

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

REF.: N° 38.240/07
38.664/07
43.897/07
45.158/07
45.988/07

**SOBRE PROCEDENCIA DEL
AUMENTO DE CAPITAL DE LA
EMPRESA METRO S.A. Y DEL
PRÉSTAMO EFECTUADO AL
ADMINISTRADOR FINANCIERO
DEL TRANSANTIAGO QUE SE
INDICAN.**

SFR
VFI

SANTIAGO, 24 AGO 2007 *38432

Se han dirigido a esta Contraloría General los Diputados Cristián Monckeberg Bruner y Gonzalo Uriarte Herrera, los alcaldes de las municipalidades de La Florida, Huechuraba y Recoleta, Pablo Zalaquett Said, Carolina Plaza Guzmán y Gonzalo Cornejo Chávez, respectivamente, y el alcalde de Estación Central y Presidente de la Comisión de Transporte de la Asociación Chilena de Municipalidades, Gustavo Hasbún Selume, solicitando un pronunciamiento acerca de la procedencia de que el Fisco invierta sus recursos en un aumento de capital de la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A., en adelante METRO S.A., que se destinaría a fines distintos de los señalados en el artículo 4° de la ley N° 18.772. Por otra parte, requieren se dilucide la factibilidad de la operación de préstamo de fondos que la señalada empresa le otorgaría al Administrador Financiero del Transantiago S.A., en adelante el AFT.

Sobre el particular, los recurrentes manifiestan, en síntesis, que el artículo 4° de la citada ley N° 18.772, que establece normas para transformar la Dirección General de Metro en sociedad anónima, señala en forma taxativa las situaciones en que los socios de esa entidad pueden acordar aumentos de capital y entre ellas no estaría contemplada la de efectuar dicho incremento con la finalidad de conceder mutuos o préstamos dinerarios.

Requeridos sus informes, los Ministerios de Hacienda y de Transportes y Telecomunicaciones, la Corporación de Fomento de la Producción y METRO S.A., mediante los oficios N°s. 539, 2.167, 371 y 362, todos de 2007, respectivamente, son concordantes en manifestar lo que a continuación se expone:

Que la operación de aumento de capital que ha sido cuestionada por los requirentes se enmarca en el funcionamiento del Programa de Modernización de Transporte Público de Santiago, en adelante Transantiago, el cual contempla a METRO S.A. como integrante de éste, en su calidad de proveedor de servicios de transporte. Agregan que, en virtud de dicho rol, a esa empresa le corresponde prestar


**AL SEÑOR
PRESIDENTE DEL DIRECTORIO DE METRO S.A.
PRESENTE**

sus servicios en coordinación con los demás proveedores que integran el referido Programa.

En lo referente a los contratos que debió suscribir METRO S.A. para incorporarse al Transantiago, manifiestan que se celebraron, entre otros, dos convenios con el AFT. El primero, consistente en un mandato otorgado a este último, para la recaudación de la tarifa y la administración de los recursos financieros del Sistema y, el segundo, un convenio mediante el cual el AFT le encarga a METRO S.A. la labor de venta y carga del medio de acceso (tarjetas BIP) en sus boleterías.

Por otra parte, las instituciones informantes señalan que METRO S.A. tiene como giro el transporte de pasajeros en trenes urbanos y las actividades anexas al mismo. Agregan que en razón de ese objeto social, se pudo integrar al Transantiago y celebrar los acuerdos indicados con el AFT y, como esa sociedad se rige en su actividad por las normas del derecho común, entienden que estaría facultada para modificar tales contratos, con el fin de otorgar temporalmente recursos al Transantiago, que estaría en situación deficitaria. Para ese fin, efectuaría dos tipos de aportes, uno, mediante la suspensión transitoria de su derecho a retener y compensar los ingresos que le corresponden por el pago de su tarifa, y, el segundo, efectuando otros aportes de carácter reembolsable.

Enseguida, afirman que el aumento de capital de METRO S.A. no se efectúa con el objeto de conceder un préstamo de dinero a los operadores del Transantiago, sino con el propósito de evitar que la aludida operación de financiamiento transitorio del Sistema pueda afectar los planes de inversión de dicha sociedad y, por ende, su normal funcionamiento, todo lo cual redundaría en su interés social.

