

Base de Dictámenes

BINAC, concesión onerosa bien fiscal, contrato de concesión, resolución controversias, tribunal arbitral

E129443N21

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

13-08-2021

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 39322/2008, 52567/2008

| Acción | Dictamen | Año |
|--------|------------------------|------|
| Aplica | 039322 | 2008 |
| Aplica | 052567 | 2008 |

FUENTES LEGALES

DL 1939/77 art/1 DL 1939/77 art/57 DL 1939/77 art/58 DL 1939/77 art/59 DL 1939/77 art/62 DL 1939/77 art/62C DL 1939/77 art/63 ley 10336 art/6 inc/3

MATERIA

No se advierte obligación legal que imponga al Ministerio de Bienes Nacionales acceder a la nueva prórroga ni a la modificación del proyecto original requeridas por las concesionarias de inmueble fiscal de que se trata. Solución de controversias corresponde al tribunal arbitral que indica.

DOCUMENTO COMPLETO

Se ha dirigido a esta Contraloría General el diputado señor Leonidas Romero Sáez, en conjunto con representantes de las empresas Food Court S.A., Centro Comercial Galería Alessandri S.A. y de la Asociación Gremial de Comerciantes Establecidos de la Galería Alessandri, requiriendo un pronunciamiento sobre la legalidad del actuar del Ministerio de Bienes Nacionales (MBN), en relación con la concesión onerosa directa que, el año 2011, le fuera otorgada a las referidas sociedades anónimas, sobre un inmueble fiscal ubicado en la comuna de Concepción, para el proyecto de remodelación y edificación del mismo y posterior administración de las respectivas áreas a concesionar.

Las concesionarias indican, en lo sustantivo, que la entrada en vigencia del contrato de concesión adjudicado se encuentra sujeta a la obtención de los permisos para dar inicio al proyecto ofrecido, lo que se ha dificultado por las razones que detallan, y que el MBN habría denegado injustificadamente la ampliación de plazo que solicitaron para dar cumplimiento a ello y la propuesta de modificación del proyecto pactado.

Se requirió informe a la Municipalidad de Concepción y al MBN, los que se han tenido a la vista y en consideración.

Sobre el particular, el artículo 1º del decreto ley Nº 1.939, de 1977, dispone que las facultades de adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado o fiscales, corresponde al Presidente de la República, las que ejercerá por intermedio del MBN. De acuerdo a sus artículos 57 y 58, el referido Ministerio podrá otorgar concesiones sobre bienes fiscales, con un fin preestablecido y en las condiciones que para cada caso se determine, a personas jurídicas de nacionalidad chilena, las que podrán ser adjudicadas a través de licitación pública o privada, nacional o internacional, o directamente.

Conforme a su artículo 59, para que la adjudicación de la concesión de un bien fiscal se entienda perfeccionada, el adjudicatario, dentro del plazo que señala, deberá suscribir con el MBN el correspondiente contrato de concesión, el cual deberá constar en escritura pública, la que deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces que menciona, como también anotarse al margen de la inscripción de dominio del respectivo predio. El incumplimiento de esas obligaciones será declarado por el Ministerio mediante decreto y permitirá que se deje sin efecto la adjudicación.

De acuerdo con los artículos 62, 62 C y 63 de ese texto legal, la duración de la concesión no podrá exceder de 50 años y se extingue, entre otras causales, por el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y por las demás que se estipulen en las bases de la licitación o en el contrato respectivo. La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario deberá ser solicitada por el Ministerio al Tribunal Arbitral establecido en el artículo 63, fundándose en algunas de las causales señaladas en el pertinente contrato de concesión o en las bases de licitación. Dicho tribunal resolverá las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución.

Como se puede apreciar, es el Jefe de Estado quien tiene la facultad privativa y discrecional para decidir sobre el otorgamiento de inmuebles fiscales en concesión para un determinado objeto, lo que comprende la potestad de establecer los términos y condiciones y con ella la atribución de modificarlos. Esta lo ejercerá por medio del MBN de

condiciones y con ello la atribución de modificarios. Esta la ejercerá por medio del MBN, de la manera que estime más conveniente para el interés fiscal, considerando las razones de mérito en cada caso.

Dicha concesión debe otorgarse con un objeto preestablecido, se entenderá perfeccionada con la suscripción del contrato respectivo por escritura pública y se extinguirá por las causales consignadas en la ley, lo que incluye a las demás que se estipulen en las bases o en el contrato, estableciendo la existencia de un Tribunal Arbitral competente para declarar el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y la resolución de las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución. Lo anterior, fue dispuesto por mandato legal y no puede ser modificado al arbitrio de las partes.

De los informes y documentación tenidos a la vista, aparece que por decreto exento N° 497 de 2011, el MBN otorgó la concesión onerosa del inmueble fiscal ya anotado a las dos concesionarias, a fin de ejecutar y financiar el proyecto de construcción y edificación de la Galería Alessandri -según anteproyecto de edificación aprobado por la Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de Concepción (DOM), el año 2009- y una posterior administración de las respectivas áreas a concesionar. En lo sustantivo, el referido anteproyecto contempla la remodelación de áreas del inmueble y la construcción de dos torres de ocho pisos cada una. Ambas sociedades suscribieron, por separado, sus contratos de concesión por escritura pública el 5 de agosto de 2011.

