

SERIE INFORME

LEGISLATIVO

ISSN 0717-1540

Nº 29

SEPTIEMBRE 2009

**Transantiago y
el Estado de Derecho**

Por: Axel Buchheister R.*
Sebastián Soto V.**

LIBERTAD 
DESARROLLO

INDICE

Resumen Ejecutivo	5
-------------------	---

I. Introducción	7
-----------------	---

II. ¿Tiene Base Jurídica el Transantiago?	7
2.1. Marco Jurídico para el Desarrollo de las Actividades Económicas	8
2.2. Marco Legal específico para el Desarrollo de la Actividad Económica de Transporte Público remunerado de Pasajeros. Base Jurídica del Transantiago	9
2.3. Conclusión	12

III. Financiamiento Irregular del Transantiago	13
3.1. El Préstamo del Metro	13
3.2. La Tramitación de la Ley N° 20.206	14
3.3. Endeudamiento de la Cuenta de Reembolso	17
3.4. Otras Situaciones a Considerar	25
3.5. Conclusión	26

IV. Corolario	26
---------------	----

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Director de Estudios Jurídicos de Libertad y Desarrollo.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile y Máster en Derecho (LLM), Universidad de Columbia. Director del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

TRANSANTIAGO Y EL ESTADO DE DERECHO

Resumen Ejecutivo

El presente trabajo contiene un completo análisis de las bases jurídicas del Transantiago, tanto respecto de su implementación como de su posterior financiamiento. Sus principales conclusiones se resumen a continuación.

El Transantiago se llevó adelante sin contar con la base legal necesaria para ello y constituyó una actuación de hecho, que excedió el marco jurídico que autoriza regular las actividades económicas de las personas y para el ejercicio de las potestades públicas. Para llevar adelante el nuevo sistema de Transporte Público se requería de la aprobación de una ley; pero esta no sólo era necesaria para autorizar su existencia como sistema único de transporte de pasajeros del Gran Santiago, sino que para contemplar el conjunto de reglas para su adecuado funcionamiento, para entregar las facultades pertinentes a los órganos públicos y para contemplar las sanciones en caso de infracción por parte de las empresas licitadas.

Tan claro es lo anterior, y ante la evidencia del desastre operacional y financiero que importó su puesta en marcha, es que en 2007 se enviaron varios proyectos de ley que pretendían llenar los vacíos regulatorios antes aludidos y solucionar los problemas que acaecieron.

La exigencia que se dictare una ley para establecer un modelo de transporte colectivo de pasajeros como el Transantiago, no solo tiene un fundamento dogmático jurídico, sino que entronca con los requerimientos de la democracia misma. El Transantiago es un verdadero “caso de texto” para demostrar la importancia del debate legislativo y el rol que cumplen las leyes. Muchos de los errores manifiestos e improvisaciones que lo caracterizaron, hubieran sido advertidos y denunciados durante el debate abierto que es inherente al trámite legislativo en el Congreso. En ese escenario no hubieran podido materializarse y se les habría puesto oportuno atajo. Fue posible que sucedieran, porque se obró a “puerta cerrada”, atribuyéndose la plenitud de las facultades y sin escuchar opiniones alternativas, lo que constituye la negación de la democracia y del Estado de Derecho.

Por otra parte, el Transantiago ha debido recurrir a diversos mecanismos para financiar el déficit operacional. Entre éstos se cuentan el crédito con el Banco Estado, con el Banco Interamericano de Desarrollo y el préstamo del Metro. El trabajo los analiza en detalle al igual que las consecuencias generadas por una ley que aportó recursos a este sistema de transportes. Todo ello, permite concluir que los mecanismos utilizados han constituido en su mayor parte formas de financiamiento irregular que han violado las leyes y la Constitución y, con ello, erosionado las bases del Estado de Derecho.

Si bien algunas de las operaciones estudiadas intentaron una salida aparentemente legal, en definitiva, ellas terminaron desvirtuando el sentido de la ley. Otras constituyeron abiertamente una violación a normas legales y constitucionales que han vulnerado los fundamentos mismos del Estado de Derecho. Es el resultado de una muy desafortunada política pública cuyos efectos pueden apreciarse no solo en el mal funcionamiento de un plan de transporte, sino también en el debilitamiento de la institucionalidad sobre la que se sostiene nuestra democracia.

En definitiva, la elaboración del plan de transportes se hizo desde su inicio de espaldas al Congreso Nacional. El gobierno del Presidente Lagos y luego de la Presidenta Bachelet, además de los ministros que los acompañaron en esta tarea, decidieron emprender esta tarea auto asignada despreciando la deliberación democrática que se lleva a cabo en el Congreso tanto para implementar el sistema como para financiarlo.

Como se verá, el Transantiago y el Estado de Derecho son dos conceptos que la práctica del Poder Ejecutivo ha ubicado en planos opuestos. No es posible evaluar con certeza las consecuencias futuras para nuestra institucionalidad de todo lo que aquí se ha expuesto. La mayor de las veces las instituciones funcionaron y detuvieron aquellos resquicios que intentaron ser esgrimidos. Sin embargo, las embestidas contra el Estado de Derecho siempre generan daños. En este caso, los daños se traducen en interpretaciones extremas ajenas al espíritu de la legislación, figuras al límite de lo legal que subsisten hasta hoy, entelequias jurídicas, modos de argumentar e interpretar la Constitución para buscar curiosas justificaciones, precedentes, normas y, en fin, toda otra gran cantidad de costumbres jurídicas, cuyo efecto negativo en el Estado de Derecho es de una magnitud aún incierta. Todo esto es un ejemplo que no debe seguirse, pero además un llamado a tomar conciencia sobre el modo como deben elaborarse las políticas públicas.

TRANSANTIAGO Y EL ESTADO DE DERECHO

I. Introducción

En febrero de 2007 se puso en marcha un nuevo sistema de transporte público de pasajeros para Santiago, denominado Transantiago, que como es sabido entró en inmediata crisis operacional y financiera.

El nuevo diseño, que consiste en un esquema centralmente definido y que implicó un cambio radical del modelo de negocios, de gestión y de operación aplicado hasta ese momento en el rubro, fue implantado en virtud de decisiones exclusivamente administrativas, esto es, sin que se aprobara ley alguna por el Congreso Nacional. Desde luego, llama la atención que un país en que - incluso por razones culturales- todo debe hacerse por ley, no se haya tenido que realizar ninguna modificación legal para introducir cambios de tales proporciones.

Pero el Congreso Nacional no fue solo postergado al momento de diseñar e implementar el sistema, sino que también, una vez en marcha, cuando se hizo necesario financiar el déficit operacional generado desde el inicio.

Es sobre estas dos materias que trata el presente capítulo. En la primera parte se analiza si el Transantiago tiene o no base jurídica. Para eso se estudia someramente el marco jurídico vigente para el desarrollo de actividades económicas y luego se desglosa más específicamente el marco legal que rige al desarrollo de la actividad económica de transporte público remunerado de pasajeros. En la segunda parte, el trabajo se detiene en las diversas formas y resquicios utilizados por el gobierno para obtener el financiamiento que permitió mantener en funcionamiento el sistema. Así, se analiza el préstamo del Metro, del Banco Estado y del BID además de otras operaciones y decisiones de la Contraloría y el Tribunal Constitucional.

Como se verá, ambos análisis no solo dejan un saldo negativo para el Estado de Derecho, sino que también muestran que el Transantiago fue una política pública diseñada a espaldas del Congreso Nacional y luego financiada de un modo irregular intentando, otra vez, conseguir recursos sin la anuencia de los representantes democráticamente elegidos.

II. ¿Tiene Base Jurídica el Transantiago?

La norma legal básica que rige la prestación de servicios de transporte de pasajeros, que se encuentra en el artículo 3° de la Ley N° 18.696¹, en su inciso primero proclama un régimen de libertad de emprendimiento, en los siguientes términos:

“El transporte nacional de pasajeros remunerado, público o privado, individual o colectivo, por calles o caminos, se efectuará libremente, sin perjuicio que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones establezca las condiciones y dicte la normativa dentro de la que funcionarán dichos servicios, en cuanto a cumplimiento obligatorio de normas técnicas y de emisión de contaminantes de los vehículos, así como en lo relativo a condiciones de operación de los servicios de transporte remunerado de pasajeros y de utilización de las vías”.

Sin embargo, el mencionado artículo 3° tiene nueve incisos adicionales que entregan al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), atribuciones para licitar vías a determinados vehículos y servicios en

¹ Las referencias al artículo 3° de la Ley 18.696, se entienden hechas al texto vigente al momento de licitarse el Transantiago. Las modificaciones posteriores no son relevantes para el análisis, porque al momento que se tomaron las decisiones que implementaron el nuevo sistema de transportes no estaban vigentes

razón de existir contaminación, congestión vehicular o el riesgo para la seguridad de las personas o vehículos.

La principal característica del Transantiago ha sido su carácter integral y excluyente, vale decir, que consiste en la creación de un sistema único de transporte público de pasajeros para el gran Santiago y que excluye la prestación de ese servicio por cualquier persona no comprendida en las licitaciones oficiales. En otras palabras, la libertad de crear y explotar recorridos de buses en las comunas que comprenden la principal ciudad del país ya no existe. Si alguien solicitare registrar un servicio de transporte de pasajeros en las mismas, fundándose en la libertad de recorridos, recibiría como respuesta una negativa.

La pregunta que surge es ¿tiene legalmente la autoridad la atribución de negar el registro de un nuevo servicio de locomoción colectiva? Para responderla apropiadamente, es menester revisar con más detalle el marco jurídico que regula en general el desempeño de las actividades económicas, como asimismo, la actividad de transportes de pasajeros, en particular.

2.1. Marco jurídico para el desarrollo de actividades económicas

2.1.1. Norma Constitucional

Sabido es que la Constitución de 1980, innovó estableciendo un marco para el desenvolvimiento de la economía, lo que algunos han llamado el establecimiento de un “orden público económico”. Aparte del fortalecimiento del derecho de propiedad, se consagró explícitamente el derecho a desarrollar actividades económicas. Así, expresa el artículo 19 N° 21:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

...

21°.- 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 solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal

caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”.

El inciso primero consagra nítidamente un derecho de las personas a emprender actividades económicas, reconociendo como limitación únicamente la infracción a ciertas categorías valóricas, como la moral, el orden público y la seguridad nacional, y la necesidad de sujetarse a las normas legales que las rijan. De esta última parte, es que se concluye –por la inversa- que las actividades económicas solo pueden ser reguladas por ley².

Interesante resulta agregar que el inciso segundo del precepto constitucional transcrito, señala que el Estado únicamente puede desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley de quórum calificado así lo autoriza.

Finalmente, atendido el hecho que el mencionado artículo 3° de la ley 18.696 otorga al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (MTT) facultades para llamar a licitación, es pertinente recordar lo estatuido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, que consagran el llamado principio de la legalidad, conforme a los cuales las autoridades “*deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*” (art. 6°, inc. 1°) y que no “*puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*” (art. 7°, inc. 2°). Dicho principio ha sido resumido en un antiguo aforismo, que expresa que “en derecho público solo puede hacerse aquello que está expresamente permitido”.

Por consiguiente, cabe concluir que desde la perspectiva constitucional, para establecer el Transantiago como un sistema que restringiere la iniciativa emprendedora de la

² En el Tribunal Constitucional, la reserva legal en materia de regulación económica ha transitado desde un reconocimiento a la reserva legal absoluta, como Publicidad Caminera I (STC Rol N° 146, de 21 de abril de 1992) y II (STC Rol N° 167, de 6 de abril de 1993), y Ley de Bases del Medio Ambiente (STC Rol N° 185 de 28 de febrero de 1994), hasta una relativización extrema de la reserva legal, como el caso Catalíticos (STC Rol N° 325 de 26 de junio de 2001). La doctrina a nuestro juicio más certera se desarrolla con claridad en FERNANDOIS, Arturo (2006, 2°ed): Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia” (Santiago: Universidad Católica)

generalidad de las personas, reservándola a quienes ganaren una licitación y cumplieren ciertas condiciones³, era menester que ello estuviere así contemplado en la legislación vigente, como fuere que las actividades económicas exclusivamente se pueden regular por ley y el principio de legalidad impide que se haga por otro medio.