En lo concerniente a la legalidad de la referida medida de aumento de capital, dichos informes expresan que no es exacto, como lo sostienen los peticionarios, que los incrementos que sus accionistas acuerden sólo pueden llevarse a efecto si están destinados a cumplir los objetivos que prevé el inciso tercero del artículo 4° de la mencionada ley N° 18.772, mediante la emisión de Acciones Serie B, por cuanto, acorde con el inciso segundo de dicho precepto y las reglas que rigen a las sociedades anónimas, la junta de accionistas puede aprobar aumentos de capital para otros efectos, emitiendo Acciones Serie A, referidas, en general, a cualesquiera otras materias de gestión de la sociedad.

En lo que respecta, a continuación, a la legalidad de la actividad de financiamiento que ha efectuado METRO S.A. al Transantiago, tales informes están contestes en cuanto afirman que, acorde con el artículo 19 N° 21, inciso segundo, de la Constitución Política, el Estado ha sido autorizado por la ley N° 18.772 para realizar actividades empresariales, en virtud de lo cual el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción constituyeron la aludida empresa, cuyo objeto es la realización de todas las actividades propias del servicio de transporte de pasajeros y las anexas a dicho giro. De lo anterior infieren que el giro de la referida sociedad es amplio, ya que comprendería el transporte de pasajeros, las demás actividades inherentes a ese servicio y otras actividades anexas vinculadas con dicho giro, quedando además sometida a las normas de las sociedades anónimas abiertas contenidas en la ley N° 18.046.

Argumentan también que, de acuerdo con el artículo 9° de la referida ley N° 18.046, METRO S.A. puede

desarrollar cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado, por lo que entienden que la citada sociedad está facultada para realizar todos los actos jurídicos necesarios, destinados al desarrollo de su giro específico.

Advierten, en tal sentido, que el objeto social de METRO S.A., interpretado de acuerdo a las normas citadas, al permitir la realización de las actividades complementarias relacionadas con la prestación del servicio de transporte de pasajeros, si bien no le permitiría a dicha empresa dedicarse a ofrecer créditos al público en general, ni hacer del préstamo una de sus actividades principales, sí la habilitaría para realizar operaciones de financiamiento directamente vinculadas con el transporte de pasajeros, mediante las modalidades a que se ha hecho mención.

En suma, agregan que si bien el objeto social de METRO S.A. no incluye expresamente el otorgamiento de préstamos, compete a su directorio determinar si es lícito que ella realice tal actividad financiera, la que procedería en la medida que tales actos cedan en beneficio de la empresa, acorde con su objeto.

Requerido también su informe a la Superintendencia de Valores y Seguros, ésta mediante oficios N°s. 5.657 y 6.543, de 2007, indica que las consultas efectuadas por los recurrentes a esta Contraloría General se refieren a aspectos ajenos a las atribuciones y a la competencia que le otorga su estatuto orgánico, contenido en el decreto ley N° 3.538, de 1980, y la legislación sobre mercado de valores.

No obstante lo anterior, hace presente que los Diputados requirentes también formularon una consulta ante esa Superintendencia respecto del cumplimiento del objeto social y la responsabilidad del directorio de METRO S.A. en lo que se refiere al traspaso de fondos, préstamos y modificación de los contratos celebrados con el AFT y al aumento de capital de dicha sociedad y, para conocimiento de este Organismo Contralor, acompaña copia del oficio N° 6.275, del presente año, mediante el cual atiende tal petición y concluye que el directorio de METRO S.A. no ha infringido las normas que le son aplicables en resguardo del interés social, por lo que, en definitiva, ha desechado imponer sanciones, en razón de no haberse configurado infracción en los términos que señala la normativa vigente.

En relación con la materia esta Contraloría General cumple con señalar lo siguiente:

1.- Sobre los hechos.

En primer término es dable manifestar que las operaciones de aumento de capital y de financiamiento transitorio de METRO S.A. que han sido cuestionadas por los requirentes, se enmarcan en el funcionamiento del Programa de Modernización de Transporte Público de Santiago, el cual contempla a la red de dicha empresa como estructurante y articuladora de ese Sistema.

