

**SESIÓN 4a. DE LA COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA CRÉDITO  
BID-TRANSANTIAGO, CELEBRADA EL DÍA LUNES 17 DE NOVIEMBRE  
DE 2008. SE ABRE A LAS 16:08 HORAS.**

---

SUMARIO

- Exponen y responden consultas el señor Axel Buchheister, Abogado del Instituto Libertad y Desarrollo y patrocinante de los requerimientos presentados ante el Tribunal Constitucional y la señora Hedy Matthei, Abogada.

Asisten los Diputados señores Jorge Insunza; Patricio Melero; la señora Claudia Nogueira; Carlos Olivares; José Miguel Ortiz; la señora María Antonieta Saa; Gabriel Silber; Raúl Sunico, y Samuel Venegas.

No hay Cuenta.

El Diputado señor Silber consulta si la Secretaría ha solicitado al señor Hernán Somerville, invitado en la sesión anterior, los informes en derecho referidos en dicha sesión. Agrega que si bien es facultativo para la AFT entregar dichos antecedentes por ser una instancia privada sería importante para la Comisión recabarlos.

El señor Secretario precisa que no hubo acuerdo de la Comisión para solicitarlos. En caso que el acuerdo se adopte, reglamentariamente es necesario que éste se ratifique en una sesión en Valparaíso. Sin perjuicio de ello, se podría realizar las gestiones de manera informal

con el señor Somerville a fin de que remita a la Comisión, si lo estima conveniente, los informes en derecho mencionados.

Así se acuerda.

La Diputada señora Saa solicita poner a disposición de la Comisión las actas taquigráficas.

El Diputado señor Olivares (Presidente) señala que, de conformidad a lo dispuesto en la citación, se recibirá al señor Axel Buchheister, abogado del Instituto Libertad y Desarrollo y patrocinante de los requerimientos presentados ante el Tribunal Constitucional.

Se incorporan a la sesión el señor Axel Buchheister, Abogado del Instituto Libertad y Desarrollo y la señora Hedy Matthei, Abogada Asesora del Senador Novoa.

El señor Buchheister señala que su exposición versará, en primer lugar, sobre los antecedentes que se tuvieron a la vista para deducir los dos requerimientos que impugnaron los préstamos que se otorgaron al Transantiago. En segundo lugar, explicará cuáles fueron los fundamentos del requerimiento y lo que resolvió el fallo. Y, en tercer lugar, un acápite sobre aspectos relevantes, particularmente relativo a la discusión sobre si la cuenta de reembolso es privada o pública.

Hace entrega a la Comisión de un CD que contiene la mayoría de los escritos que se presentaron en la tramitación del primer requerimiento; todos los escritos y antecedentes del segundo requerimiento y todos los documentos que dio a conocer el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

En cuanto a los antecedentes que tuvieron a la vista los señores senadores para presentar los requerimientos, indica que el Gobierno, debido al déficit operacional que comenzó a generar el nuevo sistema de transporte público, denominado Transantiago, comenzó a tratar de hacer frente a este déficit mediante aportes del Fisco de Chile para cubrir la diferencia, de manera de no subir la tarifa a los usuarios, tal como estaba previsto en los contratos.

En consecuencia, se recurrió a un primer expediente para tratar de cubrir la diferencia y se exigió que el Metro de Santiago girara un préstamo al Transantiago, a mediados del año 2007, de aproximadamente 100 millones de dólares en dos partes: uno, por aproximadamente 20 millones de dólares, donde el Metro dejó de cobrar lo que tenía derecho y, segundo, un préstamo al sistema por 80 millones de dólares. Ante esto varios señores diputados se presentaron ante la Contraloría General de la República y cuestionaron esta operación, sosteniendo que el Metro no tenía una autorización legal para hacerlo. La Contraloría, por dictamen N° 38.432, de 24 de agosto de 2007, declaró que el préstamo de 80 millones de dólares era efectivamente contrario a derecho, porque no había una autorización legal para que el Metro prestara recursos económicos y consideró que estaba ajustado a la normativa legal que dentro de su giro dejara de cobrar lo que se le adeudaba. Ante esto el Ejecutivo planteó al Congreso la entrega de un subsidio, aprobándose la ley que otorgó 290 millones de dólares, 100 de los cuales se repusieron al Metro y 190 millones de dólares se prestaron al Transantiago.