De acuerdo con el decreto adjudicatorio y los contratos respectivos, las concesiones fueron otorgadas por un plazo de 40 años, contado desde la entrada en vigencia del contrato de concesión, el que comenzaría a regir y a devengar la renta concesional desde la fecha de obtención de los permisos requeridos por la sociedad "Food Court S.A." para el inicio de construcción del proyecto definitivo aprobado por la DOM. Se estipuló que estos debían obtenerse dentro del plazo de 10 meses desde la suscripción de la escritura pública de concesión. A petición de las concesionarias, dicho término fue prorrogado por 12 meses en 2014 y por 15 meses en 2019, contados desde la suscripción de la escritura pública modificatoria de los contratos respectivos -lo que fue autorizado y aprobado por decretos exentos-, venciendo este último el 23 de noviembre de 2020.

En ese marco, las sociedades interesadas solicitaron, en agosto de 2020, una nueva prórroga de 15 meses -a contar del vencimiento del plazo que se encontraba vigente-, requiriendo, además, que el mismo sea suspendido durante las etapas de revisión de los órganos externos al MBN. Posteriormente, las concesionarias pidieron la modificación del contrato de concesión, en lo relativo al proyecto a desarrollar, conforme a un nuevo anteproyecto aprobado por la DOM durante ese mismo año, el que contempla la construcción de una torre de 23 pisos.

En noviembre de 2020, mediante resolución exenta N° 947, dicho Ministerio rechazó la precitada modificación, en conjunto con la reposición presentada, y declaró que se continúe con la concesión en las condiciones estipuladas. Para ello, el MBN argumentó, por una parte, que el nuevo proyecto correspondía a una torre de 23 pisos, lo que se apartó sustancialmente del que fuera pactado y aprobado originalmente. Por la otra, estimó que las dos prórrogas de plazo ya otorgadas fueron suficientes para el cumplimiento de la referida obligación y que una nueva extensión implicaría que el inmueble se encontraría sujeto a un derecho de concesión por más de 50 años, a saber, los 10 años que demorarían en obtener los permisos desde el plazo original, sumados los 40 que empiezan

demoraron en obtener los permisos desde el plazo original, sumados los 40 que empezaron a contarse desde aquel hito, lo que excede los límites establecidos en el artículo 62 del decreto ley N° 1.939, por lo que cualquiera sea la razón que da origen a los retrasos, el Ministerio no estaría facultado para otorgar una nueva prórroga.

Así, una vez agotado el plazo para cumplir con la obligación de obtener los permisos de edificación, y habiéndose denegado una nueva prórroga y la modificación sustancial al proyecto original pretendida por las concesionarias, el MBN puso término a los referidos contratos de concesión, mediante decreto exento N° 6, de 2021, al interpretar que se encontró habilitado para ejercer la facultad de la cláusula vigésima del convenio, que le permite declarar el incumplimiento de las obligaciones señaladas en las cláusulas quinta, sexta, novena y décima y, con ello, a dejar sin efecto unilateralmente la concesión.

Dicha decisión fue objetada por las concesionarias, por estimar que excede las facultades que la ley y el contrato le otorgan a ese Ministerio, argumentando que el plazo contractual para obtener el permiso de edificación se encuentra en su cláusula séptima, que no lo autoriza para declarar su incumplimiento y poner término unilateralmente a la concesión, esto es, sin haber recurrido previamente al Tribunal Arbitral, alegación que fue desestimada por la Administración al rechazar, mediante resolución exenta N° 122, de 2021, el recurso de reposición que las interesadas interpusieron.

En ese orden, se debe indicar que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, serán resueltas por un Tribunal Arbitral, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 63 del referido decreto ley. En consecuencia, atendido que la ley ha entregado expresamente una jurisdicción especial a un tribunal arbitral para resolver dichas situaciones de naturaleza litigiosa, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir un pronunciamiento respecto de ese último punto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º, inciso tercero, de la ley N° 10.336, lo que no impide pronunciarse acerca del ejercicio de las potestades de contratación de la Administración en lo que dice relación con la eventual obligación de acceder a la prórroga solicitada (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 39.322 y 52.567, ambos de 2008, de este origen).

Al respecto, cabe consignar que, en los sucesivos actos administrativos emitidos por el Ministerio y contratos suscritos, no consta que se haya modificado la obligación concesional consistente en obtener, dentro del plazo establecido conforme a la segunda prórroga, los permisos de edificación relativos al proyecto original aprobado en las concesiones respectivas.

De ese modo, no se advierte que exista obligación legal de acceder a una nueva solicitud de prórroga ni a la modificación del proyecto original propuesto por las concesionarias -aun cuando se hayan concedido ampliaciones de plazo con anterioridad, se haya presentado formalmente a trámite la anotada petición de modificación por las concesionarias, o funcionarios hayan manifestado una opinión favorable al respecto-, pues, por mandato legal, la modificación del contrato de concesión debe ser autorizada por acto administrativo del referido Ministro, suscribirse por escritura pública y luego ser aprobada por un acto administrativo posterior, lo que no ocurrió en la especie.

Asimismo, cabe apreciar que el MBN denegó ambas peticiones a través de un acto administrativo fundado, decisión que, en sus aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad, corresponde exclusivamente a ese Ministerio y no a esta Contraloría General,

sin que se advierta que la autoridad administrativa haya incurrido en irregularidades en su obrar.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS