha existido transgresión a la garantía constitucional del derecho a desarrollar actividades económicas en la forma y condiciones que la ley señala y requiere.

*Alzase la orden de no innovar de fojas 240.*

*Consúltese si no se apelare.*

*Devuélvase los antecedentes tenidos a la vista.*

*Regístrese.*

*Redacción del Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández y de la prevención su autor.*

*Rol N° 4538/99.*

*Dictada por el Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz y Abogados Integrantes Sr. Hugo Llanos Mancilla y Sr. Domingo Hernández Empanza.*

## II La Corte Suprema

*Santiago, treinta y uno de enero del año dos mil.*

### Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus consideraciones 7º, 16º, 17º, 18, º 19º, 20º, 21º, 22º y 23º, que se eliminan.

En el considerando 9º se elimina la frase que comienza con las voces "que como se ha visto" y termina con las palabras "del Estado".

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

1º) Que la ley 18.772 transformó el servicio público denominado "Dirección General del Metro" en la sociedad anónima "Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A.", la que puede usar el nombre de fantasía "Metro S.A.". Esta ley, de quórum calificado, autorizó al Estado para desarrollar una actividad empresarial específica, a saber, "servicio público de transporte de pasajeros,

mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos". Dispuso también que la Corporación de Fomento de la Producción y el Fisco, constituyeran la referida sociedad en proporciones de un 28% y un 72% respectivamente y que ésta se regiría por las normas que regulan las sociedades anónimas abiertas.

2º) Que el hecho de que Metro S.A. se haya organizado como una sociedad anónima y que la rijan las normas que regulan el funcionamiento de esa clase de personas jurídicas, no debe llevar a concluir que la mencionada sociedad es una "empresa privada del Estado", sino que, la ley, al darle a la organización encargada de administrar el transporte de pasajeros por ferrocarriles eléctricos urbanos el estatuto jurídico de una sociedad anónima, ha pretendido que sea administrada por un directorio, que es designado por Corfo y Fisco, sus únicos accionistas, y que puede realizar todos los actos jurídicos necesarios, destina-

dos al desarrollo de su giro específico, bajo un estatuto jurídico de derecho privado, de por sí el más adecuado para intervenir en la actividad económica, que en el caso de Metro S.A., se circunscribe al transporte de pasajeros en la forma señalada en su ley orgánica y en sus estatutos.

3º) Que así, parece a esta Corte que Metro S.A. es un órgano estatal que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, por lo que la limitación establecida en el inciso segundo del N° 21 del artículo 1 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios como ocurre en la generalidad de las sociedades, circunscribe a Metro S.A. a desarrollar sólo esa actividad económica pues, para realizar una distinta, es menester que otra ley, también de quórum calificado, le permita desarrollarla o participar en ella.

4º) Que, entonces, lo que debe dilucidarse en esta resolución judicial es si Metro S.A. ha realizado alguna actividad que exorbite su giro, el que ha sido impuesto por la ley, al negociar con las sociedades M.T.G. y M.I. (de Suecia y Luxemburgo, respectivamente), para la edición, publicación y distribución en forma gratuita de un diario a los pasajeros del Metro de Santiago.

5º) Que para participar de un determinado negocio o actividad económica con otra persona, sea natural o jurídica, no es menester que se haga bajo la forma de un contrato de sociedad: basta que exista lo que se denomina en doctrina una “colaboración empresarial”, esto es, la cooperación entre unidades económicas, como sería el caso si una de las partes contribuye o facilita un bien que haga viable económicamente el negocio.

6º) Que examinado el contrato celebrado entre Metro S.A. y las sociedades M.T.G. y M.I., llamado “Distribución de un periódico en la red Metro de Santiago de Chile”, se puede concluir que no se

trata de un simple contrato de arrendamiento, como los que Metro S.A. desde antiguo ha celebrado para alquilar espacios de propaganda comercial o locales en sus estaciones para el funcionamiento de los más diversos establecimientos de comercio: bancos, centro de llamados telefónicos, panaderías, centro de pagos de cuentas de servicios, etc. Por de pronto, en ninguna parte del contrato, ni en el nombre ni en ninguna de sus estipulaciones, se menciona la palabra “arrendamiento” o “arrendador” o “arrendatario”. Y si bien es cierto que las cosas son lo que son y no lo que sus nombres dan a entender, de un detenido análisis de las cláusulas del contrato se puede deducir lo antes razonado, a saber, que no existe tal arrendamiento. En efecto, alguna de las cláusulas del contrato estipulan lo siguiente:

a) Metro concede el uso de las marcas “Metro” y “Club Metro” a MTG y MI;

b) Metro autoriza a MTG y MI para que “usen los espacios físicos dentro de las estaciones que integran la red actual o futura del Metro, utilizando personal y/o instalando dispensadores de su propiedad, con el objeto que se efectúe la distribución del periódico Metro”;

c) En la cláusula tercera, las sociedades extranjeras se obligan a mantener continuidad en la distribución del periódico Metro con un tiraje mínimo de 45.000 ejemplares hasta el 31 de marzo de 2000, y de 80.000 ejemplares a partir del 1º de abril del mismo año;

d) En la cuarta cláusula, se establece un comité editorial que propondrá al directorio de MTG y MI o de las empresas relacionadas, el nombre del director del periódico y supervisará el cumplimiento de los estándares de su línea editorial y las características de neutralidad ofrecidas por MTG y MI. Este comité se compone de tres miembros pero Metro S.A., en cualquier tiempo, podrá aumentar el número de los integrantes a cinco, siendo dos de ellos designados por Metro S.A.;

e) Conforme a la quinta cláusula, la incorporación de nuevos socios o accionista chilenos a las "empresas relacionadas", o sea, aquellas empresas chilenas en las cuales MTG y MI tengan participación en su administración, quedará sujeta a la aprobación previa y por escrito de Metro S.A. Del mismo modo, se establece en la citada cláusula la prohibición a MTG y MI de desprenderse de su participación propietaria en las empresas editora y distribuidora del periódico Metro, sin autorización escrita de Metro S.A.;

f) Se pacta en la cláusula vigésima tercera que MTG y MI están facultadas para poner término al contrato "si hecho un análisis económico y financiero del negocio se demostrare la falta de viabilidad económica del negocio, sea que haya pérdida o no se alcanzare la rentabilidad esperada"; y

g) La renta pactada es la siguiente:

I.- Por bienes inmuebles, una parte variable equivalente a un 4% de los ingresos que las empresas chilenas facturen mensualmente a sus clientes, con un mínimo de 15.656, 742 unidades de fomento, además de un pago inicial y único de 29.573, 8124 unidades de fomento; y

II.- Por el uso de las marcas "Metro" y "Club Metro", la suma de 340 unidades de fomento anuales.

7º) Que analizadas las cláusulas resumidas precedentemente y otras del contrato aludido, y no siendo el contrato en estudio un arrendamiento, debe concluirse que se está frente a un contrato de aquellos denominados de "colaboración empresarial", en el cual Metro S.A. participa en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario.

8º) Que, en efecto, si Metro S.A. facilita el uso de su marca, puede participar en el comité editorial a su sola voluntad, puede tomar parte en la designa-

ción y remoción del director del diario, y recibe un pago inicial y único de 29.573, 8124 unidades de fomento, no asimilable a renta por arrendamiento de cosa alguna, es evidente que entre esta sociedad y MTG y MI, se ha pactado una suerte de alianza estratégica para editar, publicar y distribuir un diario gratuito a los pasajeros de la red del Metro de Santiago, actividad empresarial sin duda lícita pero que, al ser Metro S.A. un órgano estatal, requiere, para participar en dicha actividad, de una ley de quórum calificado que lo autorice para ello, pues así lo establece el citado inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Y, al no haberse dictado dicha ley autorizando a Metro S.A. para participar del negocio periodístico ya aludido, el recurso de amparo económico debe ser acogido en todas sus partes.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo único de la ley 18.971, se revoca la sentencia apelada dictada el trece del mes en curso, escrita de fs. 281 a 302, y se declara que se hace lugar al recurso de amparo económico deducido a fs. 43 por la Asociación Nacional de la Prensa A.G. en contra de la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A., al cual se adhirió la Confederación de Sindicatos de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile, a fs. 113, resolviéndose que la Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. no está autorizada para desarrollar o participar en la actividad empresarial de edición, publicación y distribución de diarios o periódicos, por lo que debe de inmediato cesar su actual participación en la actividad empresarial convenida con las sociedades MTG y MI.

*Regístrese y devuélvase.*

*Redacción a cargo del Ministro señor Yurac.*

*Rol N° 248-00. (JCMM).*

*Pronunciado por los Ministros señores Osvaldo Faúndez V., Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S., y Humberto Espejo Z.*



# Minuta de alegato por la Asociación Nacional de la Prensa en recurso de amparo económico contra Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.

Enrique Barros

*Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile*

Con la venia de V.E. vengo en alegar en representación de la Asociación Nacional de la Prensa, A.G. en el recurso de amparo económico por infracciones al art. 19 N°21 de la Constitución cometidos por la empresa estatal “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (Metro S.A.) al pretender participar en actividades que son ajenas a la actividad empresarial autorizada por la ley.

## I. Objeto de la acción de amparo económico

1. La Constitución dispone: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza” (artículo 19 N°21, inciso segundo).

De acuerdo con esta disposición la participación directa o indirecta de los organismos estatales en actividades empresariales no está excluida por nuestro orden constitucional, sino está sujeta a un *requisito habilitante*, cual es la autorización legal expresa y específica.

De este modo, para que el Estado o sus organismos desarrollen o participen en actividades empresariales se requiere de una autorización legal de derecho estricto, que defina con toda exactitud el ámbito de la autorización.

2. A su vez, los organismos del Estado así autorizados por ley para participar en actividades empresariales no gozan de privilegios especiales, en el ámbito de dicha autorización, sino “estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado” (artículo 19 N°21, inciso segundo in fine).

Esta segunda parte de la norma constitucional del artículo 19 N°21 inciso segundo, no contradice la primera, sino la complementa: el Estado y sus organismos sólo pueden desarrollar o participar en las actividades empresariales específicas que hayan sido autorizadas por la ley y, dentro del marco de esa autorización, no gozan de privilegio alguno.

## II. Autorización legal para que el Estado desarrolle actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros mediante la empresa estatal Metro

3. El Metro tiene sus orígenes en la Dirección General del Metro, un organismo fiscal que constituyó un servicio público dependiente del Ministerio de Obras Públicas (Decreto Ley N°257 de 1974).

La ley N°18.772 de 1989 dio forma jurídica a la actual empresa estatal por medio de tres normas que resultan perfectamente consistentes con la disposición constitucional del artículo 19 N°21, inciso segundo.

En primer lugar, autorizó al Estado para desarrollar una actividad empresarial específica:

“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” (artículo 1°).

En segundo lugar, ordenó al Fisco y a la Corporación de Fomento de la Producción constituir en proporciones de un 28% y un 72% respectivamente la sociedad del Estado denominada “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”, que puede usar el nombre de fantasía Metro S.A. y fija su objeto y giro, que es coincidente con la autorización legal referida.

“La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios 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” (artículo 2° inciso segundo).

Además, la ley estableció que la empresa se registraría por las normas de las sociedades anónimas abiertas; quedaría sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros; sería la continuadora legal en todos los derechos y obligaciones que correspondían a la Dirección General de Metro; y, para los efectos de la Ley, el Fisco sería representado por el Ministerio de Hacienda (Ley, artículo 2° incisos 1° y 5°).

4. En suma, la ley autorizó al Estado para desarrollar una actividad empresarial específica, como lo exige la Constitución Política. La misma ley habilitante estableció que esa actividad se llevaría a efecto mediante la forma de una sociedad anónima constituida por el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción y que quedaría sujeta, dentro de su objeto específico, a un estatuto de derecho privado.
5. El fallo de la Corte de Apelaciones incurre en un serio error al confundir dos cuestiones por completo diferentes: la autorización legal expresa y circunscrita para que el Estado, a través de la

empresa estatal Metro, pueda desarrollar las actividades empresariales que la ley N°18.772 expresamente autoriza, por un lado, y la forma como esa empresa estatal está organizada a efectos de desarrollar ese giro empresarial, por otro lado.

Que el Metro tenga la forma jurídica de una sociedad anónima sujeta al derecho privado significa que es administrada por un directorio (designado por el Fisco y la Corfo, que son sus únicos y forzosos accionistas) y que puede realizar todos los actos civiles o de comercio orientados al desarrollo de su giro específico bajo un estatuto de derecho privado (tales como, contratar trabajadores, tomar préstamos, depositar en cuentas bancarias sus recursos y, en general, realizar los actos conducentes a desarrollar el giro que le fue autorizado por el legislador). En otras palabras, su actuación jurídica está sujeta al derecho privado y no al derecho administrativo. Esta sujeción al derecho privado es un régimen que, por lo demás, siguen otras empresas del Estado (Televisión Nacional, Polla).

Sin embargo, de la circunstancia que el Metro tenga forma jurídica de sociedad anónima no se sigue que pase a ser una 'empresa privada del Estado' que no está sujeta al régimen establecido por el artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución, como infiere el fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago (Addendum a informe en derecho del señor Eduardo Soto, Anexo 9 y 10 a esta minuta de alegato, pág. 1 s.).

6. A diferencia de lo que ocurre en otros países, en Chile rige una norma de derecho constitucional positivo que establece un requisito habilitante para que el Estado o sus organismos participen en actividades empresariales. Esta exigencia habilitante es por completo independiente de la forma jurídica que adopte el Estado en su actividad empresarial, como inequívocamente lo entendió el legislador de la Ley N°18.772, que luego de autorizar al Estado para prestar el servicio público de transporte de pasajeros, señaló que la sociedad anónima que se constituiría sería para el desarrollo de las actividades mencionadas (artículo 1° y 2°).

Por lo mismo resulta irrelevante la distinción que introduce el fallo entre "empresas públicas" y "empresas privadas" del Estado, con fundamento en un dictamen de la Contraloría General de la República del año 1979 (considerando 7°). Más allá de que no resulta razonable fundar el fallo de un recurso que tiene por antecedente una norma constitucional en un dictamen de ese órgano contralor (que, además, es anterior a la norma constitucional), lo determinante es que la Constitución Política limita la actuación del Estado y sus organismos sólo a la actividad empresarial que la ley específicamente les ha autorizado. Esta limitación no significa coartar la gestión de la empresa del Estado, ni atarla de manos para desarrollar negocios, como ha argumentado Metro S.A. La norma constitucional sólo exige que sus actividades se limiten al giro específico que la ley ha autorizado y a las operaciones directamente conducentes a su ejecución (transacciones bancarias, compras de equipos, contratos de trabajo, por ejemplo).

7. En consecuencia, el problema tiene su sede en la norma constitucional del artículo 19 N°21 inciso segundo, que establece requisitos de habilitación legal para la participación del Estado o

sus organismos en actividades empresariales, de modo que resulta irrelevante, a efectos de este recurso, la forma organizativa que adopta desde el punto de vista del derecho administrativo la empresa encargada de ejecutar la autorización legal conferida.

En otras palabras, el Metro actúa como cualquier empresa de derecho privado a efectos de su actuación empresarial, lo que garantiza su flexibilidad operacional. Pero ello no significa que carezca de límites acerca de las actividades empresariales en que puede participar, que tienen por límite el ámbito preciso de la autorización legal exigida por la Constitución Política.

### III. Objeto de este amparo económico

8. Si V.E. concluye que a Metro S.A. le resulta aplicable la norma del artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución Política, corresponde luego discernir si la negociación entre las empresas MTG y MI, por una parte, y Metro S.A., por otra parte, suponen una participación de esta última en una actividad empresarial para la cual no está autorizada expresamente, como ha planteado la parte de la Asociación Nacional de la Prensa que represento.

De este modo, el caso comprende dos preguntas: la primera se refiere al *alcance de la autorización legal* que recibió el Estado para desarrollar una actividad empresarial específica a través de Metro S.A. (sección IV), y la segunda, si la negociación entre Metro S.A. y las empresas extranjeras MTG y MI significa que *Metro S.A. participa en una actividad empresarial* para la cual no está autorizado expresamente por ley (sección VI).

### IV. Alcance de la autorización legal al Estado para desarrollar una actividad empresarial específica a través de Metro S.A.

(a). Objeto social de la sociedad del Estado Metro S.A.

9. En circunstancias que el Metro ha pretendido extender exorbitantemente el ámbito de las actividades o servicios anexos a su giro, resulta esencial precisar el alcance de este concepto.

Como se ha expresado (supra, párrafo 3) la ley autorizó, ante todo, “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”. (artículo primero).

Luego, la misma ley definió el giro de la sociedad anónima que ordenó constituir para satisfacer esa autorización: “La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios 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. No obstante y sólo respecto de “METRO S.A.”, 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.”

Un somero análisis de ambas normas muestra que *el legislador fue especialmente riguroso al limitar el objeto o giro específico de la sociedad del Estado Metro*, con el objeto de evitar el riesgo de que la autorización conferida al Estado para desarrollar una actividad empresarial determinada fuera entendida como genérica.

En primer lugar, el elemento básico a considerar es el nombre que la ley le dio a esta sociedad: “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”

Del texto de los artículos 1° y 2° de la Ley N°18.772 aparece que el legislador -en cumplimiento del artículo 19 N°21 inciso 2° de la Constitución- precisó delimitadamente la autorización excepcional al Estado para poder desarrollar actividades empresariales, no sólo expresamente sino acotando con rigor tanto el objeto y fines de la actividad empresarial autorizada como los medios a través de los cuales se lleva a cabo.

El único fin admitido es la actividad de *transporte de pasajeros*, lo que excluye la posibilidad de transportar carga. En cuanto a los medios, sólo resulta admisible el transporte mediante el *ferrocarril metropolitano* (Metro) u *otros medios eléctricos* (por ejemplo, ferrocarril de acercamiento). Es más, durante la tramitación de la ley se propuso expresamente eliminar la palabra “eléctricos”, lo que fue desechado por estimarse inaceptable dejar abierta la posibilidad de que el Metro creara una línea de buses, que competiría con ventajas con los particulares.

Lo mismo aparece cuando la ley especifica el objeto o giro de la sociedad anónima estatal Metro S.A., que no puede ser sino la aplicación de la autorización conferida al Estado ya aludida (artículo 2°). En el inciso segundo de este artículo segundo se usa la expresión “y las (actividades) anexas a dicho giro”, en lugar de “y servicios anexas” empleada en el artículo 1°.

Este es el triple aspecto de la actividad empresarial autorizada al Estado por el legislador, 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.

10. El Metro ha intentado justificar su decisión de participar en el nuevo negocio periodístico con MTG y MI, en una *interpretación extensiva de su objeto social*, según la cual la facultad para desarrollar las actividades anexas al giro de transporte comprendería una amplia autorización para “explotar comercialmente sus bienes”.