En virtud de lo anterior, a METRO S.A. le corresponde prestar, principalmente, sus servicios de transporte de pasajeros en ferrocarriles metropolitanos u otros medios eléctricos complementarios, dentro de los límites de su giro, en coordinación con los demás proveedores que integran el Transantiago, para lo cual ha suscrito, entre otros, los acuerdos de voluntades que a continuación se indican:



a) Contrato de Mandato Mercantil de Recaudación y Custodia, suscrito con el AFT el 12 de septiembre de 2005, modificado con fecha 29 de diciembre de 2006, mediante el cual METRO S.A. le encarga a aquél la recaudación y custodia de todos los recursos devengados por la prestación de sus servicios de transporte. En virtud de dicho convenio el AFT queda facultado para cobrar y percibir de los usuarios del Sistema el dinero que le corresponda a METRO S.A. por la prestación de su servicio de transporte; depositar dichos recursos en las distintas cuentas bancarias del Sistema; efectuar liquidaciones periódicas para efectos de determinar los montos que le corresponden a METRO S.A. por los servicios de transporte y operar las cuentas bancarias, corrientes, de depósito o de cualquier naturaleza que autorice este último, a través de los mandatarios del AFT que se designen y aprueben conforme al Contrato de Servicios Complementarios de Administración Financiera suscrito entre el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el AFT, todo ello con las facultades que se indican.

b) Contrato de Prestación de Servicios de Comercialización y Carga de Medios de Acceso al Sistema Transantiago, celebrado con el AFT el 12 de septiembre de 2005, modificado con fecha 29 de diciembre de 2006, mediante el cual dicho administrador contrató a METRO S.A. para que esta entidad preste los servicios de comercialización de medios de acceso al público y la carga de los mismos y la comercialización de Boletos Edmonson, en las instalaciones subterráneas o superficiales de la red de METRO S.A.

c) Contrato de Compraventa de Software, Sistema y Marca Comercial Multivía, convenido con el AFT con fecha 12 de septiembre de 2005, mediante el cual METRO S.A. vende, cede y transfiere al AFT, quien compra, acepta y adquiere para los fines contemplados en el Contrato de Servicios Complementarios de Administración Financiera entre el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el AFT, los derechos de propiedad intelectual e industrial comprendidos en la Tecnología Multivía, únicamente para el territorio de la República de Chile.

Por oficio N° 1.427, de 20 de abril de 2007, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones solicitó al Ministro de Hacienda disponer las medidas necesarias para que METRO S.A. modificara transitoriamente sus contratos con el AFT en orden a "reducir su retención de parte de los ingresos que le corresponden" por el pago de su tarifa, más otras estipulaciones requeridas para el equilibrio financiero del Transantiago, por un monto de hasta el equivalente de US\$ 80.000.000.-. Fundamenta tal petición en la circunstancia de que las medidas adoptadas para el mejor funcionamiento del Sistema y las contingencias surgidas en la fase de puesta en marcha, implicaron costos no previstos, lo que hizo necesario efectuar adecuaciones en la distribución de los recursos del Sistema.

Por su parte, el Ministro de Hacienda, mediante oficio N°349, de 20 de abril de 2007, requirió al directorio de METRO S.A. la convocatoria a una junta extraordinaria de accionistas con la finalidad de aprobar un aporte de capital y ratificar la ejecución de la operación propuesta en el oficio anteriormente señalado.

A su vez, en sesión extraordinaria del directorio de METRO S.A., de fecha 9 de mayo de 2007, ese órgano

acordó aprobar la operación de financiamiento transitorio del Transantiago, facultando al gerente general de la empresa para suscribir un acuerdo marco con esa finalidad.

Acorde con lo anterior, con fecha 9 de mayo del presente año, METRO S.A., el AFT y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones suscribieron el Acuerdo Marco para el Financiamiento Transitorio de Transantiago, en virtud del cual METRO S.A. se obligó a aportar, entre la fecha de suscripción de este convenio y el 1 de julio de 2007, recursos al Sistema hasta por el equivalente en pesos a 2.253.579,19 unidades de fomento, de la siguiente forma:

i) Suspendiendo transitoriamente su derecho a "retener y compensar los ingresos que le corresponden" por el pago de la tarifa, a partir del 10 de mayo de 2007 y hasta el 30 de junio de 2007, cantidades que se denominan "Aporte Operacional", y

ii) Otorgando aportes reembolsables por la cantidad equivalente en pesos que, adicionada al Aporte Operacional, no supere la cifra equivalente en pesos a 2.253.579,19 unidades de fomento, sumas que se denominaron "Aporte Complementario".