Cabe consignar que el dictamen de la Contraloría, que fue posterior a la ley mencionada, no aplicó sanciones, porque entendió que la operación había sido validada por una ley posterior: la N° 20.206. Sin embargo, instruyó a las empresas del Estado a ceñirse estrictamente a lo que es su objeto social. En dicha ley, se entregaron estos recursos al Transantiago y en su artículo

7º se creó un mecanismo para que el Estado recuperara los dineros que había entregado el Fisco en esa ocasión. Esto se hizo a través de la creación de una cuenta de reembolso, encargada de recuperar los recursos entregados.

En la Ley de Presupuestos del año 2008, debido a que el déficit en el Transantiago persistía, el Ejecutivo solicitó un nuevo aporte al Congreso, a título de préstamo, el cual debía ser recuperado a través de esa cuenta. Sin embargo, el aporte propuesto fue rebajado por los parlamentarios a 1000 pesos, lo cual importaba un gran rechazo.

Añade que una vez rechazado el proyecto, el Gobierno hizo una operación que fue literalmente aprobada de un día para otro, consistente en un préstamo por 160 millones de dólares al BancoEstado, con el aval de la CORFO, porque el déficit previsto para solventar los primeros cuatro meses seguía creciendo. La autorización del Ministerio de Transportes y del Ministerio de Hacienda que exige la ley N° 20.206 para endeudarse a la cuenta se hizo mediante dos oficios, en circunstancias de que la ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos, en su artículo 3º, dice que esto debía hacerse mediante decreto supremo. Esto es importante porque sólo los decretos supremos son recurribles ante el Tribunal Constitucional.

El Contralor, exigió al Gobierno, dado que esto era materia de decreto supremo, que se dictara un decreto que ratificara lo obrado por oficios. Dictado los respectivos decretos la Contraloría tomó razón, pero no en forma pura y simple, sino que con un alcance que dice: "No obstante, cumple con precisar que el examen previo de legalidad realizado por este Organismo Fiscalizador, se ha circunscrito a verificar la competencia de las autoridades que otorgan las mencionadas autorizaciones y que las condiciones de endeudamiento contenidas en los oficios anteriormente señalados sean las que se establecen en el

acto administrativo de la suma –el decreto-, no importando un pronunciamiento acerca de la legalidad del contrato de apertura de financiamiento, celebrado entre el Administrador Financiero de Transantiago S.A. y el Banco del Estado de Chile, suscrito el 3 de enero de 2008, al amparo de las autorizaciones que en esta oportunidad se ratifican –se refiere al préstamo–.

Es decir, tomó razón porque la autoridad tiene la facultad de dictar el decreto y porque verificó que éste ratificaba las condiciones que se fijaron en los oficios y no se pronunció sobre la legalidad del contrato. Este antecedente no había sido entregado a la Comisión.

Deducido el primer requerimiento ante el Tribunal Constitucional, éste se declaró incompetente puesto que se trataba de oficios. Respecto del aval de la Corfo o de la garantía, se rechazó puesto que se consideró que los vicios que se habían invocado no eran de constitucionalidad.

Indica que días después que salió ese fallo se publicaron en el Diario Oficial dos decretos: uno que permitía un endeudamiento de 400 millones de dólares con el BID y de 10 millones de dólares adicionales con el BancoEstado y otro que amplió la garantía de la Corfo para que cubriera dichos créditos.

En cuanto al contenido del requerimiento, sostiene que los señores senadores sostuvieron que había dos capítulos de infracción a la Constitución. El primero fue lo que denominaron quebrantamiento en general al marco institucional, que establece la distribución de los poderes y la facultad de los distintos órganos del Estado, y cómo debe funcionar un país en democracia y en un Estado de derecho. En este sentido, los senadores sostuvieron que se violaba el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución.