La interpretación del Metro, en orden a que las actividades periodísticas en que se propone participar serían actividades anexas a su giro, que le permitirían explotar comercialmente sus bienes, resulta doblemente incorrecta: (a) ante todo, porque no cualquier explotación comercial de la infraestructura puede ser calificada de “anexa”, esto es, propia, inherente o concerniente al giro de

transporte; y, (b) además, en este caso específico, porque a diferencia de lo que señala el Metro, el contrato con MTG y MI no tiene por objeto el mero arrendamiento de espacios físicos, sino la participación en una actividad empresarial por completo ajena a su giro.

11. La tesis actual del Metro se ve desvirtuada, ante todo, por la historia fidedigna del establecimiento de la Ley.

El Mensaje enviado por el Presidente de la República a la Junta de Gobierno, el 23 de marzo de 1988, es suficientemente claro, a pesar de su brevedad. En su párrafo 6° señala que la iniciativa legal:

“tiene por finalidad transformar la Dirección del 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”.

Es necesario destacar aquí la frase final “transporte de pasajeros urbano y suburbano, a través del ferrocarril metropolitano”. También debe destacarse la expresión “un objeto lo suficientemente amplio”, porque esto fue expresamente rechazado por el legislador, por atentar en contra de lo dispuesto en el artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución, ya que la autorización que da la ley debe ser no sólo expresa, sino específica, perfectamente determinada y delimitada.

Tal amplitud del Proyecto, estaba reflejada en su artículo 2° inciso segundo, 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”.

Yerra el Metro cuando sostiene este texto como fundamento de una interpretación extensiva de su objeto (fs. 169), pues durante la tramitación de la ley *esa redacción fue expresamente desechada* porque se consideró que podía entenderse que autorizaba a Metro S.A. para realizar cualquier actividad u operación bajo el simple pretexto que se estaba “explotando el patrimonio”.

Lo anterior queda demostrado por la discusión ocurrida en la comisión, en la sesión de 14 de julio de 1988:

*Señora Piracés:* “No se puede explotar comercialmente el patrimonio, sino el giro comercial, que es el transporte”.

*Señor Massarente:* “De acuerdo con la ley, el inciso tercero (artículo 2°) no es específico, pues le permite hacer lo que desee con su patrimonio, explotándolo comercialmente a través de cualquier acto”.

*Señor Barría:* “Pensamos que la frase aparentemente puede ser amplia, pero debe entenderse ligada a lo que señala anteriormente la disposición. No puede dedicarse a cualquier cosa”.

*Señor Massarente:* “Eso puede decirse ahora, pero mañana puede interpretarse de otra forma”.

Por las razones expuestas, la referida amplitud del objeto fue expresamente rechazada, al discutirse en sesiones conjuntas de las Comisiones Legislativas la debida concordancia entre el artículo 1º (autorización para que el Estado desarrolle actividades empresariales en este rubro) y su artículo 2º (referente al objeto de esta sociedad, inciso 2º).

Tal como se dejó constancia en la historia de la ley, la intención expresa del Ejecutivo era “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” (sesión conjunta, 28.7.88, pp. 2, 5 y 6).

Así, se estableció lo siguiente:

“La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos... 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*” (artículo 2º inciso segundo, primera parte).

De esta manera, el tenor literal de la Ley, su espíritu y su historia fidedigna son perfectamente coincidentes, disponiendo de manera inequívoca que *Metro S.A. no puede*, en forma genérica y amplia, explotar comercialmente su patrimonio, sea directamente o mediante contratos con terceros.

(b). Sentido del término “anexos”

12. La Ley emplea el término “anexo” en dos oportunidades: al otorgar autorización excepcional al Estado para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros “y servicios anexos” (art. 1º), y, al establecer que el objeto de la sociedad Metro será la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros “y las anexas a dicho giro” (art. 2º).

¿Qué significa “anexo”?

Si se atiende a su etimología latina, anexo es unido, agregado, atado. Si se revisa el término en castellano, anexo no es sino “unido”, “agregado a” y también “propio”, “inherente”, “concerniente a”. Anexas, por su parte, es “unir”, “agregar una cosa a otra con dependencia de ella”, “conectar una cosa a otra principal” (Diccionario de la Lengua Española).

De esta manera, aparece que servicios anexos, actividades anexas, significa inequívocamente algo que está unido a aquellos servicios o actividades de transporte de personas por ferrocarril metropolitano, con una relación de dependencia con éstos, que es lo principal, formando parte con estos y con una relación directa, porque es también propio de estos servicios o actividades, les son inherentes. De allí la expresión “anexas a dicho giro” (artículo 2° inciso segundo frase primera).

13. Por otra parte, el alcance preciso del concepto de actividades anexas al giro de transporte de pasajeros *también se muestra en la historia fidedigna del establecimiento del precepto que contiene ese término.*

El señor Araneda, en la sesión conjunta de las comisiones legislativas de 14 de julio de 1988, propuso agregar a la autorización específica dada al Estado para “transportar pasajeros” en el artículo 1° del Proyecto de Ley, la autorización para “servicios anexos”, esto es, aquellos “que son fundamentales para operar el sistema”.

Agregó que “habría que hacerlo, pues incluso tienen relación con organismos internacionales o extranjeros para fabricar piezas, por ejemplo. Por eso habría que hablar de servicios anexos” (historia de la ley, pág. 117).

Por otra parte, la voluntad del legislador de que la actuación del Metro se restringiera exclusivamente al “transporte de pasajeros” y a aquellas actividades “fundamentales para operar el sistema [de transporte]” también queda de manifiesto respecto al tipo de operaciones que originalmente el Metro puede ejecutar. Así, el Proyecto de Ley establecía en el inciso segundo del artículo 2° las *actividades específicas* que se entenderían comprendidas dentro del objeto social de la empresa estatal Metro, en los siguientes términos:

“La sociedad anónima tendrá por objeto la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarril metropolitano y *las relacionadas con éste*, pudiendo con tal fin y sin que ello importe limitarlas:

1. fabricar vidrios y ventanas;
2. traer los componentes y aportar aquí [en Chile] los revestimientos internos y asientos;
3. efectuar estudios;
4. construir obras;
5. conservar y mantener sus instalaciones y material rodante, con la periodicidad y procedimientos técnicos que correspondan;
6. promover la realización de servicio combinado de transporte de pasajeros con terceros, celebrando los convenios que sean necesarios para su desarrollo, y
7. participar en sociedades que tengan por finalidad el transporte de pasajeros con vehículos eléctricos, en forma complementaria a la red de metro” (Proyecto de Ley, Boletín N°949-03, artículo 2° inciso segundo).



El legislador optó, en definitiva, por simplificar la redacción, cambiando la descripción detallada de las actividades relacionadas al servicio de transporte de pasajeros, que contenía el proyecto, por una referencia genérica a “ejecutar cualquier acto u operación *relacionado con el objeto social*”. Con todo, la enumeración antes referida es inequívoca respecto al tipo de actividades que el legislador tenía presentes que eran “fundamentales para operar el sistema” [de transporte].

Jamás en la historia de la ley se menciona el arrendamiento de inmuebles como parte de los “servicios anexos [al transporte]” que podía desarrollar el Metro. Los locales eran vistos como una realidad histórica, parte de la infraestructura, y que estaban destinados a desaparecer al ampliarse el Metro. Así, en una de las poquísimas referencias en la historia de la ley a esos locales, se expresó:

“En general, los locales comerciales son el producto de los espacios restantes al momento de construirse el Metro. En la Estación Universidad de Chile, por ejemplo, en los espacios donde están los locales comerciales en el primer nivel, pasará la Línea 3. Por lo tanto, una vez que se construya, esos locales desaparecerán. Lo mismo ocurre con los de la Estación Calicanto.”

Es más, cuando se discutió la posibilidad de establecer que el Metro S.A. “desarrollara o explotara proyectos inmobiliarios para proporcionar facilidades de estacionamientos” o que lo hiciera a través de la constitución de una filial, el señor Lausen se pronunció señalando “Me gustaría que fuera un negocio del sector privado, al igual que la locomoción superficial”, opinión que fue aceptada por la Comisión (historia, pág. 103).

En consecuencia, no sólo por razones de texto, sino también de los fines de la Ley y de la norma constitucional del art. 19 N°21 inciso segundo, la referencia a las *actividades anexas* al giro debe entenderse hecha a *aquellas que son propias, inherentes o concernientes al transporte de pasajeros*, según el significado pertinente de ese concepto en nuestro idioma.

14. En este mismo contexto y orden de ideas se explica la frase “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”, que el legislador emplea en el artículo 2°.

Si el objeto social de la sociedad anónima estatal Metro S.A. es precisamente –conforme a la autorización conferida por ley al Estado– “la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros por ferrocarriles metropolitanos... y las anexas a dicho giro” (art. 2° inc. segundo frase primera.), aparece obvio que la referencia que a continuación hace este mismo inciso segundo, “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 1° autoriza.

La conclusión anterior queda en evidencia si se contrasta el texto aprobado con el contenido en el proyecto de ley, según se ha expresado, señalaba:

“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”.

Me permito reiterar a V.E. que, dada su amplitud, esa redacción fue rechazada, como ya se ha

señalado, por las Comisiones Legislativas, quedando reducido su texto a la actual redacción, esto es sólo lo que dice relación con su “objeto social”.

Como se dejó constancia en la historia de la ley “no se trata de ampliar las posibilidades de la sociedad para el desarrollo de nuevas actividades”, ya que “la empresa sólo tiene que ver con la operación del Metro y las construcciones relacionadas con éste” (sesión de 28.7.88, p. 10 y 11). Ello con fundamento en la Constitución Política, porque “la actividad empresarial del Estado se hace en calidad de subsidiaria”, de modo que “se ha procurado salvaguardar el hecho que no exista competencia desleal entre la actividad del Estado y la eventual o existente actividad empresarial privada” (idem, p. 4).

(c). Jurisprudencia respecto a la interpretación del objeto de las empresas estatales

15. La jurisprudencia de los tribunales superiores ha entendido que el giro u objeto social específico de las empresas estatales debe ser interpretado aún más estrictamente.
16. El recurso de amparo económico más recientemente acogido fue fallado, precisamente, por esta Tercera Sala de la Excm. Corte Suprema, el 17 de marzo de 1999 (Gaceta Jurídica, N°225, marzo de 1999, páginas 31 a 35, autos rol 328-99) (Anexo 15 a esta minuta de alegato).

Se trató de un recurso deducido por Chilexpress S.A. y Lan Chile S.A. en contra de la Empresa de Correos de Chile, con motivo de la prestación por esta última de (a) los servicios de encomienda expresa y paquetería “Ultracom”, que permitían enviar paquetes de hasta 30 kilos a personas naturales y sin límite de peso a empresas; y (b) de “Banca de Servicios” destinado a la recaudación de pagos de consumo. Según las recurrentes, esos servicios no estaban comprendidos entre los “servicios de envío de correspondencia nacional e internacional” autorizados por la ley que determinó las funciones de Correos.

Desechado el recurso en forma unánime por una sala de la Corte de Apelaciones (Ministros señores Brito, Araya y Madrid), la Excm. Corte Suprema acogió parcialmente el recurso de apelación, resolviendo:

- (a) Respecto al servicio “Ultracom”, la Corte decidió que, atendido que el objeto de la Empresa de Correos Chile, fijado por ley, era “prestar servicios de envío de correspondencia” y que por “correspondencia” debían entenderse cartas, impresos y paquetes que no excedan de determinado número de kilos (ej. 30 ó 33 kilos), según la denominación internacionalmente aceptada, el envío de los paquetes que excedan ese peso no queda comprendido en las funciones de Correos, sino más bien corresponde a empresas de transporte. Por esas razones, acogió parcialmente el recurso, y declaró que Correos de Chile no estaba autorizada para realizar el servicio postal de encomienda expresa “Ultracom”, respecto de bultos o paquetes que excedan de 33 kilos de peso y ciertas dimensiones.
- (b) Respecto a la “Banca de Personas”, la Corte decidió que, atendida su modalidad, no puede quedar comprendida en “la función específica de la Empresa de Correos”, porque ese servicio no sólo comprende el envío de boletas de cobranza, sino que también la recaudación de los valores que por ello deben pagarse, “labor de carácter empresarial, absolutamente impropia

para una empresa estatal con un específico marco legal”, a menos que la autorice la ley. Por esta razón, la Corte, acogiendo en esta parte el recurso, decidió que Correos de Chile tampoco estaba autorizada para desarrollar actividades relacionadas con la “Banca de Personas”.

17. En un anterior recurso de amparo económico, también en contra de Correos de Chile, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago determinó el sentido y alcance de la palabra “similares”, en relación al objeto social de esa empresa estatal.

Denunciada esta empresa por estar prestando un servicio de correo híbrido, consistente en recibir información de bases de datos de empresas, imprimirla y despacharla en la forma de comunicaciones postales a su destinatario, se defendió alegando que además de estar autorizada para la prestación de servicio postal, su ley orgánica la autorizaba para efectuar “otras prestaciones de servicio postal, tales como encomiendas, giros postales y similares”.

La Corte, sin embargo, desestimó las alegaciones de Correos de Chile, estableciendo que el servicio de “correo híbrido” no se contemplaba en el objeto social de la empresa y tampoco podía entenderse como actividad “similar” (sentencia de 20 de noviembre de 1998, rol N°3817-98, confirmada por la Excm. Corte Suprema el 16 de diciembre de 1998, Gaceta Jurídica N°222, pág. 50) (Anexo 14 a esta minuta de alegato).

El caso es particularmente relevante en estos autos porque luego que fue declarado por la Corte que Correos de Chile no podía desarrollar esa actividad empresarial, esta empresa intentó licitar las instalaciones de modo de hacerlo en una coparticipación contractual con un tercero, a lo que la I. Corte declaró que ello suponía una forma indirecta de prestar esos servicios, de modo que dejó sin efecto el proceso de licitación.

18. Por último, hace algunos años el Instituto Geográfico Militar se defendió en otro recurso de amparo económico deducido por la Asociación Gremial de Impresores de Chile, alegando (i) que tenía “capacidad marginal de sus instalaciones” (máquinas), (ii) que sólo “explotaba comercialmente” esas instalaciones; y, (iii) que esa explotación comercial se hacía “desde hace ya decenas de años”.

Sin embargo, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo unánime redactado por su abogado integrante don Manuel Daniel, acogió el recurso deducido en contra del Instituto Geográfico Militar por prestar servicios gráficos y de impresión a terceros, que excedían su objeto social específico de “impresión de mapas y cartogramas” (sentencia de 5 de diciembre de 1991, rol N°2396-91, Gaceta Jurídica N°138, pág. 59) (Anexo 13 a esta minuta de alegato).

(d) Efectos de acogerse la interpretación de Metro S.A.

19. Si, contrariamente a lo expuesto por esta parte, se aceptara la tesis del Metro, permitiéndole a éste que mediante el concepto de “servicios anexos” realice actividades distintas a la de servicio de transporte terrestre de pasajeros mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos o suburbanos, se abriría una puerta que permitiría que esa empresa estatal realizará todo tipo de servicios, ejemplo de algunos de ellos serían los que ya han sido inscritos bajo la marca Metro S.A., Metro de Santiago, Metroboutique, Club Metro u otras similares, con fecha posterior a la del contrato suscrito con MTG (Anexo 17 a esta minuta):

- Servicios clase 35: Publicidad y negocios.
- Servicios clase 36: Seguros y finanzas.
- Servicios clase 41: Educación y esparcimiento.
- Servicios clase 42: Varios.
- Productos clase 1: Productos químicos destinados a la industria, la ciencia, la fotografía, la agricultura, la horticultura, la silvicultura, resinas artificiales, materias curtientes, entre otros.
- Productos clase 5: Productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos, productos dietéticos para niños y enfermos, emplastos, entre otros.
- Productos clase 8: Herramientas e instrumentos manuales, cuchillería, tenedores y cucharas y armas blancas.
- Productos clase 14: Metales preciosos y sus aleaciones y objetos de estas materias o chapeados, joyería, piedras preciosas, entre otros.
- Productos clase 16: Papel y artículos de papel, cartón y artículos de cartón, impresos, diarios y periódicos, libros, artículos de encuadernación, fotografías, papelería, materias adhesivas, naipes, materiales de instrucción o enseñanza, entre otros.
- Productos clase 28: Juegos, juguetes, artículos de gimnasia y deportes, ornamentos y decoración para los árboles de navidad.

Asimismo, el Metro ha fundado su actuar, participar en la distribución de un diario gratuito dentro de sus instalaciones en conjunto con una empresa privada extranjera, señalando que son “servicios complementarios” al de transporte, en beneficio de sus usuarios. Si se acepta esta tesis, podría permitirse en el futuro prestar todo tipo de servicios “en beneficio de sus usuarios”, servicios que sin lugar a dudas van más allá del concepto de “servicios anexos” establecidos en la Ley N°18.772, como ya ha sido demostrado en esta presentación.

## V. Sentido y alcance del concepto constitucional de participación en una actividad empresarial

20. Determinado el alcance de la autorización legal concedida al Estado, a través de Metro S.A., para desarrollar una actividad empresarial, corresponde analizar si el contrato entre MTG y el Metro conlleva una *participación* de esta empresa estatal en una actividad empresarial para la cual el Estado no está autorizado expresamente por ley.
21. La palabra participar no tiene en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política un significado técnico. Desde luego no se refiere a la hoy extraña figura contractual de la cuenta en participación; tampoco exige que la participación se materialice mediante una sociedad. La norma, como es usual en el texto constitucional, establece un principio, que obliga al Estado y sus organismos a someterse al ámbito de la autorización legal que haya recibido para desarrollar una actividad empresarial.

Según el diccionario de la lengua española, “participar”, en la acepción pertinente, significa “tener una parte en una cosa o tocarle algo de ella”.

Las maneras o formas en que una empresa puede participar en una actividad empresarial pueden ser muy diferentes. Por cierto, la forma más evidente en que una empresa puede participar en un negocio es mediante una sociedad. Pero también puede ocurrir mediante convenciones que permiten a las partes hacer contribuciones para que un emprendimiento económico sea posible.

