

En lo principal: Requerimiento en contra de decretos supremos inconstitucionales. **Primer Otrosí:** Acompaña documentos. **Segundo Otrosí:** Designa Senadores representantes de los requirentes. **Tercer Otrosí:** Solicita alegatos. **Cuarto otrosí:** Patrocinio y poder.

Excmo. Tribunal Constitucional

Los Senadores firmantes, que representamos más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, según se acredita con la certificación que se inserta al final de este escrito, domiciliados para estos efectos en el edificio del ex-Congreso Nacional, Morandé N° 441, comuna de Santiago, a US. Excma. con respeto exponemos:

Que en ejercicio de la atribución que nos confiere el N° 16 del inciso primero, del artículo 93 de la Constitución Política de la República, en relación con el inciso décimo noveno del mismo precepto, venimos en presentar un requerimiento para que se declaren inconstitucionales dos decretos supremos que han aprobado el otorgamiento de sendos préstamos al sistema de transporte público de pasajeros de Santiago, en adelante "Transantiago", y un tercero que permite otorgar indeterminada y discrecionalmente la garantía de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) a operaciones crediticias cursadas al mismo sistema, de acuerdo

con los siguientes antecedentes y consideraciones de hecho y de derecho.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO Y DERECHO DE LA OPERACIONES IMPUGNADAS

I. 1.- Consideraciones previas

Como es de público conocimiento, con fecha 10 de febrero de 2007 se puso en marcha un nuevo sistema de transporte público de pasajeros del Gran Santiago, denominado Transantiago.

Dicho sistema se implantó sin que se dictara ley alguna que lo estableciera, sino que exclusivamente sobre la base de meros actos administrativos. Esta sola consideración pone en perspectiva la actuación discrecional y de dudosa constitucionalidad de los órganos públicos que lo materializaron, toda vez que se estableció un sistema monopólico, excluyente y centralmente planificado por simple decisión administrativa, en circunstancias que la Constitución, en su artículo 19 N° 21, garantiza la libertad para desarrollar actividades económicas, la cual sólo admite una regulación mediante la ley, y que el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 18.696, que rige precisamente el transporte público de pasajeros, declara la libertad de recorridos. Por ende, cabe concluir que desde el inicio del Transantiago el Ejecutivo ha eludido aprobar los cambios legislativos que eran necesarios efectuar para la puesta en marcha de un diseño de esa

naturaleza, y justificar ante el Congreso su pertinencia y respaldo técnico.

Ahora bien, más allá de si las prerrogativas legales eran suficientes, el Transantiago devino en un fracaso -como también es de público conocimiento- en sus aspectos operacionales y financieros. Es así, que tan sólo a cinco meses de su entrada en funcionamiento, mediante Ley N° 20.206, de 6 de julio de 2007, se tuvo que aprobar un préstamo del Fisco al sistema por la cifra de \$ 98.800.000.000 y un aporte no reembolsable por \$ 52.000.000.000, esto es, por el total equivalente a US\$ 290.000.000, con el fin de evitar su colapso económico y permitir que siguiera operando un servicio público esencial para la ciudadanía. Esto, cuando el sistema de transportes que le precedió prestaba el servicio sin mayores inconvenientes y se autofinanciaba, aspectos que el Transantiago no ha sido capaz de lograr.

Como el nuevo sistema de transportes no ha dejado de arrojar un déficit permanente, que en la actualidad se empina, como lo ha reconocido el propio Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a los US\$ 43.000.000 mensuales (según cifras a abril de 2008 y aún pudiera acrecentarse), el Fisco ha visto en la necesidad de seguir prestándole apoyo económico. Así, en el proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público del año 2008 (Boletín N° 5347-05), el Ejecutivo propuso en su Partida 19, Capítulo 01, Programa 03, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, un aporte no

reembolsable al Fondo creado por la Ley N° 20.206, por la suma de \$ 76.608.000.000, (US\$ 145.000.000).

La mayoría de los integrantes de la Cámara de Diputados y del Senado nos opusimos a dicha asignación, por la vía de aprobar una indicación que rebajaba el aporte a \$ 1.000, ya que si bien es probable que se requiera ese apoyo fiscal al Transantiago, hemos sostenido siempre que el aporte tendría que efectuarse con ocasión de la aprobación de una ley que lo reestructure y resuelva en definitiva los problemas que le aquejan. Esto, porque seguir aportando recursos a un sistema que ha fracasado constituye una dilapidación de los dineros de todos los chilenos. Aprobar esa rebaja era una atribución propia del Congreso Nacional.

Es así que la Ley N° 20.232, sobre Presupuestos del Sector Público para el año 2008, contempla un aporte para el Transantiago de sólo \$ 1.000. En otras palabras, el aporte solicitado fue rechazado por el Congreso Nacional en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y el Gobierno no puede exceder el gasto sino en los términos y en los casos en que el ordenamiento jurídico expresamente lo autoriza.

En atención a lo anterior, el Ejecutivo envió recientemente un proyecto de ley que entrega un subsidio permanente al Transantiago (Boletín 5849-15), por un monto anual de US\$ 210 millones, más un aporte temporal en los próximos tres años, por US\$ 135 millones en cada uno. Este proyecto de ley se

encuentra bajo discusión y el Gobierno deberá llegar a acuerdos políticos para lograr su despacho.

I.2.- Las operaciones cuestionadas y sus circunstancias

I.2.a.- Préstamos al Transantiago

Sin embargo, para hacer frente al déficit operacional de los primeros meses de presente año del sistema de transporte de pasajeros, el Gobierno recurrió al expediente de endeudarse por unos US\$ 160.000.000, para lo cual solicitó un crédito al Banco del Estado de Chile, empresa del área estatal, garantizado con el aval de la Corporación de Fomento de la Producción, organismo semifiscal de administración autónoma. Esta operación fue impugnada mediante requerimiento ante US Excm., con fecha 30 de enero pasado, acción que fue desestimada por sentencia de 22 mayo último, únicamente por razones formales, al entender el Tribunal que los actos administrativos que aprobaron ese endeudamiento no eran recurribles, por tratarse de simples oficios y no decretos supremos.

Ahora bien, para sufragar el déficit que sigue generando el Transantiago, el Gobierno ha recurrido nuevamente al expediente de endeudarse con el Banco del Estado de Chile por unos US\$ 10.000.000 y también con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por nada menos que US\$ 400.000.000. Esta última operación contará con la garantía de la CORFO. Ignoramos si también cuenta con ella la

primera mencionada, lo que no precisa el decreto aprobatorio, pero conforme con aquel que autoriza a la CORFO a entregar su garantía es perfectamente posible que así suceda. No existe norma legal alguna que haya aprobado tales operaciones, a pesar que ellas comprometen gravemente la responsabilidad financiera del Estado.

Los plazos y condiciones de las dos operaciones de crédito mencionadas, fueron aprobadas en esta oportunidad por los siguientes actos administrativos:

i) Mutuo del Banco del Estado, mediante Decreto Supremo N° 46, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 de mayo de 2.008, publicado en el Diario Oficial de 28 de mayo del mismo año; y

ii) Mutuo del BID, mediante Decreto Supremo N° 45, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 16 de mayo de 2.008, publicado en el Diario Oficial de 3 de junio del mismo año. Cabe precisar que este instrumento señala que la operación "podrá contar" con la garantía de CORFO, sin precisar si parcial o totalmente.

Por su parte, la posibilidad de otorgar la garantía de CORFO a varios préstamos, sin identificarlos, hasta por un monto de US\$ 320 millones adicionales, fue sancionada por Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda N° 583, de 21 de abril de 2.008, publicado también el Diario Oficial de 3 de junio pasado.

Es importante destacar que todos esos decretos, sin excepción, fueron expedidos antes que se dictará el fallo de US. Excma. que estaba llamado a pronunciarse en el requerimiento Rol N° 1.035/2008 sobre la constitucionalidad de actos esencialmente idénticos, lo que recién aconteció el 22 de mayo pasado. El decreto supremo sobre garantía de la CORFO precedió en más de un mes a la decisión de V.E.

Es más relevante todavía destacar que en dicho fallo no se emitió declaración alguna en cuanto a que los actos impugnados estuvieren conforme a derecho. En otras palabras, no hay en él antecedente alguno del cuales se pudiere concluir siquiera remotamente que lo actuado ahora por el Gobierno es válido. En esa resolución, el Tribunal declaró el requerimiento inadmisibles por impugnar simples oficios o, en un empate que se dirimió por el voto del Presidente, se expresó que de haber vicios serían de ilegalidad, cuestión que no competía resolver a esa Magistratura. No obstante, la otra mitad de los integrantes de ese Excmo. Tribunal, estuvo por declarar inconstitucional el decreto supremo que autorizó para comprometer la garantía de CORFO.

Como antecedentes adicionales para que US. Excma. pondere la gravedad de la situación, podemos agregar que por publicaciones de prensa se ha sabido que se pudieran estar llevando a cabo otros actos

tendientes a financiar el Transantiago al margen de la ley¹.

En primer lugar, se ha dado cuenta que estarían en curso de aprobarse créditos de bancos privados nacionales y que también de alguna forma se recurriría al financiamiento de la Empresa Nacional de Petróleo, empresa pública del Estado, aunque no tenemos antecedentes precisos que permitan incoar por ahora acciones respecto de estas supuestas operaciones.

Este tipo de operaciones no es nueva, pues ya antes el Gobierno intentó financiar el Transantiago al margen de la Ley, obligando a la empresa estatal Metro S.A. a entregarle un préstamo, hecho que fue objetado por la Contraloría General de la República mediante dictamen N° 38.432, de 24 de agosto de 2007. A raíz de esta objeción y de la situación que rodeó dicho intento (el Presidente del Directorio del Metro renunció a su cargo, negándose a aprobar la orden del Gobierno) se presentó entonces un proyecto de ley para entregar un subsidio al Transantiago, que resultó aprobado como Ley 20.206.

En segundo lugar, asilándose en el tenor literal del dictamen aludido, que consideró los actos de cobro como integrantes del giro de la sociedad, el Gobierno decidió que el Metro S.A., empresa del área estatal, se abstenga de cobrar los fondos a que tiene derecho en el sistema de reparto del

¹ Por ejemplo, ver diarios La Segunda de 28 de mayo de 2008, páginas 6 y 10; El Mercurio de 28 de mayo de 2008, página 7 cuerpo B, y 29 de mayo de 2008, página 9 cuerpo B; Diario Financiero, de 28 de mayo de 2008, página 9, y de 29 de mayo de 2008, página 8; La Nación, de 29 de mayo de 2008, página 17.

Transantiago por la suma de US\$ 25.000.000, lo que involucra un financiamiento adicional al déficit de dicho sistema. Esta decisión consta en un comunicado de "hecho esencial" remitido por la propia empresa a la Superintendencia de Valores y Seguros, con fecha 28 de mayo, según la página web de este organismo fiscalizador. En el comunicado se precisa que esta medida se adoptó en una junta extraordinaria de accionistas, que son exclusivamente el Fisco y la CORFO, lo que demuestra que fue una decisión del Gobierno y descarta que haya sido tomada por la administración interna en el giro habitual de la empresa.

Esa operación es altamente discutible, porque con ella se ha dejado de cautelar el patrimonio de una empresa pública y porque en el hecho importa un préstamo prohibido expresamente en el dictamen del órgano contralor. Ello es así, debido a que Metro S.A. detenta la calidad de recaudador del sistema y conforme a los contratos celebrados, tiene derecho a retener la parte que le corresponde de las sumas que percibe diariamente en sus boleterías, hasta por el monto de su participación en la recaudación total. Al abstenerse de cobrar, termina entregando al sistema sumas percibidas que tenía derecho a retener. Esta figura en nada se diferencia en los hechos de un mutuo de dinero, operación vedada por la Contraloría como un acto que excede del giro autorizado por la ley.

I.2.b.- Garantía de CORFO

Como es de conocimiento de US. Excma., el crédito concedido por el Banco del Estado de Chile al Transantiago por US\$ 160 millones en enero del presente año, cuyos actos aprobatorios fueron impugnados por Requerimiento Rol N° 1.035, contó con la garantía de la Corporación de Fomento de la Producción por el 80% de su monto. Ello se estableció mediante Decreto Supremo N° 1.797, de 28 de diciembre de 2.007, del Ministerio de Hacienda publicado en Diario Oficial de 2 de enero de 2.008, que introdujo modificaciones al Decreto Supremo de Hacienda N° 793, de 2.004, que autoriza a la Corporación para contraer obligaciones indirectas y entregar coberturas o subsidios contingentes. Estas modificaciones consistieron básicamente en:

i) Eliminar la precisión que las coberturas o subsidios contingentes se otorgan sólo a personas naturales o jurídicas, para agregar, explícitamente, la posibilidad que se otorguen en beneficio de "cualquier otro fondo, cuenta o patrimonio separado creado o reconocido por ley"; y

ii) Crear un cupo de \$ 79.328.000.000 para coberturas o subsidios contingentes, para "garantizar total o parcialmente los financiamientos que los bancos u otros intermediarios financieros otorguen a los mencionados sistemas (de transporte público), incluidos a la cuenta especial de reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley

Nº 20.206, y que no fueren pagados por éstos" (art. 7º bis, agregado por DS 1.797).