Un segundo capítulo de infracción a la Constitución Política se encuentra en el estatuto constitucional sobre endeudamiento público y compromiso de la garantía del Estado, que corresponde a los números 7, 8 y 9 del artículo 63 de la Constitución Política.

Añade que el Tribunal Constitucional en su fallo acogió íntegramente todos sus argumentos. Primero, declaró que efectivamente el préstamo que se había dado era un subsidio, y un subsidio que estaba dando al Estado.

Segundo, declaró que el artículo 7° de la ley N° 20.206, que era una autorización para que el Estado se endeudara, no era constitucional. Fue más allá incluso de lo que se había argumentado al declarar que se había infringido el artículo 63, número 7 de la Constitución Política, porque había un endeudamiento indebido del Estado.

También sostuvo que se había infringido el artículo 63, número 8 de la Constitución Política, porque se había comprometido la responsabilidad financiera del Estado, pues el Estado no podía sino tener que hacerse cargo de ese crédito, dado que se trataba de un servicio público que no se podía paralizar. Y finalmente aceptó que también era inconstitucional el préstamo del Banco del Estado del que se beneficiaba el Metro.

Respecto a la infracción del número 9 del artículo 63 declaró el Tribunal Constitucional que el préstamo que se había dado era un subsidio y un subsidio en favor del Estado.

Finalmente, indica que la gran defensa que se hizo fue sostener que ninguna de estas normas constitucionales se aplicaba porque la cuenta era privada.

Como argumentos a favor de que la cuenta especial de reembolso tiene carácter público esgrime, en primer lugar, que esta cuenta es creada por mandato de la ley N° 20.206, que en su artículo 7° dice que

para recibir este dinero el Ministerio de Transportes, el AFT y los concesionarios convendrán en una cuenta que establecerá un sistema de reembolso. Es la ley la que mandó crear la cuenta.

En segundo lugar, cabe considerar la naturaleza muy específica de esta cuenta. La propia ley la llama "cuenta especial de reembolso". La ley ordenó la creación de esta cuenta con el fin específico de obtener para el Fisco el reembolso de los 190 millones de dólares que prestó. Pregunta, ¿con cargo a que hipótesis legal le prestó el dinero al Transantiago?, ¿cómo puede ser privado un ente que tiene como única finalidad, fijada en la ley, obtener reembolso de un préstamo que hizo el Fisco?

En tercer lugar, la cuenta para endeudarse requiere una autorización de los Ministerios de Transportes y de Hacienda. Pregunta, ¿qué privado para endeudarse requiere autorización de ministerios?

Además, los decretos que se dictaron, primero ratificatorio y después el que autorizó el préstamo del BID y el préstamo del BancoEstado fueron sujetos a toma de razón. Sólo el endeudamiento público es objeto de revisión por la Contraloría.

Agrega que contrariamente a lo que se ha sostenido, la cuenta no es un patrimonio de afectación. Un patrimonio de afectación se produce cuando una ley, sin crear una personalidad jurídica, entrega bienes para que se dediquen a un fin específico. Aquí lo único que dijo la ley fue que los recursos que se recaudan en la tarjeta BIP no entran al patrimonio de los privados, sino que pasan a la cuenta, sin confundirse -porque es un patrimonio separado-, y se destinan a rembolsar al Fisco. Esos fondos son del Fisco y por eso es que los senadores sostuvieron, y así lo reconoció en definitiva el Tribunal Constitucional, que cuando se endeuda la cuenta lo que se está endeudando es un flujo fiscal.

Debate.

La Diputada señora Saa lamenta la ausencia de los colegas que pidieron la investigación; ya que sólo está presente uno de ellos, porque se está trabajando, investigando. Si piden una comisión investigadora es importante que sean responsables. Pregunta, ¿por qué no se pidió la inconstitucionalidad de la ley?

El señor Buchheister responde que la razón para no pedir la inconstitucionalidad de la ley fue que ella “per se” no es inconstitucional. Lo que es inconstitucional es el uso que se hizo de ella.

En cuanto al tema de la validez del aval de la Corfo, sostiene que sí lo es, e incluso el Tribunal en su fallo lo llama aval. No obstante, añade el punto es el siguiente: cómo la Corfo puede cumplir como aval si la operación principal no es válida. Si la operación principal es nula, no puede ser válida la garantía, pues existe un viejo aforismo jurídico que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De hecho, al haber dicho el Tribunal Constitucional: “Aquí lo que se hizo inválidamente –por lo cual declara inconstitucionales los decretos- fue haber comprometido la responsabilidad del Estado”, según profesores administrativistas ha dejado de ser una operación a la cual la Corfo le puede dar su garantía, porque al ser una obligación del Estado no hay fomento productivo. Por lo tanto, si el vicepresidente de la Corfo paga la operación, él incluso puede tener problemas personales, porque es altamente discutible que él pueda cumplir con esta operación.

El gran tema es si acaso aquí hay un aval o un subsidio contingente. Siguiendo un viejo aforismo jurídico, que está repetido en un fallo del Tribunal Constitucional, las cosas se califican por lo que son y no por el nombre que se les da. Cuando un ente, sea público o privado, dice: “Yo pago una obligación de un deudor, si él no la paga”, eso es una garantía, así le pongan el

nombre de subsidio o cobertura contingente. Discutir si específicamente estas garantías que da la Corfo, es decir, estas operaciones de subsidio o cobertura contingente, son una fianza solidaria, una caución solidaria o son un aval, son detalles técnicos. Por lo demás, no puede ser un subsidio –como se ha dicho acá-, porque de acuerdo al artículo 19 número 22 de la Constitución, los subsidios son materia de ley. Si así fuera, pregunta, ¿cuál es la ley que le autoriza a la Corfo a dar este tipo de garantía? No existe. Estos subsidios que se han dado, que pueden haber beneficiado a muchas personas, de acuerdo al estado de derecho serían inconstitucionales.

Agrega que la tesis de la Contraloría General de la República es la siguiente. Ocorre que estas garantías fueron creadas mediante un decreto supremo, en circunstancias de que el artículo 63 número 8 de la Constitución Política dispone que cuando se compromete la responsabilidad financiera del Estado y sus organismos, en forma directa o indirecta –aquí tenemos la responsabilidad indirecta de un organismo del Estado-, es materia de ley. Pero fueron creadas por un reglamento.

La Contraloría estableció que leyes posteriores les han asignado fondos; en consecuencia, son las leyes las que validan. No voy a discutir esa tesis; no la creo correcta. Pero hay un detalle, y el Tribunal Constitucional se refirió a él. Esta figura, en tanto se estableció para garantizar deudas que se dan a la cuenta del Transantiago, fue creada por un decreto supremo posterior a la última ley de Presupuestos. En consecuencia, no hay ninguna ley de Presupuestos que valide esta operación, que concretamente le dio este subsidio de garantía contingente, que realmente, en el sentido de la ley orgánica de la Corfo -que establece la facultad de dar avales-, es un aval.

Añade que, de acuerdo con la ley de la Corfo, esas operaciones sólo pueden garantizar operaciones en moneda extranjera. Por eso, en vez de modificar la ley, porque eso se demora, no recurrieron al Congreso

Nacional y dictaron un decreto supremo y lo llamaron subsidio. Si fuera un subsidio se requiere de una ley que lo apruebe, por cuanto, de acuerdo con el número 22 del artículo 19 de la Constitución, los subsidios son materia de ley.

El Diputado señor Melero pregunta, ¿cuáles son los efectos prácticos de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional? y ¿a quién le corresponde ejecutar esa acción y si el contrato puede seguir adelante?

Indica que el presidente del AFT sostuvo ante esta Comisión que el contrato sigue vigente. Sin embargo, como el señor Buchheister ha manifestado que en la esencia del fallo del Tribunal los decretos han sido declarados inconstitucionales y que son de la esencia para la autorización de que el convenio se lleve a cabo, solicita que indique, desde el punto de vista jurídico y del fallo, a qué autoridad política o administrativa le corresponde hacer valer su inconstitucionalidad y a quién le corresponde ejecutarlo, porque frente a esa situación todos han señalado algo distinto. En todo caso cree que no será el BID el que pedirá que se ponga término al contrato.