Además, si como consecuencia del diseño el Estado resultare estar realizando un emprendimiento empresarial, la norma legal que estableciere tal mecanismo debería tener el carácter de quórum calificado.

2.1.2. Normativa legal

Es un hecho que el Transantiago constituye un sistema monopólico, por cuanto el servicio que se presta de transporte colectivo de pasajeros es uniforme, por una misma tarifa y sin que nadie pueda ofrecer una alternativa, no ya en las vías específicamente licitadas, sino en cualquiera de las vías existentes o futuras del conjunto de comunas que comprenden el “Gran Santiago”. Esta denominación, según las bases de licitación del Transantiago, comprende las Provincias de Santiago, las comunas de Puente Alto y San Bernardo, y las Provincias de Cordillera y Maipú⁴.

No es el caso entrar aquí al debate de si se justifica crear un monopolio de esa naturaleza, atendidas las innegables particularidades que presenta la actividad del transporte colectivo de pasajeros, sino cuál es el expediente jurídico para hacerlo si la conclusión es afirmativa.

La respuesta a esa interrogante, desde la perspectiva del establecimiento de un monopolio, se encuentra en lo dispuesto en el artículo 4° del DL 211, de 1973, sobre protección de la libre competencia, que reza: “*No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice*”.

No puede, entonces, existir duda alguna que la concesión

³ Pudiera discutirse si el art. 19 N° 21 de Carta Fundamental permite restringir el acceso a una actividad económica a determinadas personas, más allá de poner requisitos aplicables a la generalidad de ellas. En la práctica se ha entendido que sí es posible, lo que queda demostrado por las restricciones para fundar bancos, compañías de seguros de vida, administradoras de fondos de pensiones, etc.

⁴ Bases de Licitación Pública de uso de vías de la ciudad de Santiago para la Prestación de servicios urbanos de Transporte Público remunerado de Pasajeros mediante buses (Licitación Transantiago 2.003).

o establecimiento de un monopolio que no ha sido expresamente contemplado en la ley, constituye una infracción a la legislación sobre libre competencia y debe ser sancionada conforme a ella.

2.2. Marco legal específico para el desarrollo de la Actividad Económica de Transporte Público remunerado de pasajeros. Base jurídica del Transantiago

Hemos visto que, desde la perspectiva del ejercicio en general de las actividades económicas, existe libertad para emprenderlas y solo en virtud de una ley se puede restringir el acceso a alguna determinada; más aún, únicamente en cuanto una ley expresamente lo permita puede realizarse cualquier especie de acto que implique conceder un monopolio. La autoridad, en sujeción al principio de la legalidad, no puede realizar acto alguno que restrinja el acceso a una actividad económica ni conceder un monopolio, sino en cuanto una ley expresamente le conceda esa facultad.

La pregunta, entonces, es simple: ¿hay una ley que faculte a entregar un monopolio en la actividad de Transporte público remunerado de pasajeros, como se hizo en el Transantiago?

La supuesta base legal del Transantiago se pretende que está en el ya referido artículo 3° de la Ley N° 18.696 y también en la Ley 18.059, de 1980, que asigna al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones el carácter de organismo rector nacional de tránsito.

2.2.1. El artículo 3° de la Ley N° 18.696

Esta disposición ya se ha mencionado antes, cuando se hizo notar que su inciso primero establece nada menos que la libertad de emprender la actividad de transporte que nos ocupa.

No obstante, la libertad consagrada ahí no es absoluta, sino que se sujeta a las condiciones y normativa técnica que dicte el MTT, como también a las condiciones de operación que fije para los servicios. Por cierto, de ello no se sigue que se pueda restringir el acceso al sector, sino

que para prestar servicios es necesario cumplir con las normas que regulan la actividad.

Sin embargo, el inciso 2° del mismo artículo contiene una excepción distinta, que es la facultad del MTT de licitar vías. El artículo en comento contiene otros ocho incisos, pero ellos no hacen más que desarrollar los términos en que se debe efectuar la licitación, las sanciones en caso de infracción, etc. La esencia de la atribución para el Ministerio está en el inciso 2°, que se transcribe:

“El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley N° 18.290⁵, podrá, en los casos de congestión de las vías, de deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular, disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos y/o servicios, mediante procedimientos de licitación pública, para el funcionamiento del mercado de transporte de pasajeros”.

En concreto, el supuesto fundamento jurídico del Transantiago arranca de este precepto. De la lectura del mismo, fluye que el MTT queda facultado para licitar con el fin de disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos o servicios, en caso de congestión, deterioro del medio ambiente o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de la circulación vehicular.

No cabe duda que esta disposición no puede servir de base suficiente para la instalación del Transantiago. Ello es así por variadas razones.

En primer lugar, el inciso segundo, antes transcrito, no puede ser interpretado aisladamente, sino que en relación con las demás normas que rigen la materia, en particular el inciso que le antecede, que declara la libertad de servicios en el transporte nacional de pasajeros. No se entiende que, por una parte, la ley consagre ese principio y, acto continuo, entregue una facultad al MTT para establecer un sistema global y excluyente de toda libertad. Precisamente esta última se entiende como garantía hacia

5 Se refiere a la Facultad del MTT de prohibir por causa justificada, la circulación de todo vehículo o de tipos específicos de éstos, por determinadas vías públicas; como asimismo a la atribución de Carabineros para adoptar medidas transitorias en relación con la circulación de vehículos.

las personas y, por tanto, las normas que la limitan se deben interpretar restrictivamente.

En el mismo orden de ideas, existe una garantía constitucional sobre emprendimiento en las actividades económicas (art. 19 N° 21) y que solo puede ser restringida por ley, motivo por el cual cabe concluir que se requiere de una norma legal precisa y conducente nítidamente a ese objeto, no pudiendo entenderse que la atribución puede estar implícita en una disposición o derivarse de atribuciones genéricas o amplias.

Otra razón para exigir una autorización legal inequívoca, es lo dispuesto el art. 4° del DL 211, en cuanto se prohíbe actos que impliquen conceder monopolios, salvo que la ley lo autorice. Nadie puede negar que el Transantiago como fruto de las licitaciones, reservó la prestación de servicios colectivos de transporte de pasajeros a determinados actores y excluyó absolutamente el ingreso otros, entregando una licencia monopólica, que como tal debe estar consagrada expresamente en la ley.

Más aún, el tenor literal del inciso segundo, que faculta a realizar licitaciones, en momento alguno consagra la posibilidad de licitar la globalidad de la vías para determinados actores, los que además deben someterse a un serie de condiciones de operación que nada tienen que ver con la circulación vehicular misma –presupuesto habilitante mencionado por la ley que se invoca para licitar–, como el sistema integral de recaudación (tarjeta BIP) y de control de flota, más allá de los méritos que se les puedan atribuir a los mismos.

En efecto, lo que dicho precepto expresa es que mediante licitación pública el MTT puede “disponer el uso de las vías para determinados tipos de vehículos y/o servicios”. Nótese que la atribución legal apunta exclusivamente a determinar el tipo de “vehículos o servicios” que pueden ocupar las vías, de forma que todo aquel que cumpliera con el tipo de vehículo o servicio que se licitare, podía ingresar a la actividad, conforme con la libertad que previamente se ha consagrado. El alcance preciso y claro de esta norma es excedido por mucho por el Transantiago, en cuanto sistema integral y excluyente, que se extiende a aspectos tan ajenos a su tenor, como los sistemas ya mencionados.

Además, el llamado de licitación es restrictivo, porque solo

puede tener lugar, según el mentado inciso segundo, cuando hay “congestión de las vías” o bien “deterioro del medio ambiente” o “de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos, producto de la circulación vehicular”. A ello agrega la misma disposición, que las licitaciones se hacen “para el funcionamiento del mercado de transporte de pasajeros”. Es sabido que el Transantiago ha sido defendido como un sistema que pretendía mejorar el sistema de transportes y calidad de vida de los santiaguinos, lo cual excede con mucho las finalidades consagradas en la ley (evitar congestión y contaminación, como proveer seguridad en el tránsito), por laudables que sean dichos motivos; menos aún cumple con el objeto de hacer funcionar “el mercado” de transporte de pasajeros.

Pero incluso es posible argumentar más allá. Cualquiera que analice el diseño y estructura de funcionamiento del Transantiago, llegará a la conclusión que en la práctica se constituyó una empresa del Estado que maneja el transporte colectivo del Gran Santiago. En efecto, ninguna de las empresas que licitaron los servicios tienen capacidad o margen alguno para administrar el sistema o tomar decisiones que típicamente corresponden a un empresario, como decidir sobre la marcha del negocio e introducir los cambios necesarios para satisfacer el mercado; esas decisiones solo las puede tomar el MTT. En el hecho, existe una empresa global y centralmente gestionada de servicios de transporte colectivos de pasajeros en Santiago, denominada Transantiago. Esta empresa subcontrata el suministro de buses y el sistema de recaudación y control de flota con empresas privadas, por una remuneración que tiene componentes fijos y variables. Estas empresas no toman ni pueden tomar ninguna decisión de gestión, de tarifas, de destino de buses o recorridos: solo suministran buses y los sistemas de operación que se le soliciten.

De conformidad con el artículo 19 N° 21, inciso segundo, el Estado puede realizar actividades empresariales cuando una ley de quórum calificado lo determine. Y jamás se ha dictado una que autorice la existencia de la empresa estatal Transantiago.

No hay tampoco antecedente que alguna autoridad que impulsó el nuevo modelo haya expuesto sistemáticamente los fundamentos jurídicos para llevar adelante el Transantiago. Simplemente se dictaron los actos

administrativos y se llamó a licitación. Y es en las bases de licitación y en los contratos celebrados al adjudicar los servicios, donde se encuentra el conjunto de normas que regulan ese sistema de transporte; ni siquiera en una norma reglamentaria.

Sin embargo, se pueden encontrar esos fundamentos en una exposición del Sr. Contralor General de la República ante la Cámara de Diputados. En efecto, cuando concurrió a exponer a la Comisión Investigadora sobre el Financiamiento del Transantiago, constituida básicamente a raíz del fallo del Tribunal Constitucional que declaró contrarias a derecho las autorizaciones para endeudarse con el Banco del Estado y el Banco Interamericano de Desarrollo, el Contralor hizo un preámbulo explicando el marco jurídico que le sirve de fundamento y los problemas que enfrenta la Contraloría en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras.

En primer lugar, señaló que la base jurídica está en el art. 3° de la Ley 18.696, que *“tiene dos ejes consistentes en la libertad tarifaria y otro que da cierto margen potestativo a la autoridad, lo que dice relación con la fijación de vías”*⁶. Sin embargo, agregó que con la ley N° 19.011 -que sustituyó el texto de dicho artículo 3°- hay un brusco cambio, acotando que *“Ahora bien, esto, en lo medular, lleva a la licitación del uso de vías. Es decir, ya no es un problema de fijación, de autorización, ni relacionado con el tipo del vehículo que circula, sino que, derechamente, el Estado asume el control de la plataforma ‘bien público-calle’ para los efectos de permitir el ejercicio de la actividad en ella”*⁷.