En el hecho, el cupo asignado calzaba exactamente con el monto del préstamo antes aludido.

Mediante Decreto Supremo de Hacienda Nº 583, de 2008, se autorizó la entrega de la garantía de la Corporación de Fomento de la Producción, que denomina coberturas o subsidios contingentes, por un monto adicional de US\$ 320 millones. Para ello se recurrió al mecanismo de introducir una modificación a la cifra que el D.S. 1.797 de Hacienda, de 2.008, había a su vez introducido al D.S. 793 de Hacienda, de 2.004, que contempla dicha figura de coberturas o subsidios contingentes, incrementándola de \$ 79.328.000.000 a \$ 229.728.000.000 (unos US\$ 320 millones).

La suma total que ahora exhibe hoy el D.S. 793 para comprometer la responsabilidad de CORFO mediante la referida figura (aproximadamente US\$ 480.000.000), cubre el primer préstamo original del Banco del Estado y aquel que otorgará el BID. También tiene espacio para cubrir el segundo préstamo entregado por el banco estatal, aunque el decreto aprobatorio de éste nada expresa. Debe recordarse que dicho decreto supremo permite garantizar financiamiento a la Cuenta en todo o parte. De esta manera, los préstamos garantizados por CORFO pueden exceder largamente la cantidad de US\$ 480.000.000 en la medida que sean garantías parciales; únicamente, se limita la responsabilidad de CORFO a ese monto. Por

cierto que una garantía parcial liga al Estado con esos créditos y es muy probable que al final deba responder por el total, de forma que los montos comprometidos de hecho son literalmente inconmensurables.

I.2.c.- Sujeto prestatario y supuesto fundamento de juridicidad de las operaciones cuestionadas (Ley 20.206).

Conforme se deriva de los actos impugnados y según ya aconteció en el primer préstamo entregado por el Banco del Estado, los nuevos créditos serán o han sido cursados a la cuenta especial de reembolso consagrada en el artículo 7° de la Ley N° 20.206 ("la Cuenta").

Señala dicha disposición legal:

"Artículo 7°.- Los concesionarios de Uso de Vías de la Ciudad de Santiago, el Administrador Financiero de Transantiago, en adelante 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 éste, de los concesionarios de Uso de Vías y de los prestadores de servicios complementarios.

Las operaciones de la cuenta serán efectuadas a nombre de ésta 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, lo que deberán contar con la autorización previa de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda”.

Conforme con la norma transcrita, existe una “Cuenta” que se califica de patrimonio separado, que es administrada por el AFT² y que tiene por finalidad rembolsar al Fisco los aportes efectuados por éste conforme a la Ley N° 20.206. La ley, junto con definir a la Cuenta como una “cuenta especial de reembolso”, señala que únicamente puede realizar dos tipos de operaciones: a) inversiones financieras; y b) contraer deudas, en los términos que autoricen los Ministerios de Transporte y Telecomunicaciones y de Hacienda. Estas dos atribuciones que la ley otorga a ese ente fuera de lo común, necesariamente deben entenderse referidas al objeto especial que la propia ley le fija, esto es, ser una cuenta de “reembolso”.

Aunque la ley nada diga, parece evidente que la autorización para realizar inversiones financieras tiene su origen en la situación hipotética que se produjera un excedente de caja derivado del desfase en la recepción de los fondos y el momento previsto

² Se refiere a la sociedad “Administrador Financiero de Transantiago S.A.”, empresa encargada de la administración y reparto de los fondos recaudados por el sistema de transporte público de Santiago, también denominada AFT.

para el reembolso, dado que no parece haber estado en el ánimo del legislador crear una entidad dedicada a las inversiones a propósito de la crisis del Transantiago. Del mismo modo, la facultad para endeudarse, debe suponerse, tiene el objetivo de cubrir los déficit transitorios de caja derivados de desfases entre los ingresos y el servicio de la deuda con el Fisco.

II.- ACTOS RECURRIDOS, VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD Y NORMAS INFRINGIDAS

Sostenemos SS. Excma. que las autorizaciones expedidas mediante decretos supremos por los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda, por Orden de Su Excelencia La Presidenta de la República, aprobando el otorgamiento de créditos por parte del Banco del Estado de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo a la Cuenta, como asimismo para que la CORFO comprometa su garantía a nuevas operaciones por aproximadamente US\$ 320 millones, infringen la Constitución, por las razones que más adelante se expondrán.

II.1. Los actos recurridos

Para efectos de lo señalado en el inciso décimo noveno del artículo 93 de la Constitución Política de la República, y los artículos 38 y 48 de la Ley Orgánica Constitucional de ese Excmo. Tribunal,

señalamos como actos administrativos recurridos los siguientes:

a) Decreto Supremo N° 46, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 de mayo de 2.008, publicado en el Diario Oficial de 28 de mayo de 2.008, que modifica las condiciones y plazos aprobadas para la línea de crédito ya pactada por el Banco del Estado de Chile con la Cuenta, conforme al Decreto Supremo 19, del mismo Ministerio y año. En la práctica, este acto administrativo autorizó un préstamo adicional por \$ 5.000.000.000 (de \$ 79.328.000.000 a \$ 84.328.000.000) del Banco a la Cuenta, además de permitir la postergación en un año del calendario de pago del total de la deuda de ésta con aquél y modificar el carácter con que el AFT compareció en el contrato respectivo.

b) Decreto Supremo N° 45, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 16 de mayo de 2.008, publicado en el Diario Oficial de 3 de junio del mismo año, que aprobó las condiciones y plazos de una línea de crédito por parte del BID a la Cuenta, por hasta US\$ 400.000.000.

c) Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda N° 583, de 21 de abril de 2.008, publicado también en el Diario Oficial de 3 de junio pasado, que incrementó el cupo para que la Corporación de Fomento de la Producción otorgue coberturas o subsidios contingentes a la Cuenta, en \$ 150.400.000.000 (de \$ 79.328.000.000 a \$ 229.728.000.000).

II.2. Admisibilidad del requerimiento

Los actos administrativos individualizados en el numeral precedente son recurribles ante US. Excma., de acuerdo con el N° 16 del artículo 93 de la Carta Fundamental, que establece que *"son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

16°- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Conforme con el inciso decimonoveno del mismo artículo, *"En el caso del número 16°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento".*

Con los actos administrativos antes individualizados, el Poder Ejecutivo ha dictado simples decretos que aprueban operaciones específicas, que exceden lo autorizado por la Constitución. Para impugnar tales actos, de conformidad con la norma antes transcrita, basta la

conurrencia de un cuarto de los miembros en ejercicio de la cámara que integramos, en este caso el Senado.

En cuanto al plazo para la interposición del requerimiento, el Decreto Supremo N° 46 de Transportes y Telecomunicaciones, fue publicado en el Diario Oficial el día 28 de mayo pasado, y los Decretos Supremos N°s 45, de Transporte y Telecomunicaciones, y 483, de Hacienda, fueron publicados en el mencionado Diario el 3 de junio de 2.008. Por consiguiente, el presente requerimiento se presenta antes que transcurran los treinta días que exige la norma constitucional transcrita, respecto de todos esos actos administrativos.

En consecuencia, se trata de actos administrativos recurribles por inconstitucionales, estando los comparecientes legitimados activamente para impugnarlos y dentro del plazo que contempla para ello la Carta Fundamental.

II.3. Vicios de constitucionalidad y normas infringidas

Los comparecientes sostenemos que los decretos impugnados presentan dos órdenes de vicios de constitucionalidad y que quebrantan diversas normas de la Carta Fundamental.

En primer lugar, el Ejecutivo prescindió de una aprobación legal para realizar aportes al Transantiago; peor aún, realizó esos aportes cuando

el Congreso Nacional le ha negado la autorización para ello en la Ley de Presupuestos. Al obrar de esa manera y dar curso en sustitución a un nuevo crédito otorgado por el Banco del Estado de Chile, empresa estatal, y a otro del BID, con garantía de CORFO, organismo público, ha incurrido en un quebrantamiento del marco que establece la Constitución sobre las distintas atribuciones y prerrogativas del Gobierno y el Congreso Nacional. Lo propio al facultar a CORFO a entregar su garantía por montos que se presten adicionalmente a dicha Cuenta.

En segundo lugar, se han infringido las normas contempladas en la Norma Fundamental que fijan un estatuto constitucional sobre cómo el Estado, sus organismos y empresas contraen endeudamiento financiero y la forma de comprometer el crédito y la responsabilidad financiera del Estado, de sus organismos y de las Municipalidades.

II.3.a. Quebrantamiento del marco institucional

El fracaso del Transantiago ha ocasionado un grave daño a la calidad de vida de los habitantes de Santiago y generado un severo problema en el diario quehacer de la ciudad, con los consiguientes efectos económicos y sociales en el desarrollo del país.

Si hay que hacer frente a dicho problema con recursos fiscales, la pregunta que surge aquí es cómo el Estado ha de disponer de esos recursos y decidir su aporte a la solución del problema, con

plena sujeción al marco jurídico e institucional que fija la Constitución Política de la República y la legislación vigente.

Al respecto, el ordenamiento constitucional establece las siguientes condicionantes:

II.3.a.i. Otorgamiento de subsidios

El inciso segundo del artículo 19 N° 22 de la Constitución, que garantiza la no discriminación arbitraria en el trato económico por parte del Estado, dispone que *"sólo en virtud de una ley ... se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica"*. En otras palabras, únicamente por ley se puede establecer un beneficio, que si es directo adquiere el carácter de un subsidio, a favor de algún sector económico y zona geográfica.

En el caso que nos ocupa estamos ante subsidio. El profesor "José Luis Cea puntualiza que los beneficios directos equivalen a los subsidios en que el Estado agrega directamente una cantidad de dinero al destinatario. En los beneficios indirectos, en tanto, el Estado deja de cobrar una cantidad. 'Ambos producen el mismo efecto, pero en el primer caso se paga dinero y en el segundo se rebajan tributos'"³.

Con sujeción a dicha norma constitucional, la Ley N° 20.206 otorgó un subsidio al sistema de transporte público de pasajeros de la ciudad de Santiago para

³ Arturo Fermandois "Derecho Constitucional Económico" Tomo I, p. 289, Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición Actualizada, que contiene la cita del profesor Cea.

el año 2007. Igualmente, dando cumplimiento a esa disposición constitucional, el Ejecutivo propuso un subsidio para el Transantiago en la Ley de Presupuestos para el año 2.008, que en definitiva el Congreso no aprobó.

Es innecesario argumentar para demostrar que los créditos que se han otorgado a la Cuenta, tanto el que fue cuestionado en el requerimiento Rol N° 1.035, como los que ahora se impugnan, han tenido el efecto de impedir alzas de tarifas. Por ello, constituyen un beneficio para una actividad, sector y zona geográfica, sin que exista ley alguna que lo legitime. Más aún, estas operaciones se realizaron precisamente porque el Congreso rechazó la aprobación legal del aporte que se pretendía entregar al Transantiago. Aunque dicho subsidio no constituya una discriminación arbitraria, sobre lo cual no nos pronunciamos, ello no evita que deba aprobarse por ley.

II.3.a.ii. Facultades del Congreso Nacional en la Ley de Presupuestos

El artículo 67 de la Constitución, indica que la Ley de Presupuestos del Sector Público debe consultar los gastos del ejercicio para el cual es aprobada. Por consiguiente, el otorgamiento de un subsidio para el Transantiago en el año 2008 debía estar contemplado como un ítem de gasto en dicha ley y así lo asumió el propio Ejecutivo, al incorporar una asignación en la Partida 19, Capítulo 01, Programa 03 del Ministerio de Transportes del proyecto de ley

de Presupuestos, denominada "Fondo Ley 20.206 Aporte Reembolsable", por la suma de \$ 76.608.000.000 y cuya glosa 04 precisa que "estos recursos se transferirán al sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago, sólo una vez que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones suscriba con los concesionarios de Uso de las Vías de la Ciudad de Santiago y con el Administrador Financiero de Transantiago, los convenios que establezcan los términos de su reembolso, el que se efectuará con cargo a la cuenta especial constituida por aplicación del artículo 7° de la Ley N° 20.206, rigiendo al respecto lo señalado en la citada norma y lo preceptuado en el artículo 11 de dicha Ley". Esta asignación fue aprobada por el Congreso Nacional, sólo que limitada a un monto de \$ 1.000 y así forma parte de la Ley N° 20.232, sobre Presupuesto del Sector Público del presente año.

Cabe agregar que el propio artículo 67 aludido dispone, en su inciso segundo, que "el Congreso Nacional... sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de la Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente".

A su turno, el artículo 65 de la Carta Fundamental dispone, en su inciso final, que "El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República."

