



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

REFS. N^{os}: 210.263/16
EYR 223.102/16

OBLIGACIÓN ASUMIDA POR LA
EMPRESA PORTUARIA DE
VALPARAÍSO NO CONSTITUYE UN
SUBSIDIO O SUBVENCIÓN EN LOS
TÉRMINOS PREVISTOS EN EL
ARTÍCULO 20 DE LA LEY N° 19.542.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
REGIÓN 130

SANTIAGO, 19 ENE 2018 N° 1.917



2130201801191917

Se ha dirigido a la Contraloría General el señor Patricio Herman, en representación -según expone- de la Fundación Defendamos la Ciudad, solicitando un pronunciamiento acerca de la legalidad de la obligación asumida por la Empresa Portuaria de Valparaíso (EPV) en el marco de una de las modificaciones al contrato de concesión suscrito con Plaza Valparaíso S.A. (PVSA) para la construcción del proyecto Puerto Barón, por cuanto dicho compromiso constituiría un subsidio o subvención en los términos previstos en el artículo 20 de la ley N° 19.542, precepto según el cual "las empresas no podrán otorgar subsidios o subvenciones de ninguna naturaleza a las inversiones de terceros en los puertos y terminales de su competencia".

Al respecto, señala que mediante la referida modificación, EPV asumió "los costos del trámite y el financiamiento de todo rescate arqueológico que sea necesario en el área de concesión hasta la recepción definitiva de las obras asociadas al permiso de edificación N° 79/2013 cursado por la DOM Valparaíso", lo que -en su concepto- no se ajustaría a derecho.

Requerido sus pareceres, la referida empresa estatal, la Subsecretaría de Transportes y el Comité de Sistemas de Empresas (SEP), coinciden en manifestar -en resumen- que la modificación impugnada en esta sede, tuvo por finalidad restablecer el equilibrio económico-

AL SEÑOR
PATRICIO HERMAN
FUNDACIÓN DEFENDAMOS LA CIUDAD
PATRICIOHERMAN@HOTMAIL.COM
PRESENTE

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

2

financiero del contrato de concesión, atendidos los sobrecostos y las mayores exigencias requeridas por la autoridad sectorial en materia de hallazgos arqueológicos, naufragio e infraestructura costera de valor patrimonial en la zona del aludido proyecto, los cuales no fueron considerados al elaborar las bases de licitación ni al momento de suscribir el respectivo contrato, de modo tal que, en ningún caso, constituye una franquicia concedida en favor del concesionario, de acuerdo a lo señalado en la norma cuya infracción se reclama.

Por su parte, PVSA, debidamente representada, y en su calidad de interesada, expresa que, sin perjuicio de que la modificación en comentario se ajusta a derecho, esta Contraloría General debe abstenerse de emitir el pronunciamiento que se reclama, toda vez que el asunto planteado en la especie reviste el carácter de litigioso y, a su vez, se trata de una materia sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336.

Sobre el particular, es menester señalar que la ley N° 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, en sus artículos 1°, N° 5, y 2°, creó -entre otras- a EPV como una empresa del Estado, con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio, de duración indefinida y que se relaciona con el Gobierno por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Asimismo, el artículo 4° de dicha ley prevé, en lo que importa, que las empresas tendrán como objeto la administración, explotación, desarrollo y conservación de los puertos y terminales, así como de los bienes que posean a cualquier título, incluidas todas las actividades conexas inherentes al ámbito portuario, indispensables para el debido cumplimiento de este, pudiendo, asimismo, prestar servicios a terceros relacionados con tal objeto.

Agrega, su artículo 7°, que aquellas empresas podrán cumplir su objeto directamente o bien a través de terceros, en cuyo caso lo realizarán, también en lo que interesa, mediante el otorgamiento de concesiones portuarias a través de licitación pública.

El artículo 9° del aludido cuerpo normativo agrega que los actos y contratos que celebren las empresas en el desarrollo de su objeto se regirán exclusivamente por las normas de derecho privado, en todo aquello que no sea contrario a las disposiciones de esa ley.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el artículo 4° del decreto N° 104, de 1998, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones -que establece normas y procedimientos que regulan los procesos de licitación a que se refiere el citado artículo 7°-, luego de precisar los elementos que deben incluir las bases, en el inciso final preceptúa que la empresa podrá incorporar cualquier otra disposición que considere necesaria,



siempre que no contravenga los contenidos mínimos antes señalados y los previstos en dicha ley.