Es conocido en la organización jurídica de los negocios que la coparticipación de dos o más partes en una actividad empresarial puede estructurarse de maneras muy variadas. Las prácticas contractuales contemporáneas poseen una geometría esencialmente variable. Así, por ejemplo, si dos empresarios disponen de activos que son indispensables para llevar a cabo un nuevo negocio, pero sólo uno de ellos conoce y está en condiciones de valorar los riesgos asociados a ese negocio, lo más probable es que éste último asuma las pérdidas, a cambio de que el otro participe de un porcentaje de los ingresos inferior al que le correspondería si hubiesen constituido una sociedad. Pero ello no quita que las dos partes del contrato estén participando en la actividad empresarial respectiva: ambos hacen contribuciones necesarias para que el negocio sea viable y ambos participan a su manera de los ingresos que éste genera.<sup>1</sup>

22. En consecuencia, la participación de dos empresas en un negocio, en que ambos hacen contribuciones esenciales para que reporte ingresos, admite diversos grados. La más extrema forma de participación recíproca es la fusión; luego, las diferentes formas de sociedades, incluida la cuenta en participación; enseguida los llamados joint ventures, que por lo general suponen una organización independiente, pero que tienen la flexibilidad suficiente como para que una de las partes no asuma riesgo de pérdidas (infra, párrafo 38); finalmente, se puede convenir en un consorcio o acuerdo contractual, en que ambas partes convienen en un negocio, para cuya ejecución se requieren contribuciones de ambas, participando de los ingresos en la forma que se convenga. Genéricamente, todas estas son formas de estructurar acuerdos de coparticipación empresarial.<sup>2</sup>

De este modo, la participación en una actividad empresarial no supone ni exige que la empresa estatal convenga en constituir una sociedad, ni menos aún en la extraña figura de la cuenta en participación, referidas por MTG ante la Corte de Apelaciones y recogida por la sentencia recurrida (considerandos 13° y 20° in fine).

- 1 Un ejemplo comparado interesantísimo por su magnitud es la industria aeronáutica europea Airbus. Este emprendimiento jamás ha sido organizado como sociedad, manteniendo la forma de un consorcio contractual en que participan empresas alemanas, británicas, francesas y españolas. Recién ahora, que el proyecto se ha mostrado viable, los participantes del consorcio están negociando la constitución de una sociedad (Referencia: <http://www.airbus.com>).
- 2 “Desde el punto de vista de un jurista del *Civil Law*, el debate concierne a la noción de sociedad, y la identificación de la clase de contratos plurilaterales u organizativos que no sean (en sentido estricto) “sociedad”. No era éste un concepto particularmente difícil en el derecho romano clásico y ni siquiera en el de Justiniano, en el que la sociedad era un simple acuerdo para distribuir los resultados de un negocio o la utilización o disfrute conjunto de una cosa, aun para fines que no fueron finalmente repartición de dinero” (S. Le Pera, “Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresarial”, 1989). Del mismo modo, en el derecho europeo se conocen los *contratos empresariales*, caracterizados porque “la disposición sobre un patrimonio atribuido a una actividad empresarial se funda en contratos relativos a su uso o en contratos que refieren a las prestaciones de diferentes empresas” (U. Immenga y E. Mestmächer, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 2a. ed., 1992, pág. 998).

23. La propia Constitución Política no hace sinónimos asociaciones y sociedades, porque reconoce aquéllas aunque carezcan de personalidad jurídica (artículo 19 N°15, incisos primero y segundo). Aún más evidente resulta en el ámbito comercial que se pueda participar conjuntamente en un negocio sin necesidad de que se constituya una sociedad. La flexibilidad del derecho privado permite configurar formas de coparticipación en un negocio que van desde la fusión de sociedades hasta relaciones puramente contractuales entre empresas independientes, las que hacen posible un negocio mediante contribuciones recíprocas. Por consiguiente, el juzgamiento de si existe o no participación en una actividad empresarial por parte del Estado o de una de sus empresas supone calificar la operación económica que constituye el objeto del negocio.
24. Por el contrario, la tesis del Metro y MTG, asumida por la I. Corte de Apelaciones, en orden a que la participación en una actividad empresarial sólo se puede materializar mediante la constitución formal de una sociedad, de las reguladas en el Título VII del Código de Comercio de 1867, supone pasar por alto la versatilidad que tiene el moderno derecho privado para organizar negocios a los que contribuyen diversas empresas. Por lo mismo, si V.E. confirmara la doctrina de ese fallo, se puede tener la certeza de que la norma que ha dado lugar al recurso de amparo económico perdería su vigencia efectiva, pues bastaría que las empresas del Estado evitaran la forma de la sociedad para emprender actividades empresariales no autorizadas por la ley, mediante contratos de coparticipación empresarial que no cumplen con los requisitos formales de la sociedad, pero que cumplen la función análoga de llevar a cabo mediante aportes recíprocos un emprendimiento.<sup>3</sup>

La calificación jurídica relevante en este recurso de amparo económico no se refiere, por consiguiente, a si el Metro ha constituido con MTG una sociedad, sino si existe una forma de participación recíproca en un negocio en que el Metro y MTG coparticipan en el desarrollo de un proyecto empresarial de tipo periodístico, que no resultaría posible sin las contribuciones recíprocas de las partes. El fin y sentido de la norma constitucional sólo se puede cumplir si se considera en este sentido la participación en una actividad empresarial.<sup>4</sup>

## **VI. El Contrato entre Metro S.A. y MTG no es de mero arrendamiento y constituye una participación de Metro S.A. en un negocio periodístico.**

- (a) Los contratos de arrendamiento históricamente celebrados por Metro S.A. y el contrato con MTG-MI
25. No corresponde discutir ante V.E. la legitimidad de los contratos de arrendamiento de locales y espacios publicitarios y de tendidos de cables para telecomunicaciones que Metro S.A. ha venido

3 Inequivocamente se ha pronunciado en este sentido el fallo de la ltima. Corte de Apelaciones recaído en una denuncia de desacato a la sentencia que declaró que el llamado "correo híbrido" no pertenecía al giro de Correos de Chile, en circunstancias que esta empresa del Estado había decidido luego del fallo, licitar las instalaciones a efectos de coparticipar con un tercero en la prestación del servicio (supra, párrafo 17; Anexo 14 a esta minuta de alegato).

4 Desde un punto de vista económico, el informe de don Claudio Sapelli, "El diario 'Metro': un análisis de las consecuencias económicas del contrato entre Metro S.A. y MTG", en Anexo 12 a esta minuta de alegato, pág. 21 ss.

haciendo desde la inauguración del primer tramo del ferrocarril metropolitano. Basta señalar que esos contratos son consistentes con el diseño de las estaciones y de la infraestructura, que no afectan los respectivos mercados (porque carecen de relevancia estadística en las ventas de publicidad estática y de locales comerciales) y constituyen una práctica originaria, anterior a la introducción de la norma constitucional del artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución Política.

Por esa misma razón, y como una forma de validar su participación en este negocio, la parte de Metro S.A. ha sostenido en este proceso que el contrato con MTG corresponde exactamente a estas prácticas de explotación de su infraestructura física.

Lo cierto, sin embargo, es que precisamente la comparación de los contratos de arrendamiento que Metro S.A. celebra con los locatarios de locales y espacios publicitarios con el contrato que ha celebrado con MTG y con MI muestran inequívocamente que se trata de negocios por completo diferentes.

26. La naturaleza de la participación de Metro S.A. en el negocio se muestra en el planteamiento inicial de la propuesta formulada por MTG y MI (Anexo N°1 al contrato, página 4).

“El presente documento ha sido preparado para presentar a los ejecutivos de METRO S.A. una propuesta para la edición de un periódico de distribución gratuita en el sistema del metro de la ciudad de Santiago”.

La propuesta consiste en una invitación formal a participar en un negocio periodístico. La misma idea se expresa en la consideración cuarta del contrato (Anexo 1 a esta minuta de alegato). Tanto es así, que en parte alguna de la propuesta ni del contrato se hace referencia a un contrato de arrendamiento.<sup>5</sup>

Como se intentará mostrar en los párrafos siguientes, si se analiza el objeto del contrato en su conjunto (esto es, la operación económica que por su intermedio se configura) resulta inequívoco que el contrato, denominado por las propias partes de “Distribución de un periódico en la red del metro de Santiago”, sobrepasa con mucho la naturaleza y objetivos de un mero arrendamiento, y, por el contrario, da lugar a una forma contractual de coparticipación de Metro S.A. y de MTG y MI en un negocio periodístico.

(b) El contrato autoriza genéricamente el uso de instalaciones del metro de Santiago

27. Ante todo, es de la esencia del arrendamiento que éste recaiga sobre cosas determinadas, cuyo goce se cede mediante su entrega (Código Civil, artículos 1916, 1920 y 1924).

El contrato, por el contrario, no cede bien o espacio específico para el uso de MTG-MI. Por el contrario, la parte inicial de la cláusula segunda del contrato expresa:

5 Contrato, consideración 4, en Anexo 1 a esta minuta de alegato, pág. 2.

“Metro S.A. autoriza a MTG y MI, y en su momento a la o las cesionarias, para que usen espacios físicos dentro de las estaciones que integran la red actual o futura del Metro, utilizando personal y/o instalando dispensadores de su propiedad con el objeto que se efectúe la distribución del Periódico Metro...” (Anexo 1 a esta minuta de alegato, pág. 8).

Más adelante, Metro S.A. se compromete en una obligación de mejores esfuerzos a efectos de que el periódico resulte accesible a sus pasajeros (*idem*).

En suma, Metro S.A. no arrienda a MTG y MI espacios dentro de las estaciones, sino se obliga a garantizar el acceso a todos los espacios físicos de la red del Metro que resulten necesarios “con el fin de obtener los mejores resultados posibles y la mayor disponibilidad del periódico Metro” (*idem*).

(c) Licencia de la marca ‘Metro’ para un negocio periodístico

28. Además, de garantizar el acceso universal a las instalaciones presentes y futuras del metro de Santiago, Metro S.A. contribuye esencialmente al negocio cediendo la licencia de su propio nombre ‘Metro’. El contrato de licencia de marca es título para el goce exclusivo de la marca, e incluso debe ser inscrito en el Registro de Marcas a efectos de su oponibilidad (Ley N°19.039, sobre propiedad industrial, artículo 18, inciso sexto).

Más allá de lo discutible que resulte la calificación jurídica de la licencia de marca como un contrato de arrendamiento (y no como derecho de usufructo), lo determinante es el efecto económico que posee esa cesión.

La marca es uno de los activos esenciales de una empresa. Hay empresas cuyo mayor activo es precisamente la marca (Coca-Cola, McDonalds, por ejemplo).

En el caso de Metro S.A. su nombre está prestigiado por un servicio público de excelencia que la comunidad presta a los usuarios a precios subsidiados. En efecto, Metro S.A. no tiene la obligación de rentar las enormes inversiones en que el Estado ha incurrido para la construcción de la red del ferrocarril metropolitano. El valor de reemplazo de esas instalaciones es de aproximadamente 3.000 millones de dólares. Para comprender la magnitud del subsidio que recibe Metro S.A. baste decir que el pasaje debería costar más de 800 pesos, si Metro S.A. fuese una empresa privada que tuviera que rentar las inversiones incurridas (como ocurre, por ejemplo, con la electricidad, la telefonía o los servicios sanitarios).

La licencia de la marca ‘Metro’ significa gozar, en un giro empresarial por completo diferente al atribuido por la ley a Metro S.A., del nombre y prestigio asociado a un servicio público subsidiado con fondos públicos, que han sido atribuidos para satisfacer necesidades ambientales, urbanísticas y de transporte masivo. De este modo, se desplazan los beneficios que Metro S.A. tiene para el desarrollo del servicio público de transporte de pasajeros hacia negocios en que los subsidios no se justifican, ni menos aún han sido autorizados por el legislador (como es el espíritu de la disposición constitucional que da lugar a la acción de amparo económico).

(d) Cláusula de exclusividad que conlleva cesión de clientela



29. A las contribuciones referidas, que corresponden el amplio acceso a las instalaciones del metro a efectos de la distribución del periódico y de goce de la marca 'Metro', se agrega el elemento crucial de la *exclusividad*.

En verdad, si se tratase de un mero arrendamiento, nada justifica la cláusula de exclusividad. Del mismo modo como empresas competidoras entre sí pueden ser arrendatarios de locales o de espacios para cajeros automáticos, también podría autorizarse que las empresas que participan en la Asociación Nacional de la Prensa instalaran dispensadores de diarios o los suplementeros tuvieran acceso a la distribución de periódicos pagados o gratuitos.

Las cláusulas de exclusividad del contrato (Anexo 1 a esta minuta de alegato, cláusulas décimo segunda y trigésimo segunda) suponen, por el contrario, que se garantiza que el periódico 'Metro' será el único que podrá ser distribuido a los pasajeros del metro de Santiago. De este modo, Metro S.A. efectúa en verdad un aporte de su *clientela* cautiva, en razón del servicio público de alta calidad y eficiencia que presta en razón de los subsidios que recibe del Estado de Chile.

30. Por lo mismo, es absurda la justificación que Metro S.A. hace del contrato como un servicio a los pasajeros del metro. Si así fuese, nada justificaría la cláusula de exclusividad, porque el servicio podría ser prestado por distintos oferentes (incluidas las empresas asociadas a mi representada). La exclusividad tiene en el contrato la función económica de garantizar que el periódico 'Metro' sea el único accesible a los pasajeros que gozan del servicio de transporte.

En el folleto en que se promueve la venta de publicidad en el diario Metro, se hace la inequívoca relación entre pasajeros y lectores (Anexo 5 a esta minuta de alegato). El diario se financia con publicidad gracias al público cautivo que tiene el metro de Santiago, al cual Metro S.A. asegura acceso exclusivo. Así se explica que el periódico 'Metro' tenga previstos más de 150.000 ejemplares diarios y que el valor de sus avisos sea superior al de la prensa que no goza del acceso a los pasajeros del metro.

31. La parte de Metro S.A. ha hecho presente que el elemento esencial de la exclusividad aparece atenuado en el contrato en la medida que un tercero podría desafiarla si ofrece, durante su vigencia, condiciones superiores o iguales a las pactadas.

Sin embargo, la excepción a la cláusula de exclusividad es sólo aparente y es expresiva de la técnica contractual habilidosa empleada en la construcción del contrato. La cláusula décimo segunda, en efecto, dispone:

“METRO S.A. durante la vigencia de este contrato, se obliga a no conceder el uso de sus instalaciones, incluida su red de estaciones para la distribución de otros diarios gratuitos, salvo en condiciones y modalidades superiores o iguales a los convenidos en el presente instrumento, considerando experiencia y know-how de varios años en distribución de diarios principalmente en redes de Metro en ciudades importantes, estándares de calidad, neutralidad de la línea editorial, cantidad de tiraje, garantías, retribuciones y compensaciones”.

Por su parte, la cláusula trigésimo segunda dispone:

“Si METRO S.A. optare por licitar el uso de la marca METRO y/o la distribución del Periódico Metro o un nuevo periódico en las instalaciones de la red de Metro, para que surta efecto después del vencimiento del plazo inicial o de la respectiva prórroga del presente contrato, deberá en tal caso establecer que las empresas interesadas en participar en la licitación podrán hacerlo si cumplen, a lo menos, las siguientes condiciones objetivas: (a) experiencia de varios años en distribución de diarios gratuitos en una o más ciudades cuya población no sea inferior a un millón y medio de habitantes; (b) estándares de calidad similares o superiores al Periódico Metro; y (c) neutralidad de la línea editorial”.

La excepción a la exclusividad que ha previsto el contrato es engañosa: en la medida que se exige que el tercero tenga experiencia, know-how de varios años en distribución de diarios en ciudades importantes y cantidades análogas de tiraje a los de MTG y MI, no existe competidor internacional (y, desde luego, ninguno de los miembros de la Asociación Nacional de la Prensa) que esté en condiciones de desafiar *competitivamente el contrato*.

Al efecto cabe hacer presente a V.E. que MI declara en la propuesta que ella es la única empresa con experiencia exitosa a nivel mundial en distribución gratuita de periódicos en instalaciones de ferrocarriles metropolitanos (pág. 6) y en el contrato se expresa que ha desarrollado “un concepto único de edición y distribución de un periódico gratuito, diario y de alto estándar de calidad con el nombre ‘Metro’” (Anexo 1 a esta minuta de alegato, considerando 3º).

Todas las referencias que el contrato tiene a la referida excepción a la exclusividad son en consecuencia irrelevantes en la práctica, y carecen de valor efectivo porque son imposibles las condiciones de su aplicación práctica. El contrato garantiza, en la práctica, el derecho exclusivo de distribución del diario Metro en las instalaciones del metro.

(e) Participación de Metro S.A. en el Comité Editorial del periódico

32. Finalmente, hago presente a V.E. que el aspecto determinante de la exclusividad en el acceso a las instalaciones del metro (que garantiza la cesión de su clientela) no es en parte alguna siquiera considerada por el fallo recurrido al momento de calificar la participación de Metro S.A. en el emprendimiento empresarial del periódico ‘Metro’.
33. Metro S.A. tiene, además, dos importantísimos derechos en la gestión del periódico ‘Metro’, que tampoco son considerados por el fallo recurrido: tiene el derecho a participar en el Comité Editorial, y de aprobar el ingreso de socios a la sociedad editora.

El Comité Editorial propone al Directorio de la sociedad editora el director del diario y supervisa la línea editorial (contrato, cláusula cuarta). Respecto de su constitución, el contrato señala que “está compuesto por tres (3) miembros, que serán designados por MTG y/o MI, con exigentes criterios de selección”. Enseguida, se expresa:

“Sin embargo, el número de miembros del Comité Editorial deberá en cualquier momento y a sola solicitud de METRO S.A., fundada y con el único

fin de mantener la línea editorial comprometida, aumentar de tres (3) a cinco (5) en cuyo caso dos de ellos serán designados por METRO S.A.”.

Atendida la vaguedad de las condiciones de ejercicio de la opción, resulta evidente, según las prácticas contractuales, que la regla referida establece un derecho potestativo para Metro S.A. de participar en la gestión periodística del diario, incluido un voto determinante en la designación y remoción del director, en la medida que según la misma disposición contractual estos actos requieren del voto de cuatro miembros del comité editorial desde el momento que Metro S.A. ejerce la opción.

Metro S.A. ha explicado que este derecho persigue que se observe la línea editorial neutra del periódico. Más allá de que la neutralidad de un diario es una mera aspiración (porque un periódico deja de ser neutral desde el momento que designa un director, elige los titulares, selecciona una noticia e incluso una fotografía), resulta sintomático que Metro S.A. se vea en la necesidad de participar en la gestión periodística. Lo cierto es que la exclusividad en el acceso a los pasajeros y la licencia de la marca son tan poderosas contribuciones al negocio que explican por sí mismas el derecho de Metro S.A. a participar en el cuidado de los principales intangibles de esa empresa del Estado. Así, por mucho que se aceptare la explicación de Metro S.A., resulta evidente que el derecho potestativo a nominar representantes que participen decisivamente en la gestión periodística del periódico es una consecuencia necesaria de la índole de la participación de Metro S.A. en el negocio periodístico en su conjunto.

(f) Derecho de admisión de accionistas de la sociedad editora

34. Además de su participación en el comité editorial del periódico, Metro S.A. tiene decisiva participación en la configuración de la sociedad editora.

