

Transantiago: Fallo Trascendente para la Institucionalidad

Con fecha 30 de septiembre pasado, el Tribunal Constitucional acogió un requerimiento interpuesto por 16 senadores de la Alianza por Chile y declaró inconstitucionales los decretos que aprobaron el endeudamiento que contrajo el Gobierno con el Banco del Estado de Chile y con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para financiar el déficit del Transantiago.

Manejando el Déficit

Como es sabido, la implantación del Transantiago en febrero de 2007 devino en un fracaso operacional y financiero, que arroja ya unos US\$ 60 millones mensuales de déficit, y que ha tenido manifiestos costos políticos para el Gobierno y la Concertación.

Desde un comienzo la autoridad se ha empeñado en no reconocer ese fracaso, precisamente para intentar eludir el impacto político. Así, se ha negado a permitir un alza de tarifas, no obstante que los costos han subido sistemáticamente en el último tiempo, para lo cual ha recurrido al mecanismo de cubrir con recursos públicos la diferencia. Ello implica la entrega de un subsidio, que de acuerdo con la Constitución son materia de ley (art. 19 N° 22), esto es, requieren de autorización del Congreso.

El Gobierno ha desplegado variadas acciones para otorgar ese subsidio mediante mecanismos alternativos y sin que el Congreso

se pronuncie. En un primer momento hizo que el Metro otorgara un préstamo al sistema, acción que fue declarada por la Contraloría como contraria a derecho. Obligado por este dictamen, el Ejecutivo tuvo que plantear al Congreso el otorgamiento de un subsidio, que fue aprobado por una estrecha votación en julio de 2.007 (Ley N° 20.206), que cubría el déficit hasta fin de año, época en que la situación estaría teóricamente en franca reversión.

Sin embargo, la realidad fue otra. Al finalizar ese año los recursos se habían agotado y el déficit seguía acrecentándose, lo que movió a que pidiera recursos adicionales en la Ley de Presupuestos para el año 2.008, aporte que esta vez resultó rechazado debido a que los parlamentarios exigieron que para su aprobación se presentara una solución definitiva al sistema de transporte público de la capital. En la visión de éstos, no es posible seguir entregando recursos a un sistema fracasado y cuyo déficit se acrecienta, sin que se hagan rectificaciones de fondo.

El Gobierno en vez de hacer un planteamiento para corregir los problemas de fondo del Transantiago, procedió a "auto prestarse" los recursos negados por el Congreso en uso de sus atribuciones, mediante un crédito del Banco de Estado, con una "auto garantía" de CORFO. Sostuvo que ello no era endeudamiento público, porque formalmente el bene-

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, de existencia de controles y contrapesos, como de la sujeción al Estado de Derecho, habrían quedado gravemente cuestionados y en evidente riesgo.

ficiario de préstamo fue un supuesto ente privado: la “Cuenta de Reembolso” que creó la Ley N° 20.206, cuyo objeto era asegurar la restitución de los Fondos que con ocasión de su aprobación le entregó el Fisco al Transantiago y que fue autorizada por esa norma legal para endeudarse. Un análisis detallado de esta operación y sus implicancias, se encuentra en el Tema Público N° 852 de LyD, de 11 de enero de 2.008¹.

Doce senadores de la Alianza, sosteniendo que esa operación financiera no era más que un montaje financiero-legal destinado a soslayar la decisión del Congreso, recurrieron ante el Tribunal Constitucional (TC) solicitando que se declararan inconstitucionales las autorizaciones que debía expedir el Gobierno para el endeudamiento de la Cuenta conforme a la ley N° 20.206) y un decreto que se dictó para hacer posible la garantía. Esta acción constitucional fue desestimada por dicha magistratura exclusivamente por consideraciones formales, pues tales autorizaciones no constaban –indebidamente– en un decreto, que los actos recurribles por los parlamentarios, y no porque la operación fuera declarada conforme a derecho.