II.3.a.iii. Se afectan las bases del Estado de Derecho

En consecuencia, conforme con las disposiciones antes señaladas, la aprobación de beneficios y subsidios a favor de determinado sector, actividad o zona geográfica debe ser prestada por ley. Asimismo, que es una prerrogativa constitucional del Congreso reducir o suprimir los gastos que propone el Presidente de la República, ya sea en la Ley de Presupuestos o en cualquier otra, y aprobar o rechazar los proyectos de ley, incluyendo los que son de iniciativa presidencial.

En otras palabras, cuando el Congreso Nacional rechazó la asignación presupuestaria sugerida por la Presidenta de la República en el proyecto de Ley de Presupuestos para el presente año, ejerció sus atribuciones exclusivas y excluyentes consagradas en la Constitución, que por lo demás son las inherentes a todo Parlamento en una democracia y en un Estado de Derecho, que suponen la existencia de un sistema de balances y contrapesos en el ejercicio del poder. La importancia de este punto la pone de manifiesto el profesor José Luis Cea E., cuando ha señalado que "el Estado de Derecho, para ser tal, presupone la división del ejercicio del Poder, la distribución de funciones entre órganos estatales competentes, cada uno de los cuales desempeña sus competencias con amplia autonomía y vigilando a los demás" (el subrayado es nuestro)⁴.

⁴ José Luis Cea Egaña, "Derecho Constitucional Chileno", Tomo I, Pg. 239, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2002.

Por todo lo anterior, el Congreso no ha facultado al Ejecutivo para otorgar beneficios ni efectuar gastos, directos o indirectos, en favor del sistema de transporte público de pasajeros Transantiago por la cantidad de que hasta ahora alcanza en moneda nacional a \$ 84.328.000.000 y en moneda extranjera US\$ 400.000.000; y que pudiera incrementarse sin más, dado la forma carente de todo control con que ha estado actuando el Gobierno en este tema. En el mejor de los casos, tal aprobación está limitada a la suma de \$ 1.000, conforme con la Ley de Presupuestos vigente. Está claro que en ningún caso puede entenderse que la facultad que entrega la Ley N° 20.206 a la Cuenta para endeudarse importa una autorización legal para otorgar un subsidio, puesto que el objetivo de esta norma, por expreso mandato de su artículo 7°, es rembolsar al Fisco los fondos que entregó como crédito al sistema de transportes en esa oportunidad. Si esa ley contenía la autorización para entregar mayores subsidios que los originalmente previstos, cabe preguntarse cuál fue la razón que el Ejecutivo intentara, primero, efectuar el aporte a través de la Ley de Presupuestos, si había un mecanismo más simple y flexible: endeudarse.

El artículo 6° de la Carta Fundamental estatuye que *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República."*

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Por su parte, el artículo 7° de la misma Carta, establece que:

“Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, 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.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

El Gobierno ha gestionado y realizado todas las acciones necesarias para que se otorguen esos préstamos a la Cuenta y que luego ha sido o serán canalizados a cubrir el déficit del sistema de transportes. El Banco del Estado ya ha demostrado no ser autónomo en esta materia, como fuere que obró bajo instrucciones al otorgar el primero de tales créditos, como se demostró a propósito del

requerimiento Rol N° 1.035. A su vez, ningún particular puede obtener un crédito del BID en las condiciones que se otorgará el que se ha referido en este escrito, sin una intervención del Gobierno; de hecho, la prensa consignó que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones viajó especialmente en marzo pasado a gestionarlo en Washington (USA), lugar en que se encuentra la sede central del BID.

De ese modo, las operaciones financieras cuestionadas constituyen una verdadera simulación que tiene por objeto encubrir un subsidio que no se encuentra aprobado en ninguna disposición legal. Con ello, el Gobierno, como órgano del Estado, no ha sometido "su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella", ha actuado fuera "de su competencia" y desatendido su deber de "garantizar el orden institucional de la República". Asimismo, se ha atribuido una autoridad y un derecho del cual carece, que es otorgar un beneficio a una actividad económica y a una zona geográfica, prescindiendo de las atribuciones del poder legislativo, lo que no puede hacer ni aún a "pretexto de circunstancias extraordinarias", como expresamente está vedado por el referido artículo 7° de la Carta Fundamental.

Esos mandatos y prohibiciones son precisamente aplicables al Gobierno por cuanto los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, sin excepción (art. 6°, inc. segundo).

En suma, estamos en presencia de una gravísima infracción del principio de legalidad conforme al cual en derecho público sólo se puede hacer aquello que está expresamente autorizado. Esta infracción constituye un desacato a la Constitución y los actos que la han materializado son inconstitucionales.

Frente al rechazo del Congreso a aprobar el aporte al Transantiago y ante lo dispuesto en el artículo 7° antes citado, para entregar fondos directamente a dicho sistema, el Poder Ejecutivo tenía constitucionalmente una alternativa: recurrir al decreto de emergencia del 2% previsto en el artículo 32 N° 20 de la Constitución. Señala éste, en lo pertinente, que *"El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender las necesidades impostergables derivadas... del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no pueden paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos."* Ejercer esta facultad, por cierto, implicaba asumir responsabilidades políticas y personales; por algo exige la norma la firma de todos los Ministros de Estado.

El Gobierno tenía claro la existencia de esa alternativa constitucional y de hecho estudió su aplicación, como lo consignaron los medios de prensa en su oportunidad. Sin embargo, para sorpresa nuestra y de muchos compatriotas, decidió no ejercer

dicha atribución sino que recurrir al subterfugio de endeudar a la Cuenta, ordenando al Banco del Estado de Chile otorgarle dos préstamos, y empeñando el prestigio de Chile para obtener un crédito del BID con el mismo objeto. Como ya se ha dicho, estos préstamos se otorgaron a la Cuenta, que por obra de una disposición legal específica está autorizada circunstancialmente para endeudarse. Esta capacidad de endeudamiento fue utilizada en la práctica para entregar un beneficio que no está autorizado en ninguna norma legal, según lo exige la Constitución, y sin asumir las responsabilidades que hubiera supuesto el mencionado decreto de emergencia. Asimismo, ha incrementado en forma inconsulta la capacidad de compromiso de la responsabilidad de la CORFO en créditos como los indicados.

Todas esas operaciones se han materializado obviando de hecho cualquier obstáculo constitucional o de índole legal. En este último sentido es trascendental destacar al menos uno: que no se entiende cómo una cuenta que de acuerdo a la ley sólo puede rembolsar fondos al Fisco o pagar los compromisos que hubiere contraído, transferirá a su vez en préstamo esos fondos al Transantiago para cubrir su déficit. El Gobierno ha eludido siempre dar un mínimo indicio de cómo es posible que ello se realice, con la evidente conciencia que no tiene explicación. Aun cuando ello es materia de simple ilegalidad, US. Excma. no puede dejar de tener este hecho en perspectiva al resolver. Cualquier forma de traspaso de los recursos recibidos adolecerá entonces de una total e insuperable ilegalidad

formal y consumará la entrega irregular de un beneficio a un sector y zona geográfica que ninguna ley ha autorizado.

Sobre lo anterior, cabe recordar que ese problema ya se planteó respecto del primer préstamo al Banco del Estado y concluimos que se recurrió al arbitrio de cursarlo al AFT, en cuanto representante de la Cuenta, según consta de la escritura pública mediante la cual se abrió la línea de crédito y en el pagaré que lo respaldó, a pesar que se dejaba constancia que no respondería con su patrimonio. Este mecanismo, en la práctica, permitió distribuir los recursos entre los beneficiarios del sistema. La Contraloría al tomar razón del D.S. 19 objetó esa figura, la que ahora se enmienda en el D.S. 46, cuestionado a través del presente requerimiento. Sería interesante, entonces, saber cuál será la mecánica ahora, que por cierto no podrá estar ajustada a derecho.

Pero sobretodo, no cabe duda que los decretos supremos que aprobaron las operaciones financieras aludidas, tuvieron por objeto eludir las restricciones constitucionales que tenía el Gobierno para cursar un subsidio al Transantiago y obviar la decisión que soberanamente y dentro de sus atribuciones había adoptado el Congreso Nacional.

Al respecto, es importante que US. Excma. analice el fondo de las operaciones que han sido cuestionadas más que las formas de que han sido rodeadas. Los mutuos que ha cursado el Banco del Estado

constituyen una verdadera simulación y el hecho que se haya recurrido a la Cuenta, una entidad ficticia, no es más que un resquicio legal para eludir la normativa constitucional, que exige un pronunciamiento del Congreso para destinar recursos fiscales y afectar la responsabilidad financiera del Estado. El hecho que se haya recurrido a un crédito del BID, no obsta a que también existe en ello un intento de las autoridades nacionales por eludir tal pronunciamiento. Se recurre a una institución financiera internacional y de prestigio para dar a la operación un carácter de regularidad. Obviamente, el BID actúa de buena fe y piensa hacer un aporte a resolver un problema nacional.

Sin embargo, sobre el préstamo del BID cabe preguntarse por qué es necesario. En efecto, el Fisco de Chile posee excedentes invertidos en el exterior por no menos de US\$ 25.000 millones y no requiere de un préstamo de apenas US\$ 400 millones para hacer frente a un problema nacional. Se le ha dicho al país que no es posible incorporar ni aún en parte a la economía nacional los excedentes invertidos en el extranjero, porque ello provocaría desequilibrios macroeconómicos. ¿Por qué los US\$ 400 millones del BID no provocan ese desequilibrio? La respuesta es muy simple: si se trajeran US\$ 400 millones desde las inversiones, sólo por ley podrían ser destinados; esa es la razón por la cual se contrae un endeudamiento que compromete las finanzas públicas hasta el año 2.027, sin que haya necesidad.

En consecuencia, los actos administrativos que han dado curso a los nuevos créditos del Banco del Estado y el BID para el Transantiago, como igualmente aquel que ha extendido la posibilidad que se comprometa la garantía de la CORFO a operaciones indeterminadas en beneficio del mismo, son inconstitucionales, ya que aprobaron el otorgamiento de un beneficio que la ley no contempla, más aún, que fue rechazado por el Congreso Nacional y porque mediante ellos el Poder Ejecutivo se atribuyó funciones que carece conforme a nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo tales operaciones un subterfugio para encubrir la concesión de un subsidio que no podía otorgarse.

En este sentido, los decretos infringen los artículos 19 N° 22, inciso segundo, 65 y 67 y, por ende, los artículos 6° y 7 de la Constitución, tanto individualmente como en tanto forman parte de un sistema que establece los límites del ejercicio del poder.

Que así lo declare SS. Excma. es de la mayor trascendencia ya que, de lo contrario, se abriría el espacio para que se generalicen este tipo de prácticas en que el Ejecutivo, fundado en urgencias y situaciones críticas, se entienda legitimado para disponer de los fondos fiscales a su arbitrio, prescindiendo de los resguardos normales para su buena administración y de los controles que para su inversión establecen la Constitución y las leyes. Asimismo, resultaría legitimado para que prescinda del Congreso Nacional, lo que implicaría una grave

alteración del sistema de equilibrios de poder establecidos por el Constituyente y sin el cual no puede haber una democracia estable ni imperar el Estado de Derecho.

Las aprensiones anteriores no son infundadas. Recordemos que el Ejecutivo implantó el Transantiago sin recurrir al Poder Legislativo y obvió el debate que en esta instancia se habría producido. En ese debate, que por lo demás supone escuchar planteamientos y técnicos y económicos, habrían salido a la luz los graves errores de su planificación y que después quedaron de manifiesto, como fruto de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

Declarar ajustadas a derecho las cuestiones que se han planteado en el presente requerimiento, o no pronunciarse sobre ellas, sentaría un precedente negativo para que se repitan actuaciones inconsultas y que contrarían las bases de la democracia y del Estado de Derecho. De hecho, que originalmente no se objetara la implantación unilateral del Transantiago ha derivado en nuevos y más graves actuaciones de parte de la autoridad contrarias al Estado de Derecho, como las operaciones ya antes descritas.

De la misma manera, que US. Excma. se abstuviera de pronunciarse sobre el fondo del asunto en el requerimiento Rol N° 1.035, señalando que no tenía competencia para hacerlo, porque los actos objetados eran oficios y no decretos, o bien en caso de la CORFO porque estimó que los vicios alegados de ser

efectivos eran materia de simple ilegalidad, no obstante que la mitad de los miembros de ese alto Tribunal consideraron derechamente inconstitucional la garantía otorgada, lejos de provocar una actitud de prudencia en el Ejecutivo, gatilló una nueva oleada de endeudamiento de la Cuenta por cantidades superlativas, que al menos se empujan a los US\$ 480 millones y que nada impide que sigan creciendo descontrolada y discrecionalmente. Incluso ahora que se ha enviado un proyecto de ley para entregar el subsidio, si en el futuro éste aparece como insuficiente, no cabe duda que se recurrirá nuevamente al endeudamiento de la Cuenta para seguir en la escalada de no querer pagar los costos políticos de los errores cometidos.

