Base de Dictámenes

MOOPP, panel técnico de concesiones, integrantes, inhabilidad sobreviniente, nombramiento en directorio empresa constructora subcontratista, declaración inhabilidad, formalización cese

025839N19

FECHA DOCUMENTO
27-09-2019

NUEVO:
SI

REACTIVADO:
NO

RECONSIDERADO:
NO

RECONSIDERADO PARCIAL:
NO

ACLARADO:
NO

ALTERADO:
NO

APLICADO:
NO

CONFIRMADO:
NO

COMPLEMENTADO:
NO

CARÁCTER:
NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 51509/2014, 72721/2012,

Acción	Dictamen	Año
Aplica	051509	2014
Aplica	072721	2012

FUENTES LEGALES

DTO 900/96 moopp art/36 inc/7 POL art/8 inc/1 ley 18575 art/52 inc/1 ley 18575 art/52 inc/2 ley 18575 art/54 ley 18575 art/64 inc/1 DTO 900/96 moopp art/36 inc/8 DTO 900/96 moopp art/36 inc/9 DTO 956/97 moopp art/107 num/1 lt/g

MATERIA

No se ajusta a derecho que integrante del panel técnico de concesiones permanezca en él luego de su designación en el directorio de la sociedad anónima que se señala.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 25.839 Fecha: 27-IX-2019

Se ha dirigido a esta Contraloría General una persona, bajo reserva de identidad, denunciando una eventual inhabilidad que recaería sobre la señora Francisca Castro Fones, integrante del Panel Técnico de Concesiones, quien habría dejado de cumplir los requisitos para ser miembro del mismo, al haber asumido en mayo de 2018 como Directora de la Empresa Salfacorp S.A. "principal empresa constructora del país, que ha sido y es subcontratista de varios concesionarios de Obra Pública", según se afirma. Lo anterior constituiría una infracción al inciso séptimo del artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Requerido su informe, la Dirección Nacional del Servicio Civil señaló que durante el proceso de selección que culminó con el nombramiento de la denunciada no se constató la existencia de inhabilidades ni incompatibilidades para ejercer dicho cargo, y que efectuada la designación ese servicio carece de competencia para fiscalizar si ocurren hechos que configuren esos impedimentos.

En similares términos, la Subsecretaría de Obras Públicas indicó que el anotado panel constituye una entidad de carácter técnico que no integra el Ministerio de Obras Públicas (MOP), y que su competencia se circunscribe a la formalización mediante un acto administrativo de la designación del candidato que el Consejo de Alta Dirección Pública seleccione. Por ello, no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad o de la ausencia de impedimentos que puedan afectar a los integrantes de ese panel.

Asimismo, acompaña copia del oficio N° 01/2018 de la Presidente del Panel Técnico de Concesiones, en el que afirma que no procede que éste se pronuncie sobre el particular, y que dicho organismo ha acordado que la denunciada continúe ejerciendo normalmente sus funciones hasta que esta Entidad de Control resuelva la materia.

Por su parte, la señora Castro Fones manifiesta que efectivamente el 3 de abril de 2018 fue designada directora de la empresa SALFACORP S.A. y requiere un pronunciamiento que determine si se configura a su respecto la inhabilidad establecida en el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, particularmente, respecto de los contratos firmados por la empresa Compañía Sudamericana de Postensados S.A. -con la que señala no tener ninguna vinculación laboral ni patrimonial-, la cual sería, según afirma, "subcontratista de una empresa Contratista de una Sociedad Concesionaria".

Sobre la materia, la Ley de Concesiones de Obras Públicas -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el decreto N° 900, de 1996, del MOP-, establece en el artículo 36 -en su texto modificado por la ley N° 20.410- que "Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas", añadiendo que "Asimismo, el MOP y una o más sociedades concesionarias, en forma conjunta o separada, podrán realizar consultas al Panel Técnico sobre las materias mencionadas anteriormente".

Añade su inciso séptimo, en lo pertinente, que el Panel Técnico estará integrado por los profesionales que allí se indica, los cuales "no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o

titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios".

En relación a este punto debe anotarse, en armonía con el dictamen N° 51.509, de 2014, de este origen, que las personas que son designadas en el panel de que se trata ejercen una función pública. Por ello, deben dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, según lo exige el inciso primero del artículo 8° de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 52, inciso primero, de la ley N° 18.575.

El inciso segundo del artículo 52 previamente citado, dispone que "El principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular".