El Gobierno al sentirse amparado por la decisión del TC y ante un déficit que escalaba sin control, de inmediato procedió a endeudar la cuenta en US\$ 10 millones adicionales con el BancoEstado y en US\$ 400 millones con el BID, con la garantía de CORFO. Además, recurrió al financiamiento mediante mecanismos dudosos de parte del Metro y Enap.

Como la Contraloría había obligado a que las autorizaciones se otorgaren ahora por decreto y ante una conducta contumaz, 16 senadores de la Alianza renovaron la acción constitucional cuestionando las operaciones realizadas, pretensión que en definitiva resultó acogida por el TC, aunque sólo respecto de los préstamos. El Tribunal la rechazó en relación a la garantía de CORFO, por entender que este aspecto ya había tenido un pronunciamiento

de fondo en el fallo anterior, a pesar que únicamente para declararse incompetente².

La Institucionalidad Comprometida

Las acciones que ha llevado adelante el Ejecutivo para financiar el Transantiago prescindiendo del Congreso, son de la mayor gravedad.

Desde luego, toda democracia supone la división del poder y la existencia de controles y contrapesos. Dentro de esta lógica, no es admisible que el Poder Ejecutivo se sienta autorizado a realizar un gasto, una vez que el Parlamento, en el desempeño de sus funciones, ha negado los recursos para ello. El argumento que se paralizaría el transporte de la capital no es base para desatender la decisión del Congreso, porque cuando los parlamentarios negaron la autorización no desconocían esa probabilidad, pero les preocupaba otro aspecto: la dilapidación de los recursos de todos los chilenos en un sistema inepto. Por lo mismo, el deber del Ejecutivo era proponer una alternativa que satisficiera el Congreso y no saltárselo para evitar que se produjera dicha paralización. El Gobierno no tiene derecho a presentarse ante la ciudadanía como el único órgano que actúa en forma responsable y poseedor de la verdad frente a una crisis. Por lo anterior, es precisamente que la Constitución señala, en una norma que forma parte de la tradición jurídica constitucional y que tiene por objeto establecer el límite del poder en democracia, que “Ninguna magistratura (órgano público), ninguna persona ni grupo de personas pueden 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°).

De validarse esa forma de actuar, la democracia en Chile se volvería aparente, porque el Congreso pasaría a cumplir un rol simplemente nominal y con un Presidente de la República detentando una incontrarrestable

acumulación de poder. En otras palabras, estaríamos ante una dictadura solapada.

Enseguida, el actuar del Gobierno vulneró normas concretas de la Carta Fundamental, que dicen relación con la legalidad de los gastos y del compromiso de la responsabilidad financiera fiscal.

En primer lugar, exige aquélla que todo gasto público sea aprobado por ley (arts. 65 y 67) y, en particular, los subsidios que entregue el Estado en favor de algún sector, actividad o zona geográfica (art. 19 N° 22).

La exigencia de una ley para la aprobación de los gastos no es un detalle formal, sino que apunta a la protección de los derechos de ciudadanos. En efecto, el gobierno extrae los recursos de las personas mediante tributos, que también son materia de ley, para luego realizar los desembolsos. Si la democracia es el Gobierno del pueblo, los fondos obtenidos de éste, deben ser empleados igualmente en lo que éste quiere, lo que supone una aprobación de sus representantes, luego de un debate informado. Si el Gobierno pudiera realizar gastos sin ley, en la práctica se estarían subiendo los tributos mediante una política de hechos consumados y no por una decisión del Congreso: una vez comprometidos los gastos no quedaría otra que financiarlos.

Que los subsidios, -una forma de gasto público- sean aprobados por ley, es aún más importante. Ello porque son formas de trato distinto ("discriminación") que beneficia a algunos y por lo mismo deben ser decididos por los representantes de todos los sectores, que deben decidir sobre si se justifican los costos que necesariamente suponen. Dejar la decisión exclusivamente en manos del Gobierno, sería terreno fértil para un clientelismo electoral que

potencialmente habilitaría para que se perpetúe en el poder.