Las nuevas aprobaciones de endeudamiento y compromiso de la responsabilidad indirecta, sucedieron cuando US. Excma. aún no se había pronunciado sobre la validez de los actos impugnados en requerimiento Rol N° 1.035. En efecto, los decretos ahora cuestionados son de fecha anterior al fallo que dictó US., incluso en más de un mes. Expresado de otra manera, al desacato de las facultades del Congreso Nacional, se suma también la total desaprensión por las atribuciones de V.E.

Precisamente para evitar situaciones como esas, es que la Constitución impide a los órganos públicos, ni aun pretexto de circunstancias extraordinarias, atribuirse otras autoridades o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes.

El Estado de Derecho debe regir siempre y ajeno a toda consideración práctica. Así, el profesor José Luis Cea⁵, ha señalado que el Estado de Derecho, contemplado principalmente en los artículos 6 y 7 del Código Político, implica: (a) que "todas las autoridades deben actuar dentro del marco de potestades, atribuciones y derechos determinados o asegurados, de antemano y en texto escrito por el Derecho, con sujeción, leal o de buena fe, a cuanto fluye de ese marco"; y (b) que nadie puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, las atribuciones o facultades que la Constitución o las leyes no les han conferido, lo que significa que los principios que rigen el Estado de Derecho "deben regir incluso en situaciones críticas... y no sólo en momentos de normalidad institucional".

En suma, el marco fundamental de distribución y limitación del poder concebido en la Carta Fundamental, ha sido flagrante, integral y desaprensivamente infringido por el Ejecutivo en el financiamiento del Transantiago.

II.3.b. Infracción al estatuto constitucional sobre endeudamiento público y compromiso de la responsabilidad financiera del Estado y sus organismos

Aparte de los motivos de inconstitucionalidad señalados en el literal precedente por

⁵ José Luis Cea Egaña, "Derecho Constitucional Chileno", Tomo I, Pg. 239 y 252, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2002.

quebrantamiento del marco institucional, que consideramos de la mayor gravedad, los decretos impugnados son también inconstitucionales por infringir el conjunto de normas específicas de la Carta Fundamental que se refieren a la forma en que el Estado, sus organismos y empresas, pueden contraer endeudamiento y comprometer su responsabilidad financiera, según los casos, que constituyen un verdadero estatuto constitucional al respecto.

Tal estatuto constitucional está consagrado en el artículo 63, Nos. 7, 8 y 9 de la Carta Magna.

El artículo 63 fija el dominio de la ley y los números 7, 8 y 9 entregan al ámbito exclusivo del legislador, lo siguiente:

"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.

Lo dispuesto en este número no se aplicará al Banco Central;

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.

Esta disposición no se aplicará al Banco Central;

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”.

Ya de la simple lectura de las disposiciones constitucionales transcritas se infiere que en Chile el Fisco, sus organismos y empresas únicamente se pueden endeudar o comprometer su responsabilidad financiera, según los casos, en los términos que establece la ley y en virtud de una autorización otorgada por ésta.

II.3.c. Naturaleza jurídica de la Cuenta Especial de Reembolso de la Ley N° 20.206

Antes de entrar al análisis específico de las infracciones al mencionado estatuto constitucional, nos centraremos en definir el carácter de la Cuenta que ha recibido y recibirá los préstamos dirigidos al Transantiago. Esto, porque el Ejecutivo en definitiva centró toda su defensa en este punto con ocasión del requerimiento rol N° 1.035, sosteniendo que aquella es un ente privado que puede realizar cualquier tipo de operación, incluso actos de comercio previstos en el código del ramo.

En nuestro concepto no tiene base sostener que dicha Cuenta es privada, sino que pertenece al ámbito público, definición que hace toda la diferencia en cuanto a la aplicación del mencionado estatuto.

Las razones para estimar que la cuenta es pública y, más específicamente, que los fondos que a ella ingresan son fiscales, son los siguientes:

a.- La Cuenta está creada por mandato de una ley:

La Cuenta no fue creada por iniciativa de particulares, sino por mandato expreso del artículo 7º de la Ley Nº 20.206. Señala éste, en términos imperativos, que *"Los concesionarios de Uso de Vías de la Ciudad de Santiago, el Administrador Financiero de Transantiago, en adelante AFT y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, convendrán la constitución de una cuenta especial de reembolso"* (el énfasis es nuestro).

Como se advierte, la creación de la Cuenta no era materia de la voluntad de los partícipes del Transantiago, sino que éstos, para recibir los fondos que entregó la mencionada ley, era menester que convinieran en ella.

Además, los términos del Convenio no estaban entregados a la autonomía de la voluntad de los entes privados sino que, en definitiva, los determinaría el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sin cuyo concurso no habría acuerdo. Si el Ministerio de Transportes y

Telecomunicaciones no hubiese aceptado algún término del Convenio no lo habría suscrito y, por ende, los fondos no habrían sido entregados a los partícipes del sistema. En otras palabras, el Convenio es el mecanismo mediante el cual los privados quedaron obligados frente a las condiciones que el Estado les puso para entregarles los recursos, más que la forma de crear la Cuenta, cuya existencia está exigida en la ley.

En suma, la Cuenta debe su existencia a un mandato de la ley y a la actuación de un órgano administrativo como es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Si bien se trata de un ente sui generis que no tiene un precedente normativo, su génesis es propio de un ente público y no de un ente privado.

En ese sentido, es importante destacar que el voto disidente de la mitad de los miembros de ese Excmo. Tribunal, en el fallo recaído en el requerimiento de Rol N° 1.035, de 22 de mayo pasado, expresó -aunque sin pronunciarse sobre la naturaleza de la Cuenta- que *"no puede dudarse que en ella participa el Estado, como resulta claro del hecho que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones concurrió a constituirlo"* (considerando 14° de la disidencia). Es decir, los cinco Ministros aludidos entienden la presencia del Estado en la Cuenta como un hecho trascendental y dirimente. Por lo mismo, sostenemos que ello hace imposible concebir la Cuenta como un mero ente privado.

b.- La Cuenta tiene un objeto especial y único:

El artículo 7º ya referido denomina y caracteriza expresamente a la Cuenta como una *"cuenta especial de reembolso"* que está *"destinada al reembolso de los aportes efectuados por el Fisco y de los compromisos asumidos con cargo a la Cuenta."*

Con lo anterior queda claro que la Cuenta tiene una finalidad especial y única, que es rembolsar los fondos que el Fisco aportó conforme a la Ley N° 20.206. Obviamente no es una finalidad de la Cuenta rembolsar los créditos que solicite, sino que ello es una precisión que hace la ley que carece de mayor alcance, porque si puede endeudarse, naturalmente puede pagar las deudas que contraiga.

La Cuenta ha sido concebida única y exclusivamente para servir de canal de los fondos que deben ser entregados al Fisco, en devolución por los aportes efectuados por la Ley N° 20.206. La Cuenta existe en beneficio del Fisco. Mal puede entonces señalarse que es un ente privado.

c.- La Cuenta sólo puede realizar las operaciones que le faculta la ley:

El mismo artículo 7º de la Ley N° 20.206 señala que *"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"*.

Habiendo señalado la ley que la Cuenta tiene un fin exclusivo, agrega además cuáles son las operaciones que puede realizar: efectuar inversiones financieras y contraer deuda.

Si la Cuenta tiene una finalidad especial y única, que es rembolsar al Fisco los fondos que entregó, sólo puede entenderse que ella está habilitada para realizar acciones que tienden exclusivamente al cumplimiento de ese fin. Dado que realizar colocaciones financieras y endeudarse son operaciones que no están naturalmente ordenadas a ese fin, la ley debió otorgarle específicamente esas facultades, en atención a que podrían ser necesarias para la cumplida ejecución de su objetivo. Así, es forzoso concluir que la realización de cualquier otro tipo de operación está vedada para la Cuenta y en cuanto se llevan a cabo las que están específicamente permitidas, es menester concluir que sólo se pueden materializar en la medida que están ordenadas a dicho fin especial.

La característica del ejercicio estricto de las facultades es propia de las entidades de carácter público ("sólo pueden hacer aquello que está expresamente permitido") y no de las entidades de carácter privado. No es correcto comparar la Cuenta con entidades privadas a las que la ley les fija un objeto único, siempre para cautelar los intereses de terceros, como son los bancos o administradoras de fondos de pensiones. En éstos hay un ámbito de negocios exclusivo y excluyente, dentro del cual

rige una libertad más o menos amplia para desarrollar su actividad económica. La Cuenta no tiene ninguna autonomía y no puede emprender actividades económicas, y únicamente puede realizar dos actos de gestión específicos.

d.- La Cuenta constituye un patrimonio separado, no un patrimonio de afectación:

El artículo 7° de la ley No. 20.206 señala que la Cuenta será *"administrada por el AFT y constituirá un patrimonio separado de los recursos propios de éste, de los concesionarios de Uso de Vías y de los prestadores de servicios complementarios"*.

La ley le atribuye a la Cuenta el carácter de patrimonio separado, lo que no es lo mismo que un patrimonio de afectación, pues exclusivamente se pretende precisar que el flujo proveniente del Transantiago no pertenece a los mentados concesionarios. No se constituye patrimonio de afectación, porque no se han afectado determinados bienes de tales concesionarios para conseguir un fin autónomo.

En este caso no existe una destinación de bienes de los titulares de un patrimonio, sino que se impide el ingreso de aquéllos a éste. Más aún, la Cuenta carece totalmente de bienes, ya que por regla no puede adquirir ni poseer ninguno a su haber, sino que únicamente sirve de canal de transferencia de un flujo de dinero, que debe rembolsar la Fisco. Por excepción tiene una capacidad restringida de

disposición sobre estos bienes, en cuanto la ley la autoriza expresamente para hacer inversiones transitorias y endeudarse. Estos actos tienen por única causa la ley. En este sentido, se trata de un patrimonio de mínima capacidad, porque todo patrimonio es la capacidad para adquirir bienes y contraer obligaciones, más que tenerlos, pero la Cuenta por regla no sólo no los tiene, sino que además carece de esa aptitud, salvo para ciertos y restringidos efectos.

Ratifica que la Cuenta no es en realidad un patrimonio de afectación, la revisión de los casos que la Contraloría General de República citó como patrimonio de afectación, en su escrito de contestación en el requerimiento Rol N° 1.035. Así, por ejemplo el Fondo Rotativo de Abastecimiento de las Fuerzas Armadas (D.L. 1.277) o los Servicios de Bienestar de la Fuerzas Armadas (Ley 18.712) están - como expresó el órgano contralor- "conformados todos ellos y en cada caso, por los bienes y recursos que la ley señala" (pag. 3 del escrito). Pero no sólo eso, sino que además esos patrimonios tienen las funciones y la autonomía que la ley les fija para conseguir determinados fines, que necesariamente guardan relación con su titular. Lo mismo puede decirse con el patrimonio reservado de la mujer casada (art. 150 del Código Civil), en que ella tendrá plena disponibilidad y autonomía sobre los bienes que incorpore con ocasión del ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. En el caso de la Cuenta, no se afectan bienes de algún titular - sólo se impide que ingresen bienes al patrimonio de

ciertas personas- y su objetivo es diferente de los intereses de ellas.

En ese escenario, el objetivo fundamental de la norma transcrita, lejos de crear un ente autónomo, fue alterar la situación normal del flujo de los recursos que percibe un deudor por los servicios que presta. En efecto, siempre que un tercero paga los servicios prestados por un deudor, los recursos entran al patrimonio de éste último y se confunden con sus bienes. El no poder captar directamente los ingresos del deudor, es el hecho que genera el riesgo para el acreedor de no recuperar los montos que se le adeudan.

En este caso, la ley estableció una regla distinta y que claramente tiene por finalidad cautelar el patrimonio fiscal, estableciendo que el producto de los pagos que hagan los usuarios del Transantiago no ingresarán, en la proporción que establecería el Convenio, al sistema de reparto del AFT, sino que a una cuenta separada que tiene el efecto de impedir su confusión con el patrimonio de los concesionarios y demás partícipes en ese sistema. Este es el sentido fundamental que hay que atribuirle a la expresión que "constituirá un patrimonio separado".

En conclusión, el objetivo central de la ley en esta parte fue definir expresamente que los recursos que ingresan a la Cuenta no son de propiedad de los entes que participan en el Transantiago, sino que están destinados a ser enterados al patrimonio fiscal. No puede entonces considerarse que se trata

de un ente y privado y ,menos aún, dotado de autonomía.

Al ser considerado ese arbitrio por la ley como un "patrimonio separado", es necesario al fin determinar a quién pertenece. Todo patrimonio debe tener un titular, como fuere que constituye un atributo de la personalidad. El artículo 7º, tantas veces referido, señala que no es de los concesionarios de uso de vías y de los prestadores de servicios complementarios. No dice que se afecte parte del patrimonio de éstos, sino que son ingresos que están precisamente separado de ellos.

La pregunta sobre el titular, viene a reforzar la idea que la Cuenta no es un patrimonio de afectación. En efecto, se ha dicho por algunos que constituye un patrimonio de afectación del sistema de Transporte Público de Santiago, que sería el titular. Pero el "sistema" no es una entidad que haya sido creada por ley alguna, asignándole potestades, funciones y fines (sólo es mencionado genéricamente por la Ley Nº 20.206), ni tampoco posee personalidad jurídica. No puede ser que un ente ficticio -la Cuenta- pertenezca a un ente abstracto y sin existencia jurídica -el Sistema.

