

ID Dictamen: **003539N13**

Vista preliminar 

Indicadores de Estado

N° Dictamen	3539	Fecha	16-01-2013
Nuevo	NO	Reactivado	SI
Alterado	NO	Carácter	NNN
Origenes	DJU		

Referencias

162283/2012, 172032/2012, 191087/2012, 198337/2012, 209646/2012, 229457/2012

Decretos y/o Resoluciones

Abogados

CGY ROP GLU RSF

Destinatarios

Alejandro Celis Núñez

Texto

Sobre denegación de renovación de concesión marítima que indica y conflicto de interés del Gobernador de la Provincia de Elqui.

Acción

Aplica dictámenes 62113/2006, 6038/2012, 35738/2011, 75791/2011, 9722/2012, 28265/2007, 28021/2008, 49575/2008, 25818/2010, 65515/2011, 22993/90, 43792/2009

Fuentes Legales

dfi 340/60 DEFEN art/2, dfi 340/60 DEFEN art/6,
dfi 340/60 DEFEN art/8 lt/b, dto 2/2005 DEFEN art/56 lt/b,
dto 2/2005 DEFEN art/15 inc/2, dto 2/2005 DEFEN art/59,
ley 19880 art/41 inc/4, ley 18575 art/13 inc/2,
res 1600/2008 CONTR, pol art/8, ley 18575 tit/III,
ley 18575 art/52 inc/1, ley 18575 art/62 num/6,
ley 19880 art/12 num/5, ley 19880 art/12 inc/3,
ley 18834 art/157 lt/b, ley 18834 art/147 inc/fin

Descriptorios

renovación concesión marítima, conflicto de interés, motivación acto administrativo, principio de transparencia probidad, deber de abstención

Documento Completo

N° 3.539 Fecha: 16-I-2013

Se ha dirigido a esta Entidad de Control don Alejandro Celis Núñez, en representación de FDG Project S.A., impugnando la legalidad de la resolución ministerial exenta N° 10.391, de 2011, del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se le denegó una solicitud de renovación de la concesión marítima que disfrutaba en virtud del decreto N° 81, de 2004, de esa Cartera de Estado, reclamando asimismo, que fue notificado del desalojo del sector que ocupaba.

Denuncia, además, conflictos de intereses que habrían afectado al Gobernador de la Provincia de Elqui en su intervención en la Comisión Regional de Uso del Bordo Costero de la Región de Coquimbo, que a su juicio influyeron en la calificación negativa que se efectuó de su solicitud de renovación y en la opinión favorable de un proyecto presentado por la empresa Campos del Norte S.A., que pretende una concesión marítima en el mismo emplazamiento ocupado por su representada.

También ha realizado una presentación a esta Contraloría General doña Luciana Valencia Doberti, manifestando una serie de consideraciones jurídicas y de hecho que, en su parecer, hacen procedente el rechazo de la autoridad a la solicitud de renovación de la concesión en favor de FDG Project S.A.

Requerido su informe, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas reitera los argumentos expuestos en su resolución ministerial exenta N° 802, de 2012, que rechaza el recurso de reposición interpuesto por la recurrente, destacando que su actuación se ajustó a derecho y en ejercicio de las facultades privativas que le confiere el

ordenamiento jurídico.

Por su parte, la Intendencia Regional de Coquimbo indica que los informes de la Comisión Regional de Uso del Borde Costero poseen un carácter meramente consultivo, pues el pronunciamiento definitivo le corresponde al Ministerio de Defensa Nacional.

A su turno, la Gobernación de la Provincia de Elqui informa que su entonces titular, don Pablo Argandoña Medina, prestó servicios bajo subordinación y dependencia a Campos del Norte S.A. desde el 16 de octubre de 2008 hasta que fue designado en tal cargo, agregando que solamente intervino en una de las tres sesiones de la comisión en que se trató el tema, en su calidad de Intendente Subrogante. Además, expone que su cónyuge se desempeña en la recién anotada sociedad anónima como trabajadora dependiente en su departamento de marketing.

Sobre el particular, el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, prescribe que respecto de las zonas que indica, el Ministerio de Defensa Nacional dispone de facultades privativas para conceder su uso particular en cualquier forma. Su artículo 6° señala que ninguna concesión podrá ser modificada, prorrogada o renovada sino en virtud de decreto previo otorgado por la autoridad correspondiente.