En segundo lugar, consagra la Constitución un estatuto sobre endeudamiento público y compromiso de la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos, empresas y municipalidades (arts. 63 Nos 7, 8 y 9). Consiste aquél, básicamente, en que los órganos públicos no pueden contratar ningún empréstito (endeudamiento financiero) ni comprometer su responsabilidad financiera directa o indirecta (otorgar garantías), sin una autorización de ley. Cuando el servicio de la deuda excede el período presidencial en curso, la autorización para contratar el empréstito debe otorgarse por ley de quórum calificado³. Tratándose de las empresas del Estado, lo que hace dicho estatuto es prohibir absolutamente que el endeudamiento financiero se contrate con el Estado mismo, sus organismos u otras empresas estatales.

El actuar del Gobierno vulneró normas concretas de la Carta Fundamental, que dicen relación con la legalidad de los gastos y del compromiso de la responsabilidad financiera fiscal.

Tales normas tienen todas un objetivo de mantener una política de sana administración financiera del Fisco y de los recursos de todos los chilenos. En efecto, nada se saca de establecer el resguardo que los tributos y gastos son materia de ley, si el Gobierno puede incurrir en endeudamiento sin control del Congreso, porque al final está comprometiendo igual los recursos públicos y un nivel gasto (servicio de la deuda) al que luego habrá que atender. Por ello, la norma constitucional exige que el endeudamiento sea aprobada por ley y, en particular, que si el servicio de la deuda excede el período presidencial, debe ser sancionado con quórum calificado, pues sería muy sencillo hacer una política populista de gastos si es posible transferir su pago a los futuros gobiernos.

Lo propio debe decirse con respecto al otorgamiento de garantías. En este sentido, debe señalarse una cierta omisión de la Constitución, porque no se tomó la precaución de

exigir que las garantías de deudas que excedieran del periodo presidencial, fueren aprobadas por ley de quórum calificado; basta una ley simple. Finalmente, respecto del endeudamiento de las empresas del Estado, la prohibición de que se contraiga el endeudamiento con organismos del sector público, busca asegurar que ellas se desenvuelvan en forma sana en mercados competitivos y que los préstamos se contraten con entidades privadas o extranjeras, que evalúen independientemente y con criterios objetivos de rentabilidad los proyectos que ejecuten. Además, en el pasado el endeudamiento con el sector público de las empresas estatales fue utilizado para realizar gasto público encubierto.

El Fallo del Tribunal Constitucional

La sentencia recaída en el requerimiento declaró la inconstitucionalidad por casi todos los capítulos reseñados, por una mayoría contundente de 8X2, aunque algunos ministros no concordaron en todos los argumentos.

Consideró el TC que al endeudarse la cuenta se estaba endeudando al Estado y que por ello se requería de una aprobación legal, que excedía la entregada por la Ley N° 20.206, que por lo demás no se acordó con quórum calificado. Que, igualmente se comprometía la responsabilidad financiera del Estado, cualquiera sea la naturaleza de la cuenta de reembolso, porque el Estado deberá responder por el financiamiento recibido por ella, más allá de cualquier consideración jurídica, porque sería impensable que se permitiera la paralización del servicio de transporte de Santiago.

Que asimismo, se vulneraba el estatuto de endeudamiento público en el crédito otorgado por el BancoEstado, porque en el hecho, mediante la interposición de la cuenta, prestó dinero a otra empresa del Estado como es el

Metro, acción prohibida bajo todo respecto por la normativa constitucional.

Finalmente, que los créditos contratados involucraban de hecho una forma de subsidio a un sector económico y a los usuarios, sin que se encuentre previsto en ninguna ley.

El Tribunal no se pronunció sobre la infracción a las atribuciones del Congreso, pues consideró que las causales reseñadas eran suficientes y que era innecesario referirse a otras alegaciones. Sin embargo, un ministro en un voto de prevención⁴ dejó expresamente establecido que no estimaba que existiera tal infracción, lo que parece dejar de manifiesto que la mayoría implícitamente así lo consideraba.

Los créditos contratados involucraban de hecho una forma de subsidio a un sector económico y a los usuarios, sin que se encuentre previsto en ninguna ley.

Las Acciones del Gobierno

El Gobierno actuó siempre para soslayar las decisiones del Congreso y atribuirse facultades que ninguna norma jurídica le ha confiado. Tan claro es ello, que el

Ministro Cortázar lo reconoció sin ambages cuando fue preguntado sobre el potencial rechazo de un nuevo proyecto de ley de subsidio por parte de Alianza, cuando dijo que: "La verdad es que nosotros hemos enviado un proyecto de subsidio al Parlamento desde siempre, lo que ocurre es que cuando la oposición no ha estado disponible para aprobar los recursos nosotros hemos buscado un financiamiento a través de créditos para mantener el sistema de transporte público funcionando"⁵. Algo que el artículo 7° de la Constitución prohíbe hacer "ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias".

Asimismo, ideó una tesis jurídica sin fundamento para intentar darle amparo a sus actuaciones: que la cuenta de reembolso era un ente privado. Así, los créditos eran operaciones entre privados y no sería aplicable el estatuto constitucional sobre endeudamiento público. Nadie puede realmente creer que esa tesis

es efectiva, cuando todos los contratos celebrados aclaran que los privados involucrados en el sistema no tienen ninguna responsabilidad por las deudas y que la supuesta deudora carece de patrimonio para hacerles frente; más aún cuando dicho endeudamiento fue resuelto y tramitado por el Ministerio de Transportes. Y cuando cualquier persona medianamente informada, sabe que de no pagarse la deuda con los flujos del Transantiago, tendría que entrar el Estado a hacerlo.

Particularmente grave es el hecho, que no obstante sostener que la cuenta era privada y que los créditos en manera alguna comprometían al Estado⁶, simultáneamente a la contratación de la operación con el BID, los Ministros de Hacienda y Transportes firmaron una “letter of comfort” que en la práctica le otorga el aval del Estado⁷, garantía que no está autorizada por ninguna ley. Una comisión investigadora de la Cámara de Diputados, constituida en estos días, deberá pronunciarse sobre la regularidad de estos actos.

Reestableciendo el Imperio del Derecho

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, de existencia de controles y contrapesos, como de la sujeción al Estado de Derecho, habrían quedado gravemente cuestionados y en evidente riesgo. Lo propio con 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.

¹ Ver en página web: www.lyd.org, sección “Temas Públicos”

² Conforme al fallo de 22 de mayo de 2.008, recaído en el Requerimiento Rol N° 1.035, éste fue rechazado respecto de la garantía de CORFO por una decisión adoptada en un empate de votos (5 contra 5) que dirimió el voto del Presidente, por considerar que los eventuales vicios eran de simple legalidad y no de constitucionalidad. Ver en página web www.tribunalconstitucional.cl.

³ Son aquellas leyes que para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada cámara. Por oposición, a las leyes simples les basta la mayoría de los presentes, debiendo recordarse que para entrar en sesión sólo se necesita que estén presentes un tercio de los miembros en ejercicio.

⁴ Ver en fallo del TC de 30 de septiembre de 2.008, causa Rol N° 1.153, opinión del Ministro Mario Fernández, en la página web www.tribunalconstitucional.cl.

⁵ Declaraciones aparecidas en las páginas web de los diarios “El Mostrador” y “La Tercera”, el 31 de julio de 2.008

⁶ Escrito de la Presidencia de la República, presentado con fecha 29 de julio de 2.008 ante el Tribunal Constitucional.

⁷ Publicada en la página web del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones www.mtt.cl