Según los términos de dicho acuerdo de voluntades, el Aporte Operacional se transferiría por METRO S.A. los días martes de cada semana al AFT, quien, por su parte, documentaría mediante pagarés las sumas transferidas correspondientes a los ingresos devengados a favor de METRO S.A. en la semana inmediatamente anterior.

En cuanto al Aporte Complementario, dicha empresa se obligaba a efectuarlo en una o más transferencias a la respectiva cuenta bancaria del mencionado Sistema. Para estos efectos, en la fecha de cada desembolso, el AFT entregaría a METRO S.A. un pagaré por la suma que se enterara, documento que se suscribiría en determinados términos.

Finalmente, en lo relativo a la devolución de los aludidos aportes, se estableció que el capital adeudado se pagaría en cada una de las fechas de vencimiento, en cuarenta y una cuotas mensuales y sucesivas, correspondiendo la fecha del primer pago al día 24 de marzo de 2008, sin perjuicio de que el interés que devengue el capital adeudado, correspondiente a la tasa bancaria TAB para operaciones reajustables a 90 días, más un uno coma dos por ciento, comenzará a enterarse a partir del día 24 de febrero del mismo año.

2.- Sobre la juridicidad de la operación de aumento de capital de METRO S.A.

En relación con la consulta relativa a la procedencia de que el Fisco invierta sus recursos en un aumento de capital de METRO S.A., que se destinaría a fines distintos de los señalados en la citada ley N° 18.772, en primer término cabe señalar que el artículo 1° de este texto legal 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".

A su turno, es dable tener en cuenta que el inciso primero del artículo 2° de dicho cuerpo normativo prevé

que el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, en conformidad a su ley orgánica, constituirán 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.

Agrega el inciso segundo de ese precepto, en lo que interesa, que 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".

Por su parte, el inciso segundo del artículo 4° de la aludida ley establece que las acciones del Fisco y de la Corporación de Fomento de la Producción que correspondan al capital inicial de la sociedad y a los aumentos del mismo por ellos suscritos y pagados, se denominarán Acciones Serie A y no serán enajenables.

Enseguida, el inciso tercero de dicho precepto previene que con el objeto de ampliar la actual red del ferrocarril metropolitano, construir nuevas líneas u obtener el equipamiento de dichas obras, el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción podrán acordar aumentos de capital y el ingreso de otros accionistas. Añade el inciso cuarto, que las acciones que se emitan con el fin de aumentar el capital inicial, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero, se denominarán Acciones Serie B.

De la preceptiva en estudio se advierte que el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, en su calidad de accionistas de la sociedad anónima en referencia, están facultados para acordar distintos tipos de aumentos de capital de METRO S.A. Por una parte, tal medida puede disponerse mediante la emisión de Acciones Serie B, las que sólo estarán destinadas a cumplir con los objetivos específicos previstos en el inciso tercero del referido artículo 4°. Por la otra, dicho incremento podrá realizarse mediante la suscripción y pago de Acciones Serie A, para atender cualquier otra necesidad que, en general, requiera para el cumplimiento de sus fines.

En este sentido, no es efectivo, como lo sostienen los requirentes, que los aumentos de capital de la empresa METRO S.A. puedan únicamente acordarse para ampliar la actual red del ferrocarril metropolitano, construir nuevas líneas u obtener el equipamiento de dichas obras, por cuanto, como se ha visto, a estos objetivos específicos solamente está limitada la emisión de las Acciones Serie B. En cambio, cuando los incrementos del capital social de dicha empresa se acuerdan con la finalidad de emitir Acciones Serie A, esta medida no está circunscrita a objetivos taxativos, sino que cabe entender que, en este caso, ella puede perseguir cualquier otro propósito, limitado, por cierto, a la satisfacción de su objeto social.