Pues bien, en la especie y de conformidad con el inciso séptimo del artículo 36 previamente transcrito, se aprecia que para desempeñar el cargo de integrante del referido panel la ley exige no estar relacionado con empresas concesionarias de obras públicas –sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas–, ni tampoco con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios.

Dicha inhabilidad tiene su sustento en que al citado panel le corresponde, en primer lugar, emitir recomendaciones técnicas fundadas con ocasión de las discrepancias técnicas y económicas que existan entre las partes durante la ejecución de un contrato de concesión, y en segundo término, pronunciarse sobre las consultas que el MOP o las sociedades concesionarias formulen sobre estas materias, de modo que para dar cumplimiento a dichas funciones públicas, los integrantes de ese organismo deben contar con la debida imparcialidad, particularmente respecto de las concesionarias, empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de aquellas, objetividad que es resguardada por el legislador mediante el impedimento de que se trata.

En este sentido, y precisamente en cumplimiento del principio de probidad administrativa, resulta de toda lógica exigir a sus integrantes que no estén relacionados con empresas constructoras que directa o indirectamente presten dichos servicios a las concesionarias, toda vez que deberán emitir un pronunciamiento técnico ante discrepancias y consultas relativas a las indicadas materias que puedan efectuar tanto aquellas concesionarias como el Ministerio de Obras Públicas, "con preeminencia del interés general sobre el particular".

Ahora bien, de los antecedentes tenidos a la vista y de acuerdo a lo informado por la propia denunciada, se aprecia que la Compañía Sudamericana de Postensados S.A. –subsidiaria de Tecsa Equipos y Servicios S.A., subsidiaria a su vez, de Empresas Tecsa S.A., que es subsidiaria de Salfa Ingeniería y Construcción S.A., subsidiaria de Salfacorp S.A.– es una sociedad constructora vinculada contractualmente con Sacyr Chile S.A., empresa también constructora contratada a su vez por la Sociedad Concesionaria Valles del Bio Bío S.A. para el desarrollo y construcción de la obra pública denominada "Concesión Autopista Concepción-Cabrero".

En este punto, debe tenerse presente que la denunciada sostuvo en su presentación que el carácter de directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos es sólo respecto de la sociedad concesionaria -o en sus matrices, filiales,

coligantes o coligadas- y de las subcontratistas de éstas, pero no de las matrices, filiales, coligantes o coligadas de la subcontratista de la sociedad concesionaria. Es decir, y en sus palabras, la inhabilidad consistiría únicamente en no ser directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos de las matrices, filiales, coligantes, coligadas y subcontratistas de la concesionaria.

Sin embargo, ese argumento debe ser desestimado, ya que de acogerse la interpretación de la denunciada, esto es, que no le afecta inhabilidad por el hecho que la norma no señaló de manera expresa que esta también se configura respecto de las matrices, filiales, coligantes o coligadas de las empresas constructoras subcontratistas de una concesionaria, habría que reconocer que esa disposición tampoco señaló que el panelista no debe tener la calidad de director, trabajador, asesor independiente, accionista o titular de derechos en la empresa subcontratista.

Siguiendo esa línea interpretativa, habría que considerar que al disponer la norma que los integrantes del panel no podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación “relacionados con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios”, ha establecido una inhabilidad en términos tan amplios que afectaría a los panelistas que tengan cualquier tipo de vinculación con una empresa constructora o de ingeniería subcontratista de los concesionarios.

Sin embargo, no es posible entender que el legislador haya pretendido darle a esa inhabilidad una extensión y alcance mayor que a la que se configura respecto de las empresas concesionarias, ya que ello carecería de toda lógica, y así también parece haberlo comprendido, aunque solo en forma parcial, la propia recurrente, al hacer aplicables a las empresas subcontratistas las calidades -de director, trabajador, asesor independiente, accionista o titular de derechos- enunciadas para las empresas concesionarias.

Como puede advertirse, para determinar el sentido y alcance de la inhabilidad que se produce en relación con las empresas constructoras subcontratistas resulta necesario acudir a los mismos elementos que el legislador estableció al momento de referirse a la inhabilidad que se configura respecto de las concesionarias, de modo que respecto de las primeras será también necesario que los panelistas no tengan la calidad de directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos tanto en la respectiva empresa subcontratista como en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas.