Al efecto, cabe hacer presente a V.E. que el contrato entre Metro S.A. y MTG-MI requiere para su aplicación práctica de la constitución de una sociedad chilena que sea a lo menos un 85% de propiedad de chilenos, de acuerdo a una exigencia de la Ley sobre Abusos de Publicidad (Ley N°16.643, artículo 5°).

Así, aunque el periódico operará mediante el sistema de franquicia con las empresas extranjeras MTG y MI (Propuesta, párrafo 2.1.2, en relación con contrato, considerando 4), la empresa editora deberá ser de propiedad en un 85% de accionistas chilenos. Metro S.A. se ha reservado el derecho a aprobar previamente y por escrito la incorporación de socios o accionistas chilenos, sean personas naturales o jurídicas a esa sociedad editora (Contrato, Anexo 1 a esta minuta de alegato, cláusula 5a. párrafo tercero).

La parte de Metro S.A. ha pretendido justificar esta decisiva participación en la configuración de la sociedad editora del periódico en la norma del artículo 1946 del Código Civil, relativo a los subarriendos. Lo cierto, sin embargo, que el contrato, en la misma cláusula referida, ha autorizado a MTG y MI a ceder sus derechos y obligaciones a una sociedad, que se declara constituida con el nombre Impromedia S.A.<sup>6</sup>. En consecuencia, la intervención de Metro S.A.

<sup>6</sup> De conformidad con el Anexo 4 a la Propuesta, Impromedia S.A. está constituida por los señores Toro, Waissbluth y de la Fuente (Anexo 2 a esta minuta de alegato).

en la materia no tiene por objeto autorizar un subarriendo, sino consentir en quiénes habrán de ser accionistas o propietarios de la sociedad chilena que actuará como sociedad editora.

Se comprueba, también en esta sede, que Metro S.A. interviene determinadamente en la configuración del negocio: no sólo tiene derechos decisivos a participar en la gestión periodística, sino también en quienes pueden tener acceso a la propiedad de las acciones de su contraparte en el contrato.

(f) Participación de Metro S.A. en los ingresos netos del negocio y atribución de riesgos

35. Se ha señalado que Metro S.A. se limita a recibir una remuneración por las contribuciones que efectúa y que todos los riesgos del negocio pertenecerían a MTG-MI.

El contrato establece, en verdad, tres tipos de pagos de MI a Metro S.A.: una suma fija inicial de 29.573 unidades de fomento; una suma anual de 340 unidades de fomento y una participación del 4% de los ingresos netos (esto es, deducidos cargos) que obtenga la sociedad editora.

Si se prescinde de la absurda calificación que el contrato atribuye a estas partidas (se señala que la renta por la marca 'Metro' es de sólo 340 unidades de fomento al año), lo cierto es que a Metro S.A. se le garantizan ingresos fijos, por un lado, y participación en los ingresos netos, por el otro.

De este modo, Metro S.A. no asume el riesgo de pérdidas en el período que dure el contrato. Esto, en verdad, resulta de la naturaleza de la coparticipación de MTG-MI y de Metro S.A. en el negocio. MTG-MI contribuyen con el know-how de un diario gratuito financiado con publicidad, de modo que son quienes están en condiciones de valorar los riesgos del negocio. Metro S.A., por su parte, paga su natural aversión al riesgo de participar en un negocio que desconoce, con una baja participación en los ingresos netos (sólo 4%). Se muestra en este punto la esencial flexibilidad que tienen los acuerdos de coparticipación empresarial que no participan de las características clásicas de la sociedad.

36. Por otra parte, hago presente a V.E. que también en materia de riesgos el contrato contiene una disposición que resulta completamente ajena a la calificación que de él ha hecho la parte recurrida, y que ha sido acogida por la Il. Corte de Apelaciones. En efecto, bajo el epígrafe "terminación anticipada del contrato", se señala en la cláusula 23°, que el contrato puede terminar:

"(b) Por la sola voluntad de MTG, MI y/o sus cesionarias, si hecho un análisis económico y financiero del negocio se demostrare la falta de viabilidad, sea que haya pérdidas o no se alcanzare la rentabilidad esperada".

Nada más inequívoco del sentido de coparticipación en un negocio que el derecho potestativo, reconocido a la parte que teóricamente asume todos los riesgos, para invocar esta causal unilateral de terminación. Lo propio del arrendamiento es que el arrendatario asume privativamente los riesgos del negocio. En este caso, por el contrario, resulta evidente que la subsistencia del negocio depende de que resulte rentable para ambas partes.

(g). Conclusión: el contrato presenta esenciales diferencias con los contratos de arrendamiento y configura una forma contractual de coparticipación en una actividad empresarial.

37. El negocio del periódico 'Metro' se sostiene en las contribuciones que Metro S.A. y MTG-MI realizan: MTG-MI es una organización especialista en editar periódicos gratuitos que se financian con publicidad; Metro S.A. contribuye con la disposición exclusiva y genérica de los espacios e instalaciones, que es la forma técnica de contribuir con su clientela, y con la licencia de una marca prestigiada por un servicio público estatal de calidad y bajo precio en razón de los subsidios públicos comprometidos.

Además, Metro S.A. tiene el derecho potestativo para formar parte del comité editorial (con derecho de voto determinante para la designación y remoción del director del periódico y para orientar su línea editorial) y para autorizar el acceso de socios o accionistas a la sociedad propietaria del periódico.

En retribución, Metro S.A. recibe un pago a todo evento y una participación en los ingresos netos; con la reserva de que si luego de 24 meses el negocio no prospera, MTG-MI pueden poner término unilateralmente a la relación.

38. En otras palabras, las contribuciones y derechos de Metro S.A. son esencialmente diferentes a las típicas de un mero arriendo de locales o de espacios publicitarios. El conjunto de la operación económica que constituye el objeto del contrato denominado de distribución hace que Metro S.A. participe en lo que los expertos en economía de los negocios denominan 'alianza estratégica'<sup>7</sup>, y que en el lenguaje contractual recibe la denominaciones genéricas de 'joint venture', acuerdo de coparticipación empresarial, consorcio u otros semejantes.

Como expresa un autor contemporáneo "la expresión 'joint venture' es usada en el habla comercial para aludir a todo acuerdo empresarial para la realización de un proyecto específico, con independencia de la forma jurídica que se adopte".<sup>8</sup> En tal sentido de acuerdo de coparticipación empresarial.

También en el derecho anglosajón, el concepto de 'joint venture' expresa tanto la conformación de asociaciones cercanas a la sociedad colectiva (partnership), como de acuerdos de coparticipación puramente contractuales. Así se muestra en el más connotado diccionario de términos jurídicos en inglés y castellano.<sup>9</sup>

"JOINT VENTURE. Concepto complejo que puede traducirse, con fines de brevedad, como empresa conjunta. Comprende las operaciones, de muy distintos tipos, mediante las cuales una pluralidad de empresas cooperan entre sí con un propósito determinado, conjunto y limitado, destinando a tal efecto una parte relativamente restringida de sus activos. Dentro de tal figura queda comprendida la *joint venture* en sentido estricto, que es similar a un

7 Informe señor C. Sapelli, Anexo 12 a esta minuta de alegato, pp. 5 y 21 s.

8 S. Le Pera, *Joint Venture y sociedad: Acuerdos de coparticipación empresarial*, 1989, pág. 83.

9 G. Cabanellas y E. Hoague, *Butterworths English-Spanish Legal Dictionary*, 1991 (Anexo 16 a esta minuta de alegato).

*PARTNERSHIP* (v.) pero que se caracteriza porque su objeto está restringido a operaciones concretas y limitadas; *la joint venture contractual, que comprende operaciones contractuales no societarias mediante las que se instrumenta la cooperación interempresaria propia de las joint venture en general*; *la joint venture internacional, caracterizada por estar formada por empresas de distintos países*; y *la JOINT VENTURE CORPORATION* (v) que se describe en la voz correspondiente”.

Se comprueba, entonces, que incluso bajo la designación de ‘joint venture’ ejemplarmente invocada por esta parte en el recurso (fojas 56), se incluyen en la práctica contractual diversas formas concretas de coparticipación en la organización de actividades empresariales, que no necesariamente comparten los caracteres de la sociedad, pero que conllevan un emprendimiento conjunto basado en contribuciones recíprocas y un común interés, como resulta ser inequívocamente el caso que está sometido a la decisión de V.E.

39. En circunstancias que la disposición constitucional del artículo 19 N°21 inciso segundo distingue entre desarrollar por sí mismo el Estado o sus organismos una actividad empresarial o participar en ella, sin que se exija que esta participación asuma la forma de una sociedad, resulta evidente que esa norma exige autorización legal respecto de cualquier forma de coparticipación de la respectiva empresa estatal en una actividad empresarial.

Ésa conclusión es la única que resulta coherente tanto con el texto de la disposición constitucional que sirve de fundamento material a la acción de amparo económico, que se refiere genéricamente a ‘participar’, como con su *ratio legis*, que no es otra que limitar la actividad empresarial de las empresas del Estado al giro específico que la ley les haya autorizado. Como se ha expresado, sólo si dentro del concepto de participación se entienden incluidas formas innominadas de coparticipación empresarial, se evita que resulten ineficaces los principios de subsidiariedad y de legalidad de la actividad empresarial del Estado que consagra esa disposición constitucional (supra, párrafo 20; informe del señor Eduardo Soto Kloss, Anexo 8 a esta minuta de alegato, págs. 21-22).

40. Se concluye, en consecuencia, que constituye un error la exigencia que hace el fallo recurrido de que haya sociedad o cuenta en participación para dar por acreditada la participación de Metro S.A. en el negocio periodístico (considerando 20°). También resulta impertinente la definición de ‘joint venture’ que asume el fallo en el considerando 21°, que lo hace sinónimo de sociedad colectiva según un concepto restrictivo, que tiene un sentido específico sólo en el derecho norteamericano de sociedades, y que no es el invocado en estos autos para referirse a la coparticipación de Metro S.A. en el negocio del diario ‘Metro’.

Por lo demás, conviene recordar en esta sede el importante precedente respecto de la forma en que una empresa estatal puede participar en un negocio no autorizado por la ley. Luego de acogido un amparo económico interpuesto en contra de Correos de Chile por desarrollar sin autorización legal la actividad empresarial de procesamiento de datos, esa empresa intentó licitar las instalaciones para operarlas en conjunto con terceros, recurriendo a la forma contractual de un arrendamiento. Ante la alegación de la recurrente, la ltma. Corte de Apelaciones expresó

que ese contrato suponía realizar los mismos actos exorbitantes a su objeto, a través del mecanismo de licitación, de modo que dejó sin efecto la convocatoria a licitación (Anexo 14 a esta minuta de alegato, pág. 58). Hago presente a V.E. la extrema analogía entre la situación que la Corte tuvo por quebrantamiento del fallo y la forma contractual que Metro S.A. ha dispuesto sus bienes esenciales en exclusividad a efectos de hacer prosperar un negocio por completo ajeno al giro específico autorizado por la ley.

## VII. Otras observaciones relativas a la actividad empresarial periodística en que participa Metro S.A.

(a). Supuesto quebrantamiento de contrato que conllevaría acoger este amparo económico

41. Se ha sostenido por la parte de MTG-MI que si se acoge este recurso de amparo económico se estaría afectando un contrato vigente, en el cual esas empresas extranjeras tienen derechos adquiridos.

Cabe hacer presente a V.E. que esa tesis haría imposible la acción de amparo económico, pues ésta está siempre antecedida de actos jurídicos que conllevan desarrollar o participar en actividades empresariales. Si V.E. declara que Metro S.A. participa, en virtud del contrato, en una actividad empresarial no autorizada por la ley, se declarará simplemente que el contrato no pudo ser celebrado y que MTG-MI no podían obtener de Metro S.A. las contribuciones que ésta efectúa para el éxito del negocio.

Por lo demás, el propio contrato ha previsto el evento de que con posterioridad a su celebración, “sobreviniere una causal de imposibilidad de ejecución, que afecte a una o ambas partes, provenga o no de órganos jurisdiccionales”. En tal situación, “las partes, según el caso, decidirán el curso de acción a seguir”. Asimismo, se ha convenido que en las situaciones referidas “ninguna parte deberá indemnización a la otra, ni compensación de ninguna especie” (Contrato, Anexo I a esta minuta de alegato, cláusula 27).

(b). Efectos sobre la libertad de expresión

42. Este recurso no pretende impedir que MTG-MI, con observancia de las normas de la ley chilena sobre propiedad de medios periodísticos, editen un diario gratuito. Tampoco pretende que se impida que ese periódico sea distribuido gratuitamente desde instalaciones arrendadas a Metro S.A. El objeto del recurso es impedir que Metro S.A. contribuya al negocio cediendo la marca, la exclusividad de acceso a su clientela y participe en la gestión e ingresos del negocio.

Bajo estas condiciones, MTG-MI competirían en el mercado periodístico chileno sin las ventajas que conlleva su acuerdo de coparticipación empresarial con Metro S.A. Las propias empresas afiliadas a la Asociación Nacional de la Prensa podrían intentar la edición de medios gratuitos competitivos, y con certeza se haría más dinámico el mercado de los periódicos.

El recurso de amparo económico tiene por función evitar que el Estado y sus organismos desa-

rrollen o participen en actividades empresariales no autorizadas expresamente por ley, aprovechando las ventajas que les proporciona su posición de servicio público en otras actividades, donde se justifica socialmente el otorgamiento de subsidios, previa calificación del legislador. La pretensión de la Asociación Nacional de la Prensa se limita a impedir que el 'Metro' y MTG-MI se apropien de tales ventajas. Nada impide, entonces, que MTG-MI editen un periódico sin apropiarse de las ventajas que le atribuye Metro S.A.

c). Calificación del periódico 'Metro' como un servicio a los pasajeros

43. Metro S.A. ha justificado la distribución exclusiva a sus pasajeros de un periódico que lleva su nombre en razón de que se trataría de un 'servicio adicional' a sus pasajeros, que permite realizar actividades anexas al giro principal de transporte" (inserción, El Mercurio de Santiago, 25 de agosto de 1999).

Lo cierto es que de aceptarse la tesis de Metro S.A., esta empresa podría utilizar su marca y clientela para prestar en colaboración con terceros servicios bancarios, previsionales, tarjetas de crédito y los más diversos servicios comerciales. Todo ello en esencial diferenciación con los meros arrendamientos de espacios en paredes o locales. Al discutirse el sentido de la autorización legal para realizar su giro de transporte de pasajeros, se ha mostrado el inequívoco propósito del legislador de limitar la actividad empresarial de Metro S.A. a las actividades necesarias para desarrollar su giro específico de transporte de pasajeros. En ningún caso Metro S.A. ha quedado autorizada para prestar como 'complementos' otros servicios, por sí o en coparticipación con terceros, obteniendo de ello beneficios. El servicio periodístico es entonces exorbitante a su objeto social específico.

44. No se trata de discutir que los pasajeros del metro conciban la distribución gratuita de un periódico como un beneficio. Lo que se objeta en este amparo económico es que Metro S.A. participe en ese negocio de la forma que se ha mostrado en el capítulo precedente. Si la idea empresarial de un periódico gratuito es atrayente, nada impide que MTG-MI contraten locales o espacios específicos (en concurrencia con otros oferentes en las estaciones del Metro). Para ese propósito, como se ha visto, no debiera haber inconveniente alguno, atendido que el arriendo de espacios físicos determinados es una práctica antigua, anterior a la Constitución Política vigente y que ha precluido cualquier plazo para objetarla. Lo que se impugna en este recurso es que Metro S.A. participe en la actividad empresarial relacionada con la edición y distribución exclusiva de un periódico que lleva su propio nombre.
45. A mayor abundamiento, hago finalmente presente a V.E. que el propio contrato establece en la cláusula de cesión de la marca que se registrará la marca 'Metro Club'. Y MTG-MI en su folleto publicitario del periódico Metro, a efectos de obtener publicidad (Anexo 4 a esta minuta de alegato), ha expresado lo siguiente:

"Club Metro y Tiendas de Club Metro Diario

A través de Club Metro, el diario retribuye la lealtad de sus miles de socios ofreciéndoles descuentos especiales en áreas como viajes y otros servicios.



Las Tiendas de Club Metro se sitúan en el centro de la ciudad para ofrecer un alto nivel de servicio a los lectores de Metro. Las tiendas venden productos Metro a un precio atractivo para los miembros del Club.”

A su vez, Metro S.A. ha registrado las marcas referidas en un capítulo anterior de esta minuta de alegato (supra, párrafo 19), que recorren los más extensos y diversos servicios.

El alcance que Metro S.A. pretende dar a esta nueva categoría de servicios complementarios resulta exorbitante respecto del marco legal específico que la rige y constituye un grave precedente respecto de su propia conducta futura, así como de otras empresas del Estado.

En suma, la prestación de los llamados ‘servicios adicionales’ o ‘servicios complementarios’ requiere autorización legal expresa o simplemente la sustitución de la norma del artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución Política.

### VIII. Resumen y conclusiones

1. El artículo 19 N°21 inciso 2° de la Constitución establece una prohibición general al Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, a menos que una ley de quórum calificado los autorice (párrafo 1 ss.).
2. La Ley N°18.772, de 1988, que transformó la Dirección General del Metro en una sociedad anónima del Estado, autorizó al Estado, en su artículo primero, para desarrollar la actividad empresarial específica de “servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos y suburbanos u otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos [al transporte]”.  
Luego de autorizar “al Estado” para desarrollar actividades empresariales de servicio público de transporte de pasajeros, la misma ley ordenó, en su artículo segundo, al Fisco de Chile y la Corfo constituir una sociedad anónima, que se denominaría “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” (Metro), que tendría por objeto precisamente la función específica autorizada al Estado y que sería la continuadora legal de todos los derechos y obligaciones que correspondían a la Dirección General del Metro (párrafos 3 ss.).
3. El fallo de la Corte de Apelaciones incurre en un error al confundir dos cuestiones diferentes: la autorización legal expresa y circunscrita para que el Estado, a través de la empresa estatal Metro, pueda desarrollar las actividades específicas de transporte que la ley expresamente le autoriza, por un lado; y, la forma como esa empresa estatal está organizada a efectos de desarrollar ese giro empresarial, por otro lado (párrafo 5).
4. A diferencia de lo que ocurre en otros países, en Chile rige una norma de derecho constitucional positivo que establece un requisito habilitante para que el Estado o sus organismos participen en actividades empresariales, y esta exigencia es independiente de la forma jurídica que adopte el Estado en su actividad empresarial (párrafo 6 ss.).

5. El caso sometido a consideración de esta Excm. Corte comprende dos interrogantes: la primera, se refiere al alcance de la autorización legal que recibió el Estado para desarrollar una actividad empresarial específica, a través de Metro S.A.; y, la segunda, si el contrato entre Metro S.A. y las empresas extranjeras MTG y MI significa que Metro S.A. participa en una actividad empresarial para la cual no está autorizada expresamente por ley (párrafo 8).
6. La función social específica de la empresa estatal Metro está claramente limitada en los artículos 1° y 2° de la Ley 18.772, que autorizaron al Estado, a través del Metro, 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 [al transporte]”. Nada hay en la ley que permita al Metro hacer cualquier otra cosa que no esté necesaria y directamente vinculada al transporte de pasajeros por medios eléctricos (párrafos 9 a 11).
7. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 18.772 ratifica el sentido que el legislador dio al término “servicios anexos”, pues consta en las actas que por tales servicios debían entenderse “aquellos que son fundamentales para operar el sistema [de transporte]”, como por ejemplo la fabricación de piezas y repuestos de vagones (párrafos 12 y 13).
8. La jurisprudencia de los tribunales superiores ha entendido que el giro u objeto social específico de las empresas estatales debe ser interpretado muy estrictamente.

Así, en el caso del Instituto Geográfico Militar se declaró que éste no estaba autorizado a imprimir documentos distintos a los planos y mapas que su ley autorizante le permitía; en el caso del “correo híbrido”, que la Empresa de Correos de Chile no podía ampararse en la palabra “similares” que contenía su ley para prestar nuevos servicios de impresión, ensobrado y distribución de cartas; y, en el caso del servicio de envío de paquetes “Ultracom”, se declaró que la misma empresa no podía despachar paquetes superiores a cierto peso (33 kilos), porque eso excedería la definición de “correspondencia”, que le autorizaba su ley, y correspondía más bien al giro de empresas de transporte.

En esos tres casos, los tribunales declararon que las empresas efectuaban actividades “fuera de la función específica” autorizada por ley, por lo que debían cesar de realizarlas (párrafos 15 a 18). Aun más, en el caso del correo híbrido, la Corte de Apelaciones anuló, después de confirmado el fallo por la Excm. Corte Suprema, una licitación llamada por la Empresa de Correos para arrendar los equipos a terceros, y celebrar un contrato de colaboración empresarial con ésta (párrafos 15 a 18).

9. De acogerse la interpretación de Metro S.A., en cuanto a que la entrega de un diario gratuito a las personas que transporta constituye un “servicio anexo” o un “servicio complementario” al de transporte, se abriría una puerta enorme, que permitiría a esa y otras empresas estatales realizar todo tipo de funciones y servicios, sin excepción. Un anticipo de lo que la empresa estatal Metro piensa hacer bajo la figura ilimitada de “servicios anexos” serían los que ya ha inscrito bajo la marca “Metro” en publicidad y negocios, seguros y finanzas, educación y esparcimiento y múltiples otros (párrafo 19).

10. Para determinar si el Metro participa en la actividad empresarial periodística, debe establecerse el significado de la palabra “participar” utilizada en el artículo 19 N°21 de la Constitución. Esa palabra no tiene allí un significado técnico ni exige que la participación se materialice mediante una sociedad. La norma establece un principio, que obliga a todo organismo estatal a someterse al ámbito de la autorización legal específica que haya recibido para desarrollar una actividad empresarial. Por otra parte, según el diccionario, “participar” significa “tener una parte en una cosa o tocarle algo de ella”. Las formas en que una empresa puede participar en una actividad empresarial pueden ser muy diferentes, desde una sociedad hasta convenciones que permiten a las partes hacer contribuciones para que un emprendimiento económico sea posible. La coparticipación de dos o más partes en una actividad empresarial puede estructurarse de maneras muy variadas, porque las prácticas contractuales contemporáneas poseen una geometría esencialmente variable (párrafos 21 y 22).
11. Si se confirmara la doctrina del fallo de primera instancia, la norma constitucional que ha dado lugar al recurso de amparo económico perdería su vigencia efectiva, pues bastaría que las empresas del Estado evitaran la forma de la sociedad para participar en actividades empresariales no autorizadas específicamente por la ley, mediante contratos de coparticipación empresarial que no cumplen con los requisitos formales de la sociedad, pero que cumplen la función análoga de efectuar contribuciones recíprocas para llevar adelante un negocio (párrafo 24).
12. El Metro ha celebrado, el 23 de julio de 1999, un contrato con las empresas extranjeras MTG/MI denominado “Distribución de un Periódico en la Red del Metro de Santiago de Chile”. Metro S.A. ha expresado que el contrato es de “arrendamiento de espacios”, y que en nada se diferenciaría de los contratos de arrendamientos y de espacios publicitarios que históricamente ha celebrado.

No corresponde discutir aquí la legitimidad de esos contratos de arrendamiento de locales y espacios publicitarios. Basta señalar que ellos son consistentes con el diseño de las estaciones y de la infraestructura, que no afectan los respectivos mercados (porque son irrelevantes en las ventas totales de publicidad estática y de locales comerciales en Santiago) y constituyen una práctica originaria, anterior incluso a la introducción de la norma constitucional del artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución.

Sin embargo, precisamente la comparación de los contratos de arrendamiento que Metro S.A. celebra con los locatarios de locales y espacios publicitarios, con el contrato que ha celebrado con MTG y con MI muestran inequívocamente que se trata de negocios por completo diferentes (párrafo 25).

13. La naturaleza de la participación de Metro S.A. en el negocio se muestra en el planteamiento inicial de la propuesta formulada por MTG y MI: “El presente documento ha sido preparado para presentar a los ejecutivos de METRO S.A. una propuesta para la edición de un periódico de distribución gratuita en el sistema del metro de la ciudad de Santiago”. La propuesta es una verdadera invitación formal a participar en un negocio periodístico, y, tan evidente es esto, que ni en la propuesta ni en el contrato se hace referencia alguna a un “contrato de arrendamiento” (párrafo 26).

14. Al analizar el objeto del contrato entre Metro S.A. y MTG-MI, en su conjunto, esto es, la operación económica que por intermedio de ese contrato se configura, resulta inequívoco que el contrato, denominado de “Distribución de un periódico en la red del metro de Santiago”, sobrepasa con mucho la naturaleza y objetivos de un mero contrato de arrendamiento, y, por el contrario, da lugar a una forma contractual de coparticipación empresarial de Metro S.A. y MTG-MI en un negocio o actividad empresarial periodístico (párrafo 26).
15. Ante todo, es de la esencia del contrato de arrendamiento que éste recaiga sobre cosas determinadas, cuyo goce se cede mediante su entrega. El contrato, por el contrario, no cede espacio específico alguno para el uso de MTG-MI, sino que las autoriza para “que usen espacios físicos dentro de las estaciones que integran la red actual o futura del Metro, utilizando personal y/o instalando dispensadores de su propiedad con el objeto que se efectúe la distribución del Periódico Metro”. En suma, Metro S.A. no arrienda a MTG y MI espacios dentro de las estaciones, sino se obliga a garantizar el acceso a todos los espacios físicos de la red del Metro que resulten necesarios “con el fin de obtener los mejores resultados posibles y la mayor disponibilidad del periódico Metro” (párrafo 27).
16. Por otra parte, Metro S.A. contribuye esencialmente al negocio cediendo la licencia de su propio nombre “Metro” mediante una licencia de marca. La licencia de la marca ‘Metro’ significa gozar, en un giro empresarial por completo diferente al atribuido por la ley a Metro S.A., del nombre y prestigio asociado a un servicio público subsidiado con fondos públicos, que han sido atribuidos para satisfacer necesidades ambientales, urbanísticas y de transporte masivo. De este modo, se desplazan los beneficios que Metro S.A. tiene para el desarrollo del servicio público de transporte de pasajeros hacia negocios en que los subsidios no se justifican, ni menos aún han sido autorizados por el legislador (párrafo 28).
17. Además, Metro S.A. también otorgó a MTG-MI un elemento crucial para el éxito del negocio, la *exclusividad*. Si se tratase de un mero arrendamiento, nada justifica la cláusula de exclusividad, porque de igual modo como empresas competidoras pueden ser arrendatarios de locales, también podría autorizarse que otras empresas periodísticas instalaran dispensadores de diarios, o que los suplementeros tuvieran acceso a la distribución de periódicos pagados o gratuitos. Las cláusulas de exclusividad del contrato (décimo segunda y trigésimo segunda) garantizan que el periódico ‘Metro’ será el único que podrá ser distribuido a los pasajeros del metro de Santiago y Metro S.A. contribuye así con su *clientela* cautiva, en razón del servicio público de transporte de alta calidad y eficiencia que presta gracias a los subsidios estatales (párrafo 29).
18. Por lo mismo, es absurda la justificación que Metro S.A. hace del contrato como un “servicio” a los pasajeros del metro. Si así fuese, nada justificaría la cláusula de exclusividad, porque el servicio podría ser prestado por distintos oferentes. La exclusividad tiene en el contrato la función económica de garantizar que el periódico ‘Metro’ sea el único accesible a los pasajeros que gozan del servicio de transporte (párrafo 30).
19. La excepción que el contrato prevé a la exclusividad es sólo aparente y es expresiva de la técnica contractual habilidosa empleada en la construcción del contrato, porque en la medida que se exige que el tercero tenga experiencia, know-how de varios años en distribución de diarios en

ciudades importantes y cantidades análogas de tiraje a los de MTG y MI, no existe competidor en el mundo que esté en condiciones de cumplir los requisitos establecidos en el contrato. Basta al efecto con recordar que MI declaró en la Propuesta al Metro que es la única empresa con experiencia exitosa a nivel mundial en distribución gratuita de periódicos en ferrocarriles metropolitanos. (Párrafo 31).

20. Metro S.A. tiene, además, dos importantísimos derechos en la gestión del periódico 'Metro', que no son considerados por el fallo recurrido: el derecho a participar en el Comité Editorial y de aprobar el ingreso de socios a la sociedad editora. El Comité Editorial propone al Directorio de la sociedad editora el director del diario y supervisa la línea editorial, y "está está compuesto por 3 miembros, que serán designados por MTG y/o MI, con exigentes criterios de selección". Sin embargo, luego se expresa que "el número de miembros del Comité Editorial deberá en cualquier momento y a sola solicitud de METRO S.A., fundada y con el único fin de mantener la línea editorial comprometida, aumentar de 3 a 5, en cuyo caso dos de ellos serán designados por METRO S.A.". Esta regla establece un derecho potestativo para Metro S.A. de participar en la gestión periodística del diario, incluido un voto determinante en la designación y remoción del director, pues según la misma disposición contractual, estos actos requieren del voto de cuatro miembros del comité editorial desde el momento que Metro S.A. ejerce la opción (párrafo 33).
21. Metro S.A. tiene, asimismo, participación decisiva en la configuración de la sociedad editora, pues se ha reservado el derecho a aprobar previamente y por escrito la incorporación de socios o accionistas chilenos, sean personas naturales o jurídicas a esa sociedad editora. La defensa del Metro, ha pretendido justificar esta decisiva participación en la configuración de la sociedad editora del periódico en el artículo 1946 del Código Civil, relativo a los subarriendos. El contrato, sin embargo, en la misma cláusula, autoriza a MTG-MI a ceder sus derechos y obligaciones a la sociedad Impromedia S.A.. En consecuencia, la intervención de Metro S.A. no tiene por objeto autorizar un subarriendo, sino consentir en quiénes habrán de ser accionistas o propietarios de la sociedad chilena que actuará como sociedad editora (párrafo 34).
22. Respecto a los riesgos, se ha señalado que Metro S.A. se limita a recibir una remuneración por las contribuciones que efectúa y que todos los riesgos del negocio pertenecerían a MTG-MI. Si bien es efectivo que Metro S.A. no asume el riesgo de pérdidas en el período que dure el contrato, esto, en verdad, resulta de la naturaleza de la coparticipación empresarial de MTG-MI y de Metro S.A. en el negocio periodístico, pues MTG-MI contribuyen con el know-how de un diario gratuito financiado con publicidad, de modo que son quienes están en condiciones de valorar los riesgos del negocio. Metro S.A., por su parte, paga su natural aversión al riesgo de participar en un negocio que desconoce, con una baja participación en los ingresos netos (sólo 4%). Se muestra así, en este punto, la esencial flexibilidad que tienen los acuerdos de coparticipación empresarial que no participan de las características clásicas de la sociedad (párrafo 35).
23. También en materia de riesgos, el contrato contiene una disposición que resulta completamente ajena a la calificación que de él ha hecho la recurrida, y que fue acogida en primera instancia, pues bajo el epígrafe "terminación anticipada del contrato", la cláusula 23° señala que el contra-

to puede terminar: “(b) Por la sola voluntad de MTG, MI y/o sus cesionarias, si hecho un análisis económico y financiero del negocio se demostrare la falta de viabilidad, sea que haya pérdidas o no se alcanzare la rentabilidad esperada”. Nada más inequívoco del sentido de coparticipación empresarial en un negocio que el derecho potestativo, reconocido a la parte que teóricamente asume todos los riesgos, para invocar esta causal unilateral de terminación. Lo propio del arrendamiento es que el arrendatario asume privativamente los riesgos del negocio. En este caso, por el contrario, resulta evidente que la subsistencia del negocio depende de que resulte rentable para ambas partes (párrafo 36).

24. Cada uno de de las prestaciones y características descritas importan diferencias jurídicas específicas y esenciales entre el contrato de “distribución de un periódico en la red del Metro” y los contratos “de arrendamiento” que celebra el Metro. El conjunto de esas prestaciones, prueban que el Metro “participa” con las empresas MTG/MI en esta nueva actividad empresarial periodística, que excede manifiestamente su función y objeto social específico de “transporte de pasajeros” (párrafos 37 y 38).
25. El contrato con MTG y MI tiene por efecto que el Metro participe en una actividad empresarial periodística, que no puede entenderse comprendida ni anexa a su giro específico de “servicio público de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles metropolitanos” autorizado excepcionalmente por la ley, de modo que esa participación infringe el artículo 19 N°21 inciso segundo de la Constitución. Aunque basta la infracción formal a esa norma constitucional para que la actividad empresarial sea antijurídica, la actividad periodística en que el Metro participa mediante este contrato es ejemplar en cuanto a los efectos económicos que la Constitución pretende evitar. La norma tiene por fin impedir que una empresa estatal aproveche las ventajas que le da su posición privilegiada como servicio público subvencionado (marca, clientela, inversiones que no rentan al propietario), para participar en actividades económicas para las cuales no está autorizada (párrafos 39 y 40).
26. En la minuta se discuten finalmente puntos conexos pero esenciales para la comprensión del alcance de este recurso: (i) el propio contrato entre Metro S.A. y MTG-MI ha previsto la situación de que sea imposible su ejecución en razón de una decisión jurisdiccional (párrafo 41); (ii) el recurso no tiene por objeto que se impida la circulación de un periódico, sino que Metro S.A. participe en el negocio mediante contribuciones derivadas de su calidad de empresa pública autorizada para realizar un giro específico; nada impide que MTG-MI desarrollen un negocio periodístico atractivo en un diario gratuito, sin los beneficios que reciben de la coparticipación del Metro en el negocio (párrafo 42) y (iii) Metro S.A. no está autorizada para prestar ‘servicios complementarios’ que resultan exorbitantes a su giro, creando un precedente contrario a la Constitución respecto de la expansión del giro que el legislador le ha autorizado (párrafo 43).

# Recurso de amparo económico

(ANP contra METRO S.A.)

ROL N° 248-99

Álvaro Ortúzar Santa María

*Profesor de Derecho Civil, Universidad de Chile.*

## I. Consideraciones preliminares

Con fecha 23 de julio de 1999 Metro S.A. suscribió un contrato con las empresas Modern Times Group (MTG) y Metro International S.A. (MI) en virtud del cual se le otorgaba en arrendamiento a estas últimas ciertos espacios ubicados en las estaciones del ferrocarril metropolitano para que distribuyeran gratuitamente a los usuarios de este servicio un periódico. A cambio de dicho arriendo de espacio Metro S.A. recibiría una determinada suma mensual, a lo que debía agregarse un canon fijo de arriendo por la licencia temporal de la marca "Metro". Esto último como consecuencia de que dicho periódico circulaba en diversas ciudades europeas precisamente bajo dicho nombre.

El contrato en cuestión originó varias acciones y recursos interpuestos ante diversos órganos jurisdiccionales, entre otros, el recurso de amparo económico que comentamos.

El fundamento esencial de la denunciante era que Metro S.A. habría intentado incursionar en la actividad periodística por medio de un contrato en el cual, entre otros supuestos, aportaría su nombre, la clientela cautiva y el acceso privilegiado a sus instalaciones. Por su parte, como consecuencia del contrato, Metro S.A. recibiría, a cambio del uso de espacios y de la marca, un pago a todo evento, una participación en los ingresos por publicidad, el derecho potestativo a vigilar quién era su contraparte en el arriendo y la eventual decisión de impedir el incumplimiento del contrato por la vía de incorporar dos de sus cinco miembros en el comité editorial o pedir su resolución por esta misma causa. Todo lo anterior supondría una suerte de asociación o joint venture y, por tanto, una extralimitación del objeto social de Metro S.A., infringiéndose así el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

Cabe señalar que Metro S.A. es una sociedad anónima creada por la ley 18.772 y cuyo objeto social es "la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios 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".

Como puede observarse, el tema central en discusión era de gran trascendencia constitucional, pues decía relación con el sentido y alcance del inciso segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el ámbito de actuación del Estado cuando ha sido expresamente autorizado por una ley de quórum calificado para emprender actividades empresariales. Del mismo modo, la controversia también recayó en las consecuencias jurídicas de dicha autorización constitucional, particularmente en el sometimiento a la normativa de la ley de sociedades anónimas y la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en materia de gestión empresarial estatal.

La materia en cuestión produjo incluso apreciaciones diversas en la propia esfera jurisdiccional.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que la disposición constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 inciso 2° era una norma imperativa de requisitos, pues lo que hace es sujetar el ejercicio de una actividad económica por parte del Estado o sus órganos a una autorización legal. Igualmente consideró que al tratarse de una empresa privada del Estado y no formar parte de la administración del Estado debía regir el principio de la autonomía de la voluntad, situación que se ve confirmada por la circunstancia de que la aludida empresa debe sujetarse a las normas previstas para las sociedades anónimas. A su vez, tuvo presente que el contrato en cuestión se insertaba perfectamente dentro del ámbito de las actividades anexas al giro principal de la empresa estatal, no habiéndose por tanto vulnerado el marco de la autorización legal que fijó el objeto social de la compañía; configurándose por tanto una actividad empresarial lícita que se ha ejercido dentro del marco regulado por la ley de quórum calificado que autorizó el funcionamiento de Metro como sociedad anónima.