Atendido lo anterior, es menester desestimar el planteamiento formulado por los peticionarios en cuanto a que los aumentos del capital social que acuerden los accionistas de METRO S.A., en conformidad con el artículo 4° de la ley N° 18.772, sólo pueden tener por objeto ampliar la actual red del ferrocarril metropolitano, construir nuevas

líneas u obtener el equipamiento de dichas obras, toda vez que tal limitación únicamente rige para los incrementos de dicho capital que se traduzcan en la emisión de las Acciones de la Serie B.

3.- Acerca de la juridicidad de la operación de financiamiento por parte de METRO S.A. en beneficio del AFT.

Respecto de la consulta de los recurrentes sobre la procedencia de la operación financiera de préstamo que la señalada empresa efectuaría al AFT, cabe recordar, en primer término, que atendido el carácter integrado del Transantiago, METRO S.A. forma parte del mismo y, en tal virtud, suscribió los contratos necesarios para su plena incorporación a dicho Sistema.

En este contexto, como se ha visto, con fecha 9 de mayo de 2007, METRO S.A., el AFT y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones suscribieron un Acuerdo Marco para el Financiamiento Transitorio del Transantiago, conforme al cual esa empresa de transporte se comprometió a aportar recursos al Sistema hasta por el equivalente en pesos a 2.253.579,19 unidades de fomento. Tal aporte financiero lo concretaría mediante dos modalidades: a) suspendiendo transitoriamente su derecho a retener y compensar los ingresos que le corresponden por el pago de la tarifa, entre el 10 de mayo de 2007 y el 30 de junio del mismo año, cantidades que conforman el denominado "Aporte Operacional", y b) otorgando aportes reembolsables por una suma que, adicionada al Aporte Operacional, no supere el equivalente en pesos a 2.253.579,19 unidades de fomento, monto que constituye el "Aporte Complementario".

De lo anterior queda establecido que el financiamiento transitorio otorgado por METRO S.A., se verificó a través de recursos provenientes de dos fuentes: el Aporte Operacional y el Aporte Complementario.

3.1 Sobre la procedencia del "Aporte Operacional".

Como se ha visto, el referido Aporte Operacional de METRO S.A. se traduce, en definitiva, en que esta empresa posterga la percepción del pago de la tarifa que le corresponde por la prestación de sus servicios de transporte, como parte integrante del Transantiago, recursos que quedan a disposición del AFT para que éste los gestione y maneje en su carácter de administrador financiero del Sistema, para los fines de destinarlos al funcionamiento del mismo.

Lo anterior ha dado lugar a una modificación de los referidos Contratos de Mandato Mercantil de Recaudación y Custodia y de Prestación de Servicios de Comercialización y Carga de Medios de Acceso al Sistema Transantiago, suscritos entre METRO S.A. y el AFT, estableciéndose, con carácter transitorio, una época distinta a la originalmente pactada en ellos para que dicha sociedad percibiera el pago de la tarifa pertinente, por la prestación de sus servicios.

Al respecto, es menester señalar que METRO S.A. pudo celebrar la modificación contractual en comento, toda vez que tal innovación no se aparta del giro que le corresponde desarrollar, de acuerdo con la ley N° 18.772. En efecto, la referida modificación, en tanto sólo significa una alteración de la época de pago de la tarifa que tiene

derecho a percibir por los servicios de transporte que presta, no implica una variación esencial a los mencionados acuerdos de voluntades, los que, como se ha señalado, se comprenden dentro del marco de actividades que conforme a la ley le es permitido realizar.

Por consiguiente, el Aporte Operacional enterado por METRO S.A. no resulta objetable en los términos descritos.

3.2 Sobre la procedencia del "Aporte Complementario".

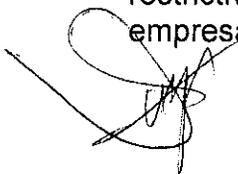
El Aporte Complementario consiste en una operación de crédito de dinero, en virtud de la cual METRO S.A. se obligó a entregar al AFT el monto ya indicado, y, por su parte, este último asumió la obligación de pagarlo en el plazo estipulado en el respectivo contrato.