- Pues bien, tal como lo sostuvo la
- Contraloría General, entre otros, en sus dictámenes N^{os} 34.218, de 2010; 23.286, de 2011; 37.545, de 2012 y 50.143, de 2014, las empresas portuarias estatales, al momento de determinar las condiciones de la licitación, no tienen más limitaciones que las establecidas en la preceptiva referida en los párrafos que anteceden, normas que configuran un régimen de derecho público asociado al otorgamiento de concesiones portuarias.

Precisado lo anterior, la problemática se circunscribe entonces en determinar si la obligación asumida por EPV en el marco de la modificación contractual a que se alude, constituye un subsidio o subvención a la inversión que la concesionaria PVSA realiza en el puerto de que se trata.

Al respecto, cabe destacar que, de los antecedentes acompañados, aparece que con fecha 10 de noviembre de 2006, luego de un proceso de licitación pública, EPV y PVSA suscribieron un contrato de concesión y arrendamiento para la construcción y desarrollo del denominado proyecto Puerto Barón, el que ha sido modificado en cuatro oportunidades.

Asimismo, que en la última de estas modificaciones -suscrita mediante escritura pública otorgada con fecha 21 de enero de 2016-, las partes señalaron, en su cláusula primera, que "al iniciarse la ejecución de las obras preliminares del proyecto, y habiendo dado PVSA cumplimiento a todas las medidas legales y normativas exigidas para tal efecto, se produjo en el Área de Concesión el hallazgo de objetos de cierto valor arqueológico, lo cual fue oportunamente informado al Consejo de Monumentos Nacionales (CMN)"; que "a pesar de haberse presentado el Plan de Gestión Arqueológica (PGA) en dos ocasiones al CMN, éste no ha sido aprobado por causas no imputables a PVSA" y que "el Comité de Patrimonio de UNESCO, resolvió 'solicitar al Estado de Chile retrasar cualquier intervención irreversible en el Puerto Barón hasta que la Misión de Asesoramiento haya efectuado sus recomendaciones'".

Igualmente, que según su cláusula segunda, las partes suscribieron la referida modificación con la intención de posibilitar la ejecución de las obras, intentando dar claridad y regular los efectos de los imprevistos irresistibles ajenos a la voluntad de EPV y PVSA, los cuales han generado atrasos y sobrecostos, afectando la viabilidad jurídica y económica del proyecto.

También, que a través de la cláusula tercera denominada "Regulación de los efectos generados por los imprevistos irresistibles", las partes estipularon -en lo que importa- que "El hallazgo de restos

de cierto valor arqueológico en el subsuelo del terreno del Proyecto, ha impedido el inicio de las obras por causas no imputables a las Partes y que no eran previsibles al momento de suscribir el Contrato. Sin perjuicio de lo anterior, el Concesionario ha solicitado, en reiteradas oportunidades, la aprobación del PGA y la consiguiente autorización al CMN para la ejecución de las obras de que da cuenta el Contrato, lo que hasta la fecha no ha sido posible. Esta circunstancia, que si bien las Partes declaran se encuentra regulada de manera genérica en la Sección Seis.Ocho del Contrato, ha excedido en la práctica las obligaciones que de buena fe ha debido asumir el Concesionario a este respecto”.

Se agrega en la misma cláusula que “Por otra parte, EPV en su calidad de dueña del terreno y principal interesada en el desarrollo de los proyectos que componen su Plan de Desarrollo, como es el caso, ha decidido intervenir de manera activa en la ejecución y desarrollo del PGA, de modo de, por una parte, salvaguardar que se cumplan cabalmente todos los requerimientos que digan relación con la adecuada protección del eventual patrimonio histórico en este lugar y, por otro lado, restablecer el debido equilibrio entre las prestaciones contenidas en el Contrato en esta materia”.