No se entregó mayor antecedente para fundar la aseveración que la ley entregó al Estado el control de “la plataforma bien público-calle”. Por nuestra parte discrepamos de tal interpretación, por las razones ya antes detalladas, pero ella nos permite saber la lógica con se ha abordado el tema.

Concluyó su análisis sobre este punto, señalando el Sr. Contralor que *“Esta modificación (de la ley 19.011) lleva a un conjunto de contratos, que quizás es el acento que esta Contraloría General de la República quiere poner. Este conjunto de contratos que se ha materializado ha*

⁶ Versión taquigráfica, sesión de la Comisión Encargada de Analizar materias Relacionadas con el Crédito BID-Transantiago; sesión de 15 de diciembre de 2008.

⁷ Ídem.

*debido necesitar un apoyo legislativo para la implementación de un sistema que no es potestativo completo de una actividad 'regulada', sino que un parche tras otro, destinado a configurar accidentalmente un sistema sobre la base de una situación que es la convención; es decir, es la única actividad regulada que su soporte constructivo está en la convención y no en la potestad*⁸.

Esa conclusión es coincidente con nuestra apreciación que el sustento jurídico del Transantiago es precario, porque en definitiva existe escasa potestad y la sustancia de sus regulaciones está en contratos, y no en normas legales. No obstante, la Contraloría estima en definitiva que aquel es un marco jurídicamente suficiente, aunque le provoque problemas en su tarea de fiscalización administrativa.

En nuestro concepto, una conclusión de ese tipo no concuerda con las exigencias del principio de legalidad, base del Estado de Derecho. En efecto, los órganos del Estado *"deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"* (art. 6°, inc 1°) y que no *"puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes"* (art. 7°, inc 2°). Por lo mismo, el Estado para restringir las libertades personales y crear todo un sistema de transportes debe tener facultades precisas contempladas en el ordenamiento jurídico, y mal puede auto conferírselas y llenar un espacio regulatorio mediante contratos que nadie le ha facultado a celebrar. Las normas que existen al respecto, en ningún momento le autorizaban a llegar al nivel de regulación y limitación de los derechos de las personas, en los términos que implicó el Transantiago.

2.2.2. La ley N° 18.059

Otra base jurídica que siempre se cita en los actos administrativos que dan origen al Transantiago, es la Ley N° 18.059, que asigna al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones el carácter nacional de tránsito y le señala atribuciones⁹.

⁸ Ídem.

⁹ Ley 18.059, D.O. 07.11.1981. La ley contiene tres artículos. El primero señala que el MTT "será el organismo normativo nacional encargado de proponer las políticas en materia de tránsito por calles y caminos y demás vías públicas o abiertas al uso público y de coordinar, evaluar y controlar su

Por razones de sistemática la hemos citado, pero no entraremos al análisis detallado de esta ley. En efecto, como su nombre lo dice, ella no hace más que designar al MMT organismo rector del "tránsito", esto es, de las normas sobre circulación en las vías y básicamente con el fin de evitar inconsistencias derivadas de las decisiones parciales que toman las distintas municipalidades en sus respectivos territorios. De dicha designación, ninguna atribución concreta se puede sacar para justificar la implantación del Transantiago.

2.3. Conclusión

Del conjunto de antecedentes que se han expuesto y las reflexiones que les han acompañado, resulta claro que el Transantiago se llevó adelante sin contar con la base legal necesaria para ello y constituyó una actuación de hecho, que excedió el marco jurídico que autoriza regular las actividades económicas de las personas y para el ejercicio de las potestades públicas. En una palabra, para llevar adelante el Transantiago se requería de la aprobación de una ley; pero esta no solo era necesaria para autorizar su existencia como sistema único de transporte de pasajeros del Gran Santiago, sino que para contemplar el conjunto de reglas para su adecuado funcionamiento, para entregar las facultades pertinentes a los órganos públicos y para contemplar las sanciones en caso de infracción por parte de las empresas licitadas.

Tan claro es lo anterior, y ante la evidencia del desastre operacional y financiero que importó su puesta en marcha, es que en 2.007 se enviaron varios proyectos de ley que pretendían llenar los vacíos regulatorios antes aludidos y solucionar los problemas que acaecieron. Tales fueron la Ley N° 20.206, que aportó fondos para enfrentar el déficit, y Ley N° 20.223, que creó el administrador provisional de los concesionarios en caso de caducidad de la concesión, y los proyectos Boletín N° 5077-17, que crea la autoridad metropolitana de transporte, Boletín N° 5.091 que permitía operar buses y minibuses al Metro S.A. (proyecto rechazado). A ellos, cabe agregar el largamente debatido proyecto de subsidio permanente al sistema de transporte de pasajeros de Santiago y, como consecuencia política, de otros sectores del país (Boletín 5849-15, de 2008).

cumplimiento". Luego enumera en forma genérica cinco funciones. El artículo segundo le concede al MTT un rol coordinador y el tercero le entrega algunas atribuciones a los Secretarios Regionales Ministeriales.

La exigencia que se dictare una ley para establecer un modelo de transporte colectivo de pasajeros como el Transantiago, no solo tiene un fundamento dogmático jurídico, sino que entronca con los requerimientos de la democracia misma. En efecto, democracia es adoptar las decisiones de manera informada y previo debate por parte de los representantes de la ciudadanía. Por ello la Constitución exige que ciertas materias sean aprobadas por ley.

El Transantiago es un verdadero “caso de texto” para demostrar la importancia del debate legislativo y el rol que cumplen las leyes. Muchos de los errores manifiestos e improvisaciones que lo caracterizaron, hubieran sido advertidos y denunciados durante el debate abierto que es inherente al trámite legislativo en el Congreso. En ese escenario no hubieran podido materializarse y se les habría puesto oportuno atajo. Fue posible que sucedieran, porque se obró a “puerta cerrada”, atribuyéndose la plenitud de las facultades, y sin escuchar opiniones alternativas, lo que constituye la negación de la democracia y del Estado de Derecho.

III. Financiamiento Irregular del Transantiago

En las siguientes páginas analizaremos diversas decisiones que ha tomado el gobierno para obtener financiamiento para el Transantiago y que han constituido violaciones de la Constitución y las leyes. Todas ellas han contribuido a vulnerar los fundamentos mismos del Estado de Derecho con aún inciertas consecuencias para nuestra institucionalidad.

Con este objeto entonces se analiza el préstamo del Metro al Transantiago que luego fue impugnado por la Contraloría. Se estudia también el mecanismo utilizado para cumplir la promesa que se le hizo a un senador a cambio de su voto en un importante proyecto de ley que permitió traspasar recursos al Transantiago. Como se explicará más adelante, no hay inconvenientes en la transacción misma, sino más bien en la implementación de la fórmula acordada que constituye un claro fraude que pone la operación al margen de la ley. Más adelante se examina la deuda que la denominada Cuenta Especial de

Reembolso incurre con el Banco del Estado de Chile y con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y los dos fallos del Tribunal Constitucional que terminan por declarar la inconstitucionalidad de la operación. Finalmente se esbozan otros temas que podrían constituir otras formas de financiamiento irregular o vulneraciones al Estado de Derecho generadas por el Transantiago.

3.1. El Préstamo del Metro

Desde sus inicios, el Transantiago ya requería de recursos adicionales para subsistir. En mayo del 2007, el déficit que ya se empezaba a acumular intentó ser salvado por medio de un préstamo que el Metro le concedería al Transantiago. Según trascendió, producto de esta decisión el entonces Presidente del Metro, Blas Tomic, renunció a su cargo, pues adujo “diferencias de visión con el resto del directorio en torno a ciertas materias de trascendental importancia para la empresa”¹⁰.

A pocos días de anunciada la figura, los diputados Cristián Monckeberg y Gonzalo Uriarte, acompañados de un grupo de alcaldes de la Alianza por Chile presentaron a la Contraloría un documento en el que solicitaban un pronunciamiento de juridicidad sobre dicha operación¹¹. Este llegó el 24 de agosto del 2007 por medio del dictamen N° 38.432. Veamos el detalle.

Ante todo es necesario explicar en algún grado el mecanismo utilizado. Como señala el dictamen, el 20 de abril de 2007 el Ministro de Transportes solicitó a su par de Hacienda tomar todas las medidas necesarias para que el Metro modificara los contratos entonces vigentes con el Administrador Financiero del Transantiago (AFT) con miras a reducir las retenciones que realizaba la empresa estatal por concepto del pago de sus tarifas por un monto de hasta US\$ 80 millones. La razón de esta solicitud fue, como era de esperar, los elevados costos no previstos generados por la puesta en marcha del Transantiago.

Con este objeto, el Ministro de Hacienda pidió que el Directorio del Metro convocara a una junta extraordinaria de accionistas para aprobar un aporte de capital, cuestión

¹⁰ El Mercurio Online, 04 de mayo de 2007.

¹¹ El documento puede verse en

<http://www.cristianmonckeberg.cl/pdf/documentos/requerimientocontraloria.pdf>

que se llevó a cabo el 9 de mayo. Ese mismo día Metro, el AFT y el Ministerio del Transportes suscribieron el denominado “Acuerdo Marco para el Financiamiento Transitorio de Transantiago” en virtud del cual el Metro se obligaba a aportar al sistema algo más de US\$ 80 millones de la siguiente forma:

- Por medio del denominado “Aporte Operacional” que consistía en postergar la percepción del pago de la tarifa que le correspondía por la prestación del servicio de transporte de pasajeros;
- Por medio del denominado “Aporte Complementario” a través del cual el Metro se comprometía a entregar al AFT un monto de dinero y este a su vez a pagarlo en un plazo determinado.

La Contraloría, luego de desestimar un reclamo de los solicitantes vinculados con el aumento de capital¹², se enfoca en el mecanismo recién descrito. En relación al Aporte Operacional, el órgano contralor no realiza objeción alguna, pues la figura “solo significa una alteración de la época de pago de la tarifa que (el Metro) tiene derecho a recibir por los servicios de transporte que presta” y, en consecuencia, el referido acuerdo de voluntad estaría comprendido dentro del marco de actividades que la ley autoriza al Metro.

En el caso del Aporte Complementario, en cambio, el dictamen acusa una falta. Para hacerlo, se hace un completo análisis del alcance de la normativa constitucional que regula al Estado empresario, citando para ello doctrina y jurisprudencia tanto administrativa como judicial. Se reafirma, entre otras cosas, el principio de especialidad del giro en las empresas estatales y la interpretación restrictiva que debe aplicarse a este¹³. Por esto, la Contraloría concluye que dentro del giro del Metro “no se incluye la posibilidad de otorgar recursos en

¹² Los requirentes argumentaban que los aumentos de capital del Metro solo podían tener por objeto ampliar la red, construir nuevas líneas u obtener el equipamiento de dichas obras. El dictamen señala que, en conformidad a la ley que rige a esa empresa pública, “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”.

¹³ Al respecto dice “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”.

préstamos o mutuos, como ocurre en la especie”, por lo que el aporte en cuestión “constituye una operación por completo ajena al objeto social de Metro S.A.”.

De este modo, la Contraloría objetó con razón una de las formas que se utilizaron en un primer momento para disminuir el déficit del Transantiago, sentando con ello un precedente relevante: ni el Metro ni ninguna empresa pública pueden servir de prestamistas si aquella función no está contemplada dentro de su giro. De paso, el dictamen confirma un principio de suma importancia para una economía de mercado, base del desarrollo nacional de los últimos 30 años, como es la especialidad del giro de las empresas públicas y la interpretación restrictiva que debe hacerse de este.