Como puede apreciarse, este aporte, a diferencia del Aporte Operacional, no se relaciona con los fondos devengados con motivo de la operación del Transantiago, sino que corresponde a otros recursos de METRO S.A., que los entrega en préstamo al AFT, para que éste los administre y gestione en beneficio de dicho sistema de transporte, con cargo a restituirlos en determinado plazo.

Para el examen de este aspecto de la operación que se cuestiona, cabe recordar que el artículo 19, N°21, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, dispone que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. Tal es el caso de la ley N°18.772, cuyo artículo 1° 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", ordenando para tales efectos, en su artículo 2°, la constitución de la sociedad anónima que se denominaría "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A." o METRO S.A.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 17.742 y 4.275, ambos de 2006; 42.557 y 20.151, ambos de 2005; 24.288, de 2001, y 19.371, de 1999, ha precisado que las leyes que autorizan al Estado para desarrollar actividades empresariales, entre las que se cuentan aquellas en que se establece el objeto de las sociedades cuya creación regulan, deben interpretarse restrictivamente, por aplicación del principio de la excepcionalidad del giro empresarial estatal y, por tanto, para que dichas entidades puedan efectuar actividades no contempladas expresamente por la norma legal, se requiere de la dictación de una nueva ley de quórum calificado específica que así lo prevea.

La doctrina (Aróstica M. Iván, "Derecho Administrativo Económico"; Bertelsen R. Raúl, "El Estado Empresario en la Constitución de 1980", entre otros) ratificando el criterio expuesto, arriba a la conclusión de que a las leyes que autorizan al Estado para desarrollar actividades empresariales debe dárseles una interpretación restrictiva, ello de acuerdo al principio de especialidad del giro de las empresas públicas y de las sociedades del Estado.



En este sentido, se sostiene por el profesor Aróstica que las leyes que autorizan a los organismos del Estado para ejecutar funciones comerciales poseen un claro e inequívoco carácter excepcional, por lo que no pueden extenderse a ámbitos o situaciones que le son ajenos. De allí que el artículo 2° de la ley N° 18.772, que fijó el objeto de METRO S.A., facultándola para “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”, no puede interpretarse soslayando la especialidad atribuida en la misma ley a esta sociedad estatal, la cual ya aparece decantada en el frontis de su propio nombre o denominación: como “METRO”, la que encuentra su razón de ser y de obrar en la operación del “ferrocarril subterráneo”, de manera que dichas funciones complementarias o anexas sólo pueden estimarse lícitas si son acordes y están directamente relacionadas con ese propósito u objetivo principal.

Corrobora el predicamento anterior el fallo de la Excm. Corte Suprema, de 31 de enero de 2000, recaído en el rol N° 248-00, que dispuso que Metro S.A. “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 19 de la Constitución Política de la República le es aplicable plenamente y, por lo mismo, su objeto social, impuesto por una ley de quórum calificado y no por la voluntad de sus socios, como ocurre en la generalidad de las sociedades, circunscribe a Metro S.A. a desarrollar 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”.

En este sentido, es necesario subrayar, de una parte, que si bien METRO S.A. constituye una sociedad anónima, tal calidad no deriva de la voluntad de los accionistas que concurrieron a constituir la -en la especie el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción, ambas, entidades estatales-, sino que de la única voluntad del legislador, que autorizó el desarrollo de una precisa actividad empresarial bajo esa forma societaria.

Por otro lado, también se debe consignar que de dicha naturaleza jurídica no se sigue que a METRO S.A. le correspondan, sin más, todas las características que son propias de tales sociedades, ello tanto porque la misma ley directamente especificó su objeto social -el que tampoco depende de la voluntad de sus socios-, como porque el hecho de que sus accionistas sean el Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción importa que a METRO S.A. se apliquen diversas limitaciones y obligaciones que son ajenas a la generalidad de las sociedades anónimas.

Tales son, por ejemplo, las contenidas en el artículo 63, N°9, de la Constitución Política de la República, que encarga a la ley la fijación de las normas con arreglo a las cuales las empresas en que el Estado tenga participación puedan contratar empréstitos, y les prohíbe, directamente y sin excepciones, contratarlos con el Estado, sus organismos o empresas, y en el artículo 8° de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que dispone que las empresas en que el Estado tenga representación o aportes de capital mayoritario, remitirán al Congreso Nacional sus memorias, boletines y otras publicaciones que contengan hechos relevantes concernientes a sus actividades, entre varias otras. En el mismo sentido, en lo que se refiere al control de estas

sociedades anónimas estatales, resulta fundamental considerar lo dispuesto en el artículo 16 inciso segundo de la ley N°10.336, Orgánica Constitucional de este Organismo de Control, que somete a tales sociedades a su fiscalización, entre otros aspectos, precisamente, para los efectos de cautelar el cumplimiento de sus fines, definidos, por cierto, en el objeto social de las mismas.