Por el contrario, la Corte Suprema, aplicó un criterio esencialmente restrictivo en relación al alcance de la norma constitucional objeto de la controversia, entendiendo que las cláusulas del contrato y los derechos que se le otorgaban a Metro S.A. importaban una verdadera colaboración empresarial o alianza estratégica para el emprendimiento de una actividad en común (la edición, publicación y distribución gratuita de un periódico en las estaciones del metro), lo que importaba una extralimitación a la autorización legal prevista en la carta fundamental.

En todo caso, el fallo –aunque adverso a las pretensiones de Metro S.A.– produjo un cambio radical en la actividad de la prensa en Chile puesto que se abrió paso a la edición y distribución gratuita de periódicos, lo que antes parecía imposible. En efecto, los hechos ocurridos con posterioridad a la dictación del fallo hablan por sí mismos: las empresas MTG y MI decidieron editar un nuevo diario gratuito (“MTG”), obviamente sin necesidad de pagar canon alguno de arrendamiento a Metro S.A. por el uso de los espacios ubicados dentro de sus instalaciones. Dicho periódico, junto a “La Hora”, que dejó de comercializarse en las tardes, hoy día se entregan gratuitamente en las cercanías de las escalinatas de las estaciones, esto es, “a un metro del metro”...

Así pues, si bien el recurso fue acogido, impidiéndosele a Metro S.A. llevar a cabo el contrato, sirvió de manera fundamental a la actividad comunicacional; importando en definitiva un verdadero avance para la libertad de información que se encuentra garantizada en el artículo 19 número 12 de la Constitución Política de la República. De allí que comentar el fallo y los argumentos de fondo de las sentencias es una cuestión interesante e ilustrativa.

Finalmente, debemos advertir que nos correspondió defender profesionalmente la posición de Metro S.A. en la Corte de Apelaciones y Corte Suprema, por lo cual nuestros comentarios corresponden a los de una parte en la acción judicial.

## II. Resumen de las sentencias de primera y segunda instancia

A continuación nos referiremos brevemente a los principales fundamentos invocados tanto en la sentencia de primera instancia como en la dictada por la Excm. Corte Suprema.



### *1. La sentencia de primera instancia*

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó con fecha 13 de enero del 2000 el presente recurso, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:

- a) *Metro S.A. es una empresa privada del Estado, no formando “parte de la administración del Estado, como expresamente lo ratifica el inc. 1º del artículo 6º de la citada L.O.C. N° 18.575, independiente de que el Estado no pueda participar en esas entidades, si ellas desarrollan actividades empresariales, sin previa autorización por ley de quórum calificado” (consid. 7º).*

Metro S.A. forma parte de lo que la doctrina ha denominado “administración invisible del Estado”, rigiéndose por la ley que autorizó su creación (ley 18.772), por la ley de sociedades anónimas (ley 18.046) y su Reglamento y por sus propios estatutos sociales (escritura pública de 24 de enero de 1990, otorgada ante el Notario Raúl Undurruga L.). Por último, se encuentra sujeta al control de la Contraloría General de la República en los términos previstos en el inciso 2º del artículo 16 de la ley 10.336 (consid. 9º).

- b) En cuanto al sentido y alcance del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política se concluye, de acuerdo a su historia fidedigna que “no se trata, pues, de una norma prohibitiva, sino imperativa de requisitos, pues lo que hace es sujetar el ejercicio de una actividad económica por parte del Estado o sus órganos, a una autorización legal, que no es exigible para los particulares” (consid. 11º).
- c) *Que la actividad empresarial “para la cual fue autorizada Metro S.A. en la ley 18.772 es susceptible de desglosarse en dos partes: un giro principal, relacionado con el servicio de transporte de pasajeros y un giro supletorio, subordinado al anterior. Lo característico e inherente al giro principal de transporte que se realice en las actuales vías o en las que se construyan exclusivamente por Metro S.A. es la prohibición expresa de darlo o cederlo a “ningún título”, como se encarga de explicitarlo el inciso 2º del artículo 2º de la ley, elevando ese objetivo al carácter de “necesidad pública”, no transferible ni renunciable. En el caso de las actividades y servicios anexos (...) se faculta “a la sociedad para “ejecutar cualquier acto u operación relacionados con el objeto social”, incluida la “constitución o participación en sociedades” (consid. 12º).*
- d) *Que de acuerdo a la historia fidedigna de la norma, la referencia genérica a los “servicios anexos” al giro social de la empresa incluiría la posibilidad de “explotar comercialmente su patrimonio en forma directa o mediante contratos con terceros, pudiendo efectuar todas las operaciones y actos necesarios para tal efecto”. Como el precepto –así concebido originalmente– era inespecífico, “pues le permite hacer lo que desee con su patrimonio, explotándolo comercialmente a través de cualquier acto...”, se buscó una redacción expresiva de que, para ejercer la actividad propia del giro, “no podrá dar en concesión la actividad principal, pero sí las accesorias (...) como el arriendo de locales comerciales, la publicidad, etc.” (Acta Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas, de 14.07.88)” (consid. 15º).*
- e) *Que “los contratos de arrendamiento que Metro S.A. ha celebrado desde su creación para el uso de su infraestructura física para instalación de locales comerciales, cajeros automáticos, buzones de correo, centros de llamadas telefónicas, espacios para publicidad, etc. se inserta en el ámbito de las actividades anexas a su giro principal, que le son permitidas” (consid. 16º). “Las partes no disienten acerca de la*

legitimidad de los contratos de arrendamiento suscritos por la recurrida con diversas personas y entidades, por entender que aquellos importan una forma lícita de explotación de recursos de su infraestructura física, siendo por tanto insostenible argüir que Metro S.A. participe, por ese mecanismo, en las heterogéneas actividades desarrolladas por sus locatarios (...) Si esas actividades empresariales han sido normalmente apreciadas como lícitas, ello es porque se las considera incorporadas al concepto de “servicios anexos” al transporte de pasajeros, que son concomitantes con ese objetivo social, sin necesidad de mención expresa” (consid. 19º).

- f) Ahora bien, resolviendo el asunto planteado se indica por el sentenciador que *el contrato suscrito con MTG y MI “no ha vulnerado en su celebración, el ámbito que le está legalmente vedado, cual es la cesión del giro principal de transporte. Tampoco ha incursionado directa o indirectamente en el área de edición, publicación y distribución del periódico Metro, labor que ejecutarán exclusiva y excluyentemente sus copartícipes, ya individualizados, sin perjuicio de los explícitos resguardos adoptados a fin de que aquella actividad económica se enmarque dentro de los parámetros constitucionales (...) y legales (...)”* (consid. 18º).
- g) Del mismo modo, *el fallo de primera instancia rechaza la posibilidad de que exista en la especie una sociedad o joint venture.*

Así, en cuanto a lo primero: “Metro no asume en esta negociación los riesgos de la actividad periodística, que gravan exclusivamente a su contraparte; no contribuye a las eventuales pérdidas ni participa de las utilidades, elementos todos estos caracterizantes y de la esencia de la sociedad, conjuntamente con la “*affectio societatis*”, que tampoco concurre” (consid. 20º).

En relación a lo segundo, se expresa que “tampoco la convención impugnada puede configurar un “joint venture”, toda vez que no se dan en la especie los supuestos de administración o beneficios compartidos, contribución a un fondo operativo, participación en las utilidades o pérdidas del negocio y derecho mutuo de representación, que la doctrina especializada consigna como característicos de esta clase de contratos modernos” (consid. 21º).

*En síntesis, se concluye que “la convención aludida (...) configura una especie de contrato de arrendamiento que no sobrepasa el giro social fijado legalmente a la empresa Metro S.A. y que, por tanto, configura una actividad empresarial lícita, que no vulnera el derecho de los particulares a desarrollar actividades económicas, en cuanto se ha ejercido dentro del marco regulado por la ley de quórum calificado que autorizó su funcionamiento como sociedad anónima”* (consid. 22º).

## **2. La sentencia de segunda instancia**

La Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema con fecha 31 de enero del 2000 acogió el recurso de amparo económico, revocando lo resuelto en primera instancia, fundado en las siguientes premisas:

- a) Que *Metro S.A. es un órgano estatal* que desarrolla su actividad bajo la forma de una sociedad anónima, aplicándosele las limitaciones establecidas en el inciso 2º del artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de la República (consid. 3º).
- b) Que *el contrato celebrado* entre Metro S.A. y las sociedades MTG y MI, denominado “distribución de un periódico en la red Metro de Santiago de Chile”, *no es un simple contrato de arrenda-*

*miento* (consid. 6°) y ello se desprende no sólo por su denominación sino del alcance de ciertas cláusulas:

- i) Concesión de la marca “Metro”
  - ii) Autorización del uso de espacios físicos dentro de las estaciones
  - iii) Garantía de tiraje mínimo
  - iv) Posibilidad de Metro de designar 2 de los 5 miembros del Comité Editorial
  - v) Derecho de Metro S.A. para aprobar la incorporación de nuevos socios a las empresas chilenas en que MTG y MI tengan participación.
  - vi) Derecho de MTG y MI de poner término al contrato si no es viable económicamente.
  - vii) Tipo de renta pactada: una suma inicial, un porcentaje de los ingresos facturados, con un mínimo, y una cantidad por el uso de la marca.
- c) *Que analizado el contrato en su conjunto puede ser calificado como una “colaboración empresarial”, en el que Metro S.A. participa en la actividad, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario (consid. 7°). En efecto, “si Metro S.A. facilita el uso de su marca, puede participar en el comité editorial a su sola voluntad, puede tomar parte en la designación y remoción del director del diario y recibe un pago inicial y único (...)no asimilable a renta de arrendamiento de cosa alguna, es evidente que (...) se ha pactado una suerte de alianza estratégica”, requiriendo para tal efecto de la autorización legal exigida por la Constitución Política (consid. 8°).*

### **III. Real sentido y alcance de la disposición constitucional establecida en el artículo 19 N° 21.**

Parece necesario previo al análisis de la materia de fondo, señalar brevemente algunos aspectos relativos al sentido y alcance de la preceptiva constitucional contenida en el artículo 19 N° 21.

La aludida disposición constitucional asegura a todas las personas:

“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares (...)” (énfasis agregado).

Del artículo transcrito se desprende que su primer inciso comprende, como corolario de las demás libertades establecidas en la Constitución, la libertad empresarial de todas las personas, sean éstas naturales o jurídicas, sin otras limitaciones que las que de sus propios términos se derivan.

El inciso segundo, en tanto, impone un requisito adicional a la autorización legal naturalmente

requerida para que el Estado o sus organismos desarrollen actividades empresariales, requisito que consiste en que la ley deberá ser de quórum calificado. El propósito del constituyente fue asegurar *una real y significativa voluntad política de asignar a un ente estatal la posibilidad de participar o desarrollar un rol empresarial en el campo privado.*

Como lo expresa el fallo de primera instancia se trata en la especie de una norma imperativa de requisitos.

Pero junto con lo anterior, ¿qué ocurre una vez autorizado el Estado para desarrollar determinadas actividades económicas? Estará sometido a la legislación común aplicable a los particulares, careciendo de privilegios propios del poder estatal, y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado. En otras palabras, *“El Estado en sus actividades empresariales recibirá el mismo trato que los particulares”* (Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Sesión N° 389, 27.06.78; p. 2.941). De esta manera, tal como se señalara en el Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *“Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rijan este tipo de actividades para los particulares”.*

Debe también precisarse que el concepto “participar en actividades empresariales”, a que alude el artículo 19 N°21 inciso 2 de la carta fundamental tiene un alcance muy distinto del que pretendió darle la recurrente, quien postulaba que “participar significa tomar parte de cualquier modo suficientemente intenso o importante como para que la actividad empresarial sea posible gracias a esa contribución”.

Sin embargo, el concepto constitucional, tal como lo ha sostenido la doctrina, supone, por el contrario, una idea clara y precisa cual es *“la intervención en la administración de una empresa, la existencia de inversiones significativas en una sociedad que realice actividades empresariales o sea dueña de empresas y, en general, la asociación con otras personas para llevar a cabo estas actividades”* (Raúl Bertelsen, “El Estado Empresario en la Constitución de 1980”, Revista Chilena de Derecho N°14, 1987, Pág. 124); *circunstancias que, como se analizará, no concurren en la especie ni remotamente y repugnan a la naturaleza del contrato que motivara el recurso.*

#### **IV. Análisis de la autorización otorgada por el legislador al Estado para constituir la sociedad Metro S.A. y naturaleza jurídica de esta última**

De otra parte, resulta también conveniente analizar las razones por las cuales se transformó al Metro en sociedad anónima y las motivaciones que tuvo en tal sentido el legislador.

##### ***1. La Dirección General de Metro***

Como cuestión previa es menester tener presente que durante el año 1969 se iniciaron las labores de construcción del ferrocarril metropolitano, efectuadas bajo la tutela de la Dirección General de Obras Públicas.

Con posterioridad, en 1972, se crea la Dirección General Coordinadora del Metro de Santiago y Vialidad Urbana Complementaria, transformándose en 1974, en virtud del DL 257, en la Dirección General del Metro, servicio público sujeto a la dependencia del Ministerio de Obras Públicas y con las características funcionales propias de un organismo del Estado, estatus jurídico que se mantuvo hasta fines de 1988.

## ***2. La transformación de la Dirección General de Metro en la sociedad anónima Metro S.A. y su estatuto jurídico***

- a) Como se ha señalado, la antigua organización y estructura quedó absolutamente superada en los hechos, entre otras por razones de mercado, financiamiento, gestión, etc, que impedían a este servicio público de transporte de pasajeros ser eficiente, autónomo económicamente y competitivo en manos del Estado y con las limitaciones propias de los órganos públicos. Fue por ello que el legislador decidió dotarlo de capacidad y facultades suficientes para actuar como ente regido por el derecho común mediante la dictación de una ley de quórum calificado de acuerdo al art. 19 N° 21 inc. 2 de la Constitución.

Lo anterior *quedó expresamente consignado* y extremadamente bien explicado en el *informe del proyecto de la ley 18.772* (Boletín 949-03) de fecha 27 de abril de 1988 dirigido al Presidente de la Primera Comisión Legislativa por el Secretario de Legislación de la Junta de Gobierno, donde se señaló lo siguiente a este respecto: *“La Dirección General de Metro se enfrenta a los múltiples requerimientos de un mercado competitivo y en expansión, con un rol importante en la preservación del medio ambiente, a lo que se opone una estructura inadecuada, de escasa flexibilidad, que le impide administrar adecuadamente sus recursos y cumplir eficientemente el rol que se le ha asignado en la economía. La actividad de la Dirección General de Metro se ha desarrollado bajo esquemas superados en el tiempo, y obedecieron a realidades diferentes, como fue la introducción de un servicio pionero con fuerte inversión del Estado y bajo su control directo. En la actualidad se trata de un servicio eficiente y moderno, con actividad creciente, que se ve imposibilitado de adaptarse mejor para afrontar con medios propios su futuro...”*

- b) De acuerdo al artículo 2 de la Ley 18.772 (ley de quórum calificado, de conformidad a lo prescrito en el artículo 19 N° 21 inciso 2 de la Constitución Política de la República): “el Fisco de Chile y la Corporación de Fomento de la Producción, en conformidad a su ley orgánica, constituirá una sociedad anónima que se denominará “Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.” pudiendo usar para todos los efectos legales y *comerciales* el nombre de fantasía “Metro S.A.”, la que se registrará por las normas de las SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS y quedará sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta sociedad será la continuadora legal en todos los derechos y obligaciones que correspondan a la Dirección General de Metro”.
- c) Ahora bien, tal como lo señala el sentenciador de primera instancia y la doctrina autorizada (E. Soto Kloss e Iván Aróstica), *se trata de una sociedad estatal que no forma parte de la administración del Estado.*

En este sentido, resulta conveniente recordar la referencia contenida en el Informe relativo al proyecto de ley que creó la sociedad anónima Metro S.A., emitido por el Secretario de Legisla-

ción de la Junta de Gobierno al Presidente de la Primera Comisión Legislativa, de fecha 27 de abril de 1988, en el cual consta que: “(...) *Se tratará, en consecuencia, de una entidad de carácter privado, pues será una sociedad anónima, y no una persona jurídica de derecho público. En estas condiciones, la sociedad anónima que constituyan el Fisco y la Corfo no será un servicio público (...) dicha sociedad no integraría los cuadros de la administración del Estado*”.

Por su parte, en el mismo informe antes referido (Boletín 949-03) consta que: “(...) Se estará en presencia de una sociedad anónima, persona jurídica de derecho privado y que no es, por lo tanto, servicio público, es decir, que *no forma parte de los cuadros orgánicos de la administración del Estado.*”

### 3. Alcance del objeto social de Metro S.A.

#### a) *El giro o actividad económica de Metro S.A.*

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 2 inciso 2° de la ley de quórum calificado N° 18.772 y al artículo 2 de los estatutos sociales el objeto de Metro S.A. es el siguiente:

“La realización de todas las actividades propias del *servicio de transporte de pasajeros* en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios 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*. No obstante y sólo respecto de “Metro S.A.”, 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”.

De la lectura del objeto se desprende claramente que, en virtud de la ley de quórum calificado, Metro S.A. tiene (i) un giro principal, cual es la realización de todas las actividades propias del *servicio de transporte de pasajeros* en el ferrocarril metropolitano; (ii) un giro complementario, que son las actividades que extienden o refuerzan el giro principal; y (iii) *actividades anexas a todo lo anterior*.

#### b) *Antecedentes de la historia de la norma legal relativa al objeto social de Metro S.A.*

*La historia fidedigna del establecimiento de la ley 18.772—como lo indica el fallo de primera instancia y lo confirma la Excma. Corte Suprema— es concluyente en relación al objeto social de Metro S.A. y a su derecho a explotar comercialmente sus bienes.*

En efecto, se dejó expresa constancia que la idea de precisar el objeto social tenía relación con la prohibición de entregar a terceros la explotación de su giro principal, no así en relación a las actividades anexas que está expresamente autorizada a realizar, entre ellas evidentemente el arrendamiento de espacios y de publicidad.