Luego, su artículo 8°, letra b), indica que el vencimiento del plazo es causal de término de esas concesiones, lo que se reitera en el artículo 56, letra b), del decreto N° 2, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento sobre Concesiones Marítimas.

A su turno, el artículo 15 del citado reglamento establece, en lo que interesa, que las concesiones podrán ser renovadas previo decreto de la autoridad correspondiente con las formalidades, condiciones y requisitos de acuerdo con el procedimiento aplicable a los otorgamientos, en lo pertinente. Su inciso segundo añade que las solicitudes de renovación serán preferidas a las que presenten nuevos postulantes, siempre que se hubieren formulado antes del vencimiento de la concesión, que no exista otra que represente un mejor uso del borde costero y que el concesionario haya dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en el respectivo decreto.

Por último, su artículo 59, en síntesis, dispone que en el caso de ocupación ilegal de alguno de los bienes a que se refiere la norma, ya sea por carecer de título el ocupante, por estar caducada la concesión o por cualquier otra causa, la autoridad marítima requerirá del Intendente Regional el auxilio de la fuerza pública. Su inciso siguiente agrega que no se considerará ocupante ilegal al concesionario que continuare usufructuando de la concesión durante el lapso que medie entre la extinción de ésta y el decreto que le otorgue su renovación, siempre que esta última la hubiere impetrado antes del vencimiento de aquélla.

Como puede advertirse, las concesiones marítimas terminan por mandato legal con la llegada del plazo, por lo que si el titular permanece ocupando los bienes entregados en concesión más allá de dicho término se convierte en ocupante ilegal de esos sectores, a menos que haya solicitado oportunamente la renovación de la misma.

No obstante, esa solicitud de renovación no constituye un derecho a obtener una nueva concesión sino solo una mera expectativa, pues una vez que ella es presentada por el peticionario ante la autoridad marítima, el Ministerio de Defensa Nacional deberá revisar si cumple con las exigencias que la normativa ha contemplado para tal efecto, si su objeto se ajusta o no a la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República y si no hay otra solicitud que represente un mejor uso

En el caso en estudio, aparece que Campos del Norte S.A. solicitó una concesión marítima en el mismo sector que ocupaba la recurrente, la que fue informada favorablemente por la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la Región de Coquimbo. Asimismo, constan oposiciones de la Junta de Vecinos Peñuelas a la renovación requerida, quien acompaña antecedentes sobre multas cursadas al concesionario por no pago de obligaciones tributarias y fotos en que aparece clausurado su local por el Servicio de Impuestos Internos.

A su vez, la resolución denegatoria se fundamenta en que el titular ocupó una superficie mayor a la concesionada y que incumplió el objeto de la concesión, al haber operado como discoteque en lugar de pub como estaba autorizado. Además, tuvo en cuenta el informe negativo de la comisión antes aludida, refiriéndose también a que la concesión que se solicita renovar contempla obras que exceden el máximo permitido por el instrumento de planificación territorial.

En ese orden de ideas, el inciso cuarto del artículo 41 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en lo que importa, prescribe que los actos administrativos terminales deben ser fundados, debiendo por tanto la autoridad que los dicta expresar los razonamientos y antecedentes de acuerdo con los cuales ha adoptado su decisión, pues lo contrario importaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con arbitrariedad (aplica criterio de dictamen N° 62.113, de 2006).

Asimismo, atendido el principio de transparencia recogido en el artículo 13, inciso segundo, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, el ejercicio de una facultad discrecional debe permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las

decisiones que se adopten en ejercicio de la función pública (aplica dictamen N° 6.038, de 2012).

En el caso en estudio, las resoluciones ministeriales exentas N°s. 10.391, de 2011 y 802, de 2012, han explicitado los motivos y fundamentos jurídicos y fácticos, razonables y objetivos, considerados para su dictación, por lo que no adolecen de falta de motivación, sin que corresponda que esta Contraloría General se pronuncie sobre el mérito de dichos antecedentes.

Seguidamente, las normas sobre concesiones marítimas no exigen la dictación de un decreto supremo para denegar las solicitudes de renovación, sino que justamente para acogerlas. En ese sentido, la resolución N° 1.600, de 2008, de este origen, ha estimado que los otorgamientos de concesiones marítimas y sus modificaciones constituyen una materia esencial sometida a toma de razón, y no así las denegaciones como ocurrió en este caso.

En otro orden de consideraciones, específicamente en lo relacionado a la denuncia realizada por el recurrente respecto del eventual conflicto de interés que habría afectado al Gobernador de la Provincia de Elqui al haber integrado la Comisión Regional de Uso del Borde Costero de la Región de Coquimbo, cabe precisar que de los documentos tenidos a la vista consta que tal cuerpo colegiado se reunió a lo menos en tres oportunidades a fin de pronunciarse acerca de las solicitudes de concesiones marítimas de las empresas interesadas.

Así, es dable destacar que en la sesión llevada a cabo el 2 de agosto de 2011, el aludido personero votó, en su calidad de Intendente Regional Subrogante a favor del proyecto de la empresa Campos del Norte S.A.

Luego, de la revisión de los instrumentos examinados consta que el Gobernador Provincial en comento prestó servicios profesionales bajo vínculo de subordinación y dependencia a la empresa Campos del Norte S.A., como analista de control de gestión, hasta su nombramiento, mediante el decreto N° 267, de 11 de marzo de 2010, del entonces Ministerio del Interior, en ese cargo público.

Pues bien, el artículo 8° de la Constitución Política de la República prescribe que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, recogido en el orden legal particularmente en los preceptos del Título III de ley N° 18.575, cuyo artículo 52, inciso primero, ordena que sus autoridades y funcionarios deberán darle estricto acatamiento, precisando su inciso segundo que ello significa observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Enseguida, su artículo 62, N° 6, previene que contraviene especialmente el referido principio, entre otras conductas, intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge y los parientes que indica, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, caso en el cual las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de intervenir en esos asuntos, informando a su superior jerárquico de dicha circunstancia.

Por su parte, el artículo 12, N° 5, de la ley N° 19.880, dispone que será motivo de abstención para la autoridades y funcionarios tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

De las normas transcritas se infiere que el principio de probidad administrativa impone a las autoridades o funcionarios respectivos el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse aun cuando la producción de un conflicto sea sólo potencial (aplica criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 35.738 y 75.791, ambos de 2011, y 9.722, de 2012).

Como puede advertirse, al Gobernador de la Provincia de Elqui le asistía el deber de abstención que impone el anotado artículo 62, N° 6, de la ley N° 18.575, en concordancia con el citado artículo 12, N° 5, de la ley N° 19.880, al haber prestado servicios profesionales a la empresa Campos del Norte S.A. dentro de los dos años anteriores a la fecha en que participó en la referida sesión de la Comisión Regional del Uso del Borde Costero de la Región de Coquimbo donde se discutió la aprobación o rechazo del proyecto presentado por la anotada sociedad.

En cambio, en lo relativo a la denuncia referente a que la cónyuge del recurrido haya estado desempeñando funciones en el departamento de marketing de la empresa que resultó favorecida con el otorgamiento de la concesión marítima, es pertinente anotar que de los antecedentes analizados no se aprecian circunstancias objetivas que permitan formarse la convicción que ella resulte directamente beneficiada con tal situación.

Ahora bien, es dable recordar que el inciso tercero del artículo 12 de la ley N° 19.880 preceptúa que la actuación de las autoridades y funcionarios en que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, más aún en este caso, pues de las actas respectivas aparece que su voto no fue determinante en las decisiones adoptadas. En todo caso, los informes que esa Comisión emite no poseen carácter vinculante y constituyen un antecedente a considerar por el Ministerio de Defensa Nacional para resolver sobre las peticiones de concesiones marítimas (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 28.265,

de 2007; 28.021 y 49.575, de 2008; 25.818, de 2010 y 65.515, de 2011).

Finalmente, se debe hacer presente que mediante el decreto N° 1.328, de 2012, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tomado razón el 21 de diciembre de igual año, el Vicepresidente de la República aceptó la renuncia voluntaria del Gobernador cuestionado, por lo que atendido lo dispuesto en el artículo 157, letra b), de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, en relación con el inciso final del artículo 147 del mismo cuerpo legal, no es posible instruir un eventual proceso disciplinario contra quien no inviste la calidad de funcionario público, tal como lo han expresado los dictámenes N°s: 22.993, de 1990 y 43.792, de 2009, de este origen.

Patricia Arriagada Villouta
Contralor General de la República
Subrogante