Otro aspecto de la singularidad de las sociedades anónimas estatales que queda de manifiesto en el caso que aquí interesa y que marca una diferencia sustancial con el resto de las sociedades, radica en la circunstancia que la operación de que se trata reconoce como antecedente el oficio N°349, del Ministro de Hacienda, de 20 de abril de 2007, dirigido al Presidente del Directorio de METRO S.A., acto de la Administración mediante el cual ese Secretario de Estado, a petición del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, "como representante del accionista Fisco" solicita al Directorio de la empresa la convocatoria, a la mayor brevedad, a una Junta Extraordinaria de Accionistas cuyo objeto sea ratificar la ejecución de la operación que se cuestiona. Dicho acto -tratado en las sesiones ordinarias N°s 605 y 606 del Directorio de METRO S.A.-, se tradujo, finalmente, en la celebración de la Decimosexta Junta Extraordinaria de Accionistas, de 7 de mayo de 2007.

Establecido lo anterior, examinados los términos de la ley N° 18.772 y el giro que el legislador definió como propio de METRO S.A., se advierte que dentro de éste no se incluye la posibilidad de otorgar recursos en préstamos o mutuos, como ocurre en la especie, toda vez que su objeto, como aparece de los artículos 1° y 2° del referido cuerpo legal, es el servicio público de transporte de pasajeros, mediante ferrocarriles metropolitanos urbanos o suburbanos y otros medios eléctricos complementarios y servicios anexos.

En el mismo sentido, la convención que se cuestiona no constituye un acto u operación relacionado con el objeto social de METRO S.A., comoquiera que ella concierne, directa y principalmente, al financiamiento del quehacer de terceras empresas, distintas a METRO S.A., cada una de las cuales tiene un objeto social propio y distinto al de esta sociedad estatal.

A mayor abundamiento, es necesario puntualizar que, en modo alguno, dicha operación de préstamo podría fundarse en la expresión "servicios anexos" que utiliza el referido artículo 1°, ni en las "actividades anexas" al giro de dicha empresa a que alude el artículo 2°, por cuanto debe entenderse que esos servicios y actividades tienen que ser, necesariamente, dependientes o accesorios al giro principal antes descrito. Tampoco resulta admisible que el acuerdo que se cuestiona sea de aquellos actos u operaciones "relacionados con el objeto social" que autoriza a ejecutar el mismo artículo 2°, por cuanto, según se desprende de los diversos antecedentes aportados por los mismos organismos informantes, el Aporte Complementario apunta a precaver un aumento de tarifas y a beneficiar a los usuarios del Sistema.

Por lo mismo, no cabe sino señalar que el aporte de que aquí se trata constituye una operación por completo ajena al objeto social de METRO S.A., conclusión que no se altera por la circunstancia de que el tomador del préstamo sea una institución ligada al Transantiago.

Coincidente con lo expuesto, es pertinente recordar que para cumplir con la exigencia constitucional que se analiza y con el objetivo específico de facultar a METRO S.A. para participar en otras actividades adicionales a las previstas en la referida ley N° 18.772, como son los servicios de transporte suburbano de pasajeros y la explotación comercial de sus bienes en actividades o servicios complementarios, el artículo 6° de la ley N°19.170 debió autorizarla en forma expresa para constituir con la Empresa de los Ferrocarriles del Estado las sociedades anónimas que atendieran tales rubros.

4.- Consideraciones de la ley N°20.206, que crea un Fondo de Estabilización Financiera del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago y dispone otros aportes fiscales que indica.

Sin perjuicio de lo ya señalado en los numerandos anteriores, en el análisis de la materia no puede dejar de tenerse en cuenta la dictación de la ley N° 20.206, publicada en el Diario Oficial el 6 de julio de 2007, con posterioridad a las presentaciones que se atienden, y que crea un Fondo de Estabilización Financiera del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago y dispone otros aportes fiscales que indica.