Sostener otra interpretación, podría conducir a situaciones que desnaturalizarían la finalidad y el espíritu de la prohibición, que como se indicó, busca asegurar que los integrantes del panel gocen de total imparcialidad e independencia para emitir recomendaciones técnicas ante las discrepancias que se sometan a su conocimiento.

En ese mismo contexto, tampoco resulta atendible lo señalado por la denunciada, en cuanto a que no se configura la hipótesis de inhabilidad prevista en la norma ya que la Compañía Sudamericana de Postensados S.A. no tiene un vínculo contractual directo con la mencionada empresa concesionaria sino con una contratista de esta, puesto que esa disposición no limitó su alcance a las empresas contratistas sino que lo extendió hasta las subcontratistas de las concesionarias, debiendo entenderse que las empresas constructoras que pueden tener dicha calidad para los fines de la norma, son las vinculadas contractualmente con una contratista de una concesionaria.

De este modo, es menester concluir que la prohibición afecta tanto si el implicado tiene relación -en las calidades mencionadas- con una empresa constructora -o sus matrices, filiales, coligantes o coligadas- que es directamente contratista de una concesionaria, como si es subcontratista de una contratista de esta, tal como ocurre en la especie.

Dicho lo precedente, debe también recordarse lo que la ley N° 18.575 dispone en relación a las inhabilidades e incompatibilidades administrativas. En efecto, su artículo 54 se refiere a las inhabilidades de ingreso, indicando que "sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley" no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado quienes se encuentren en las hipótesis que ahí se consignan.

Luego, el inciso primero de su artículo 64, preceptúa, en lo que interesa, que "Las inhabilidades sobrevinientes deben ser declaradas por el funcionario afectado a su superior jerárquico dentro de los diez días siguientes a la configuración de alguna de las causales señaladas en el artículo 54. En el mismo acto deberá presentar la renuncia a su cargo o función".

De lo expuesto se sigue que la señora Castro Fones debió presentar su renuncia al cargo de integrante del aludido Panel Técnico, dentro del plazo que señala la norma, por haber incurrido en la inhabilidad analizada de manera sobreviniente, y atendido que dicha renuncia no se verificó, deberá cesar en dicha plaza.

En ese contexto, es necesario referirse al órgano competente para declarar la inhabilidad de que se trata y dictar el correspondiente acto administrativo de cese.

Sobre este punto, el inciso octavo del precitado artículo 36 prescribe, en lo que atañe, que "Los integrantes del Panel Técnico serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública, establecido en la ley N° 19.882, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias"; que "En el marco del concurso, el Consejo de Alta Dirección Pública deberá constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten"; y que "El nombramiento de los integrantes así designados se efectuará mediante resolución del Ministerio de Obras Públicas".

Por último, su inciso noveno dispone, también en lo que interesa, que "Los integrantes del Panel Técnico, permanecerán seis años en sus cargos, y no podrán ser designados para períodos sucesivos".

Además, cabe consignar que a través de su dictamen N° 72.721, de 2012, esta sede de control precisó que el panel de que se trata constituye una entidad de carácter técnico, que si bien no integra el MOP, ejerce las funciones públicas que le han sido asignadas por la ley, para lo cual la intervención del Estado a través dicha cartera ministerial -en el contexto a que se refiere- resulta esencial para su eficaz funcionamiento.

También, es menester considerar que el reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas -aprobado por el decreto N° 956, de 1997, del MOP-, previene, en su artículo 107, N° 1, letra g, que "El Ministerio de Obras Públicas informará al Consejo de Alta Dirección Pública la necesidad de proceder a su renovación parcial con al menos noventa días de anticipación, la que deberá efectuarse conforme al procedimiento establecido en este artículo", y que "En caso de producirse una vacante por un evento distinto al cumplimiento del periodo el Ministerio deberá informar al Consejo de Alta Dirección Pública

cumplimiento del período el Ministerio deberá informar al Consejo de Alta Dirección Pública dentro de los cinco días siguientes de notificada la vacante por el Panel de Expertos”

En consecuencia, atendido que el nombramiento de un consejero del Panel Técnico se realiza mediante un acto administrativo emanado del MOP, y que a este le corresponde informar las vacantes que se generen con ocasión de una inhabilidad sobreviniente que afecte a los consejeros, procede que esa secretaría de Estado también las declare conforme a los criterios expuestos en este pronunciamiento y formalice el correspondiente cese mediante un acto administrativo.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS