

N° 33.760 Fecha: 14-V-2014. Contraloría General de la República

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Edwin San Juan Reyes, en representación de doña Claudia Mondaca Rivas, denunciando una serie de irregularidades en que habría incurrido la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en la tramitación de los recursos administrativos que ha deducido para impugnar la resolución exenta N° 7.105, de 2012, de ese origen, que denegó la renovación con modificación de la concesión marítima menor que gozaba la señora Mondaca Rivas.

De tal manera, cuestiona una serie de irregularidades que se habrían cometido en los respectivos procedimientos, así como en la resolución de los mismos, en base a los fundamentos legales y jurisprudenciales que detalla en su presentación.

Requerida de informe, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas hace presente las consideraciones de hecho y de derecho por las que estima que su obrar se ha ajustado a la normativa vigente y adjunta los actos administrativos que dan cuenta de la denegación de cada uno de los recursos y solicitudes interpuestas por la ocurrente a propósito de la dictación de la aludida resolución exenta N° 7.105.

Preliminarmente, cabe hacer presente que mediante el decreto N° 372, de 2006, del Ministerio de Defensa Nacional, se otorgó a la interesada una concesión marítima menor ubicada en la Playa Ainhoa en Pucón, Lago Villarica, con el objeto de amparar la habilitación de un snack desmontable con terraza destinado a ofrecer servicios de comida a los turistas durante la temporada estival.

Luego, y antes de su vencimiento, solicitó su renovación con modificación en su objeto sin desarrollo de obras, en el sentido de que la aludida construcción transitoria fuera considerada también como una fuente de soda, y por otra, que se autorizara la permanencia de las instalaciones durante todo el año, lo que le fue denegado por la resolución que se impugna, en razón de la inconveniencia de otorgar en playas este tipo de autorizaciones.

Sobre el particular, el artículo 2° del decreto con fuerza de ley N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, sobre Concesiones Marítimas, dispone, en lo que interesa, que es facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional conceder el uso particular en cualquier forma, de las playas, terrenos de playa fiscales y demás sectores que indica, estableciendo en su artículo 6° que ninguna concesión podrá ser modificada, prorrogada o renovada sino en virtud de decreto previo otorgado por la autoridad correspondiente.

A continuación, el artículo 23 del decreto N° 2, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional, Reglamento sobre Concesiones Marítimas, define a las concesiones marítimas menores como aquellas que se otorgan por un plazo superior a un año y que no excede de 10 años e involucre una inversión igual o inferior a las 2.500 UTM.

Enseguida, cabe anotar que el inciso primero de su artículo 15, 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.

A su turno, de acuerdo al inciso segundo del artículo 30 del texto reglamentario en examen, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas evaluará los antecedentes aportados por los interesados en el otorgamiento de una concesión, así como su compatibilidad con el o los mejores usos para el área o zona respectiva, conforme a lo establecido en la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República.

En otro orden de consideraciones, es dable anotar que el dictamen N° 3.743, de 2013, de este origen, atendió una consulta de la señora Mondaca Rivas en la que impugnaba la mencionada resolución exenta N° 7.105, de 2012, concluyendo que con los antecedentes tenidos a la vista en esa oportunidad dicha medida se encontraba suficientemente fundada, sin que se constatará alguna arbitrariedad de la decisión administrativa.

A su turno, los dictámenes N°s. 23.114, de 2007, 7.444, de 2011 y 3.800, de 2013, entre otros, establecieron que el ejercicio de facultades privativas y discrecionales, como las que posee el Ministerio de Defensa Nacional sobre la materia en análisis, requiere un cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus decisiones, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la autoridad no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la preceptiva constitucional y legal vigente.

En ese contexto normativo y jurisprudencial, corresponde pronunciarse acerca de si con los nuevos antecedentes aportados por la interesada, la decisión de no renovar la concesión marítima que poseía la recurrente se ajustó al ordenamiento jurídico, lo cual, subsume las demás alegaciones de la presentación en examen.

Así, es dable advertir que el principal fundamento de la autoridad a fin de denegar las pretensiones de la interesada ha sido “el inconveniente en otorgar derechos para construcciones de carácter permanente sobre playas arenosas, en especial si ellos tienen por objeto actividades meramente estivales.”.

Para tal efecto, del expediente administrativo y de lo informado por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas es posible apreciar que el respectivo Ministerio sustenta su decisión en: 1) el decreto N° 475, de 1994, de esa Cartera Ministerial -que establece Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral de la República, y crea Comisión Nacional que indica-, 2) la resolución ministerial exenta N° 2.643, de 2012 -que fija trámites que deben ser sometidos a conocimiento de las Comisiones Regionales de Uso del Borde Costero (CRUBC)-, y 3) el Memorándum N° 12.210/364, de 2012, emanado del Subsecretario para las Fuerzas Armadas y dirigido a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, que definió los criterios a considerar en la evaluación de las solicitudes de otorgamiento de concesiones marítimas en las playas balnearias y solaneras.

Pues bien, en primer lugar, es del caso anotar que del análisis de tales instrumentos no se aprecia cómo una solicitud de concesión marítima ubicada en una playa de lago pueda quedar subordinada a la Política Nacional de Uso del Borde Costero del Litoral. En efecto, conforme al N° II del artículo 1° del referido decreto N° 475, el ámbito de aplicación de esa política son los terrenos de playa fiscales ubicados dentro de una franja de ochenta metros de ancho, medidos desde la línea de la más alta marea de la costa del litoral; la playa; las bahías, golfos, estrechos, canales interiores, y el mar territorial de la República.