De conformidad con el artículo 1° de ese cuerpo legal, dicho Fondo tiene por objeto dar estabilidad al régimen tarifario del referido Sistema y procurar un mejor servicio a los usuarios, incorporándose a la Ley de Presupuestos vigente.

En lo que interesa, el inciso segundo del mismo artículo 1° determina que el Fondo se constituirá con los aportes fiscales a que se refiere el artículo 2° de la ley N°20.206 y operará de acuerdo a lo que resuelva, informe y proyecte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Precisamente, el artículo 2° mencionado, autoriza al Ministro de Hacienda para que durante el año 2007, mediante uno o más decretos expedidos bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", efectúe al Fondo un aporte reembolsable de hasta por la suma que señala, expresada en pesos y cuya transferencia al Sistema se hará una vez que se establezcan los términos de su reembolso, en las condiciones y plazos que indica.

Por otra parte, tal precepto, en su inciso segundo, autoriza a la mencionada autoridad para que en el mismo año y mediante igual procedimiento, transfiera al Fondo, en la forma que señala, determinada cantidad expresada en pesos, como aporte fiscal no reembolsable.

En relación con lo anterior, es pertinente anotar que el artículo 9° de la citada ley, establece que los recursos del aporte no reembolsable que integran dicho Fondo, deberán destinarse, en primer término, a cumplir con las obligaciones que el Sistema mantenga con la Empresa de Transporte de Pasajeros METRO S.A., las que deberán ser objeto de prepago.

Es menester agregar que el resto del articulado del texto legal en comento, contiene diversos preceptos que regulan otros aspectos relativos a la transferencia de los recursos de que se



trata, estableciéndose, además, la constitución de una cuenta especial de reembolso de los aportes, destinada a la restitución de ellos y de los compromisos asumidos con cargo a la misma cuenta, la cual será administrada por el AFT, constituyendo un patrimonio separado de los recursos propios de éste, de los Concesionarios de Uso de Vías y de los prestadores de servicios complementarios. Además, se contemplan disposiciones sobre la emisión de informes relativos al destino de los recursos indicados y sobre la confección de auditorías referentes a la materia.

De lo expuesto queda claramente establecido que el propósito de la aludida ley N° 20.206 es propender a dar solución a diversos problemas que se han originado con motivo del funcionamiento y del financiamiento del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago, estableciendo, para ese efecto medidas y mecanismos específicos que sean necesarios para superar tales situaciones.

Desde esta perspectiva, y en lo que atañe a la situación examinada, en relación con el aporte no reembolsable establecido en esta ley, cabe hacer presente que de los términos de su artículo 9° es posible entender que el legislador ha reconocido singularmente las operaciones de financiamiento y préstamo cuestionadas, previendo los recursos fiscales que, integrados al Fondo, deben en forma prioritaria destinarse a pagar de manera anticipada la referida operación financiera de endeudamiento.

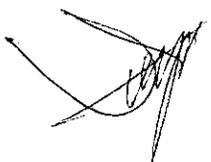
5.- Conclusiones

En mérito de los fundamentos y consideraciones expuestos, esta Contraloría General cumple con manifestar, por una parte, que el aumento de capital de METRO S.A. puede verificarse mediante la emisión de Acciones Series A y B para las finalidades y bajo las condiciones señaladas en la ley N°18.772.

Por otra parte, es dable concluir que el "Aporte Operacional" enterado por esa sociedad, en los términos descritos, no resulta objetable. En cambio, el "Aporte Complementario", excede del objeto social de METRO S.A., lo cual debe entenderse sin desmedro de lo señalado a propósito de la entrada en vigor de la ley N°20.206, debiendo dicha empresa, en lo sucesivo, ajustarse estrictamente a dicho objeto.

Transcribese a los recurrentes, a los Ministerios de Hacienda y de Transportes y Telecomunicaciones, a la Corporación de Fomento de la Producción y a la Superintendencia de Valores y Seguros.

Saluda atentamente a Ud.



RAMIRO MENDOZA ZUÑIGA
CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA