

**MATERIA:** RECLAMACIÓN POR COBRO DE BOLETA DE GARANTIA

**DEMANDANTE:** SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A.

**RUT:** 76.380.242-6

**REPRESENTANTE LEGAL:** RAFAEL IBARRA CORONADO

**C.I.:** 10.333.594-9

**DOMICILIO:** Camino el Alba 9.500 oficina 217-B, Las Condes

**ABOGADO PATROCINANTE Y APODERADOS:** RAFAEL IBARRA CORONADO  
C.I. 10.333.594-9  
Mail: [ric@ibarraasociados.cl](mailto:ric@ibarraasociados.cl)

JORGE NORAMBUENA HERNANDEZ  
C.I. 7.563.123-5  
Mail: [jnorambuena@dnycia.cl](mailto:jnorambuena@dnycia.cl)

**DEMANDADO:** MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS  
DIRECCIÓN GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

**RUT:** 61.202.000-0

**REPRESENTANTE LEGAL:** HUGO VERA VENGOA.  
DIRECTOR GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

**C.I.:** SE IGNORA

**DOMICILIO:** Merced 756, 7° Piso, Santiago

**EN LO PRINCIPAL:** RECLAMA COBRO BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA; **PRIMER OTROSÍ:** TÉNGASE PRESENTE; **SEGUNDO OTROSÍ:** ACOMPAÑA RESUMEN EJECUTIVO; **TERCER OTROSÍ:** DECLARACIÓN; **CUARTO OTROSÍ:** TENGASE PRESENTE.

**SEÑOR PRESIDENTE HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL CONCESIÓN  
VIAL RUTAS DEL LOA**

**RAFAEL IBARRA CORONADO**, cedula nacional de identidad N° 10.333.594-9 abogado, teléfono +56998216504, correo electrónico [ric@ibarraasociados.cl](mailto:ric@ibarraasociados.cl), en representación de **“SOCIEDAD CONCESIONARIA SAN JOSÉ RUTAS DEL LOA S.A.”**, sociedad del giro de su denominación, RUT 76.380.242-6, todos domiciliados para estos efectos en calle Camino el Alba 9.500, oficina 217-B, comuna de Las Condes, Santiago, a la H. Comisión Arbitral digo:

Que, en representación de la **“SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSE RUTAS EL LOA S.A.”**, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>1</sup>, vengo en presentar Reclamación en contra del **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS**, representado por su **DIRECTOR GENERAL DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS**, señor **HUGO VERA VENGOA**, ingeniero civil, todos domiciliados en calle Merced número 756, 7° Piso, comuna y ciudad de Santiago, por el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta verificada el día 13 de marzo del año 2015, de lo cual se informó a mi representada con fecha 23 de marzo de 2015, en el marco del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, solicitando desde ya que este cobro sea declarado improcedente, ordenando al Ministerio de Obras Públicas hacer devolución a esta Sociedad Concesionaria del importe de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta cuyo valor asciende a

---

<sup>1</sup> DS MOP N°900, de 1996, que “Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N°164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas”

175.000 UF, en el equivalente en pesos al día de su devolución, más los intereses que correspondan.

Fundo la presente reclamación en los siguientes antecedentes de hecho y derecho, que paso a exponer:

## **I.- CONSIDERACIONES GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

### **1. ANTECEDENTES GENERALES DE LA LICITACIÓN Y CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”**

El Estado de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas (en adelante e indistintamente “MOP”), de conformidad con lo establecido en el artículo 4<sup>2</sup> de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (en adelante, “Ley de Concesiones”), convocó<sup>3</sup> a una licitación pública internacional para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.

Se trataba de un proyecto situado en la zona norte de Chile, entre Carmen Alto y el extremo norte de la ciudad de Calama. Administrativamente, el proyecto se emplazaba en la II Región de Antofagasta, abarcando las comunas de Sierra Gorda y de Calama.

En el marco del referido proceso de licitación el Grupo Licitante<sup>4</sup> denominado “Consortio Vial Anto-Andino”, conformado por las empresas “Constructora e Inversiones San José Andina Limitada” e “Inversiones Viales

---

<sup>2</sup> “Las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales y a ellas podrán presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos y exigencias que establezca el Reglamento”

<sup>3</sup> Con fecha 26 de diciembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial el llamado a licitación pública internacional del proyecto denominado “Concesión Vial Rutas del Loa”.

<sup>4</sup> “Conjunto de personas naturales o jurídicas que se presentan a una licitación acompañando una sola oferta, siendo la responsabilidad de cada uno de ellos indivisible y solidaria”. Artículo 3 N°12, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Andina Limitada”, presentó oferta técnica<sup>5</sup> y económica<sup>6</sup> resultando adjudicatario<sup>7</sup> del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.

Con fecha 27 de agosto de 2013, mediante Decreto Supremo N°249, del Ministerio de Obras Públicas, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, al Grupo Licitante ya referido.

El referido Decreto Supremo de Adjudicación se publicó en el Diario Oficial con fecha 28 de abril de 2014, esto es, 508<sup>8</sup> días después de la presentación de la oferta técnica y económica por parte del Grupo Licitante, situación que marcó definitivamente el desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión de la especie.

Cabe señalar, por último, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Concesiones<sup>9</sup>, los contratos de concesión se registrarán por:

- a) El DS MOP N°294, de 1984, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°15.840, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, y del DFL N°206, de 1960<sup>10</sup>;

---

<sup>5</sup> Con fecha 6 de diciembre de 2012 se verificó la recepción de las ofertas y apertura de las ofertas técnicas de la licitación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.

<sup>6</sup> Con fecha 21 de diciembre de 2012 se verificó la apertura de las ofertas económicas de la licitación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.

<sup>7</sup> Con fecha 8 de febrero de 2013 el Ministerio de Obras Públicas emitió el Acta de Adjudicación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, a ejecutar por el sistema de concesiones, por la cual se declaró la intención de adjudicar dicha concesión al Grupo Licitante “Consortio Vial Anto-Andina”, conformado por las empresas “Inversiones Viales Andina Limitada” y “Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada”.

<sup>8</sup> El promedio histórico de tiempo de adjudicación del periodo comprendido entre los años 2009-2010, previos a la licitación del Contrato de Concesión de la especie, es de 188 días.

<sup>9</sup> Decreto Supremo MOP N°956, de 1997, Reglamento DFL MOP N°164 de 1991 modificado por las Leyes N°19.252 de 1993 y N°19.460 de 1996 y Decreto Supremo MOP 215, de 2010, introduce modificaciones al DS N°956, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

- b) El DFL MOP N°164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, y sus modificaciones contenidas en la Ley 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996, cuyo Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado fue fijado en el DS MOP N°900, de 1996<sup>11</sup>;
- c) El Reglamento de Ley de Concesiones;
- d) Las correspondientes bases de licitación (en adelante e indistintamente BALI) y sus circulares aclaratorias;
- e) La oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario de la concesión, en la forma aprobada por el MOP;
- f) El decreto de adjudicación respectivo.

## 2. DESARROLLO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA OBRA PUBLICA FISCAL DENOMINADA “CONCESION VIAL RUTAS DEL LOA”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley de Concesiones, la adjudicación del contrato se resolverá por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda. En este caso particular, tal como se señaló precedentemente, la adjudicación se resolvió mediante la dictación del Decreto Supremo MOP N°249, de fecha 27 de agosto de 2013.

De conformidad con la misma norma legal, el contrato de concesión se perfeccionará una vez publicado en el Diario Oficial el respectivo Decreto Supremo, lo cual se verificó con fecha 28 de abril de 2014, como vimos, **508 días después de presentada nuestra oferta.**

Esta dilación injustificada en el perfeccionamiento del Contrato de Concesión, en donde mi representada no tuvo ninguna responsabilidad, trajo como consecuencia verse expuesta a una serie de situaciones que, de no

---

<sup>10</sup>En la actualidad corresponde al “DFL MOP N°850, de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840, de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N°206, de 1960, Ley de Caminos”.

<sup>11</sup> En el año 2010 se dictó Ley N°20.410, que modificó la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

haber mediado dicha demora, no hubieren ocurrido, y que finalmente terminaron con la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, como veremos a continuación.

Con fecha 20 de junio de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>12</sup> y las Bases de Licitación<sup>13</sup>, y dentro del plazo establecido para ello, las empresas “Constructora e Inversiones San José Andina Limitada” e “Inversiones Viales Andina Limitada” constituyeron la “Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A.” **con la cual se entendió celebrado el contrato de concesión.** La referida Sociedad Concesionaria se encuentra inscrita a fojas 45.278 número 27.965 del Registro de Comercio de Santiago correspondiente al año 2014, y su extracto fue publicado en el Diario Oficial N°40.889, de fecha 23 de junio de 2014.

La Sociedad Concesionaria, cuyo objeto social es *“la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”* mediante el sistema de concesiones, así como la prestación y explotación de los servicios que se convengan en el Contrato de Concesión destinados a desarrollar dicha obra y las demás actividades necesarias para la correcta ejecución del proyecto”, suscribió íntegramente el capital social exigido en las Bases de Licitación -veintiocho mil millones de pesos- y pagó la suma de cinco mil quinientos millones de pesos del mismo, todo ello de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión.

También la Sociedad Concesionaria, con fecha 30 de junio de 2014, pagó al Postulante de la Iniciativa Privada la cantidad de UF 79.758<sup>14</sup> por concepto de los estudios que aquél desarrolló para el proyecto.