No cabe entonces sino concluir que la Cuenta integra jurídicamente el patrimonio del Fisco. Ella existe para proteger los intereses del Fisco. Si bien lo más seguro habría sido integrar directamente el flujo al patrimonio fiscal, ello no era posible por una razón de orden práctico: al formar los recursos

parte de un flujo más amplio era necesario identificarlos y contabilizarlos; aparte del hecho que hay un descalce entre la recaudación diaria y la entrega material de los fondos en arcas fiscales de acuerdo a las fechas de pago previstas en el convenio de la mencionada ley.

Un mecanismo excepcional que ha sido creado por ley para garantizar la recuperación de los fondos que puso el Fisco, mal puede ser considerado un ente privado con autonomía, sino que en realidad constituye un canal para transferirlos a su titular, que es el Fisco. En esa misma medida, la Cuenta tiene carácter público y los fondos contabilizados en ella son de carácter fiscal.

Aceptar que la Cuenta constituye un ente privado y con autonomía conduce a un resultado ilógico, pues nadie responde de las deudas, salvo el flujo del Fisco. En efecto, la Cuenta no posee otros bienes para responder, y el AFT y demás participes del sistema por cláusulas expresas en los contratos y pagarés (las que están expresamente validadas por el D.S. N° 46 aquí impugnado), tampoco responden por ellas. Por ende, estamos ante el contrasentido, incluso desde un punto ideológico, más completo: un privado que opera con autonomía total y el Estado que en la práctica paga por ello.

e.- El endeudamiento de la Cuenta requiere autorización de los Ministerios de Hacienda y de Transportes y Telecomunicaciones

El artículo 7º de la Ley N° 20.206, establece que la Cuenta podrá contraer deuda *"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"*.

La facultad excepcional de endeudarse únicamente puede ser ejercida en los términos y condiciones que autoricen los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda. Esta exigencia no puede tener otro origen que el hecho que se trata de un ente que administra fondos que están destinados al Fisco. Es importante destacar que al endeudarse la Cuenta, quedan comprometidos los fondos que circulan a través de ella y que provienen del Transantiago, pues no existen otros activos o bienes que puedan aplicarse al pago de las obligaciones que se contraigan, salvo en cuanto el Fisco hiciera un nuevo aporte de fondos con motivo de una ley. Es decir, el endeudamiento de la Cuenta implica directa o indirectamente el compromiso de fondos fiscales.

Por lo mismo, mal puede entenderse que la Cuenta y los fondos que se canalizan a través de ella tienen un carácter privado.

f.- La autorización que otorgan los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda debe otorgarse por decreto supremo sujeto a toma de razón:

La aprobación que debe otorgar los Ministerios antes referidos, debe materializarse a través de un decreto supremo, como se concluye del artículo 3° de la ley N° 19.880, que fija las bases de los actos administrativos, y del dictamen N° 199, de 1983, de la Contraloría General de la República, lo que ha quedado indiscutiblemente demostrado por la dictación de los Decretos Supremos No. 19, 45 y 46, del presente año, todos del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que han aprobado el endeudamiento de la Cuenta.

Estos decretos han sido objeto de toma de razón y ello en virtud de lo ordenado en la Resolución N° 520, de 1996, de la Contraloría General de la República, que somete a ese trámite de control previo en materia financiera a la "autorización y contratación de empréstitos o cauciones" (artículo 2°, No. 4).

Es evidente que esa causal de toma de razón no se refiere a endeudamientos de entes privados o cauciones otorgadas por éstos, como argumentó el Gobierno con ocasión del requerimiento Rol N° 1.035, porque no es tarea de la Contraloría General de la República cautelar los fondos privados. El órgano contralor interviene exclusivamente cuando se trata

del compromiso de fondos públicos cuando se contrae endeudamiento o se otorga una caución.

La toma de razón de los actos aprobatorios de la Cuenta vienen a ratificar el carácter público de la Cuenta y el hecho que están envueltos fondos públicos.

En resumen, se puede señalar que existe un conjunto de razones que inequívocamente llevan a la conclusión que la Cuenta es un ente de carácter público, que administra fondos del Estado y que el endeudamiento en que incurre involucra el patrimonio del mismo. Al menos, porque precisamente compromete el flujo de recursos provenientes del Transantiago, cuyo objetivo original era satisfacer el crédito del Fisco conforme la Ley N° 20.206, pero además porque si tal flujo no fuere suficiente, no puede existir duda alguna que el Fisco tendría que hacerse cargo de tal endeudamiento mediante la inyección de nuevos recursos públicos.

El único argumento que se ha dado para justificar que la Cuenta es privada, es el hecho que su administración está confiada al AFT, que es a su vez una empresa privada. Este hecho, sin embargo, no constituye un antecedente suficiente como para alterar y contradecir las conclusiones anteriores, y no pasa de ser una evidencia de la falta de acuciosidad que ha existido en el Gobierno en cautelar los fondos fiscales, al proponer y obtener la aprobación de una legislación que establece una figura poco consistente con una adecuada

administración de los recursos públicos. Sin duda que la gestión de la Cuenta debió haber sido confiada a una instancia pública y su entrega a una empresa privada es incluso cuestionable desde una perspectiva constitucional, según lo previsto en diversas disposiciones de la Constitución Política de la República, como los artículos 38, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, 63 Nos 10 y 18, sobre disposición de los bienes del Estado y las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública, o 98 sobre atribuciones de la Contraloría General la República.

En suma, si la ley aclara que es un patrimonio separado y distinto de los recursos del AFT, de los concesionarios de uso de vías y de los prestadores de servicios complementarios, cabe entonces preguntarse: ¿patrimonio de quién es la cuenta? Tomando en consideración que no puede existir un patrimonio sin titular, no debe sino concluirse que la Cuenta necesariamente es del Fisco de Chile, toda vez que la ley explícitamente señala que no es patrimonio de los demás actores del sistema y, además, que el único bien vinculado a ese patrimonio es el flujo de recursos destinado al pago del crédito que el Fisco de Chile tiene en contra de los operadores y, por otra parte, que su única finalidad es recolectar los fondos para el servicio de dicho crédito.

Más aún, resolver que la Cuenta es un ente privado generaría una brecha enorme en el sistema que establece la Carta Magna sobre legalidad del gasto

público y de endeudamiento y compromiso de la responsabilidad financiera del sector estatal, pues se habría valido recurrir a "cuentas" u otro tipo de arbitrios similares, para colocar los recursos estatales más allá de toda fiscalización y resguardo en su administración. Fue precisamente por ello, que US. Excma., en fallo dictado en causa Rol N° 50 de 29 de febrero de 1988, conociendo sobre las modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, objetó la existencia de corporaciones municipales de derecho privado, expresando que: *"Que, por otra parte, tampoco resulta constitucionalmente aconsejable la creación por las municipalidades de estas corporaciones de derecho privado, ya que éstas podrían ser utilizadas como mecanismos para contravenir las limitaciones constitucionales que rigen la acción de los municipios, en materias tales, como por ejemplo, la contratación de empréstitos y la celebración de operaciones que puedan comprometer su crédito o su responsabilidad financiera (artículo 60, N° s. 7 y 8) o, en fin, para eludir las prohibiciones sobre endeudamiento con el Banco Central establecidas en el artículo 98 de la Constitución"* (considerando 24).

II.3.b.i. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 46, de 2088, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el Banco del Estado de Chile por un plazo que excede el período constitucional (artículo 63 N°7)

Como ya se analizó, la Cuenta es un ente que administra recursos del Fisco y cada vez que se endeuda compromete el flujo cuyo destino es solventar la deuda ya existente con el Fisco, que por ende son recursos estatales y los únicos de que ella pudiera disponer. En ese sentido es un patrimonio separado del Fisco de Chile y que al no tener personalidad jurídica, forma parte de éste.

Ahora bien, establecido el hecho que esta Cuenta, no obstante su administración especial, forma parte del patrimonio fiscal, debe forzosamente concluirse que le son aplicables las normas constitucionales y demás normas legales que rigen el endeudamiento del Fisco y el compromiso de su responsabilidad financiera.

Al respecto, el N° 7 del artículo 63 de la Carta Fundamental, ya citado, dispone que el Fisco, y por consiguiente la Cuenta, no pueden contraer endeudamiento sino en los términos previstos en la ley. En este caso, el endeudamiento de la Cuenta se encuentra autorizado por el artículo 7° de la Ley N° 20.206, disposición legal que debe interpretarse sujeta a las condicionantes que la Constitución establece para estos fines. Entre éstas, se

encuentra la exigencia que todo endeudamiento que exceda el período presidencial deber ser sancionado mediante una ley aprobada con quórum calificado.

La línea de crédito entregada por el Banco del Estado a la Cuenta, incluyendo las modificaciones que ha autorizado el D.S. N° 46, impugnado en el presente escrito, es ahora por el plazo de seis años y su servicio total caerá dentro del próximo Gobierno. Por consiguiente, para que pudiera entenderse que está abarcado por la autorización concedida por el artículo 7° de la Ley N° 20.206, éste debió ser aprobado mediante quórum calificado, puesto que su vencimiento excede largamente el 11 de marzo de 2010. En otras palabras, para que la autorización que otorga el artículo 7° pudiera referirse a créditos cuyo pago excediera la mencionada fecha, tendría que haber sido aprobado por quórum calificado. Lo anterior sin entrar a calificar la constitucionalidad de dicha ley, por cuanto importa una autorización indeterminada de endeudamiento, poco consistente con el artículo 63 N° 7 de la Constitución, al no fijar un monto máximo.

En cuanto al quórum, cabe consignar que de las actas de sesión del Senado correspondientes a la aprobación de dicho proyecto de ley (disponible en la pagina web <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20206/HL20206.pdf>), se concluye que el artículo 7° referido, que en ese momento era el artículo 6° del proyecto de ley (cambió su numeración posteriormente a raíz de un veto presidencial, que no introdujo

cambios de fondo en esta materia) fue sancionado en particular por 19 votos a favor y 17 en contra. Como la totalidad de los 38 Senadores se encontraban en ejercicio y además asistieron al debate del proyecto, éste no alcanzó el quórum necesario de 20 votos a favor para entender que alcanzó el quórum calificado⁶. El hecho que en el Senado no haya obtenido 20 aprobaciones no significó que el artículo haya sido rechazado, sino que quedó aprobado con quórum simple, lo que impide contraer endeudamiento que exceda el período presidencial en curso.

Es importante destacar que durante la tramitación del requerimiento Rol N° 1.035, el Gobierno jamás cuestionó el cómputo de los votos antes consignado ni el hecho que el artículo 7° en cuestión no constituye una ley de quórum calificado; se limitó a argumentar que no era necesario en este caso una ley de este carácter.

No debe extrañar que dicho precepto no se propuso como de quórum calificado, ni que el Ejecutivo o parlamentarios hayan procurado su votación con dicho quórum, puesto que nunca estuvo en mente de los legisladores que esa Cuenta pudiera incurrir en endeudamientos destinados a financiar mayores déficit del Transantiago. Menos aún, por los montos que ahora se han conocido. En efecto, la concepción misma de la Cuenta supone que las inversiones que realizare y las deudas que contrajere serían operaciones esencialmente transitorias.

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley No. 20.206, página 339.

Del acto de autorización para contraer la deuda y demás antecedentes del crédito, sin embargo, consta que éste fue otorgado para un plazo que excede el período presidencial en curso, motivo por el cual es forzoso concluir que el Ejecutivo ha dictado un decreto supremo inconstitucional, toda vez que no podía aprobar una operación que implicara un endeudamiento cuyo plazo de servicio excediera el 11 de marzo del año 2.010, infringiéndose así el N° 7° del artículo 63 de la Constitución.

II.3.b.ii. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el Banco del Estado de Chile, por comprometer la responsabilidad financiera del Estado al margen de lo que establece la ley (artículo 63 N° 8)

Más allá de la naturaleza jurídica de la Cuenta, y aún cuando se entendiera que ésta es privada, el crédito otorgado por el Banco del Estado de Chile en el hecho compromete la responsabilidad financiera del Fisco.

En efecto, desde luego se ha comprometido el flujo de recursos que está destinado a pagar un préstamo que otorgó antes el Fisco conforme a la Ley N° 20.206, pero además es un hecho notorio e indesmentible que el sistema de transporte Transantiago sufre de un desfinanciamiento total, derivado de un déficit en sus operaciones que ya

alcanza los US\$ 43.000.000 mensuales, según las cifras del propio Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En otras palabras, el sistema carece de los excedentes de caja necesarios siquiera para responder de los recursos que originalmente le aportó la Ley N° 20.206. Por consiguiente, no existe en la práctica la posibilidad que la Cuenta pueda restituir al Banco del Estado parte alguna de los préstamos que ha concedido. Tampoco se puede desconocer que el Fisco tendrá que de una u otra forma reponer al Banco esos fondos al momento del vencimiento del crédito. Esto, porque de no hacerlo, y ante la inviabilidad política que haya un aumento sustancial de las tarifas, que sería la solución prevista en los contratos, significaría el colapso económico y la quiebra del Transantiago, sin perjuicio de los efectos en las finanzas del propio Banco del Estado. Es imposible argumentar que el Estado pudiera desconocer esa realidad y pretender que no tiene responsabilidad económica en el asunto.

Que el Fisco deba responder por el endeudamiento de la Cuenta aportándole los fondos necesarios para el servicio de la deuda con el Banco del Estado, es un evento nada de improbable si se recuerda que la Cuenta carece absolutamente de patrimonio y que sólo circula a través de ella un flujo, que tiene por objeto rembolsarle los fondos que prestó conforme a la Ley No. 20.206. En otras palabras, el Fisco ya está haciendo un aporte al pago de las deudas financieras que la Cuenta está contrayendo, al poner cuando menos en riesgo la recuperación de los aportes realizados conforme a dicha norma legal.

Esa responsabilidad existe sin entrar a considerar además que CORFO pueda haber otorgado su aval a esta operación, en cuyo caso con mayor razón estaría comprometida la responsabilidad financiera del Fisco, viéndose obligado a suplementar para tal efecto las finanzas de dicha Corporación.

En tales circunstancias, no cabe ninguna duda que actualmente se ha comprometido la responsabilidad financiera del Fisco para responder de los Fondos prestados, ya porque se han comprometido directamente los fondos que van al reembolso del Fisco por el crédito que otorgó en el año 2007, como porque de no ser éstos suficientes, el Fisco deberá agregar fondos adicionales para responder del préstamo al Banco del Estado. A este respecto, debe recordarse que el número 8º del artículo 63 de la Constitución, ya antes citado, señala que es materia de ley *"la celebración de cualquier clase de operaciones que puedan comprometer en forma directa o indirecta el crédito o la responsabilidad financiera del Estado"*.

SS. Excma. está legitimada para ponderar las consideraciones anteriores, cuando precisamente la Carta Fundamental ha expresado que se exige la aprobación de una ley ante *"cualquier clase de operación"* que *"pueda comprometer"* la responsabilidad fiscal. No es posible pronunciarse sobre algo *"que pueda comprometer"* una responsabilidad, sin entrar a hacer una valoración de las circunstancias de hecho. En otras palabras,

en este caso la Constitución no se detiene en un análisis formal sino que exige la ponderación del fondo y el alcance que tendrán los hechos. Esto no es lo mismo que US. Excma. entre a ponderar el mérito de la operación, sino que simplemente constate sus evidentes consecuencias prácticas.

Es obvio que el otorgamiento de un crédito por parte del Banco del Estado de Chile a una Cuenta que no dispone de un patrimonio efectivo y que carece de ingresos autónomos, como no sea de un flujo destinado al reponer al Fisco fondos que ya entregó, que no tiene otro fin que rembolsar estos últimos y que forma parte de un sistema de servicio público cuya paralización provocaría un grave daño para el normal desenvolvimiento de la actividad nacional, puede comprometer y de hecho compromete la responsabilidad financiera del Estado en el pago de ese crédito.

Dicho compromiso ha tenido lugar sin que ninguna ley lo aprobare y no cabe argumentar que cumple esa función el artículo 7º de la Ley No. 20.206, toda vez que conforme a ésta, la Cuenta tiene una finalidad específica, que es rembolsar al Fisco los recursos que ya entregó al Transantiago. Mal puede entenderse entonces que importa una autorización para comprometer la responsabilidad fiscal más allá de los fondos que deben ser devueltos.

El Decreto Supremo N° 46 que ha aprobado la operación de endeudamiento adicional en esos términos y sin que una ley lo contemple, es

inconstitucional por comprometer la responsabilidad financiera del Fisco al margen del ordenamiento jurídico, infringiéndose así el N° 8° del artículo 63 de la Carta Fundamental.

II.3.b.iii. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la cuenta con el Banco del Estado de Chile, por aprobar un crédito para una empresa del Estado otorgado por otra (artículo 63 N° 9)

El AFT es una sociedad anónima, denominada Administrador Financiero de Transantiago S.A., en que el Banco del Estado, a su vez una empresa del Estado, tiene una participación decisoria en su gestión, como fuere que es dueño del 21% de sus acciones y principal accionista⁷. Esta sociedad 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., que es de propiedad del Fisco en un 39,23% y de la CORFO en un 60,77%⁸.

Si bien el crédito ha sido otorgado "a la Cuenta", en la práctica tiene, entre otros, un beneficiario directo que es una empresa del Estado, la sociedad Metro S.A., en cuanto receptor de esos recursos en la distribución dentro del sistema. En este sentido, el otorgamiento del crédito a la Cuenta es una formalidad, pues los verdaderos destinatarios son

⁷ Información obtenida de la página web de la Superintendencia de Valores y Seguros, <http://www.svs.cl>.

⁸ Idem. anterior

los operadores que están detrás de ella; la Cuenta es un intermediario nominal. Al respecto debe recordarse que la prohibición que una empresa del Estado financie a otra es absoluta, pues la Constitución dice que "en ningún caso" ello puede ocurrir, esto es, ya sea en forma directa o indirecta, cual es la situación de prestar los fondos a la Cuenta, para que después los reciba el Metro S.A. formando parte de su distribución, tanto más cuanto este se ha abstenido de retener y cobrar su parte en la recaudación, precisamente a la espera de estos fondos.

Cabe reiterar que de acuerdo a lo dispuesto en el N° 9 del artículo 63 ya transcrito, es materia de ley fijar las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y las que en éste tenga participación, puedan contratar empréstitos, lo que en ningún caso podrá hacerse con el Estado, sus organismos o empresas.

Si bien no existe jurisprudencia constitucional que defina lo que se entiende por "empresa del Estado" o por empresas "en que éste tenga participación", debe interpretarse, precisamente porque la Constitución pretende precaver compromisos indebidos de la responsabilidad fiscal, que se refiere en el primer caso a aquellas en que el Estado mantiene el control y, en el segundo, a las que tiene una mera participación, no obstante no tener el control. Naturalmente, tal participación tiene que ser de alguna significación en la administración de la empresa, porque la simple titularidad de una acción

trasladaría cualquier sociedad al área estatal. Sin duda que el 21% de las acciones que el Banco del Estado tiene en la AFT S.A. (empresa que tiene la administración de la Cuenta) significa una participación decisoria en la administración de una empresa y con mayor razón cuando se trata del principal accionista.

Siendo el Metro de 100% propiedad del Fisco de Chile y de la CORFO, esto es, una empresa estatal, y el AFT S.A., un 21% propiedad del Banco del Estado, esto es una empresa en la que el Estado tiene participación -de hecho es su principal accionista-, el préstamo que les beneficia tanto directa como indirectamente, no ha podido ser otorgado por otra empresa del Estado, como es el mencionado banco, porque el N° 9° del artículo 63 de la Constitución lo prohíbe en términos absolutos -ni aún por ley se puede autorizar-, disposición constitucional que resulta por tanto infringida.

Más aún, la mitad de los miembros de esa Magistratura consideraron en el voto disidente del fallo recaído en el requerimiento 1.035, de 22 de mayo pasado, que un préstamo de la Cuenta en definitiva vulnera la prohibición anterior. Se expresó en aquél que la mentada *"prohibición es absoluta ('en ningún caso') y ella alcanza, como inequívocamente se desprende de su tenor literal, como prestadora a las empresas que el Estado tenga participación y como prestatarias a las empresas del Estado"* (considerando 13). Se agrega que *"En efecto, y por una parte, el D.S. 1.797 (impugnado en ese*

requerimiento) permite garantizar los préstamos que se otorguen precisa y nominativamente a la cuenta especial de reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206. Más allá del debate acerca de la naturaleza pública o privada de esta cuenta que se ha verificado en esta causa, no puede dudarse que en ella participa el Estado, como resulta claro del hecho que el Ministerio de Transporte y telecomunicaciones concurrió a constituir la. Por la otra, el decreto impugnado como entidad prestadora o financista instituye a los bancos u otros intermediarios financieros, sin excluir como el Banco del Estado, son una empresa del Estado” (considerando 14°).

Sería preocupante validar que la interposición de una cuenta baste para soslayar la prohibición constitucional que el financiamiento de las empresas de Estado, o en que éste tenga participación, provenga de préstamos del sector público.

El D.S. N° 46 ha aprobado dicha operación de endeudamiento y, por consiguiente, es completamente inconstitucional.

II.3.b.iv. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 45, de 2088, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el Banco Interamericano de Desarrollo por un plazo que excede el período constitucional (artículo 63 N°7)

Como ya se ha dicho, la Cuenta es un ente que canaliza recursos del Fisco y cada vez que se endeuda compromete el flujo cuyo destino es solventar la deuda existente con aquél, que son recursos fiscales y los únicos de que puede disponer. En ese sentido es un patrimonio separado del Fisco de Chile y que al no tener personalidad jurídica, forma parte de éste.

En este caso el compromiso es mayor, por cuanto el D. S. 45 contempla, no obstante expresar su numeral 4) que las obligaciones con el BID no tendrán preferencia respecto de las que se hayan contraído con el Banco del Estado, en su numeral 5) que las partes "podrán convenir" en una cuenta de reserva a favor del BID por un monto correspondiente a los próximos 12 meses de servicio de la deudas. Esta reserva lesiona el flujo que va a la Cuenta y al pago del Fisco.

Asimismo, se argumentó antes suficientemente que para que la Cuenta se pueda endeudar por un plazo que exceda al actual período presidencial, es menester que ello sea aprobado por una ley de quórum calificado.

El préstamo del BID por US\$ 400 millones, autorizado por el D.S. 45, de 2008, tiene un período de pago de 16 años, contados desde 15 de febrero de 2.011. Esto significa que se comprometen fondos para ser pagados dentro de los próximos cinco gobiernos, aparte del actual, hasta el año 2.027.

En la medida que se invoca como base del endeudamiento el artículo 7° de la Ley N° 20.206 y éste, como ya ha sido demostrado, no fue aprobado con quórum calificado, se infringe manifiestamente el N° 7 del artículo 63 de la Constitución.

II.3.b.v. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 45, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el BID, por comprometer la responsabilidad financiera del Estado al margen de lo que establece la ley (artículo 63 N°8)

De la misma manera que el endeudamiento de la Cuenta -más allá de su naturaleza pública o privada- con el Banco del Estado compromete la responsabilidad financiera del Fisco, igualmente y por la mismas razones se compromete con el préstamo que le cursaría el BID, endeudamiento aprobado por el D.S. 45 de 2008, infringiéndose igualmente el N° 8 del artículo 63 de la Constitución.

Pero en este caso, el compromiso de la responsabilidad financiera del Fisco es más evidente aún. Nadie puede negar que un crédito otorgado por un organismo financiero internacional compromete la

responsabilidad del Estado en su pago, tanto más cuanto ha sido gestionado directamente por el Gobierno y sus términos aprobados oficialmente por el decreto supremo que se impugna por los Ministerios de Hacienda, y Transportes y Telecomunicaciones. Qué gobierno, ya sea el presente o cualquiera de los cinco que sigan, podría dejar que el fisco, llegado el momento de una hipotética insolvencia de la Cuenta y del Transantiago mismo, se desentienda del pago de esta deuda ante el BID. Para qué decir, cuando además contará, muy posiblemente, con una garantía del 100% sobre su monto por parte de CORFO, aunque el D.S. 45 exprese eufemísticamente que "podrá contar" con una garantía contingente de dicha Corporación.

A lo anterior, debe agregarse que el BID posee una entidad relacionada denominada Corporación Interamericana de Inversiones (conocida del inglés como "IIC"), que es la que presta exclusivamente a empresas privadas y cuyas operaciones no están llamadas a tener garantía soberana. Si el BID entiende que la cuenta es enteramente privada, ¿porqué no entregó el préstamo a través de IIC?, cuya misión según su página web⁹ es "promover y apoyar al desarrollo del sector privado y de los mercados de capital en sus países miembros de América Latina". En este caso, y la razón es evidente, la operación la cursó directamente el BID, que aunque también presta al sector privado, lo hace en el ámbito de la relación con los gobiernos y siempre existiendo alguna forma de garantía

9 (<http://spanish.iic.int/>)

soberana, y no a través del IIC, porque precisamente se comprende que hay un préstamo al país, del cual el aparato público no se puede desentender.

Por ende, habiéndose realizado una operación que compromete de hecho la responsabilidad financiera del Fisco, se ha infringido el N° 8 del artículo 63 de la Constitución.

II.3.b.vi. Inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 583, de 2008, del Ministerio de Hacienda, que autoriza el otorgamiento de la garantía de CORFO a la Cuenta, por comprometer la responsabilidad financiera de un organismo público, sin que la ley lo autorice (artículo 63 N°8)

Como ya se ha recordado anteriormente, el número 8 del artículo 63 de la Constitución, señala que sólo a la ley le cabe autorizar cualquier clase de operación que pueda comprometer directa o indirectamente el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y de las Municipalidades.