3.2. La Tramitación de la Ley 20.206

a. Contenido. La Ley 20.206, que creó un Fondo de Estabilización Financiera del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago y dispuso otros aportes fiscales, fue el segundo mecanismo utilizado para financiar temporalmente el Transantiago. Como veremos más adelante, uno de los artículos de la ley —el que crea la Cuenta Especial de Reembolso— dio pie al que tal vez es el más claro resquicio originado por el Transantiago. En esta sección, sin embargo, nos referiremos a la tramitación misma de la ley que, además de generar polémica pública y un intenso debate político, dio lugar a una nueva amenaza al Estado de Derecho.

El 6 de junio del 2007 el Ejecutivo envió el proyecto de ley, cuyos puntos centrales eran los siguientes:

- Creación de un Fondo de estabilización financiera para el Transantiago regulando su operación
- Autorización de los siguientes aportes fiscales:
 - Al Fondo: 98 mil millones de pesos, reembolsables;
 - Al Fondo; 52 mil millones de pesos, no reembolsables;
 - A los gobiernos regionales: 98 millones de pesos, reembolsables, para infraestructura;
 - A los mismos gobiernos regionales: 52 mil millones de pesos no reembolsables (para inversión en estudios y proyectos y

transferencias a otras entidades públicas);

- Al Fondo Común Municipal, 13 mil millones de pesos¹⁴.

iii. Exigir, previo a la entrega de los recursos, la celebración de convenios entre el Ministerio de Transportes, el AFT y los concesionarios, para que se establecieran normas para la aplicación de los recursos, condiciones, modalidades, procedimientos y forma y plazo de restitución, en su caso.

iv. Destinar parte de los recursos a control de la evasión en el pago de tarifas e incentivos a los conductores para el mismo objeto.

v. Regular la apertura y operación de una Cuenta Especial para el Reembolso de los aportes.

vi. Establecer las medidas de fiscalización y control sobre el destino de los aportes.

vii. Destinar recursos preferentemente al pago de obligaciones contraídas con el Metro S.A.

viii. Dictar normas sobre administración del aporte que se efectuará a las regiones, y otras materias administrativas.

b. Tramitación. El proyecto fue tramitado con urgencia, tanto en la Cámara de Diputados (discusión inmediata) como en el Senado (suma urgencia) y, en tan solo un mes, se despachó del Congreso tanto el texto original como el veto que luego lo modificó. Aun cuando no es del caso entrar a analizar el mérito de cada una de sus disposiciones, lo cierto es que más allá de los anuncios, queda hoy de manifiesto que ni esa ley ni otras medidas que se han querido implementar posteriormente han sido una solución real al Transantiago, ni financiera ni técnicamente¹⁵. Con todo, lo interesante del análisis de la tramitación fue la transacción de votos que hizo el gobierno para obtener la aprobación en el Senado. La maniobra se centró en el senador por la XII Región de Magallanes, el independiente Carlos Bianchi.

En efecto, la votación en el Senado era determinante. Si el proyecto se rechazaba no solo sufría un primer traspíe el

recién asumido ministro de Transportes, René Cortázar, sino que también el proyecto de ley detenía en la práctica su tramitación y el Transantiago se quedaba sin recursos. Por eso, fue de público conocimiento que en los días previos a la votación en el Senado, el gobierno desplegó toda su capacidad de presión para obtener el voto del senador Bianchi. Cuestión que finalmente logró, aprobando de este modo la idea de legislar y luego, cada uno de los artículos del proyecto¹⁶. Para hacerlo, como fue de público conocimiento y veremos en detalle en las próximas páginas, el gobierno llegó a un acuerdo con el senador Bianchi. De este modo, comprometió su voto favorable a cambio de ciertos beneficios para su zona.

El tema del *logrolling* o transacción del voto, es un asunto común y muy estudiado por la escuela del análisis económico del derecho público. Consiste en la posibilidad de intercambiar o “transar” votos entre parlamentarios. Certeramente un autor de esta escuela señala que “a pesar de la apariencia pública, la negociación es el sello de la actividad legislativa”. Y luego agrega: “prenda las cámaras de televisión y el Congreso de Estados Unidos es una elevada sociedad de debates. Apague las cámaras de televisión y el Congreso se asemeja a un bazar”¹⁷. Otros académicos, Mercurio y Medema, lo explican del siguiente modo: “En el proceso de *logrolling*, el representante A accede a votar por un proyecto de ley que el representante B quiere que sea aprobado, y en cambio B vota por la legislación que interesa a A. Los legisladores que están en minoría respecto a un tema en que están altamente interesados, pueden, a través del *logrolling*, estar dispuestos a intercambiar sus votos en otros temas en los cuales ellos no se encuentran tan interesados a cambio de los votos de otros legisladores y, en el proceso, construir una coalición de mayoría a favor de sus temas preferidos”¹⁸. En el caso del senador Bianchi no hay propiamente transacción de votos entre los congresistas, como es común en Estados Unidos, sino más bien entre el representante que ofrece su voto a cambio de beneficios que le concederá el gobierno a su región. Esto último se debe a que en el régimen institucional chileno el impulso en la asignación de recursos públicos corresponde

¹⁴ El total alcanza a 313 mil millones de pesos, equivalentes aprox. a 605 millones de dólares.

¹⁵ La Reseña Legislativa N° 814, de 8 de junio de 2007, tiene un análisis pormenorizado.

¹⁶ La votación en general fue de 20 votos a favor y 18 en contra. Sesión del martes 19 de junio de 2007. La sesión siguiente se aprobaron todos los artículos del proyecto.

¹⁷ COOTER, Robert D., *The Strategic Constitution*, (Princeton University Press, 2000), p. 51.

¹⁸ Mercurio, Nicholas y Medema, Steven G. (2006, 2ed.): *Economics and the Law* (New Jersey: Princeton University Press), p. 176.

exclusivamente al gobierno.

Cabe señalar que aun cuando esta realidad transaccional es inherente a las democracias y no pudiera considerarse por se ilegítima, sin duda que puede volverse cuestionable en la medida que implique prescindir del bien común por satisfacer un interés privado¹⁹. Si bien es propio de la democracia que los representantes busquen con sus gestiones –entre las que se cuenta el voto– beneficios para sus representados, pues más tarde tendrán que rendir cuentas ante ellos en caso de enfrentar una reelección, también es recomendable analizar con un prisma más global las decisiones de los legisladores. Así las cosas, aun cuando no hay un daño ni amenaza intrínsecos al Estado de Derecho ni a la institucionalidad en este caso, al menos sí debe analizarse con mayor detención este tipo de acuerdos.

c. El Precio de la Aprobación. Lo que con toda seguridad es susceptible de críticas es la relativa opacidad que rodeó a la transacción, pues no fue posible conocer en detalle ni los beneficios ni el mecanismo que se utilizaría para que el gobierno concediera los beneficios comprometidos. En efecto, durante la votación en general el senador Bianchi no hizo alusión al tema. Solo en posteriores informaciones de prensa señaló que “se demostró que un voto fue suficiente para que la Presidenta se comprometiera con las regiones y cumpla su palabra”. Luego agregó: “hasta aquí la cosa va bien, la gente esperaba con entusiasmo escuchar los anuncios de obras y medidas que mejorarán la calidad de vida de los habitantes de esta región, pero todavía hay que trabajar para concretar los proyectos, aunque confío plenamente en la palabra empeñada de la Presidenta”²⁰.

Los beneficios concretos que sirvieron de base a la transacción fueron, según narró el diario La Tercera, una solución a la deuda previsional de los afiliados a la Caja de Empleados Particulares de Magallanes y el plan de conectividad marítima que propuso el senador Bianchi para unir Punta Arenas, Provenir y Puerto Williams²¹. En todo esto, según se dijo, no hay mayores críticas, pues

transacciones que busquen obtener beneficios para los electores han sido, son y serán propias de toda democracia.

Sin embargo, el daño al Estado de Derecho surge al momento de analizar con más detalle el mecanismo utilizado para cumplir uno de los compromisos que el gobierno adoptó con el senador Bianchi: el tema previsional de los afiliados a la Caja de Empleados Particulares de Magallanes. En su momento la Presidenta Bachelet dijo haber instruido “a la ministra de MIDEPLAN y a la Dirección de Presupuesto que en el más breve plazo le propongan una solución concreta a estos pensionados. Vamos a hacer un programa especial” agregó²².

La fórmula ideada, según dio a conocer El Mercurio, fue la denominada “Universidad de la Vida”²³. En virtud de esta figura, el gobierno le transferiría 2 millones de pesos a cada uno de los cerca de mil jubilados que desde hace años reclamaban porque durante su vida activa habían cotizado en el sistema antiguo 4% más a cambio de mejores pensiones que, decían, nunca llegaron. El acuerdo tras el voto favorable implicaba concederle a estas personas beneficios que pudieran acallar sus demandas, no obstante en abril del 2007 el Director Nacional del INP había informado que los reclamos carecían de base legal.

Para hacerlo, y dado la ilegalidad que hubiera implicado efectuar una transferencia directa, el gobierno optó por simular un programa ad hoc denominado “Programa Especial Región de Magallanes Universidad de la Vida, Compromiso Presidencial” que exigía que los beneficiarios o alguna persona delegada asistieran a un 80% de las clases impartidas por diversas instituciones de educación superior para cobrar al final del ciclo el dinero prometido. El fraude era manifiesto, pues, como dejó ver uno de los beneficiados, “hay gente de más de 80 años, algunas en sillas de ruedas, otros postrados, sordos y ciegos. En tres cursos de 10 horas cada uno ¿qué vamos a aprender?”²⁴. Como puede apreciarse es aquí donde estamos ante una clara vulneración del Estado de Derecho y de la institucionalidad. Ello por cuanto se transfirieron recursos

¹⁹ La visión crítica de esta transacción puede verse en la columna de José Miguel Izquierdo titulada “Bianchi y la conciencia” donde dice: “los chantajes, si se hacen públicos, deben ser rechazados, por eso el comportamiento de Bianchi es del todo reprobable: su opción ética fue ceder al ofertón que Bachelet habría realizado”. La Tercera, 26 de junio de 2007.

²⁰ La Últimas Noticias, Domingo 12 de agosto de 2007.

²¹ La Tercera, Sábado 11 de agosto de 2007

²² La Tercera, Sábado 11 de agosto de 2007. Bachelet hace gesto a Bianchi y agradece voto para plan de transporte.

²³ El Mercurio, Domingo 14 de septiembre de 2008. Cuerpo B. La extraña fórmula que creó el Gobierno para responder a una deuda provisional en Magallanes.

²⁴ El Mercurio, Domingo 14 de septiembre de 2008. Cuerpo B.

públicos a personas que, según declaraciones del mismo gobierno, no tenían derecho a recibirlos, pues no había base legal para sus reclamos. A ello se suma, lo que es más grave, que para transferirlos se optó por simular un programa especial que a todas luces eludía las regulaciones legales. No debe olvidarse que similares irregularidades y triangulaciones fueron la base del ya famoso caso de corrupción conocido como MOP-GATE.

Era perfectamente legítimo, y acaso un deber político, que el senador Bianchi defendiera los intereses de los jubilados de su región y aun que condicionare su voto al Transantiago con tal objeto, pero acoger su pretensión suponía la aprobación –una vez más– de una ley, que debió someterse también a la votación de sus pares, que habrían debido poner en el fiel de la balanza ambos temas.

La figura que se utilizó, no solo daña el Estado de Derecho al eludir regulaciones vigentes, sino que también incentiva este tipo de conductas hacia el futuro erosionando aún más los fundamentos mismos de una cultura de probidad. Sin importar si los ciudadanos tienen o no derecho a recibir un aporte del Estado, siempre podrá reclamarse que se disfracen las transferencias que decida realizar el gobierno. Si bien todo esto habría dado pie para el ejercicio de responsabilidades políticas, administrativas e incluso penales de los funcionarios y particulares involucrados, a la fecha nada de esto ha ocurrido.