Más aún, la letra b) de los Considerandos de ese decreto señala que “tales espacios constituyen la continuidad natural y el vínculo de integración de partes sustantivas del territorio nacional, como lo son el terrestre y el oceánico, permitiendo la necesaria proyección de uno en el otro y que, en su conjunto, posibilitan un cabal aprovechamiento de sus potencialidades”.

Además, en el análisis se debe tener en cuenta que el artículo 1.1.2. del decreto N° 47, de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, distingue entre el litoral y la ribera de ríos y lagos, al conceptualizar el término ‘terreno de playa’.

De ello se sigue que la motivación del Presidente de la República no fue incluir el borde lacustre dentro de la aludida política del uso de borde costero del litoral, como lo plantea la Subsecretaría para las Fuerza Armadas para denegar la presentación realizada por la señora Mondaca Rivas.

En segundo término, si bien el numeral 18 del punto 2 de la citada resolución exenta N° 2.643, permite que la autoridad excluya cualquier solicitud sobre la materia del sometimiento a las CRUBC, fundado en el cumplimiento de los principios de celeridad, economía procedimental y conclusivo del procedimiento, previstos en la ley N° 19.880, de los antecedentes tenidos a la vista consta que una vez ingresada la solicitud de la peticionaria con fecha 9 de junio de 2011 y al consultar sobre el estado

de la tramitación a través del Sistema Integrado de Administración del Borde Costero, se le hizo saber que al respecto se solicitaría la opinión de la respectiva CRUBC.

No obstante lo anterior, en el informe de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas remitido a esta Contraloría General de la República, se indica que “se estimó inoficioso formular la consulta a la CRUBC, ya que existían los elementos suficientes para resolver la solicitud en comento”, por lo que con fecha 10 de agosto de 2012 se emitió la resolución que se cuestiona, poniendo término al pertinente procedimiento administrativo.

De ello se desprende que frente a una diligencia previamente dispuesta en la tramitación que se analiza, la autoridad no dio razones, en su oportunidad, del por qué estimó inoficioso la consulta a la CRUBC, más aun si la solicitud se extendió por aproximadamente un año y tres meses,

Así, la señora Mondaca Rivas no pudo enterarse de la decisión de la Administración, de lo cual tampoco quedó constancia en el aludido Sistema Integrado - aplicación en la cual deben constar todos los antecedentes que conforman el expediente de una solicitud de concesión, conforme al reglamento de concesiones marítimas, aprobado por el decreto N° 2, de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional-, lo que le impidió ponderar la conveniencia de deducir los recursos administrativos que hubiese estimado pertinentes.

De este modo, se han afectado los principios de celeridad, economía procedimental e impugnabilidad contenidos en los artículos 7°, 9° y 15 de la ley N° 19.880, en armonía con el artículo 3° de la ley N° 18.575, y con la integridad del expediente administrativo que exige el artículo 18, inciso tercero de la misma ley N° 19.880, así como el derecho de los interesados de conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de sus procedimientos, garantía consagrada en la letra a) del artículo 17 de este último texto normativo.

Enseguida, en lo que respecta al memorándum N° 12.210/364, tal documento expresa que “las playas con actitud balnearia o solaneras que existen tienen superficies relativamente reducidas, es que este Ministerio ha estimado conveniente revisar las políticas en cuanto al otorgamiento de concesiones en esos espacios, estableciendo como principios el que esas playas deben tener y mantener un uso preferentemente de uso recreacional de las personas, evitar las construcciones definitivas en ellas que no tengan por objeto la prestación de servicios a bañistas y visitantes”.

Pues bien, dicho memorándum que hace alusión a una política de otorgamiento de concesiones marítimas en sectores de playa fue suscrito por el Subsecretario para las Fuerzas Armadas y tuvo como destinatario a la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

Al respecto, el artículo 22 de la ley N° 18.575 -en concordancia con los artículos 3°, 5° y 21 de la ley N° 20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional-, dispone que los ministerios son los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones. Agrega su inciso segundo que para tales efectos, deberán ‘proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes’, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector.

En ese orden de ideas, se advierte una irregularidad en el establecimiento de una política de otorgamiento de concesiones como la examinada por parte de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas -quien solo tiene atribuciones propositivas sobre la materia-, ya que dicha potestad es del Ministerio de Defensa Nacional lo que debió traducirse en la dictación de un decreto supremo al efecto, tal como lo han manifestado para situaciones análogas, entre otros, los dictámenes N°s. 199, de 1983; 27.068, de 1989; 38.965, de 2008; 27.355, de 2012 y 39.274, de 2013.

Consecuente con lo anterior, del nuevo estudio de los antecedentes y frente a la necesidad jurídica de la Administración de motivar y fundamentar racionalmente sus

decisiones y de que ellas se ajusten a la normativa constitucional y legal vigente, corresponde que el Ministerio de Defensa Nacional arbitre las medidas con el propósito de ajustar su resolución sobre la materia en análisis, a las consideraciones expuestas en el presente pronunciamiento, informando de ello a esta Entidad Fiscalizadora, a la brevedad.

Finalmente, respecto a la supuesta actuación que se imputa al Jefe de la División Jurídica de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, de los antecedentes tenidos a la vista no resulta posible adquirir la convicción a esta Contraloría General de una falta a la probidad administrativa en los términos expuestos por la ocurrente, más aún si a través del memorándum N° 233, de 2013, de la referida unidad consta que dicho funcionario se abstuvo de intervenir en la resolución que denegó la invalidación propuesta por la señora Mondaca Rivas, por lo que debe desestimarse, en esta oportunidad esa reclamación.

Reconsiderarse en lo pertinente, el dictamen N° 3.743, de 2013, de este origen.

Transcríbese al interesado.

Saluda atentamente a Ud.,

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República