La CORFO es un organismo del Estado y, por consiguiente, no puede constitucionalmente comprometer su responsabilidad financiera mediante una garantía (responsabilidad indirecta), sino cuando está expresamente autorizada por la ley.

a) Competencia del Tribunal Constitucional

Es importante destacar que pronunciarse sobre la existencia de una ley habilitante del compromiso de la responsabilidad financiera por un órgano público, es una cuestión de constitucionalidad y no de mera legalidad. En efecto, el artículo 63 N° 8 de la Constitución exige la concurrencia de una norma legal para que se pueda materializar dicho compromiso, por lo que un debate de constitucionalidad al respecto siempre y necesariamente supondrá el pronunciamiento acerca la existencia de una ley o, al menos, del alcance de aquella que se invoque. Es decir, cuando esa Magistratura se pronuncia sobre el incumplimiento del artículo 63 N° 8 por no haber ley, no está revisando la legalidad de un acto, sino si se ha cumplido con una condición habilitante establecida directamente por la Constitución, sin la cual el acto deviene en inconstitucional y no en ilegal.

Así, en el caso que un decreto supremo dispusiere la expropiación de un bien de un particular, sin que haya una ley que lo autorice conforme al artículo 19 N° 24 de la Constitución, no podría considerarse que ello importa una cuestión de legalidad, sino que derechamente importa una infracción al mencionado precepto constitucional, específicamente por no haberse cumplido el requisito habilitante que la ley ordene la expropiación. Es decir, se trata de una cuestión de constitucionalidad.

De primar el predicamento contrario, resultaría que US. Excma. nunca podría controlar la constitucionalidad del N° 8 mencionado, pues indefectiblemente su dictamen tendrá como componente indispensable el análisis de la existencia de una ley.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto no ha sido unívoca, en términos que se haya asentado una determinada visión. En efecto, se ha afirmado que esa Magistratura no puede pronunciarse sobre la Constitucionalidad de un decreto, cuando éste se basa en una facultad entregada por la ley, es decir, cuando en realidad lo que se impugna es la constitucionalidad de la ley (sentencias roles Nos. 124, de 1991; 253, de 1997; 254, de 1997; y 282, de 1999). En otros casos, ha expresado que el análisis de la supremacía constitucional debe primer sobre toda otra consideración, declarando la inconstitucionalidad de un decreto, no obstante estar ejerciendo la atribución que le ha entregado una ley (sentencias roles Nos 153, de 1993, y 245, de 1996). Ahora bien, cualquiera que sea la vertiente que se estime correcta, en el presente caso ambas abonan nuestra tesis, toda vez que se trata de una situación diferente a las debatidas con anterioridad ante US. Excma.

En efecto, la tesis que no es posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un decreto supremo que ejecuta una ley, no es aplicable porque el presente asunto se refiere precisamente a que no hay una ley que confiera a CORFO la facultad comprometer

su garantía. No se trata que la ley que permita aquello sea inconstitucional, sino que no hay ley que sea aplicable. Que las disposiciones legales que se invoquen no sean pertinentes, es precisamente un caso de no existir ley. Según esta vertiente, sólo en cuanto hubiera una ley que contemplare esa facultad, US. Excma. estaría inhibida de entrar a resolver; y no la hay.

Entre los precedentes aludidos, es interesante destacar lo fallado en la causa Rol N° 253, de 1997, sobre la constitucionalidad de la modificación de un reglamento que conforme a una atribución legal imponía una mayor cesión gratuita de terrenos a las municipalidades. US. Excma. Expresó en aquella resolución: *"Que así, conforme a la naturaleza de las cosas, lo que ocurre con el requerimiento en esta parte, sobre dominio legal y potestad reglamentaria, es que la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que éste dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es enjuiciar un acto del Poder Legislativo, porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el Reglamento"* (considerando 5°). Pero acto continuo precisó: *"Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se*

apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que da lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en partes de una relación ley-decreto reglamentario que se contrastan y se repudian. En esta hipótesis, desaparece el fundamento de la tesis que se ha venido desarrollando y, por ende, se exceptúa de ella, porque el reglamento puede ser objetado, en conformidad con lo prescrito en el artículo 82, N° 5, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo". En el caso de autos no existe ninguna ley que se esté cuestionado, pero además la hipótesis de la desvinculación no puede ser más clara: se ha dictado un decreto supremo (N° 1.797) que incorporó al reglamento (D.S. N° 793) un caso de compromiso de la garantía de CORFO a un sujeto (la Cuenta) y un objeto (préstamos en beneficio del Transantiago) específicos no previstos en ninguna ley vigente, ni siquiera bajo la modalidad de ratificación posterior. El Decreto Supremo N° 583, que específicamente ha sido impugnado en este requerimiento, no hizo más que extender el cupo de esa garantía en idéntico caso, de forma que su falta de amparo en la ley y desvinculación con ella, es igualmente total.

Siguiendo la otra vertiente, que entiende que esa Magistratura tiene siempre la atribución para conocer de la constitucionalidad de un decreto,

velando por la supremacía de la Carta Magna, a pesar de existir una ley expresa que valide la actuación, entonces con mayor razón tiene competencia en el caso de autos, en que ninguna disposición legal resulta aplicable.

b) Ley que habilita el compromiso de la responsabilidad de CORFO

En nuestro concepto para que se entienda que un cuerpo legal otorga esa autorización, en términos de satisfacer la autorización constitucional, es menester que cumpla tres requisitos: que otorgue expresa e indudablemente la facultad de incurrir en el referido compromiso, que se fije el marco en que se puede hacer y que se determine el monto máximo a que puede ascender. Dicho marco se refiere la modalidad de la garantía, al tipo de operación garantizada, beneficiarios, etc., y el monto podrá quedar entregado a la Ley de Presupuestos, que es lo habitual, por la dificultad de anticipar para los años futuros la disponibilidad de recursos y el riesgo por asumir en función de la situación financiera fiscal.

Ahora bien, cabe preguntarse si existe una ley que habilite a CORFO para otorgar su garantía, cualquiera sea la forma jurídica que adopte, a un préstamo que beneficie a la cuenta especial de reembolso de la Ley N° 20.206.

Sostenemos que l respuesta es negativa, pero ya a propósito del requerimiento Rol N° 1.035, se

plantearon tres posibles alternativas, que analizaremos por separado a continuación.

i) DFL 211, de 1960

La letra d) del artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 211, de 1960, faculta a dicha corporación para *"Otorgar avales en moneda extranjera, dentro de los márgenes establecidos en las leyes y previa autorización del Ministerio de Hacienda. La Corporación no podrá, en lo sucesivo, otorgar avales en moneda nacional"*.

Es importante precisar que una figura jurídica se califica por su esencia o naturaleza jurídica real, y no por las denominaciones que se le confieran. El hecho que se utilice la expresión financiera de "cobertura de riesgo o subsidio contingente" para responder de la contingencia que un tercero no pague una obligación, como hace el Decreto Supremo N° 793 de Hacienda, no constituye otra cosa que una garantía solidaria o aval, en el sentido del DFL N° 211, antes aludido.

Por otra parte, los avales que otorgue la Corporación se encuentran restringidos al ámbito que fija su legislación orgánica, esto es, la Ley N° 6.640 (artículos 25 y siguientes) y el DFL N° 211, que circunscriben su actuar al "fomento de la producción". Si bien la Ley N° 18.591 ha ocupado un lenguaje más amplio, al hablar de "fomento productivo y desarrollo de la producción y de las demás actividades de la economía que constituyen sus

finances", no existe una diferencia conceptual porque insiste que el ámbito de la CORFO son las actividades económicas que constituyen sus fines, que están relacionados con el desarrollo de la producción, aunque hoy ello tenga un sentido amplio. Por ejemplo, desarrollar un software es una actividad productiva.

En síntesis, las obligaciones que los avales de CORFO, entendidos éstos como cauciones o fianzas solidarias, pueden garantizar, deben cumplir con dos requisitos: (a) estar destinadas al fomento de la producción, y (b) estar expresadas en moneda extranjera.

El decreto N° 793, de Hacienda, en su origen contemplaba exclusivamente que las coberturas de riesgos se podrían otorgar a personas jurídicas para el *"financiamiento de inversiones, de exportaciones, de estudios superiores, la reprogramación de pasivos y, en general, para el financiamiento de las actividades productivas de bienes y servicios"*, además de actividades de capital de riesgo. El Decreto Supremo N° 1.797, de 2.008, cuestionado por el requerimiento Rol 1.035, eliminó la referencia a "personas naturales o jurídicas" que situaba al beneficiario en el ámbito una empresa o actividad económica en general, para incorporar "cualquier otro fondo, cuenta o patrimonio separado, creado o reconocido por ley" y para préstamos de entidades financieras vinculados al sistema de Transporte Transantiago. El D.S. 583, impugnado mediante el presente requerimiento, simplemente aumentó el cupo

para otorgar esa garantía de CORFO a iguales sujeto y objeto.

Al extender este último decreto supremo la cobertura de riesgo en beneficio de la Cuenta, ha excedido la autorización de CORFO para otorgar avales, porque no puede haber fomento de la producción en un crédito que se da a una Cuenta que carece de patrimonio e ingresos autónomos y que tiene por finalidad única y última devolver fondos aportados por el Fisco al Transantiago, esto es, la Cuenta constituye un simple canal de transferencia de recursos, actividad que excede a todas luces la noción de "producción" o incluso de mera "actividad económica productiva".

Por consiguiente, la letra d) del artículo 6° del Decreto con Fuerza de Ley N° 211, de 1960, no puede constituir la base legal de otorgamiento de una caución, según exige el N° 8 artículo 63 de la Constitución. El hecho que se vaya a otorgar a una operación en moneda extranjera, como acontece con el crédito del BID, no hace viable ese precepto, porque nunca se cumplirá con la exigencia que la operación garantizada cumpla el fin de fomento económico que debe estar implícito en cualquier actuación de CORFO.

ii) Artículo 7° de la Ley N° 18.591

Dispone el artículo 7° de la Ley N° 18.591, que CORFO puede realizar "cualesquiera otras operaciones, actos contratos y convenciones, aunque no se hallen específicamente indicadas en sus leyes

orgánicas, que atiendan al fomento productivo y desarrollo de la producción y de las demás actividades de la economía que constituyen sus fines".

Según la tesis sostenida por el Gobierno y también la Contraloría General de República en el requerimiento 1.035, el tenor amplio de la disposición antes transcrita, permite realizar todo tipo de actos, sin distinción, y entre estos se encontraría otorgar garantías.

Un predicamento de ese tipo no es constitucionalmente aceptable, porque tal precepto carece de la precisión necesaria para satisfacer la decisión cualificada que exige el N° 8 del artículo 63 de la Carta Magna, que hemos dicho tiene que ver con conferir la facultad expresa, la determinación de un marco mínimo y el monto en dinero que se puede comprometer. Sostener que una habilitación así de genérica basta, implicaría que una ley puede convertir la referida norma constitucional en "letra muerta".

En ese sentido, la mitad de los miembros del Tribunal, a propósito del pronunciamiento del requerimiento Rol N° 1.035, luego de analizar la figura de las autorizaciones en la práctica constitucional, señalaron que éstas pueden ser formuladas para un caso determinado o uno general, precisando que:

"Esta autorización general, sin embargo, no puede ser de una amplitud tal que signifique levantar en adelante de modo completo la prohibición de actuar que afecte a un órgano del Estado o a un particular, sino que ha de contener elementos normativos suficientes, sea relativos al tipo de operaciones o de actos que será lícito realizar, o bien a las condiciones en que podrán efectuarse, todo lo cual permita efectivamente enmarcar las actuaciones autorizadas dentro de ciertos límites fuera de los cuales queda subsistente la imposibilidad de actuar impuesta por el ordenamiento jurídico.

Además, no procede entregar a la potestad reglamentaria ni a la voluntad de las personas u órganos que requieren ser autorizados por ley antes de actuar, la determinación de los actos que les será lícito realizar a unas u otros, como tampoco la modificación de las condiciones que regulan su actuación, porque ello significaría desnaturalizar el sentido que tiene la técnica de la autorización previa por ley y privarla de significado" (considerando 4° de la disidencia).

En suma, que la autorización legal que impone la norma constitucional debe reunir ciertas "características de especificidad" (considerando 5° de la disidencia). Por lo mismo, "Que no podría considerarse que el inciso segundo del artículo 7° de la Ley N° 18.591 sea la autorización legal habilitante que exige el numeral 8° del artículo 63 de la Constitución para la dictación del decreto supremo N° 1.797 que se ha impugnado. (...) Es(t)a norma hace una declaración genérica que ha de servir

de base para interpretar el inciso que le antecede, pero no otorga un permiso para realizar una operación determinada o una clase de ellas con el mínimo de especificidad que se ha expresado en el considerando Cuarto que antecede" (considerando 6º de la disidencia).