3.3. Endeudamiento de la Cuenta de Reembolso

A continuación se analizará la que, a nuestro juicio, ha sido hasta la fecha la forma más irregular de financiamiento del Transantiago, tanto por los montos involucrados como por las operaciones que debieron idearse para fundarla. Para entender a cabalidad la figura debemos recordar algunos antecedentes que permitirán ir configurando la estrategia utilizada por el gobierno.

3.3.1. Discusión de la ley de presupuestos de 2008 y rechazo al financiamiento vía presupuesto.

La discusión y aprobación de la ley de presupuestos para el año 2008 es un antecedente relevante en esta narración²⁵. En especial, es la discusión de la asignación

²⁵ Ley 20.232, D.O. 01 de diciembre de 2007.

presupuestaria que se venía concediendo al Transantiago la que tiene importancia para este trabajo. Debe recordarse que el sistema de transportes de la capital tenía fondos para sobrevivir hasta fines del año 2007, gracias a la aprobación de la ley 20.206, cuya tramitación se acaba de narrar. A fines de dicho año, los recursos autorizados se agotarían y, en consecuencia, se hacía necesario buscar una nueva fuente de financiamiento. No obstante diversas voces recomendaron la discusión del tema en un proyecto específico, para así promover una reestructuración profunda del sistema, el gobierno optó por incorporar en la tramitación de la ley de presupuestos un programa especial dentro de la partida del Ministerio de Transportes para financiar el Transantiago²⁶. Este programa concedía, entre otras cosas, US 145 millones adicionales para el Transantiago a fin de, según explicó el Ministro Cortázar, “generar los espacios de tiempo adecuados para, durante el mes de abril, enviar un proyecto de ley que permita analizar con una mirada de largo plazo la estructura y el financiamiento del sistema”²⁷.

Como es de público conocimiento, tanto la Cámara de Diputados como el Senado rechazaron estos recursos, generando con ello primero la expulsión del Senador Adolfo Zaldívar de la Democracia Cristiana y luego el alejamiento de otros 5 diputados de este mismo partido. Con ello, la Concertación perdió la mayoría en ambas cámaras. No es del caso entrar a analizar estas variables políticas ni el detalle de los argumentos que motivaron este rechazo²⁸. Solo debe señalarse que, en virtud de esta decisión del Congreso Nacional, los fondos para mantener el Transantiago se agotarían a fines del año 2008, salvo la rápida aprobación de una ley que permitiera un financiamiento transitorio o la utilización del mecanismo del 2% constitucional. Finalmente ninguna de esas dos opciones fue la escogida.

3.3.2. Préstamo del Banco Estado con la garantía de la CORFO

El camino seguido por el gobierno fue otro. Los primeros días del año 2008, los medios de prensa informaron de un préstamo por US\$ 160 millones que el Banco del Estado

²⁶ Capítulo 01, Programa 03, Partida 19, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

²⁷ Historia de la Ley 20.232, p. 714. En <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20232/HL20232.pdf>

²⁸ Una mirada política al tema del Transantiago puede encontrarse en MARDONES, Rodrigo: “Chile: Transantiago Recargado”, Revista de Ciencia Política, 28, Nº 1, 2008.

realizaría para mantener el Transantiago, operación que además contaría con el aval de la CORFO. La figura que se ideó es más compleja y requiere de una mirada más profunda, pues ella encerraba operaciones de dudosa constitucionalidad que bien podían ser calificadas como resquicios legales.

Para entender la figura hay que remontarse al artículo 7º de la ley 20.206. Dicha disposición señala textualmente:

Artículo 7º. Los Concesionarios de Uso de Vías de la Ciudad de Santiago, el Administrador Financiero de Transantiago, en adelante el AFT y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, convendrán la constitución de una cuenta especial de reembolso, en adelante "la Cuenta", destinada al reembolso de los aportes efectuados por el Fisco y de los compromisos asumidos con cargo a la Cuenta.

La Cuenta será administrada por el AFT y constituirá un patrimonio separado de los recursos propios de este, de los Concesionarios de Uso de Vías y de los prestadores de servicios complementarios.

Las operaciones de la Cuenta serán efectuadas a nombre de esta y se contabilizarán separadamente. Podrán efectuarse inversiones financieras de las que será titular la Cuenta y contraer deuda con cargo a la misma, en las condiciones y plazos que se establezcan en los contratos de endeudamiento respectivos, los que deberán contar con la autorización previa de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda.

Es esta "cuenta especial de reembolso" la deudora del crédito que otorgó el Banco del Estado. En su momento, las condiciones del préstamo y todos los demás antecedentes de la operación no fueron tenidos a la vista ni por los congresistas ni por la opinión pública, pues, argumentaban personeros de gobierno, la operación era un contrato entre privados. Con el tiempo, diversos documentos y otros antecedentes salieron a la luz pública y permitieron ir formándose un juicio respecto a toda esta operación. Así, se iniciaba una larga contienda en la opinión pública y ante el Tribunal Constitucional que enfrentó al gobierno con la Alianza por Chile, y específicamente con diversos senadores que encabezaron los requerimientos ante el Tribunal Constitucional. El detalle de esta batalla jurídica se desarrolla en las siguientes páginas. Se advierte, con

todo, que la mirada será más bien general y se omitirán diversos aspectos relevantes que no son del caso discutir en este documento.

3.3.3. Fallo Tribunal Constitucional: *Transantiago I*²⁹

Con fecha 30 de enero de 2008, 12 senadores de la Alianza por Chile recurrieron ante el Tribunal Constitucional para que este declarara la inconstitucionalidad de los decretos que permitieron el endeudamiento de la Cuenta y de aquel que permitía que esta operación fuera avalada por la CORFO³⁰.

El planteamiento de los requirentes se iniciaba con un análisis formal de la operación impugnada. Esto, dado que el gobierno había autorizado el endeudamiento de la Cuenta por meros oficios y no por decretos. La cuestión es relevante, porque la Carta Fundamental autoriza al Tribunal Constitucional para conocer de la constitucionalidad de decretos supremos y no de meros oficios. Así las cosas, una operación que nació a la vida legal a través de oficios no sería, en principio, impugnada ante el TC. Sin embargo, los requirentes alegaron que la aprobación de la operación debió efectuarse mediante decretos supremos y que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, esto es, que las cosas son lo que son y no lo que dicen ser, el TC tenía atribuciones para conocer de la causa³¹.

Tan cierto era que la autorización de endeudamiento de la Cuenta debía otorgarse mediante decreto supremo, que posteriormente el gobierno se vio en la necesidad de dictar el acto administrativo omitido ratificando lo actuado mediante oficios. En efecto, en el Diario oficial de 14 de marzo de 2008, se publicó el D. S. N° 19, de Transporte y

²⁹ Para que el lector cuente con todos los antecedentes, es necesario precisar que uno de los autores de este capítulo, Axel Buchheister, fue uno de los abogados patrocinantes de los dos requerimientos al Tribunal Constitucional que motivaron las sentencias *Transantiago I* y *Transantiago II* y que se analizan a continuación.

³⁰ La nómina de los senadores requirentes es la siguiente: señora Evelyn Matthei Fomet y señores Andrés Allamand Zavala, Jorge Arancibia Reyes, Andrés Chadwick Piñera, Juan Antonio Coloma Correa, Alberto Espina Otero, José García Ruminot, Antonio Horvath Kiss, Carlos Ignacio Kuschel Silva, Hernán Larrain Fernández, Jaime Orpis Bouchon y Víctor Pérez Varela.

³¹ En un fallo anterior, el 11 de enero de 2007 en el llamado caso *Pildora I*, el TC ya había señalado, "que la aplicación del principio de la primacía de la realidad por sobre el nominalismo, al que alude el Profesor Aylwin (...), no es ajena a la interpretación constitucional, habiendo sido empleado en reiteradas ocasiones por esta Magistratura, entre otras, para determinar el real contenido de una pretensión, para desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de un acto y, consecuentemente, los requisitos para su validez, o para precisar el genuino sentido de una norma" (considerando vigésimo sexto). Rol N° 591-06.

Telecomunicaciones, de 27 de febrero de 2008³², que contiene dicha ratificación. Según señaló el gobierno en sus escritos ante el TC, la dictación de ese decreto fue solicitada por la Contraloría, la cual no puede haber hecho tal solicitud, sino en consideración a que se trataba de un trámite legalmente exigido.

Como elemento adicional para ponderar la forma de actuar del gobierno en el otorgamiento de la autorización para que la Cuenta contrajera el endeudamiento, es interesante destacar que el mencionado D.S. N° 19 no fue el primero que se dictó para salvar la omisión y ratificar lo actuado. En efecto, antes se había expedido el D.S. N° 8, de Transporte y Telecomunicaciones, con fecha 30 de enero de 2.008 (la misma del requerimiento), pero que fue presentado a la Contraloría aparentemente recién el día 8³³ de febrero siguiente, que realizaba dicha ratificación. Este documento fue completamente ignorado durante el debate ante el TC y solo fue conocido una vez que el Contralor reveló su existencia, con ocasión de su asistencia a la Comisión Investigadora sobre el Financiamiento del Transantiago³⁴. Explicó que la Contraloría no lo había cursado, pues no ordenaba su publicación en el Diario Oficial y que en concepto de ella se trataba de un tipo de acto que debía ser publicado en el mencionado boletín. Esta negativa dio paso a la emisión del D.S. N° 19, el que sí fue debidamente publicado.

Acto seguido el requerimiento impugnaba la autorización de endeudamiento de la Cuenta que concedían los “oficios-decretos”, señalando que esta debió haberse hecho por ley y no por medio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Con su actuar, argumentaron los requirentes, el gobierno infringió las normas contempladas en la Constitución que regulan el endeudamiento del Estado, de sus organismos y empresas, y la forma de comprometer el crédito y la responsabilidad financiera del Estado y sus organismos. Postergaremos el desarrollo de este argumento –que es el central– y su recepción en el TC para el análisis del caso *Transantiago II*.

Por último, los requirentes también reclamaron la inconstitucionalidad del decreto que permitió el otorgamiento de la garantía de la CORFO al crédito que el

Banco del Estado cursó a la Cuenta³⁵. Para ello argumentaron que la única forma en que la CORFO, un organismo del Estado, puede comprometer la responsabilidad financiera del Estado es por medio de una ley, y no de un decreto. En este sentido, la ley de la CORFO³⁶ no autorizaría esta operación y, en todo caso, los avales que la ley le autoriza a entregar dicen relación exclusivamente con el “fomento de la producción” y, además, en moneda extranjera.

En sentencia de 22 de mayo de 2008, el TC se pronunció sobre el requerimiento rechazándolo por cuestiones de forma³⁷. En efecto, por siete votos contra tres³⁸ declaró que no era posible sostener que los oficios impugnados eran decretos y que, por tanto, esa magistratura no tenía atribuciones para conocer de la constitucionalidad de dichos oficios. Para sustentar lo anterior agregó que “los oficios que los requirentes pretenden que esta Magistratura considere como decretos supremos, no reúnen (...) ninguno de los requisitos propios del acto administrativo reglamentario”, pues no tendría una aplicación general ni tampoco sería permanente. Con esta decisión el TC dejó pasar el primer endeudamiento de la Cuenta sin entrar al fondo del asunto, es decir, sin pronunciarse si el endeudamiento descrito comprometía el crédito y la responsabilidad financiera del Estado. De paso, el fallo debilitó el alcance y efectividad de un principio esencial de nuestro derecho, como es el de la primacía de la realidad. Con ello deja abierta la puerta para que, en el futuro, quienes ocupen el gobierno intenten disfrazar como “oficios” ciertas regulaciones más propias de “decretos”, evadiendo así el control de constitucionalidad que, en este último caso, puede ejercer el TC. En este escenario, es de esperar que sobreviva la interpretación del principio de la primacía de la realidad que el TC desarrolló en el fallo conocido como “Píldora I”³⁹ y no aquella que sirvió de base para este fallo.