También que “Conforme lo indicado, se introduce un nuevo numeral Siete.Ocho a la Sección Siete del Contrato, titulado: “Plan de Gestión Arqueológica (‘PGA’) del siguiente tenor: (...) Sin perjuicio de lo indicado en la Sección Siete.Dos del Contrato, EPV asumirá la total responsabilidad respecto de la tramitación, financiamiento, aprobación y ejecución de los Planes de Gestión Arqueológica o PGA que se requieran en el Área Inicial y en el Área Opcional “F”, según sea incorporada al Área de Concesión conforme regula la tercera modificación del Contrato, asumiendo todos los costos que sean causados por éstos, todo ello con el objeto que se inicie la ejecución y el desarrollo del Proyecto en los términos licitados y acordados conforme a la presente modificación del Contrato. En consecuencia, será obligación de EPV la presentación, aprobación, financiamiento y completa ejecución del o los PGA que sean necesarios, no siendo PVSA responsable frente a EPV o terceros respecto del cumplimiento de la obligación establecida en la presente sección. Una vez aprobado y ejecutado el o los PGA y luego de levantada la paralización de obras solicitada por el CMN (...) EPV deberá notificar por escrito a PVSA el cumplimiento de las condiciones anteriores informando la disponibilidad del terreno del Proyecto para iniciar la ejecución de las obras de carácter masivo...”.

Según lo estipulado en la nueva “Sección Dieciséis.Uno Bis. Término Anticipado por Proyecto Modificado” -también incorporada por la citada modificación al contrato-, lo anterior, siempre que los costos de la preparación, ejecución e implementación del o los PGA, no superen la cantidad de treinta mil unidades de fomento netas, más IVA.



Por otro lado, consta que por medio de los oficios N^{os} 4.364, de 2013; 3.403, de 2014, y 7, de 2015, el Consejo de Monumentos Nacionales impuso diversas exigencias al proyecto Puerto Barón, a través de complementaciones y precisiones al Plan de Gestión Arqueológica, todas ellas vinculadas a los referidos hallazgos arqueológicos -v.gr. investigación histórica y una propuesta metodológica ante diferentes tipos de hallazgos, efectuar sondeos, presentar una propuesta de rescate, especificar el tipo de análisis que se realizaría a los materiales, elaborar un plan de conservación, detallar propuesta de museo, material didáctico, página web, visitas guiadas-, sin perjuicio de otras diversas medidas planteadas por la UNESCO, que derivaron en la modificación del aludido proyecto.

En tales condiciones, en la medida que la obligación asumida por EPV dice relación con circunstancias no previstas al momento de licitar y suscribir el respectivo contrato de concesión, y que corresponden a exigencias ordenadas por la autoridad administrativa, previas a la ejecución de las obras de carácter masivo en el área de concesión, este Órgano de Control debe concluir que no se advierte de qué modo puede entenderse que la referida obligación constituye un subsidio o subvención en los términos del artículo 20 de la citada ley N° 19.542, que permita sostener que se infringe esta disposición.

A lo anterior debe añadirse que dichas circunstancias, por lo demás y como puede apreciarse, concurren cualquiera que hubiere sido la empresa adjudicataria, y que las cláusulas incorporadas en el contrato -en lo tocante a los aspectos abordados en el presente dictamen- importan, de acuerdo a los antecedentes proporcionados, cautelar el equilibrio económico que debe existir entre las partes del convenio suscrito, sin que se aprecie que signifiquen una liberalidad dispuesta en su beneficio (aplica criterio contenido en el dictamen N° 23.286, de 2011).

Finalmente, y en relación a lo argumentado por PVSA acerca de que esta Contraloría General debe abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado por tratarse de un asunto que por su naturaleza reviste el carácter de litigiosa, procede anotar que el de la especie dice relación con si EPV está facultada para suscribir las modificaciones analizadas, y si ello importa una infracción a la normativa que la regula, aspectos que no cabe entender comprendidos en la limitación dispuesta en el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336.

Por otro lado, en cuanto a que el asunto de que se trata se encuentra sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia -en particular, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa Rol N° 588-2013-, cabe indicar que, de los antecedentes tenidos a la vista, aparece que lo planteado en sede jurisdiccional dice relación con el reclamo de ilegalidad interpuesto en contra del permiso de edificación N° 79, de 2013,



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y REGULACIÓN

6

otorgado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Valparaíso, por eventuales infracciones a la normativa de vivienda y urbanismo, y municipal; materia diversa a la reclamada en esta sede, por lo que no es posible acceder a lo solicitado.

Saluda atentamente a Ud.,



~~DOROTHY PEREZ GUTIERREZ~~

Contralora General de la República (S)



DISTRIBUCIÓN:

- Subsecretaría de Transportes.
- Directora Ejecutiva, Comité de Sistemas de Empresas.
- Guillermo Crovari Torres, Empresa Portuaria de Valparaíso.
- Cristóbal Eyzaguirre Baeza, Plaza Valparaíso S.A. (Av. Américo Vesputio N° 1737, piso 9, Huechuraba).
- Contraloría Regional de Valparaíso.