Por su falta de especificidad, queda claro que el artículo 7º de la Ley N° 18.591, no puede servir de base legal que funde el compromiso de la responsabilidad financiera de la CORFO, mediante el otorgamiento de una garantía.

Pero tampoco puede servir de base por la razón tantas veces mencionada, cuando dicha disposición habla expresamente de operaciones, actos, contratos y convenciones, vinculados con los fines de la Corporación, y préstamos otorgados a una cuenta de reembolso de una deuda contraída con el Fisco, ningún nexo pueden tener con tales fines.

iii) Leyes de Presupuestos

Según esta tesis, que fue expuesta por la Contraloría General de la República con ocasión del requerimiento Rol N° 1.035, el D.S. N° 793 de Hacienda, cuya modificación por el D.S. de Hacienda N° 583 es impugnada por la presente acción constitucional, es el que precisamente contempla la figura de las coberturas o subsidios contingentes, a cuya finalidad las sucesivas leyes de presupuestos, incluida la Ley N° 20.232, ley de Presupuestos vigente para el presente año, han entregado

recursos, lo que viene a constituir una ratificación legal de las mismas y la habilitación para comprometer la responsabilidad financiera de CORFO.

Esa tesis es cuestionable y por dos órdenes de razones.

En primer lugar, porque se le atribuye a las leyes de presupuestos un carácter que no poseen. En efecto, éstas tienen una regulación y características especiales conforme al artículo 67 de la Constitución, y su objetivo es exclusivamente aprobar los gastos y la estimación de los ingresos. Ello se traduce en que se aprueban las distintas partidas de cada órgano o servicio público, para un año calendario determinado.

Dentro de proceso de aprobación, los parlamentarios se deben pronunciar por un conjunto de gastos que son una expresión numérica. Dicho proceso es altamente concentrado e implica el análisis de antecedentes expuestos esquemáticamente. La sanción de un gasto se refiere a un programa por una descripción simple, a la que se adiciona una cifra. El resultado de tal proceso, el conjunto de partidas con sus asignaciones de gastos, es tan voluminoso, que las referidas partidas ni siquiera se publican en el Diario Oficial (el art. 20 del D. L. N° 1263, sobre administración financiera del Estado, ordena publicar un extracto), como corresponde con toda ley según el artículo 75 de la Constitución.

En otras palabras, lo único que tiene el carácter de ley propiamente tal, son los artículos que aprueban los gastos y la estimación de ingresos. En la práctica, para coherencia con el mencionado artículo 75 de la norma fundamental, los que se publica son los artículos 1º y 2º de cada ley de presupuestos. Las partidas son los catálogos de gastos, que quedan aprobados como tales por dicha ley, pero no son ley en sí y mal pueden tener la virtud de modificar una ley sustantiva, tanto que ni siquiera están publicadas en el Diario Oficial.

Validar que un gasto aprobado tiene el efecto de cambiar una ley de fondo, significa abrir un espacio para legislar al margen del sistema previsto en la Constitución y del debate democrático que ella supone. Al aprobar una asignación los miembros del Congreso asumen que se trata de cuestiones que no contrarían leyes de fondo. En el caso contrario, se estarían aprobando modificaciones a la legislación general sin que nadie haya advertido que están operando cambios de esa naturaleza y sin que exista la oportunidad de hacer un debate al respecto.

En el caso del D. S. N° 793 de Hacienda, de 2004, se creó una inédita figura de "coberturas o subsidios contingentes", no prevista en ninguna ley, y se colocó después entre los listados de gastos, que al resultar aprobados, se concluye que es una figura ratificada por la legislación, sobre la cual no hubo debate ni explicación alguna. Resulta ser una legislación por omisión. Por lo mismo, esa asignación de recursos sólo se puede entender que se

refiere a las figuras que en ese decreto supremo estén conformes con la ley de fondo. Tal no es el caso de la cuenta de reembolso del sistema de transporte público Transantiago, nunca contemplada en la legislación como sujeto de garantía, porque la Ley N° 20.206 no prevé que las deudas de la Cuenta puedan ser caucionadas por CORFO.

En segundo lugar, porque esa tesis sufre en este caso un impedimento insalvable. Si conforme con ella las leyes de presupuestos tienen la virtud de ratificar la validez de las coberturas o subsidios contingentes, cabe preguntarse qué ley de presupuestos ha ratificado su otorgamiento a las obligaciones contraídas *"por cualquier otro fondo cuenta o patrimonio separado creado o reconocido por ley"* (art 2° del D.S. 793) para garantizar préstamos *"destinados al desarrollo de alternativas de financiamiento para los sistemas de transporte público. Estas coberturas o subsidios contingentes estarán destinados a garantizar total o parcialmente los financiamientos que los bancos u otros intermediarios financieros otorguen a los mencionados sistemas, incluidos a la cuenta especial de reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206, y que no fueren pagados por éstos"* (art 7 bis del D.S. 793). Estos dos últimos conceptos (deudor y objeto del préstamo) fueron agregados por el D. S. 1797, publicado en Diario Oficial de 2 de enero de 2.008.

La ley de Presupuestos vigente (N° 20.232) fue publicada en Diario Oficial de 1° de diciembre de

2007, más de un mes antes que dicho decreto. Si aquélla tuvo la virtud de ratificar para el año en curso las figuras contempladas en el D. S. 793, sólo pudo hacerlo respecto de las que estaban previstas en su texto a esa fecha y no las que se hayan incorporado después. La cuenta de reembolso de la Ley 20.206 no estaba contemplada, tanto que hubo de ser agregada por el D.S. 1797. Por lo mismo, no hay ley que haya ratificado la figura de la Cuenta y los préstamos que le otorguen intermediarios financieros, como situaciones susceptibles de ser caucionados por CORFO. El D. S. 583, impugnado mediante la presente acción constitucional, que no hizo más que incrementar la cifra total para dicho fin, tampoco está previsto ni ratificado por ninguna ley.

En el mismo sentido, se pronunciaron cinco miembros del Tribunal en el fallo de 22 de mayo, que abundan sobre en este punto en el considerando séptimo de la disidencia.

En resumen, el Decreto Supremo N° 583, que ha aprobado modificaciones al Decreto N° 793, para hacer posible el otorgamiento de la garantía de CORFO a préstamos otorgados a la Cuenta en casos no considerados en disposición legal alguna, es inconstitucional debido a que compromete la responsabilidad financiera indirecta de un organismo del Estado al margen de la legislación vigente, lo que constituye una infracción a lo dispuesto en el número 8° del artículo 63 de la Carta Fundamental.

III.- CONCLUSIÓN

El Poder Ejecutivo ha prestado su aprobación a una nueva operación de crédito a la Cuenta de reembolso del Transantiago, cuya creación se ordenó en la Ley N° 20.206, por parte del Banco de Estado de Chile, empresa bancaria estatal, y a otra por parte del Banco Interamericano de Desarrollo, mediante sendos decretos supremos, al margen de la legislación vigente. Asimismo, prescindiendo de ésta ha autorizado mediante un decreto supremo que la Corporación de Fomento de la Producción garantice el endeudamiento financiero de dicha Cuenta al menos por us\$ 480 millones, en términos discrecionales y sin precisar las operaciones garantizadas.

Esos actos administrativos son inconstitucionales:

a) porque importan de hecho la entrega de un beneficio directo o subsidio a un sector, actividad y zona geográfica, sin que exista disposición legal que lo contemple y más aún, cuando su otorgamiento había sido negado por el Congreso en el ejercicio de sus atribuciones privativas, infringiéndose así el artículo 19 N° 22 de la Constitución;

b) porque importan un desconocimiento del marco constitucional para la aprobación de los gastos públicos, que deben ser sancionados por ley, y por consiguiente de las atribuciones del Congreso Nacional, infringiéndose de esta manera lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Carta Fundamental;

c) porque mediante ellos el Poder Ejecutivo se atribuyó facultades que no posee de acuerdo con la Constitución y las leyes, lo que no puede hacer ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, infringiéndose entonces los artículos 6º y 7º de la Constitución;

d) porque autorizaron el endeudamiento fiscal más allá de la duración del período presidencial en curso, sin que hubiere una ley de quórum calificado que lo autorice, con infracción a lo dispuesto en el N° 7 del artículo 63 de la Constitución;

e) porque se comprometió de hecho la responsabilidad financiera del Fisco, que de una u otra manera deberá atender al pago de los créditos que contrató la Cuenta, sin que hubiere una ley que haya aprobado ese hecho, infringiéndose así el N° 8 del artículo 63 de la Constitución;

f) porque se permitió que se comprometiera la responsabilidad financiera indirecta de CORFO, al hacer posible el otorgamiento de su garantía en términos que no autoriza la ley, infringiéndose así igualmente el N° 8 del artículo 63 de la Constitución; y

g) porque se permitió que se otorgara de hecho un crédito a una empresa del Estado, como es Metro S.A., por otra empresa del Estado, el Banco de Estado de Chile, lo que está prohibido en términos absolutos por el N° 9 del artículo 63 de la Carta

Magna, el que ha resultado consecuentemente infringido.

POR TANTO,

A vs. Excma. solicitamos, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en las disposiciones constitucionales citadas, e igualmente de lo dispuesto en el N° 16 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política de la República y del inciso decimonoveno de mismo artículo, tener por interpuesto un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de los Decretos Supremos Nos 45 y 46 del Ministerio de Transportes y telecomunicaciones, publicados respectivamente en los Diarios Oficiales de 3 de junio y 28 de mayo de 2.008, que aprobaron las condiciones de endeudamiento de la cuenta especial de reembolso al Fisco por las deudas derivadas de aportes anteriores del Transantiago, y el Decreto Supremo N° 583 de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 3 de junio de 2.008, que extendió el monto a comprometer en garantías por operaciones crediticias de la Corporación de Fomento de la Producción, a sujetos y un objeto no previstos en la ley, declarando que todos ellos son inconstitucionales y de ningún valor, y dejándolos expresamente sin efecto.

Primer otrosí: Sírvasse SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Parte pertinente de las actas de las sesiones del Senado, Nos. 26, de 19 de junio de 2.007, y 27, 20 de junio de 2.007, tomadas de la Historia de la Ley N° 20.206, de la Biblioteca del Congreso Nacional, en las cuales se aprobó y despachó el proyecto que se transformaría en la Ley N° 20.206, para efectos de acreditar el quórum con que se sancionó el artículo 7° (antes 6°) de la misma;

2.- Fotocopia de la página del Diario Oficial de 28 de mayo de 2008, que contiene el texto del D. S. N° 46 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 de mayo de 2.008, que es objeto del presente requerimiento;

3.- Fotocopia de la página del Diario Oficial de 3 de junio de 2008, que contiene el texto del D. S. N° 45 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 16 de mayo de 2.008, y el D. S. N° 583 del Ministerio de Hacienda, de 21 de abril de 2.008, que son objeto del presente requerimiento;

4.- Copia impresa de la página web de la Superintendencia de Valores y Seguros, conteniendo el texto del hecho esencial comunicado por el la sociedad del área estatal Metro S.A., con fecha 28 de mayo de 2008.

5.- Copia del Dictamen N° 38.432, de 24 de agosto de 2007, en que la Contraloría General de la República

se pronuncia sobre las actuaciones de la sociedad del área estatal Metro S.A.

6.- Copia de artículos de prensa, referidos a las distintas operaciones de financiamiento que se estarían llevando a cabo en torno la Transantiago, publicados en los diarios:

a) La Segunda de 28 de mayo de 2008, páginas 6 y 10;

b) El Mercurio de 28 de mayo de 2008, página 7 cuerpo B, y 29 de mayo de 2008, página 9 cuerpo B;

c) Diario Financiero, de 28 de mayo de 2008, página 9, y de 29 de mayo de 2008, página 8; y

d) La Nación, de 29 de mayo de 2008, página 17.

Segundo Otrosí: Sírvase SS. Excma. tener presente que para los efectos previstos en los artículos 38 y 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional, designamos senador representante de los requirentes, a uno cualquiera de los senadores Hernán Larraín Fernández o Alberto Espina Otero, ambos con domicilio en el edificio del Ex Congreso Nacional, Morandé 441, comuna de Santiago.

Tercer Otrosí: Atendida la trascendencia del asunto, solicitamos a SS. Excma. disponer que se escuchen alegatos y admitir en ellos a un abogado de esta parte.

Cuarto Otrosí: Sírvase SS. Excma. tener presente que designamos como patrocinantes y conferimos poder a los abogados Axel Buchheister Rosas, patente al día de la comuna de Las Condes, y Hedy Matthei Fornet, patente al día de la comuna de Providencia, ambos con domicilio para estos efectos en,,, Santiago.

REQUERIMIENTO FIRMADO POR SENADORES SRES.:

Andrés Allamand Z., Jorge Arancibia R., Andrés Chadwick P., Juan Antonio Coloma C., Alberto Espina O., José García R., Antonio Horvath K., Carlos I. Kuschel S., Hernán Larraín F., Pablo Longueira M., Evelyn Matthei F., Jovino Novoa V., Jaime Orpis B., Víctor Pérez V., Baldo Prokurica P., y Sergio Romero P.