Posteriormente el TC centró su análisis en el decreto que había autorizado el aval de la CORFO. Tras una narración de los argumentos en juego, el TC expresó que “más que una contravención a la Carta Fundamental, lo que se

³⁵ Decreto Supremo N° 1.797, Diario Oficial de 02 de enero de 2008.

³⁶ DFL N° 211, de 1960.

³⁷ Sentencia del TC Rol N° 1.035-2008.

³⁸ Votaron por acogerlo en este punto la ministra Marisol Peña y los ministros Vodanovic y Navarro. Por rechazarlo estuvieron los ministros Colombo, Bertelsen, Cea, Correa, Fernández Baeza, Fernández Fredes y Venegas.

³⁹ Sentencia del TC Rol N° 591-2006.

³² Nótese que ambas fechas son posteriores al requerimiento interpuesto ante el Tribunal Constitucional, lo que se materializó el 30 de enero de 2.008.

³³ El timbre de recepción está borroso, pero la fecha más probable de febrero es el día “8”.

³⁴ Comisión Investigadora, sesión de 15 de diciembre de 2.008.

reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente, lo que exorbita las facultades de este Tribunal, quien no está llamado a resolver las controversias de legalidad” (c.30). En consecuencia, y esta vez tras un empate en votos⁴⁰, la sentencia rechazó la impugnación y, con ello, dejó en pie el aval de la CORFO al crédito que otorgó el Banco del Estado. Cabe destacar, a modo de crítica, que lo que en esa ocasión se alegaba no era precisamente una controversia de legalidad, sino que la ausencia misma de una ley que autorizara esa operación. Y ello, en conformidad con el artículo 63 N° 8 de la Carta Fundamental es un asunto constitucional.

De este modo, *Transantiago I* evitó ir al fondo de la operación y analizar si esta vulneraba o no las bases del Estado de Derecho y del ordenamiento constitucional. No es este el momento de conjeturar las razones extra jurídicas que pudieron estar detrás de la decisión de la Corte Constitucional. Lo cierto es que, al momento de conocido el fallo, ya se estaba gestando otra figura que, ahora sí, obligaría al Tribunal a conocer y pronunciarse sobre esta forma de financiamiento del Transantiago.

3.3.4. Nuevo Endeudamiento de la Cuenta de Reembolso: Préstamo del BID y *Transantiago II*⁴¹

A fines del mes de abril el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) anunció un préstamo al Transantiago por US\$ 400 millones. El Presidente del BID, Luis Alberto Moreno, justificó el préstamo señalando que la operación permitiría al Banco “apoyar un proyecto de máxima importancia para Chile y gran trascendencia para América Latina”, aduciendo luego que el Transantiago es “un proyecto ambicioso como pocos, (que) ha tenido dificultades en su implementación”⁴².

La figura se concretó a través de la suscripción de una serie de documentos que más tarde salieron a la luz

⁴⁰ Votaron por acogerlo en este punto los ministros Cea, Bertelsen, Vodanovic, Correa y Venegas. Por rechazarlo, los ministros Colombo, Fernández Baeza, Peña, Navarro y Fernández Fredes. La ley determina que en caso de empate el voto dirimente recae en el Presidente del TC que, en ese momento, era el ministro Colombo.

⁴¹ Sentencia del TC Rol N° 1153-2008. Un análisis de *Transantiago I* y *II* puede verse también en Manuel Antonio Núñez, *Límites al Financiamiento de las Políticas Públicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias Destacadas 2008*. ARTURO FERNANDOIS y RODRIGO DELAVEAU (editores). Libertad y Desarrollo. 2009.

⁴² Comunicado de Prensa, 23 de abril de 2008. “BID presta US400 millones para sistema de transporte público de Santiago de Chile”. En <http://www.iadb.org/news/detail.cfm?language=SP&id=4586>

pública y, en lo que interesa en este momento, en tres decretos supremos que aprobaron la suscripción de aquellos. En términos generales, estos autorizaban el préstamo del BID, aumentaban en US\$ 10 millones el préstamo con el Banco del Estado y elevaban la cobertura disponible de la CORFO para dar garantía a este tipo de deudas⁴³. Esta vez, un mayor número de senadores⁴⁴ presentó un segundo requerimiento al TC que fue finalmente acogido en lo esencial el 30 de septiembre del 2008.

La sentencia declaró inconstitucional el préstamo del Banco del Estado y del BID, utilizando permanentemente una interpretación finalista de la Constitución y sus normas. No hubo en ella una interpretación literal ni mucho menos un visión formalista como sí la tiene *Transantiago I*. Simplemente hubo una convicción respecto a que la finalidad de las normas que regulan el endeudamiento del Estado fueron sobrepasadas con la operación cuestionada. Para sostener aquello, con todo, el fallo no siempre es totalmente riguroso y admite críticas. Dado el contenido y los alcances del fallo se requiere un análisis más pormenorizado que se hará a continuación.

i. Naturaleza de la Cuenta. Al igual que el crédito anterior, la operación con el BID tenía como deudor nominal a la ya mencionada “Cuenta Especial de Reembolso”. Es esta Cuenta, que utiliza el RUT del AFT y que no tiene patrimonio alguno, la que recibió el crédito del Banco del Estado y la que empezó a recibir los dineros traspasados por el BID. La naturaleza de esa Cuenta fue un punto discutido en estrados. Mientras el gobierno sostenía que la Cuenta era privada y, como cualquier otra operación entre privados, no tenía restricción constitucional en materia de endeudamiento, los requirentes aseguraban que no era relevante la naturaleza misma de la Cuenta y que la operación vulneraba a todo evento normas de la Constitución, pues igual se puede comprometer indebidamente el crédito público recurriendo a un ente privado. Ahora bien, continuaban, si había que calificarla de algún modo todo indicaba que la Cuenta era pública y, en consecuencia, debía regirse por las normas constitucionales para su endeudamiento que,

⁴³ Respectivamente, Decreto Supremo N° 45 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 16 de mayo de 2008; Decreto Supremo N° 46 del mismo Ministerio, de 20 mayo de 2008; y Decreto Supremo N° 583 del Ministerio de Hacienda, de 21 de abril de 2008.

⁴⁴ Además de los senadores que requirieron en *Transantiago I*, esta vez se sumaron los Senadores Pablo Longueira Montes, Jovino Novoa Vásquez, Baldo Prokurica Prokurica y Sergio Romero Pizarro.

entre otras cosas, exigía autorización legal.

Curiosamente la sentencia solo aborda tangencialmente la materia. El fallo de mayoría prefiere señalar que la cuestión respecto a la naturaleza de la Cuenta no es un asunto que deba analizarse en sede constitucional, pues es una cuestión netamente de legalidad (c.33)⁴⁵. Así puso fin a un aspecto que al final devino en importante en la contienda, ya que era la única defensa que en rigor esgrimió el Ejecutivo, dejando de paso abierta la puerta para que en el futuro este tipo de entelequias puedan validarse como constitucionales, permitiendo endeudamiento que, tarde o temprano, será asumido por el Fisco.

Más preocupante aún es que se consolide como doctrina del TC que este no entrará a conocer de la naturaleza de las cosas, pues ese sería un asunto de legalidad⁴⁶. La interpretación de la Carta Fundamental que debe realizar la Corte Constitucional implica necesariamente que en no pocas ocasiones deba analizarse la naturaleza de las instituciones, disposiciones o creaciones legales para poder comprender si afectan o no normas constitucionales. Descartar esta opción es cercenar al TC de una vital herramienta de interpretación constitucional que amenaza con empobrecer y mecanizar un trabajo esencial para el Estado de Derecho. Por ello, solo resta esperar que esta aproximación al tema no se extienda a otros casos o se constituya en precedente.

De este modo, sin solucionar el tema de la naturaleza de la Cuenta, el TC pasó a conocer de las posibles inconstitucionalidades.

ii. Artículo 63 N° 7: Autorizaciones al Estado y sus organismos a contratar empréstitos⁴⁷. Lo primero que hace el TC es analizar si los decretos autorizaron al

⁴⁵ El fallo de minoría en cambio, de los Ministros Colombo y Fernández Fredes, afirman simplemente que la cuenta es privada por lo que puede endeudarse sin problemas.

⁴⁶ El más drástico al sostener esta tesis es el Ministro Jorge Correa que, en su disidencia parcial expresa: "A mi juicio, entonces, el debate acerca de la naturaleza jurídica de la Cuenta –como me parece que suele ocurrir con los debates acerca de la naturaleza jurídica de las cosas- más confunde que aclara un examen que debe darse estrictamente en relación al lenguaje preciso de los preceptos de la Carta Fundamental que estamos llamados a aplicar" (c. 4).

⁴⁷ Solo son materias de ley: "7) Las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda. Sin embargo, se requerirá de una ley de quórum calificado para autorizar la contratación de aquellos empréstitos cuyo vencimiento exceda del término de duración del respectivo período presidencial."

Estado o a sus organismos a contratar empréstitos. Si así ocurriera el asunto sería materia de ley y no de decretos, como argumentaba el Ejecutivo.

La sentencia, consistente con lo que se dijo, manifiesta que no tiene importancia definir si la Cuenta es pública o privada. Debía analizarse, en cambio, la finalidad del préstamo y de la Cuenta. Para hacerlo señala que "la cuenta es solo un medio, un canal o vía para trasladar recursos que pertenecen en definitiva al Estado a fin de cubrir los aportes que este mismo ha realizado para mantener funcionando, operativa y eficientemente, el sistema de transporte público de la ciudad de Santiago" (c.36). A mayor abundamiento agrega que "es el mismo Estado quien se ha endeudado para cubrir aportes previamente efectuados por él mismo y que han de ser precisamente satisfechos para evitar un déficit fiscal y el término de un servicio" (c.37). Culmina diciendo que "solo el compromiso del Estado como el descrito puede explicar que los Ministros de Transportes y de Hacienda tengan que prestar su autorización al endeudamiento" (c.38).

De este modo, expresa que el endeudamiento de la Cuenta es finalmente un endeudamiento del Estado y que, por lo mismo, debe seguirse lo establecido en el artículo 63 N° 7 de la Carta Fundamental. Este numeral no solo reserva a la ley la autorización de este tipo de endeudamientos, sino que también exige que dicha ley sea de quórum calificado si el servicio a la deuda excede el período presidencial. Nada de eso ocurrió en este caso por lo que la operación, nos dice el TC, vulnera la Constitución en este aspecto.

iii. Artículo 63 N° 8: Comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado⁴⁸. Al analizar el caso desde la perspectiva de este numeral, el TC se detiene en verificar si la operación compromete en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado. Si así hubiera ocurrido, dicha operación debió haber sido aprobada por medio de una ley.

El TC considera que, en este caso, se está comprometiendo la responsabilidad financiera del Estado. Sin embargo, para llegar a esa conclusión, utiliza razones que, a nuestro juicio, no son las más adecuadas. Veamos

⁴⁸ Solo son materias de ley: "8) Las que autoricen la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las municipalidades."

por qué.

Ante todo, el Tribunal se detiene en interpretar el numeral. Para ello dice que “la ‘responsabilidad financiera’ a que alude la norma constitucional que se comenta se refiere, naturalmente, a la posibilidad de que el Estado, sus organismos o las municipalidades, en su caso, deban hacer frente, con cargo a sus propios recursos, a los compromisos contraídos como consecuencia de la celebración de ‘cualquier clase de operaciones’ que se vinculen con el logro de los objetivos que persigue el Estado” (c.47).