Así, en el acta de la sesión conjunta de las Comisiones Legislativas celebrada el 14 de julio de 1988, consta lo siguiente:

*“Pensamos que puede explotar mediante contratos con terceros cualquier actividad que no sea la principal. O sea, no podría entregar a terceros la explotación de una línea. Concordamos en que pueda explotar con terceros algunos aspectos accesorios, como las tiendas y otros, pero no su actividad principal, que es el transporte de pasajeros. A nuestro juicio éste debe ser siempre hecho por la sociedad (...)*

*La frase final dice: “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”. Estamos de acuerdo con eso, siempre que no se refiera al objeto principal (...) De acuerdo con la ley el inciso 3º no es específico, pues le permite hacer lo que desee con su patrimonio explotándolo comercialmente a través de cualquier acto (...) Habría que buscar una redacción, señalando que, para ejercer la actividad propia del giro, no podrá dar en concesión la actividad principal, pero sí las accesorias (...) Puede dar en concesión a terceros el aseo de las estaciones, el arriendo de los locales comerciales, la publicidad, etc.; pero no la explotación de una línea...”*

De este modo, no es efectivo lo que afirmara la recurrente en cuanto a que se quiso restringir la explotación comercial del patrimonio de Metro S.A.. *Tal restricción quedó circunscrita al solo giro principal: La línea del metro.*

En otras palabras, no se ajusta a la realidad el sostener que el objeto social de Metro S.A. se limitó al máximo para impedirle la explotación comercial de su patrimonio. Por el contrario, *de lo que se trató fue de consignar de manera inequívoca que el objeto principal, cual es el transporte de pasajeros, no podía cederse a terceros, no así la explotación comercial de su patrimonio, dentro de lo cual según lo que ya se ha dicho se incluye el arriendo de locales, la publicidad, etc. actividades perfectamente lícitas y que siempre se entendieron formar parte del giro de Metro S.A., máxime si se transformaba en sociedad anónima comercial.*

c) *Actividades que realiza Metro S.A. dentro del giro autorizado por la ley de quórum calificado.*

Entre las actividades anexas al giro principal que Metro S.A. desarrolla y *ha realizado históricamente* conforme lo faculta su objeto fijado por la ley de quórum calificado en comentario, se encuentran, entre otros: a) *el arriendo de locales comerciales*: más de 200 de diversas actividades que incluyen servicios tales como centros telefónicos, bancomáticos, venta de pasajes para transporte aéreo, buses y ferrocarriles, servicios de enfermería, datos comerciales, computación, venta de diarios y revistas, etc.; b) *arriendo de espacios para publicidad*, para cabinas telefónicas, cajeros automáticos, para la instalación de redes de fibra óptica, etc.; c) *salas de exposiciones y préstamos de libros y promoción de la cultura a través de Metro Arte*; d) *convenio para el desarrollo de metrobuses* (no eléctricos); etc.

Estas actividades anexas, que ciertamente no son las únicas que se realizan o pueden desarrollarse, si bien en lo inmediato contribuyen al financiamiento del servicio público que como objeto principal tiene Metro S.A. ya que le reportan más del 10% del total de sus ingresos, en definitiva dicen relación directa con el giro principal y el carácter de sociedad comercial de Metro S.A. pues *su objeto final es atraer usuarios-pasajeros mediante la prestación de servicios útiles, ahorro de tiempo, posibilidad de realización de diligencias en un mismo espacio, etc.*, todo lo cual lo reconoció por lo demás la propia recurrente. Aunque resulte obvio decirlo, entonces, es evidente que enfrentado a otro medio de transporte urbano, quienes requieran movilizarse tenderán a preferir aquel que, junto con la seguridad y rapidez, les permita de paso y en un mismo lugar satisfacer otras necesidades, con lo cual, a su vez, se incrementará el número de pasajeros y, por esta vía, se adicionarán ingresos para la prestación de este servicio público de transporte, lo cual redundará en un mejor servicio, en la posibilidad de ampliar la red, etc. He aquí la clave del desarrollo del servicio, en

cuyo cumplimiento Metro S.A. es extremadamente cuidadoso, pero también competitivo, ventajoso para el usuario y moderno. Y es la clave también para entender por qué celebra este tipo de contratos que, bajo todo aspecto, permiten que Metro S.A. compita eficazmente con los demás medios de transporte.

Metro S.A., a partir de la dictación de la ley 18.772, es una sociedad anónima comercial que *debe autofinanciarse como cualquier empresa privada*, al contrario de lo que ocurre casi en la totalidad de los metros del mundo, que reconoce escasas tres excepciones, entre ellas el Metro de Santiago. Y ello debe hacerlo –también contrariamente a la mayoría de las ciudades del mundo– *en competencia con el transporte público de superficie, elemento esencial para nuestra empresa que el recurrente obvia por completo*.

Este es el marco en que se insertaba el contrato en cuestión y que, como se explicará, no tenía para Metro S.A. otro alcance que el arriendo de espacios para que un tercero desarrollara su propio giro o actividad económica, con la consecuente retribución económica constituida por el canon correspondiente.

- d) *Las actividades anexas, en síntesis, no son sino la forma en que Metro S.A. explota racionalmente su patrimonio, básicamente a través de contratos de arrendamiento con terceros, mejorando así el servicio de transporte de pasajeros.*

Resulta absurdo sostener que Metro S.A. deba limitarse simplemente a trasladar, de cualquier forma, a las personas de un lugar a otro, olvidando que se trata de un “servicio de transporte de pasajeros” y no de un simple “flete de pasajeros”.

Como se ha señalado el giro principal de Metro S.A. es “la realización de todas las actividades propias del *servicio de transporte* en ferrocarriles metropolitanos”. Ahora bien, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *servicio* es la “organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada” o también la “función o prestación desempeñadas por estas organizaciones y su personal”. Transporte, por su lado, es “la acción y efecto de transportar” y esto último supone “llevar cosas o personas de un lugar a otro”. *De este modo, el “servicio de transporte” es la organización y personal destinadas a satisfacer las necesidades del público llevando a las personas de un lugar a otro.*

Para efectos de lo anterior es que precisamente Metro S.A. se encuentra expresamente facultado para explotar comercialmente sus bienes, dándolos en arriendo para que terceros pongan a disposición de los usuarios una amplia gama de productos, ya sea bienes o servicios.

La idea de que Metro S.A. otorgue a los usuarios un servicio ágil y moderno y no que sea un mero transporte o flete fue uno de los motivos que se tuvo en cuenta al *transformarla en sociedad anónima*. Así se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 18.772 ya consignada, a la que sumamos ahora el siguiente antecedente específico.

En efecto, en la discusión efectuada al interior de las Comisiones Legislativas quedó constancia que: “Uno de los objetivos de la transformación consiste en que la empresa tenga todas las herramientas para desarrollar con mayor potencialidad esas alternativas, dando un mejor servicio” (Señor Asecio, Sesión Conjunta de las Comisiones Legislativas, 6 de julio de 1988, pág. 18).



Como puede concluirse, la actividad de Metro S.A. no consiste en llevar a las personas de un lugar a otro, como se hace tratándose de carga o de simples cosas, sino contar con una organización y personal calificado que atienda eficientemente las diversas necesidades de los usuarios durante su viaje, desarrollando el mejor y más competitivo servicio de transporte.

Para efectos de lo anterior Metro S.A. le otorga a terceros el arriendo de locales y espacios para la entrega de productos y servicios que hagan para el usuario más grato y útil su viaje, *de modo que en definitiva prefieran dicho medio de transporte frente a otros alternativos.*

## V. Metro S.A. jamás pretendió realizar actividades periodísticas

En el recurso se imputaba a Metro S.A. el haber “iniciado actos destinados a participar en conjunto con las sociedades extranjeras Modern Times Group MTG y Metro International MI (...) en *actividades empresariales periodísticas* para las cuales no está autorizada expresamente por ley, con lo que se invade ilícitamente el campo de actuación económico del sector privado y se infringe la Constitución”.

Lo primero que debe afirmarse enfáticamente es la circunstancia que Metro S.A. *no pretendía participar en forma alguna en actividades periodísticas*, fuesen éstas relativas a la edición, publicación, difusión o distribución de un periódico.

En efecto, entre Metro S.A. y MTG y MI se estipuló de manera inequívoca un contrato de arriendo, en donde MTG y MI, en los hechos y en el derecho, asumieron su propio giro relativo a la actividad periodística, esto es, a la edición, publicación o distribución del Periódico Metro, como consta de las siguientes cláusulas:

- “METRO S.A. autoriza a MTG, MI y en su momento a la o las cesionarias para que *usen los espacios físicos dentro de las estaciones que integran la red actual o futura del Metro*, utilizando personal y/o instalando dispensadores de su propiedad, *con el objeto que se efectúe la distribución del Periódico Metro*, con la asistencia técnica y el know-how de MTG y MI, requisito determinante para la celebración de este contrato (...) *Las partes dejan constancia que METRO S.A. no proveerá en forma alguna a MTG, MI y/o sus cesionarias, de instalaciones, maquinarias u otros elementos para la distribución del Periódico Metro (...)*”. (cláusula 2ª).
- “(...) MTG y MI, en función de su interés en promover el negocio del medio periodístico en Chile y que incluye la distribución de un diario en las dependencias de Metro S.A., *asumen toda responsabilidad, de cualquier naturaleza que fuere, derivada de la producción, edición y distribución del periódico*, como asimismo, de todas las operaciones, actos o contratos necesarios o conducentes a dichos fines (...)”.(considerando 9º).
- “MTG y MI y en su momento la o las empresas relacionadas se obligan, como condición esencial de este contrato a mantener continuidad de la distribución del Periódico Metro ofrecida, *siendo de su cargo la responsabilidad por la edición y distribución diaria (...)*”. (cláusula 3ª).

- “Serán de cuenta y cargo de MTG, MI y de sus relacionadas todos los gastos directos e indirectos y de cualquier otro tipo de especies (...) necesarios para la puesta en marcha, publicación, transporte y distribución del Periódico Metro y de cualquier otro costo en que se incurra para la edición, publicación y distribución del Periódico (...) (cláusula 9ª).
- “Las sociedades editora y distribuidora, serán responsables de solicitar y obtener todas las autorizaciones, permisos, patentes o licencias que sean necesarias o requeridas por el ordenamiento jurídico chileno para la edición, publicación y distribución del Periódico Metro” (cláusula 10ª).

Como puede apreciarse, ninguna actividad periodística pretendía efectuar o ejecutar Metro S.A. en virtud del aludido contrato, sea directa o indirectamente ni menos bajo forma de asociación alguna.

La sociedad Metro S.A. nada tenía que ver con tal actividad pues para ésta *el objeto del contrato no era otro que el arrendamiento de espacios físicos en sus estaciones y el arrendamiento o licencia temporal de la marca “Metro”* registrada desde el año 1988 a su nombre en la clase 16. *La correspondiente contraprestación por el arriendo de espacios* consistía, básicamente, en una cantidad de dinero fija al inicio de la publicación del diario, en un porcentaje de los ingresos por publicidad con un mínimo garantizado, y en una renta por el uso temporal de la marca Metro, de propiedad de esta última.

## VI. Tampoco se pactó una asociación con las empresas MTG Y MI

La sentencia dictada por la Corte Suprema sostiene que el contrato en cuestión supondría una suerte de asociación o colaboración empresarial.

Sin embargo, los verdaderos derechos y obligaciones que emanaban del contrato y que respondían a la real y sincera voluntad de las partes, estimamos que no admitían dudas ni discusión: *ambas se obligaron recíprocamente; la una a conceder el goce de una cosa (espacios y marca) y la otra a pagar por este goce un precio determinado, prestaciones que son, nada menos, que los elementos de la esencia del contrato de arrendamiento en los términos definidos por el artículo 1915 del Código Civil.*

Ahora bien, en relación a los supuestos aspectos que darían pie para postular la existencia de una asociación o colaboración empresarial, cabe hacer presente las siguientes consideraciones, teniendo eso sí presente que no nos referiremos a aquellos que en definitiva fueron desechados por el máximo tribunal, como –por ejemplo– la existencia de una “clientela cautiva” o la no viabilidad económica de los periódicos gratuitos.

### 1. Supuesto aporte de la marca “Metro”

Se sostiene que se estaría aportando la marca “Metro”, de la cual Metro S.A. es titular desde el año 1988 en la clase 16. Tal afirmación se sustenta en que el periódico usaría el nombre Metro y que se pagaría una suma por dicho concepto.

Pero, lo cierto es que la situación en comento puede exponerse simple y categóricamente de la siguiente forma: *MTG y MI pagarían a Metro S.A. un canon de arriendo por usar su propio nombre.*

En efecto, los arrendatarios serían dos prestigiosas empresas extranjeras: Modern Times Group (MTG) y Metro International S.A. (MI).

Las sociedades mencionadas expresaron a Metro S.A. ser titulares de una licencia exclusiva, válida para una serie de países en el mundo de la marca comercial “Metro”, correspondiente a un periódico gratuito que se edita y distribuye, bajo un logo y características comunes, en los trenes subterráneos o metros de las ciudades de Estocolmo, Budapest, Gotemburgo, Helsinki y Praga, entre otros.

A tal efecto señalaron en el considerando número tres del contrato:

“(…) MI es titular de una licencia exclusiva, válida para determinados países, que incluye los derechos de propiedad intelectual y que abarca, además, y por vía meramente enunciativa, denominaciones, marcas comerciales, tecnología y conocimiento aplicado, relativos a un concepto único de edición y distribución de un periódico gratuito, diario y de alto estándar de calidad con el nombre de “METRO” (El concepto Periódico “METRO”), el que bajo un logo y características comunes, circula actualmente en las siguientes ciudades que disponen del medio de transporte denominado comúnmente METRO: Estocolmo, Budapest, Gotemburgo, Helsinki, Praga y todo el territorio de Holanda”.

Como puede observarse, los arrendatarios operaban en diversas partes del mundo mediante un periódico que lleva por nombre “Metro” y deseaban seguir haciéndolo. Esto no es más que una situación de común ocurrencia en un mundo cada vez más globalizado, en el que los inversionistas extranjeros, al salir a invertir fuera de sus fronteras, requieren conservar la marca que identifica sus productos. Pero al intentar inscribir la misma en otros países, pueden encontrarse, como ocurrió en Chile, ante la imposibilidad de poder operar bajo dicha denominación si ella ya está registrada por un tercero, caso en el cual se ven en la obligación de arrendar o comprar, en su caso, la referida marca.

En conclusión, en Chile la marca “Metro” se encuentra registrada a favor de Metro S.A., entre otras, para la clase 16 desde hace más de diez años. Las sociedades arrendatarias, al pretender distribuir como lo hacen en diversas partes del mundo un periódico gratuito bajo la misma denominación en Chile, se vieron en la necesidad de arrendar la misma a Metro S.A., permitiendo a éste la oportunidad de rentabilizar su patrimonio.

## ***2. Autorización del uso de espacios físicos dentro de las estaciones***

Lo anterior no corresponde más que a una de las prerrogativas que emanan naturalmente del hecho de celebrar todo contrato de arrendamiento. En tal sentido, Metro S.A. ejerce su derecho en su carácter de propietario o concesionario de los bienes arrendados. Consecuente con ello Metro S.A. no permite que sus espacios sean ocupados o utilizados sin título para comercializar o distribuir productos. *De ser así, ocurriría lo inverso de lo que se pretende, pues implicaría una actuación discriminatoria respecto de todos aquellos arrendatarios que pagan un canon de arriendo por el uso de locales o espacios.* Los espacios de propiedad o concesión de Metro S.A. no son bienes de uso comercial público.

No entenderlo así supone privar a Metro S.A. de uno de los atributos esenciales del derecho de dominio constitucionalmente reconocido, como es el uso y goce de los bienes que posee y administra. Además, existen razones evidentes que hacen indispensable por parte de Metro S.A. la adopción de todos aquellos resguardos que tiendan a mantener el correcto y ordenado funcionamiento tanto del servicio de transporte de pasajeros, como del comercio ejercido lícitamente en su interior, situación que no podría darse en caso que cualquier individuo pudiese, en las mismas condiciones, hacer uso indiscriminado e inorgánico de sus instalaciones.

### 3. *Garantía de tiraje mínimo*

Ello constituía una declaración por parte de MTG y MI en cuanto a obligarse a editar un número mínimo de ejemplares.

Simplemente se trataba de garantizar una cantidad que fuera demostrativa de seriedad por parte de la arrendataria, obedeciendo ello a ciertos parámetros técnicos fundados en el número de pasajeros que habitualmente usan el ferrocarril metropolitano durante ciertas horas de la mañana.

Por otra parte, debe agregarse que la cláusula del contrato en cuestión, inmediatamente después de señalar la exigencia de tiraje mínimo, establecía con absoluta claridad que la responsabilidad por la edición y distribución del diario recaía exclusivamente en MTG y MI; todo lo cual daba cuenta de la inexistencia de asociación alguna.

### 4. *Comité Editorial*

Adicionalmente, se sostuvo que la participación en la actividad periodística también se produciría “por la designación de dos de los cinco miembros del Comité Editorial”. Sin embargo, la realidad contractual era muy distinta.

En efecto, lo cierto es que *el Comité Editorial estaría integrado por tres miembros, los cuales serían designados exclusiva y discrecionalmente por MTG y MI*. La cláusula cuarta del contrato en cuestión señalaba expresamente al efecto que “(...) El Comité Editorial estará compuesto por tres (3) miembros que serán designados por MTG y/o MI, con exigentes criterios de selección”.

Aclarado lo anterior, es del caso hacer presente que Metro S.A. fue quien exigió incorporar en el contrato la facultad de que dicho Comité Editorial modificara eventualmente su composición, aumentándose a cinco sus integrantes, en cuyo evento tendrían derecho a designar dos. Pero ello sucedería sólo excepcionalmente y con el único propósito de velar porque los usuarios no recibieran un medio de comunicación contrario a la moral, las buenas costumbres o al orden público; o que tuviera una línea política, religiosa o de cualquiera otra índole, y que por tanto no respetara la neutralidad ofrecida.

En definitiva, el contenido de la cláusula pretendía reflejar la voluntad de Metro S.A. de vigilar el producto ofrecido por MTG y MI, cumpliéndose con lo propuesto por ellos. Es decir, no corresponde más que a una medida de prevención adoptada precisamente para evitar que la línea editorial dejara de ser neutral. Adicionalmente y reforzando lo antes sostenido, debe señalarse que dicha facultad sólo podía materializarse *mediante un requerimiento fundado* de Metro S.A. en tal sentido; circunstancia que en todo caso, contrariamente a lo sostenido, no otorgaba a la sociedad anónima estatal facultades de administración en dicho comité.

En la misma línea anterior debe hacerse presente que, atendida la importancia de la neutralidad editorial aludida, Metro S.A. incluso exigió incorporar, como *causal de término anticipado del contrato*, la infracción a dicha obligación esencial. En efecto, la cláusula vigésima cuarta del contrato, relativa a la terminación anticipada por incumplimiento de una de las partes, señalaba en su letra i.) como causal de la misma “*si MTG, MI, o las relacionadas, o los accionistas o socios de cualquiera de ellas no respetaren la línea editorial comprometida del periódico METRO*”. Así pues, lo que pretendía Metro

S.A. por medio de estos sucesivos resguardos no era otra cosa que *cautelar la absoluta neutralidad e imparcialidad del periódico en materia política o religiosa, excluyendo cualquier contenido que atente contra la moral, el orden público y las buenas costumbres.*

En síntesis, no cabe pues, atribuirle a Metro S.A. el carácter de partícipe o asociada al giro de MTG, si solo podía ejercer, en forma excepcional, una labor de vigilancia que responde a los propios reglamentos internos de Metro S.A. y que aplica por igual a cualquier producto que terceros exhiban, comercialicen o difundan en sus instalaciones con ocasión de las actividades anexas que la ley autoriza. Además, la aludida cláusula no era ni mucho menos esencial del contrato, sino que simplemente se trataba de un mecanismo de vigilancia tendiente a que la arrendataria llevara a ejecución el arriendo en la forma convenida, sin que ello importara en modo alguno participación en las actividades propias del arrendatario; a lo que debe agregarse la circunstancia que el incumplimiento de la neutralidad editorial, en los términos antes indicados, constituía una causal expresa de término anticipado del contrato.