Por otra parte, consulta sobre la responsabilidad de los ministros de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda, ¿cuál es su participación en este procedimiento y qué normas vulneraron en sus actuaciones?, puesto que fueron los secretarios de Estado que firmaron la carta de 6 de junio, que viajaron a Estados Unidos para tratar esa materia y que dieron las instrucciones al AFT.

El señor Buchheister precisa que no es tarea del Tribunal Constitucional, puesto que no está dentro de sus potestades, declarar el contrato nulo o decir lo que se debe hacer con posterioridad. Su potestad es acotada: debe pronunciarse si los decretos eran o no constitucionales. En este

caso, se pronunció en el segundo sentido, en cuanto a que no lo eran, de modo que quedan sin efecto. Sin embargo, corresponde a otras autoridades pronunciarse y actuar en consecuencia con esa declaración.

Una de ellas puede ser los tribunales ordinarios de justicia, en virtud de una demanda interpuesta por algún interesado, por ejemplo, el Consejo de Defensa del Estado, ya que hay intereses fiscales involucrados, organismo que podría pedir la nulidad del contrato.

Otra hipótesis es que se resolviera aprobar la operación por una ley. Es potestad del Congreso Nacional señalar que se ha producido una situación compleja en un crédito obtenido del BID.

Agrega que no porque la operación sea nula se tiene derecho a no pagar los 288 millones de dólares que el país ha recibido. Hay lugar a las prestaciones mutuas, pero no para los intereses, de modo que el Congreso Nacional, a través de un proyecto que es de iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República, podría plantear una ley para resolver esa situación.

A su vez, sin duda, a las autoridades administrativas, es decir, al Gobierno, le corresponde cumplir el fallo dictado por el Tribunal Constitucional. Si ha sido declarado inválida la autorización para celebrar el contrato, de ninguna manera se puede pretender que mediante algún arbitrio se siga aplicando.

En cuanto a las responsabilidades que deberían asumir los ministros de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda, éstas son básicamente de carácter político.

Se acuerda prorrogar la sesión.

En relación a los efectos de ese fallo se pueden producir en múltiples ámbitos y es tarea de los distintos órganos estudiarlos. En

todo caso, insiste en que no es función del Tribunal Constitucional fijar esos efectos. El Tribunal cumplió estrictamente con su cometido, más allá de que estar o no de acuerdo con el fallo, en términos de declarar inconstitucionales los decretos dictados.

El Diputado señor Insunza pregunta, ¿quién debe cancelar el crédito?. Consulta la opinión del señor Buchheister respecto de que la Contraloría, en su toma de razón, no haya hecho un cuestionamiento a la legalidad del contrato y si el no haberse pronunciado respecto de esa legalidad constituye un abandono de deberes por parte del contralor.

El señor Buchheister responde que luego del dictamen del Tribunal Constitucional se ha sostenido que se endeudó la cuenta, porque se ha dado el argumento de que era privada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sostuvo que, en la práctica, eso implicó que el Fisco iba a terminar haciéndose cargo y que hubo un compromiso de la responsabilidad del Fisco que era inconstitucional, de manera que declaró inválidas las autorizaciones. No obstante, de eso no se puede colegir que el objetivo del fallo y que la consecuencia que se sigue de él es que el Fisco debe pagar.

Al respecto, plantea la hipótesis de que debería haber un acuerdo político para que pague el Fisco, para lo cual se supone que se debiera dictar una ley.

La Comisión acuerda prorrogar la sesión por 30 minutos.

Debate.

Por haberse cumplido el objeto de la presente sesión, se levanta a las 18:32 horas.

CARLOS OLIVARES ZEPEDA  
Presidente de la Comisión

JAVIER ROSSELOT JARAMILLO  
Secretario de la Comisión