Acto seguido, pasa a analizar el caso en cuestión para lo cual dice que “la autorización para endeudarse que contempla el decreto supremo que se examina, incide directamente en el financiamiento permanente de una necesidad pública cuya atención le corresponde al Estado en virtud del principio de servicialidad, asociado a la promoción del bien común, (...) a la vez que tiende a evitar un situación de déficit fiscal, (por lo que) no resulta hipotético afirmar que es, finalmente, el Estado el que deberá hacerse cargo del servicio de la deuda adquirida por la Cuenta de Reembolso” (c.48).

Como puede verse, sujeto a la restricción auto impuesta de no definir la naturaleza jurídica de la Cuenta, el TC opta por un camino diverso que prefiere, sin importar si el deudor es público o privado, analizar si está comprometida la responsabilidad financiera del Estado. Al hacerlo, el TC interpreta de un modo un tanto laxo los hechos que darían lugar a la “responsabilidad financiera del Estado”, estableciendo como criterio para que ello ocurra si la operación se vincula con el logro de los objetivos que persigue el Estado (c.47) o si se trata de una necesidad pública cuya atención le corresponde al Estado en virtud del principio de servicialidad (c.48).

El precedente que podría constituirse tras el fallo es complejo. Pareciera que el TC insinúa que la norma constitucional debiera aplicarse siempre que ante una determinada operación de cualquier ente –público o privado– no resultare hipotético afirmar que es, finalmente, el Estado el que deberá hacerse cargo del servicio de la deuda. Específicamente, cuando se trata de un servicio público, el Estado resultaría siempre comprometido. Si así fuera interpretado, estamos ante una situación riesgosa que importaría ir mucho más lejos de lo que parece

razonable en esta materia. Porque, por ejemplo, toda deuda que contraiga una empresa privada de servicios sanitarios implicaría de suyo la responsabilidad del Estado.

La realidad es que con el Transantiago existió esa responsabilidad por circunstancias muy diversas: por el liderazgo que el Estado asumió para contratar y gestionar el crédito, que no hizo sino conceder una garantía implícita al mismo, y por haber utilizado una Cuenta que en la práctica maneja fondos públicos y obedece instrucciones del MTT; amén del hecho que en todas las operaciones el sector privado beneficiado dejó expresa constancia de su ninguna responsabilidad por las deudas en los instrumentos que ellas se contrajeron.

Contribuyen a ratificar el liderazgo que asumió el gobierno en la gestión del crédito y la garantía implícita que en la práctica se concedió, una serie de documentos que solo se conocieron después del fallo en comentario⁴⁹. Uno de ellos es una carta dirigida al Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo, Luis Alberto Moreno, y fechada el 6 de junio del 2008. Dicha misiva, firmada como era tradicional en los documentos referidos al Transantiago por el ministro Cortázar pero, por primera vez, también por el ministro de Hacienda, Andrés Velasco, deja ver con meridiana claridad el rol que asumía el Estado de Chile. En uno de sus pasajes se dice que “el Gobierno de Chile reconoce que el BID estaría otorgando dicho préstamo en base a los compromisos y representaciones previstas en esta carta, incluyendo el subsidio contingente de CORFO”. Luego agrega que el gobierno “hace presente su voluntad de asegurar el desempeño operativo y la viabilidad y solvencia financiera de Transantiago, para lo cual se compromete a presentar, antes de la firma del préstamo del Banco, un proyecto de ley que establezca un subsidio al Sistema (...) y a efectuar sus mejores esfuerzos para obtener la aprobación del mismo por parte del H. Congreso Nacional”. No siendo esta una garantía suficiente, la carta continúa asegurando que el gobierno “empleará todas sus facultades legales y administrativas para que el Sistema pueda hacer frente a todas sus obligaciones operativas y financieras en forma oportuna”. Para ello no solo asegura asignaciones especiales en las futuras leyes de presupuesto, sino que también se compromete a suplementar las asignaciones presupuestarias que se realicen para asignar recursos

⁴⁹ Disponibles en: <http://www.transantiago.cl/web2007/Contratos.htm>

adicionales al sistema. Como puede apreciarse, hay un compromiso gubernamental indudable que conduce, inevitablemente, hacia la garantía implícita. Más aún cuando hacia el final de la carta se reconoce y acepta que “el incumplimiento por parte del Gobierno con cualquiera de los compromisos y representaciones previstas en esta carta (...), o la dictación de una sentencia o dictamen en cualquier litigio o reclamo administrativo que tuviese como objetivo o efecto impedir, condicionar o limitar el recupero de cualquiera de las sumas adeudadas al BID, tendrán como consecuencia que el Banco no otorgará, y el gobierno de Chile, sus organismos, empresas o las municipalidades, no solicitarán al BID, ningún crédito, garantía financiera u otro financiamiento de cualquier índole (...) para operaciones a ejecutarse en Chile por tales personas, sino hasta la fecha en que las circunstancias descritas hayan sido subsanadas o la situación legal del préstamo haya sido resuelta en forma satisfactoria para el BID”⁵⁰.

Con todos estos antecedentes, ¿es razonable suponer que no estaba comprometida la responsabilidad financiera del Estado? ¿No se compromete dicha responsabilidad cuando el gobierno debe asegurar diversas acciones para garantizar el pago de la deuda? ¿No se está ante igual compromiso cuando el gobierno acepta que, en caso de no cumplir algunas de las tareas acordadas, rompe toda relación con el BID hasta que la situación legal del préstamo haya sido resuelta en forma satisfactoria para el organismo? Todo indica que estas son las verdaderas razones para considerar que la responsabilidad financiera del Estado estaba jurídicamente comprometida y que, por tanto, el préstamo debió haber sido autorizado por una ley.

iv. Artículo 63 N° 9. Las que fijen las normas que permiten a las empresas del Estado y a aquellas en que este tenga participación a contratar empréstitos los que, en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado⁵¹. Este numeral es invocado únicamente para analizar la constitucionalidad de la operación con el Banco del Estado, puesto que no se aplica al crédito otorgado por el BID.

⁵⁰ <http://www.transantiago.cl/descargas/BID/8.pdf>

⁵¹ Solo son materias de ley: “9) Las que fijen las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar empréstitos, los que en ningún caso, podrán efectuarse con el Estado, sus organismos o empresas;”

Al respecto, cabe recordar que el Administrador Financiero del Transantiago (AFT) es una sociedad anónima en cuya gestión una empresa del Estado –el Banco del Estado– tiene una participación decisoria (21%). Por su parte, el AFT administra un sistema de pagos de los operadores del sistema de transporte de Santiago, entre los cuales se encuentra la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.

Teniendo esto en consideración, el TC declara la inconstitucionalidad, porque “el endeudamiento de la Cuenta de Reembolso tiende, inevitablemente, a beneficiar a una empresa del Estado (el Metro) producto del crédito otorgado por otra empresa del Estado como es el Banco del Estado, vulnerando la prohibición absoluta que consagra el artículo 63, N° 9°, de la Constitución” (c. 56). Atento a la que pudiera ser una crítica, el TC señala que “intentar sostener, en la especie, que la norma constitucional cuya infracción se analiza no es aplicable, puesto que la Cuenta de Reembolso no corresponde a una “empresa del Estado” llevaría a avalar, desde el punto de vista constitucional, una operación financiera reñida con el espíritu que el Constituyente ha impreso en la Carta Fundamental, en lo referido a las exigencias que debe reunir el endeudamiento del Estado, sus empresas y organismos y las municipalidades. En efecto, bastaría con crear intermediarios que, aparentemente, no participaran de las características de aquellos para burlar las exigencias constitucionales referidas a la distribución de competencias entre los órganos legislativo y ejecutivo, en circunstancias que un análisis sistémico y finalista de las normas involucradas en una operación como aquella a que se refiere el decreto supremo impugnado, revela que no es sino el Estado mismo el que está otorgando el préstamo para satisfacer una finalidad inherente a sus propios cometidos” (c. 57).

De este modo, concluye el TC, tampoco es admisible el aumento del préstamo que el Banco del Estado hizo al Transantiago dejando, en consecuencia, con escasa base jurídica el primer préstamo al que hizo referencia.

v. 19 N° 22, inciso segundo: Solo en virtud de una ley (...) se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. Finalmente, el TC también acoge el requerimiento, porque los decretos que

autorizaron el préstamo vulneraban ya no solo el estatuto de endeudamiento que contempla el artículo 63 de la Constitución, sino también las normas constitucionales que regulan la política de subsidios que pueden entregarse.

Al respecto, la sentencia menciona que “el préstamo que se analiza permite el desembolso de dinero por parte del mismo Estado para beneficiar a un sector de la vida nacional: el del transporte público de la ciudad de Santiago para que este no incremente un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, para que no se produzca un desmedro en el funcionamiento del sistema. En otras palabras, se está otorgando un beneficio al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no por ley” (c.66).

En consecuencia, nos dice el TC, el préstamo constituye finalmente un subsidio que no puede aprobarse por decreto, sino que por ley⁵².

vi. Consecuencias y Conclusiones. El fallo es un importante aporte a la institucionalidad y al Estado de Derecho. No obstante dejar algunos puntos sin solución y otras preocupantes ambigüedades, la sentencia es un ejercicio de interpretación con positivos resultados. El alcance directo de la misma fue detener el traspaso de dinero entre el BID y la Cuenta y, más tarde, otras consecuencias políticas que perduran hasta hoy.

Además, la lectura atenta del fallo permitirá aplicar un escrutinio mayor a ciertas “costumbres jurídicas” del Poder Ejecutivo. Entre otras, los tradicionales artículos 3º de las leyes de presupuesto que año a año autorizan genéricamente endeudamiento. Tras el fallo hay claridad en que esta forma genérica de endeudamiento no sería admisible, ya que se requeriría cierta especificidad para una adecuada autorización legal del endeudamiento. Lo mismo ocurre con los beneficios indirectos que el Poder Ejecutivo suele entregar a las personas por medio de

⁵² El Ministro Navarro en su prevención agrega un antecedente relevante en esta materia: “Que así por lo demás lo ha reconocido el propio señor Ministro de Transportes, al consignar en relación a estas operaciones que “lo que hacen los recursos al ingresar es que permiten que estando los costos por sobre la recaudación de las tarifas de los usuarios, éstas no suban. **En la práctica hoy en día subsidia la tarifa, al impedir que la tarifa suba. Así subsidia a los usuarios**” (Audio oficial de la sesión de la Comisión de Obras Públicas y Transportes y Telecomunicaciones de la Cámara de Diputados, celebrada el 15 de enero de 2008)” (c.4). El destacado es nuestro.

programas que no están autorizados por ninguna ley⁵³. El alcance del fallo en esta y otras prácticas habituales del Poder Ejecutivo está por verse.

En definitiva, lo cierto es que el fallo que ha dictado el Tribunal Constitucional es trascendente, porque cautela principios fundamentales que son indispensables para el funcionamiento de la democracia. Sin esta decisión el principio de la separación de los poderes, la existencia de controles y contrapesos, y la sujeción al Estado de Derecho habrían quedado gravemente cuestionados y en evidente riesgo. Lo propio hubiera ocurrido con esas normas que han sido fundamentales para la buena y equilibrada gestión financiera pública del país, que tanto reconocimiento y prestigio nos han granjeado en el ámbito internacional.

3.3.5. Comisión Investigadora Préstamo BID

Una última arista de toda esta contienda fue la Comisión Investigadora que se formó en la Cámara de Diputados para analizar las diversas materias relacionadas con el crédito del BID al Transantiago y las gestiones de las autoridades vinculadas al financiamiento del sistema de transporte. La comisión, dirigida por el independiente Carlos Olivares, se reunió en 10 oportunidades y recopiló valiosa información. No es del caso analizar en detalle los antecedentes reunidos ni todas las conclusiones que se formaron los integrantes de la Comisión. Solo cabe, en este documento, destacar dos de las conclusiones del informe que luego fue aprobado por la sala de la Cámara de Diputados para mostrar cómo toda la operación que se ha analizado constituye un nuevo daño al Estado de Derecho⁵⁴. En este sentido, la Comisión concluyó:

3.- Que, al gobierno le cabe una responsabilidad colectiva grave en los hechos constitutivos de esta Comisión Investigadora, por haber abusado de sus atribuciones, arrogándose, con ello, facultades que, de acuerdo al ordenamiento jurídico chileno, le corresponden exclusivamente al Congreso Nacional. (...)