### ***5. Derecho potestativo a admitir nuevos socios***

Señala la sentencia que Metro S.A. participaría de la actividad empresarial periodística en razón de su derecho potestativo para autorizar el ingreso de nuevos socios a sus co-contratantes.

La estipulación no es más que expresión de un elemento consustancial a todo contrato “*intuitu personae*”, como es el arrendamiento. En efecto, en este tipo de contrato es un elemento de la naturaleza el que “*el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido*” (art. 1946 del Código Civil).

Lo que ocurre es que en aquellos casos en que el arrendatario es una persona jurídica, como era en la especie, tal restricción de la naturaleza podría fácilmente ser vulnerada por la vía de la incorporación de nuevos socios a la sociedad arrendataria, manteniendo de esta forma la apariencia de respeto a las normas para este tipo de contrato, pero pasándolas totalmente por alto. Lo anterior es de tal evidencia, que el arrendatario que no actúe de esta forma podría ser calificado justamente de negligente.

Resulta obvio y no constituye motivo de reproche que se haya implementado el medio adecuado que permitiera que, en un contrato de larga duración, el arrendador tuviera absoluta claridad de la persona del arrendatario, que siendo formalmente el mismo, puede en el hecho cambiar por la variación de sus socios o accionistas. Parece absurdo que se pretenda que Metro S.A. no vele por el resguardo de un elemento que es de la naturaleza del contrato.

En este sentido, debe señalarse que es política de Metro S.A. no permitir la cesión del contrato o el subarrendamiento, máxime si se estaba contratando con empresas internacionales que han asegurado seriedad y experiencia en su giro, frente a lo cual parece bastante obvio que Metro S.A. exigiera resguardos en este sentido.

### ***6. Derecho de MTG y MI de poner término al contrato si no es viable económicamente***

Tampoco parece reprochable en modo alguno la circunstancia que una de las contratantes pudiera poner término al contrato si el mismo no es viable económicamente.

Por lo demás, en todo contrato de arriendo se puede estipular una cláusula semejante sin que por ello se transforme la arrendadora en socia de la arrendataria, como se sostiene.

Sin embargo, se obvia que dicha facultad sólo podía ejercerse entre los meses 25 y 30 ó 49 y 54; en otras palabras, transcurrido a lo menos 2 ó 4 años de vigencia del contrato; teniendo en dicho caso derecho a retener las rentas ya pagadas y la suma dada en garantía del fiel cumplimiento del mismo.

### 7. Particularidades de la renta pactada

En relación a lo anterior debe hacerse presente lo siguiente:

#### 7.1. El derecho a recibir una suma a todo evento

Lo primero que debe señalarse es que en la especie nos encontramos frente a un caso paradigmático de *antítesis* de un “joint venture”, puesto que resulta que uno de los “partícipes” –Metro S.A.– tenía garantizado *a todo evento* el derecho a recibir un canon de arriendo, cualquiera fuera el éxito o fracaso de la gestión comercial que realizara al efecto el arrendatario.

Ahora bien, debe puntualizarse que la aludida prestación, consistente en el pago de una cantidad única al inicio del contrato y una suma mensual mínima, constituía parte del canon de arrendamiento pactado libremente en este contrato. Por lo demás, no existe una fórmula sacramental u obligatoria en nuestra legislación que establezca la manera de pagar la renta de arrendamiento.

#### 7.2. Participación por las ventas de publicidad

Por otra parte, la renta pactada no debe llamar a confusión. En efecto, *es frecuente que el canon de arriendo se convenga sobre la base de una suma fija y otra variable, calculada esta última de acuerdo al monto total de las ventas que efectúe el arrendatario*. Así por lo demás se utiliza en la gran mayoría de los malls actualmente existentes en el país. Nadie ha pretendido sostener a la fecha que, por convenir semejante forma de determinación del canon de arriendo, los contratantes se estarían asociando para ejecutar el giro propio del arrendatario.

En este sentido, *el propio Metro S.A. ya lo ha empleado en el caso de ciertos contratos de arrendamiento de espacios*, por lo que su implementación en este caso no ha venido sino a confirmar un mecanismo de cálculo usual en el actual mundo jurídico y económico.

Parece absurdo plantear que como consecuencia de lo anterior se habría intentado pactar una asociación, si se tiene en consideración que Metro S.A. *recibiría una suma mensual a todo evento aunque no existieran ingresos vía publicidad para la arrendataria. ¡Curiosa forma de asociación o “joint venture” (aventura común) en la que una de las partes tenía asegurada una renta mínima de arrendamiento a todo evento!* Del contrato y de la voluntad de las partes se desprende claramente que Metro S.A. *no soportaría ningún riesgo y por el contrario, era liberado de las eventuales pérdidas que pudieran producirse para MTG y MI como consecuencia de una gestión comercial poco exitosa.*

Por último, la afirmación de que en la especie existiría una asociación se enfrenta con una realidad que parece haberse pasado por alto. Nos referimos a la circunstancia que además de no concurrir Metro S.A. a las pérdidas de esta supuesta asociación, *tampoco concurría a las utilidades* que de ella pudieran provenir. En efecto, la suma mensual que percibiría Metro S.A. *emana-*

*ba de las ventas mensuales por publicidad que realizaran sus arrendatarios, y no de las utilidades del negocio*, es decir, aunque MTG y MI obtuviera pérdidas del ejercicio de su actividad, deberían pagar a Metro S.A. el canon de arriendo convenido.

Lo anterior es de gran importancia, por cuanto deja en evidencia lo alejado de la realidad de la tesis de la asociación o joint venture planteada en el recurso. No puede existir asociación, joint venture o cualquier otra figura que pretenda invocarse, en la que para uno de los asociados sea absolutamente indiferente si el negocio produce ganancias o pérdidas y que uno de los contratantes debe pagar al otro cualquiera sea el resultado del negocio.

### 7.3. *Suma por el uso de la marca*

Como ya se explicó, ello formaba parte del contrato de arrendamiento, resultando perfectamente legítimo su estipulación, desde el momento que importaba el pago por el uso de una marca de propiedad de Metro S.A. y que identificaba al periódico en el mundo entero.

## VII. En definitiva el convenio suscrito correspondía a un contrato de arrendamiento

1. El arrendamiento es definido por nuestra legislación civil como “un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejercer una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce obra o servicio un precio determinado” (art. 1915 del Código Civil).

En este caso se concedía el goce de una cosa a un tercero (los espacios ubicados en las instalaciones del metro y la marca “Metro”) recibéndose como contraprestación el pago de un precio por dicho uso (equivalente a una suma fija y otra proporcional a las utilidades que percibiera el arrendatario en función de su negocio, con un mínimo asegurado).

2. Así las cosas, nos parece equivocado el pretender calificar al contrato en cuestión como una asociación, cuentas en participación o Joint Venture.
  - a) El contrato de sociedad es definido en la ley como “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan” (artículo 2053 del Código Civil). De la definición anterior se deduce un elemento fundamental de toda sociedad, cual es la obligación de cada parte de aportar alguna cosa en común; fondo común que constituye el patrimonio de la nueva persona jurídica que se forma, siendo de propiedad de ella tales aportes.

Mal puede argumentarse que el contrato celebrado entre Metro S.A. y MTG y MI haya podido ser considerado como sociedad, toda vez que no existía aporte alguno de parte de ambos contratantes, ni menos de Metro S.A.

Por otra parte, en el contrato celebrado entre Metro S.A. y MTG *no existía tampoco “affectio societatis”*, esto es, la intención de formar sociedad, de colaborar entre los asociados.

Por último, *no es concebible una sociedad en la que uno de los socios no contribuya a las pérdidas*. La ausencia de riesgos para un socio excluye la calidad de socio (art. 2086 del C.Civil). De

modo que “si en una sociedad a un socio se le garantizan beneficios, sin que participe en las pérdidas no existirá sociedad a su respecto” (Carlos G. Villegas, Tratado de las sociedades, p. 63). Tal como lo señala Álvaro Puelma Accorsi: “*Se considera unánimemente como elemento caracterizante y de la esencia de la sociedad que cada socio tenga derecho a participar de la utilidad que origine y que deba soportar las pérdidas que ella arroje*” (A. Puelma, Sociedades, tomo I, pág. 67).

Como ya ha quedado suficientemente demostrado, Metro S.A. no participaba de las utilidades de la empresa periodística ni tampoco soportaba pérdida alguna como consecuencia de la gestión económica de la arrendataria.

- b) Tampoco podía calificarse como una asociación o cuentas en participación.

En efecto, de acuerdo a lo que dispone el artículo 507 del Código de Comercio, las asociaciones o cuentas en participación se definen como “un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

La doctrina, por su parte, es unánime en señalar que, a pesar de que mediante este contrato no se forma una persona jurídica nueva independiente de los socios individualmente considerados, es igualmente esencial en ella que *los socios aporten propiedad a un fondo común, participen de las utilidades y soporten las pérdidas*. Al respecto cabe citar a A. Puelma A., quien sobre este punto señala lo siguiente: “*Al mismo tiempo, por tener tal carácter debe cumplir con los elementos de la esencia de la sociedad. En razón del necesario aporte que deban realizar todos los socios y que cada uno debe participar de las utilidades y soportar las pérdidas*” (Ob. Cit., pág. 156).

En este caso, Metro S.A. no aportaba propiedad a un fondo común, tampoco participaba de las utilidades ni menos soportaba eventuales pérdidas.

- c) Del mismo modo, menos aún pudo tipificarse el convenio como un Joint Venture. Este último ha sido conceptualizado como “una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación o el estatus de una partnership en sentido legal, el cual establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada coventure ejercerá algún grado de control”. (Williston, “A Treatise on the Law of Contracts”, 3ª. Edición, actualizada por W. Jaeger 1959, pp. 555 y 556).

Sin embargo, el contrato de arrendamiento en cuestión no participaba de ninguna de las características de dicha asociación. En efecto: a) *no existía derecho mutuo de representación*; b) *los contratantes no acordaron participar en un proyecto común*, puesto que este último era de la exclusiva responsabilidad de MTG y MI; c) *no existía comunidad de intereses* sino que se trataba solo de un contrato de arriendo en que Metro S.A. percibía un canon con un mínimo garantizado; y, d) *tampoco se daba en la especie una administración ni beneficios compartidos, ni menos una contribución a un fondo operativo, ni participación en las pérdidas o utilidades del negocio*.



- d) *No nos encontramos tampoco frente a una "colaboración empresarial" sino que simplemente frente a un contrato de arriendo.*

Como ha quedado señalado, en lo que a Metro S.A. respecta, *el contrato no era más que la implementación del mismo sistema que legalmente había venido desarrollando esta empresa desde el inicio de las operaciones del ferrocarril metropolitano (1975), y luego a partir de 1989 bajo el amparo de la ley de quórum calificado N°18.772. En efecto, se trataba del arriendo de espacio de sus instalaciones para que un tercero, que le pagaba una remuneración por ello, desarrollara su propia actividad económica lícita, sin que ello importara otorgar, transferir o transmitir a Metro S.A. el carácter de prestador, directo ni indirecto, ni menos asociado, del servicio de que se trate, en este caso, de editor, publicador, difusor o distribuidor del diario METRO.*

*El sentenciador sostiene que el contrato en estudio correspondería a una verdadera "colaboración empresarial", en la que Metro S.A. participaría en la actividad empresarial, colaborando en un quehacer conjunto para la edición, publicación y distribución de un diario. Sin embargo, como ya ha quedado demostrado Metro S.A. no participaba de ninguna forma en las actividades empresariales indicadas.*

Por otra parte, todo contrato supone una cierta colaboración, pues impone derechos y obligaciones para las partes. Pero muy distinto es que, a partir de lo anterior, se pretenda configurar una suerte de asociación empresarial, completamente ajena a lo expresamente convenido por las partes; desnaturalizándose así lo pactado por las mismas.

## VIII. Conclusiones

De lo dicho precedentemente podemos concluir las siguientes consideraciones que dan cuenta de que la sentencia de primera instancia que rechazó el recurso de amparo económico se ajustaba en nuestra opinión plenamente a derecho:

1. *El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República señala que el Estado sólo puede participar en actividades económicas, siempre y cuando así lo autorice una ley de quórum calificado, en cuyo caso quedará sujeto a la legislación común aplicable a los particulares.*

Lo anterior se hace presente, sin perjuicio que, como ha quedado suficientemente demostrado, Metro S.A. no pretendía realizar actividad económica periodística alguna, sino simplemente explotar comercialmente su patrimonio a través de un contrato de arrendamiento.

2. *Metro S.A. fue expresamente autorizado para realizar actividades empresariales en virtud de la ley 18.772.*

Metro S.A. fue expresamente autorizada por la ley 18.772, ley de quórum calificado, para *desarrollar una actividad principal, como es el servicio de transporte de pasajeros en el ferrocarril metropolitano, una actividad complementaria, el transporte de pasajeros en otros medios eléctricos y las anexas a dicho giro que la autorizan para explotar comercialmente sus bienes y espacios disponibles.*

Tal como se ha señalado, *dentro de las actividades anexas se encuentra el arriendo de espacios en depen-*

*dencias de Metro S.A. con el propósito de que terceros presten servicios o desarrollen su propio giro en favor de los usuarios del metro, todo lo cual redundará en un mejor cumplimiento del giro desarrollado por Metro S.A. En otras palabras, se autoriza a Metro S.A. la adecuada administración de su patrimonio, tal como lo reconoce el sentenciador de primera instancia al estudiar la historia fidedigna de la ley.*

3. *Jamás Metro S.A. intentó realizar directa o indirectamente actividades comerciales en materia periodística.*

Ha quedado suficiente demostrado que Metro S.A. jamás tuvo siquiera la intención de incursionar en actividades relativas a la edición, publicación y distribución de periódicos.

En efecto, *lo único que hizo Metro S.A. fue suscribir un contrato con un particular, en virtud del cual se le otorgaba en arrendamiento a este último espacios ubicados en las estaciones para que dicho tercero distribuyera gratuitamente a los usuarios de este servicio un periódico. A cambio de dicho arriendo de espacio Metro S.A. recibiría una determinada suma mensual.* Adicionalmente, Metro S.A. percibiría un canon fijo de arriendo por la licencia temporal de la marca “Metro” de su propiedad. Esto último como consecuencia de que dicho periódico circulaba en diversas ciudades europeas precisamente con dicho nombre.

Como puede apreciarse, toda la labor relativa a la edición, publicación y distribución del periódico sería realizada única y exclusivamente por dichas empresas, tal como lo efectuaban exitosamente en Europa.

4. *Tampoco se pretendió establecer una asociación con las empresas extranjeras para emprender actividades periodísticas.*

Queda claramente demostrado que Metro S.A. jamás habría intentado realizar labores ajenas a la de su giro ni coparticipar en la edición, publicación, difusión y distribución del aludido periódico; actividades todas que, como se ha expresado, efectuaría exclusivamente, bajo su responsabilidad, un tercero como es MTG y MI, o más bien las empresas de nacionalidad chilena que se crearían al efecto, las que sólo retribuirían a Metro S.A. con las contraprestaciones pecuniarias ya señaladas por concepto de arrendamiento.

*El contrato de arrendamiento suscrito y que permitía que un tercero bajo su cuenta y riesgo realizara las labores periodísticas de edición, publicación y distribución del periódico no constituía en modo alguno una nueva actividad de Metro S.A. ni menos una “asociación” o “joint venture” con tal objeto.* Como se ha señalado, Metro S.A. no participaría directa ni indirectamente, ni bajo una supuesta e inexistente asociación, en ninguna de las actividades económicas que ejecutarían las empresas MTG y MI.

Afirmar lo contrario es lo mismo que sostener, por ejemplo, que Metro S.A. coparticipa de las actividades bancarias al arrendar espacios para cajeros automáticos, o se dedica al rubro farmacéutico por el arriendo de locales para este objeto, o, en fin que resulta ser un galerista de Arte por el hecho de permitir la realización de exposiciones, o que incursiona en el negocio editorial o bibliotecario por el hecho de permitir que se presten libros gratuitamente, lo que por cierto es enteramente equivocado.

5. De este modo, Metro S.A. en ningún momento intentó efectuar ciertos aportes al negocio periodístico.

Como puede apreciarse, Metro S.A. no intentó en modo alguno colaborar empresarialmente al desarrollo de un negocio que era de la exclusiva responsabilidad de sus co-contratantes y en el que no aportaba bien alguno, tal como expresa y categóricamente indicaba el contrato.

*En efecto, los supuestos aportes que efectuaría Metro S.A. no son tales. La marca "Metro" correspondía a aquella que utilizaba MTG y MI en el ejercicio de su giro. Tampoco se pactó un supuesto acceso privilegiado a los espacios físicos de las instalaciones del metro.*

*A su vez, el derecho a veto impugnado no es más que la simple prohibición de subarrendar que va envuelta en todo contrato de arrendamiento y que por lo demás es propia de todo contrato personal, más aún en este caso en donde los arrendatarios tenían una amplia y reconocida experiencia internacional en la materia. Por último, en lo que dice relación con la integración del Comité Editorial, existía una mera facultad de Metro S.A. para designar eventualmente dos de los cinco miembros del mismo, siempre que se solicitare fundadamente y que obedeciera a razones objetivas como son el incumplimiento a las exigencias éticas y morales que Metro S.A. hace aplicables a todos los arrendatarios y al avisaje publicitario. Esta circunstancia, además, era causal de resolución del contrato.*

6. Adicionalmente, *ha quedado suficientemente acreditado lo lícito de la forma de canon de arrendamiento pactada entre las partes y que resulta muy usual en este tipo de convenciones e igualmente el derecho a poner término al contrato por no ser económicamente rentable, el que sólo podía ejercitarse por el arrendatario transcurrido a lo menos 2 ó 4 años de su vigencia, reservándose el arrendador las sumas ya pagadas y la garantía de seriedad.*
7. En síntesis, *Metro S.A. fue injustificadamente recurrido, imputándosele la intervención en actividades empresariales que no pretendía realizar, como consecuencia de un contrato en virtud del cual se limitaba sólo a arrendar espacios y una marca para que un tercero llevase a cabo su propio giro (la edición, publicación y distribución gratuita de un periódico), en beneficio, eso sí, de los usuarios del metro y, por lo mismo, de su objeto principal.*