⁵³ No por nada el Ministro Correa Sutil, que conoce bien el Poder Ejecutivo, advertía en su disidencia parcial de mayoría que “es dudoso que pueda estimarse como beneficio indirecto un efecto que es común a muchas otras políticas públicas que producen estos efectos indirectos de beneficiar a un sector o grupo de la población y que típica y tradicionalmente en nuestra institucionalidad se permite llevar a cabo al Ejecutivo, con autonomía del legislador (c.6)”

⁵⁴ El Informe fue aprobado por la Cámara de Diputados en la sesión del 05 de marzo de 2009.

7.- Que, los señores Ministros de Transportes y Telecomunicaciones, René Cortázar, y de Hacienda, Andrés Velasco, jugaron un rol activo en la concreción de una estrategia política, técnica y comunicacional destinada a sustentar una construcción jurídica que, vulnerando la Constitución y las Leyes, permitiera seguir financiando el sistema de transportes de Santiago, por una vía alternativa al Congreso Nacional. El reproche debe dirigirse a los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones, de Hacienda, a sus Asesores Jurídicos y Fiscales; y asimismo, a la CORFO, a su Vicepresidente Ejecutivo y a representantes; todos quienes, no obstante las advertencias del Tribunal Constitucional y de los abogados externos que, con ocasión de la discusión del crédito del Banco del Estado, representaron sus reparos a los procedimientos efectuados, perseveraron en este accionar.

3.4. Otras situaciones a considerar

Hay otros actos y decisiones del gobierno vinculados con el Transantiago que también dañan el Estado de Derecho. Con todo, al menos en uno de estos casos, no es posible ser categóricos, pues aún hay decisiones pendientes de los órganos fiscalizadores. Analizaremos solo dos de ellos.

3.4.1. ENAP

La primera vulneración se vincula con la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP). Según informaciones de prensa⁵⁵, más tarde comprobadas por la propia Contraloría, ante el problema de liquidez del Transantiago, el Ministro de Transporte instruyó al AFT para que emitiera y suscribiera una veintena de pagarés por una suma aproximada de US\$ 20 millones. En dichos pagarés adquirió la calidad jurídica de suscriptor y, por ende, de deudora de los mismos “el sistema de transportes”⁵⁶,

entelequia esta última que no tiene existencia jurídica, pero que ya tuvo la calidad de deudor con ocasión del “préstamo” que cursó el Metro.

La operación no termina ahí. Luego de emitidos los pagarés, el AFT los entregó a las empresas de concesionarias de vías, esto es, a los microbuses, en vista que estos se encontraban ante un grave déficit de caja. Los pagarés fueron, a su vez, utilizados por ellos para pagar el combustible que le proveían dos empresas petroleras privadas. El último paso fue que dichas petroleras los utilizaron a su vez para pagar deudas con ERSA S.A., filial de ENAP, que se contraen normalmente dentro de su giro.

Tras meses de investigación, la Contraloría se pronunció críticamente de esta operación, sumando así el Transantiago una nueva vulneración al Estado de Derecho.

El dictamen describe en detalle la operación y luego entra a analizar el marco jurídico que regula a ENAP y, en general, a las empresas del Estado. Es en este contexto donde señala que, como parte de la Administración del Estado, ENAP debe someter su acción a la Constitución y a las normas legales y reglamentarias que la rigen. Ello no ocurre –continúa la Contraloría– cuando esta empresa pública acepta “marginarse de su política general de crédito, estableciendo condiciones particulares para una operación específica y determinada”. Este hecho vulnera el principio de juricidad y la ley orgánica de ENAP. También, concluye el órgano contralor, se viola el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental que prohíbe la discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Esto dado que la operación no fue hecha en el marco de una política general, sino que únicamente con “el fin explícito de resolver una situación excepcional” como era el momento económico que pasaba el Transantiago.

Un segundo cuestionamiento de la Contraloría va dirigido al Ministerio de Transportes. Señala el dictamen que ENAP, como empresa pública está dotada de autonomía para el desempeño de sus funciones. De este modo, manifiesta que cualquier operación que pudiese afectar su patrimonio debe ser tomada en forma independiente. A todas luces ello no ocurrió pues, como confirma la misma empresa, la operación fue fraguada a instancias del

⁵⁵ El Mercurio 27 de julio de 2008. Alianza denuncia “triangulación ilegal” por parte del Gobierno para financiar el Transantiago.

⁵⁶ El Mercurio del 28 de julio de 2008 transcribe la explicación del Ministro Cortázar: “lo que sucedió es que, como consecuencia del atraso de uno de los pagos del BID (Banco Interamericano de Desarrollo), el sistema canceló a los operadores una parte de los pagos que les correspondían en dinero y el resto a través de un pagaré”. Luego, los operadores habrían endosado esos pagarés a las empresas proveedoras de combustibles, las que, a su vez, las habrían endosado a terceros. “Todos los pagarés fueron cancelados a su fecha de vencimiento”, sentenció el ministro”. Cortázar defiende legalidad del financiamiento para plan de transportes.

Ministerio de Transportes⁵⁷.

El dictamen de la Contraloría, aún cuando valioso, no analiza en profundidad el que, a nuestro juicio, es el asunto central; esto es, que ENAP excedió el giro autorizado por la ley incursionando indebidamente en el rubro de financista de operaciones de terceros. Más allá de eso, lo cierto es que es una crítica adecuada a una más de tantas operaciones que han pretendido financiar por vía irregular el Transantiago. La Contraloría la objeta finalmente por vulnerar normativas de la propia ley orgánica de ENAP así como principios constitucionales relevantes en un Estado de Derecho.

3.4.2. Propaganda del Transantiago

En las semanas que siguieron al segundo aniversario del Transantiago, la prensa escrita, la radio y la televisión empezaron a transmitir avisos comerciales en los que se anunciaba que el Transantiago estaba mejorando por variadas razones. En concreto, se decía que “es verdad que ha costado ordenarlo, pero sin duda está mejorando” y también se agregaba “el transporte público está mejorando y se nota”⁵⁸.

A petición de los diputados Julio Dittborn y Patricio Melero, la Contraloría ha iniciado una investigación para resolver si este gasto por publicidad se incluye dentro de aquellos que autoriza la ley. Ello por cuanto desde el año 2003 la ley limita el gasto en publicidad que puede hacer el Estado. Al respecto la ley N° 19.896 dispone que los órganos de la administración del Estado “no podrán incurrir en otros gastos por concepto de publicidad y difusión que los necesarios para el cumplimiento de sus funciones y en aquellos que tengan por objeto informar a los usuarios sobre la forma de acceder a las prestaciones que otorgan”. Adicionalmente, también se hizo una presentación ante el Ministerio Público para que investigare una posible malversación de caudales públicos.

Como puede apreciarse, todo indica que los avisos comerciales que están siendo financiados con fondos públicos no dicen relación con la forma de acceder a los programas del Ministerio de Transportes ni se vinculan con publicidad necesaria para el cumplimiento de las

funciones de esa misma cartera. En efecto, no se está financiando publicidad para informar los recorridos, la ubicación de los paraderos o ni siquiera algo más general como el funcionamiento del Transantiago. Simplemente se está gastando para mejorar la imagen de este sistema. Ello parece ser una cuestión que excede con creces la autorización legal y que, una vez más, estaría violando las leyes y erosionando el Estado de Derecho. Con todo, será en definitiva la Contraloría la que determine la legalidad del gasto.

3.5. Conclusión

En las páginas anteriores, se han analizado los diversos mecanismos utilizados por el gobierno de la Presidenta Bachelet para financiar el Transantiago. Todos los que hemos mencionado constituyen formas de financiamiento irregular que han violado las leyes y la Constitución y, con ello, erosionado las bases de un Estado de Derecho, respetuoso de la institucionalidad.

Si bien algunas de las operaciones estudiadas intentaron una salida aparentemente legal terminaron, en definitiva, desvirtuando el sentido de la ley. Otras constituyeron abiertamente una violación a normas legales y constitucionales que han vulnerado los fundamentos mismos del Estado de Derecho. La suma de unas y otras, solo dejan un saldo negativo. Es el resultado de una muy desafortunada política pública, cuyos efectos pueden apreciarse no solo en el mal funcionamiento de un plan de transporte, sino también en el debilitamiento de la institucionalidad sobre la que se sostiene nuestra democracia. Lo que ello signifique para el futuro está por verse. Por ahora, solo se han planteado los hitos de una campaña que, con contumacia, ha pretendido obtener financiamiento del Transantiago por vías irregulares.

IV. Corolario

El Transantiago no solo ha sido una lamentable política pública que ha generado enormes costos económicos y sociales al país y a la gran mayoría de los habitantes de la Región Metropolitana. Ha sido también un lamentable ejemplo de cómo el Estado de Derecho puede resultar

⁵⁷ Dictamen N° 29.309, de 05 de junio de 2009.

⁵⁸ Frases tomadas de recortes de prensa en diversos medios del domingo 8 de marzo de 2009.

vulnerado cuando se toman malas decisiones.

Como se ha señalado, la elaboración del plan de transportes se hizo desde su inicio de espaldas al Congreso Nacional. El gobierno del Presidente Lagos y luego de la Presidenta Bachelet, además de los ministros que los acompañaron en esta tarea, decidieron emprender esta tarea auto asignada, despreciando la deliberación democrática que se lleva a cabo en el Congreso. Así, interpretando de forma poco sistemática atribuciones que la ley le concede al titular de la cartera de transportes y que, en rigor, no admiten una reforma como la que se hizo, se terminó construyendo un sistema de transportes monopólico sobre precarios fundamentos jurídicos.

Más tarde, ante el descalabro financiero evidente, se optó por seguir ideando mecanismos al margen de la Constitución y las leyes para traspasar recursos que permitieran mantener en funcionamiento el sistema. El Metro, el Banco Estado, la CORFO y otra serie de instituciones al interior del Poder Ejecutivo fueron involucradas en estas operaciones irregulares.

Afortunadamente, muchas de estas fueron siendo desarmadas por las instancias correspondientes, como el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la

República. No obstante ello, todavía no podemos estar seguros que en todas las vías de financiamiento irregular que se han utilizado finalmente se imponga el derecho. En definitiva, como se ha visto, el Transantiago y el Estado de Derecho son dos conceptos que la práctica del Poder Ejecutivo ha ubicado en planos opuestos. No es posible evaluar con certeza las consecuencias futuras para nuestra institucionalidad de todo lo que aquí se ha expuesto. La mayor de las veces las instituciones funcionaron y detuvieron aquellos resquicios que intentaron ser esgrimidos. Sin embargo, las embestidas contra el Estado de Derecho siempre generan daños. En este caso, los daños se traducen en interpretaciones extremas ajenas al espíritu de la legislación, figuras al límite de lo legal que subsisten hasta hoy, entelequias jurídicas, modos de argumentar e interpretar la Constitución para buscar curiosas justificaciones, precedentes, normas y, en fin, toda otra gran cantidad de costumbres jurídicas, cuyo efecto negativo en el Estado de Derecho es de una magnitud aún incierta. Todo esto es un ejemplo que no debe seguirse, pero además un llamado a tomar conciencia sobre el modo como deben elaborarse las políticas públicas.