---

<sup>12</sup> Artículo 9° El adjudicatario quedará obligado a:

a) Constituir, en el plazo y con los requisitos que el Reglamento o las Bases Administrativas establezcan, una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, **con quien se entenderá celebrado el contrato** y cuyo objeto será la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87° del decreto supremo N°294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas”.

<sup>13</sup> Numeral 1.7.3 de las Bases de Licitación.

<sup>14</sup> Equivalente en pesos a \$1.915.310.207.- (mil novecientos quince millones trescientos diez mil doscientos siete pesos), según el valor de tal indicador a la fecha de pago efectivo.

De conformidad con lo establecido en el numeral 1.7.5 de las Bases de Licitación, y para efecto de lo previsto en el artículo 25<sup>15</sup> de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el inicio del plazo de la concesión se contará a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación del Contrato de Concesión, esto es, 28 de abril de 2014. Conjuntamente con el inicio del plazo de la concesión, comenzaría la Etapa de Construcción.

Entonces, en una primera etapa, la Sociedad Concesionaria cumplió a cabalidad con sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, **pero la dilación en la adjudicación del contrato afectó el financiamiento del proyecto y dificultó el cumplimiento de la obligación de entregar la Garantía de Construcción.**

Hacemos presente a la H. Comisión, que la Garantía de Construcción reemplaza la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta. En efecto, una de las obligaciones que debía cumplir la Sociedad Concesionaria era la entrega, dentro del plazo de 90 días contados desde el inicio del plazo de la concesión, de la Garantía de Construcción para cada uno de los Sectores del Proyecto definidos en el artículo 1.3 de las mismas Bases de Licitación.

Ahora bien, dadas las dilaciones injustificadas en que había incurrido la Administración en la adjudicación del Contrato de Concesión, esta boleta debió

---

<sup>15</sup> "Artículo 25°. Las concesiones a que se refiere el presente decreto con fuerza de ley tendrán el plazo de duración que determine el decreto de adjudicación, sin que en ningún caso pueda ser superior a cincuenta años.

El plazo se computará de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. En ningún caso su inicio podrá ser anterior a la fecha de publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.

Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista solución de continuidad entre ambas concesiones.

En caso de que las obras concesionadas hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas nuevamente, el Presidente de la República podrá declararlo así, mediante decreto fundado, y eximir el cumplimiento de lo indicado en el inciso anterior".

ser renovada en dos ocasiones, con el objeto de que existiera solución de continuidad.

Hasta ese momento, la Sociedad Concesionaria mantenía vigente la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", cuyo valor ascendía a la suma de UF 175.000 (ciento setenta y cinco mil Unidades de Fomento), cuyo plazo de vigencia era el día 30 de septiembre de 2014.

Teniendo en consideración la fecha de inicio del plazo de la concesión - 28 de abril de 2014-, el plazo de 90 días de que disponía la Sociedad Concesionaria para la entrega de la Garantía de Construcción vencía el **día 27 de julio de 2014.**

La Garantía de Construcción, según las bases de licitación, debía estar constituida **por diez boletas de garantía bancarias de igual monto**, o bien, por una póliza de seguro de garantía de ejecución inmediata para concesiones de obras públicas, pagaderas a la vista, emitidas en Santiago de Chile por un Banco o Compañía de Seguros de la plaza, según correspondiera, a nombre del Director General de Obras Públicas y cuya glosa y/o materia asegurada debía ser la siguiente: *"Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones durante la Etapa de Construcción de la Obra Pública Fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa".*

El valor total de esta Garantía ascendía a la suma 325.000 UF (trescientas veinticinco mil Unidades de Fomento), la que se distribuye en los dos sectores en que se encontraba dividido el contrato de concesión:

Sector	Valor Total Garantía (UF)
A <sup>16</sup>	225.000
B <sup>17</sup>	100.000
<b>Total</b>	<b>325.000</b>

<sup>16</sup> Sector A, Ruta 25, Carmen Alto – Calama.

<sup>17</sup> Sector B, Circunvalación Oriente a Calama.



Con fecha 25 de julio de 2014 la Sociedad Concesionaria solicitó al Director General de Obras Públicas autorización para ampliar el plazo de entrega de la "Garantía de Construcción", al vencimiento de la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta" que, como se señaló precedentemente, era el día 30 de septiembre de 2014. Con el objeto de no alterar el equilibrio económico del contrato de concesión, la Sociedad Concesionaria - dada la diferencia de cuantía entre las Garantías antes señaladas (UF 175.000 versus UF 325.000) - ofreció pagar al Ministerio de Obras Públicas el costo de dicha diferencia por todo el tiempo que durara la prórroga que se aprobara por la autoridad pública competente.

Con fecha 4 de septiembre de 2014, esto es, cuarenta y un (41) días después de la solicitud de ampliación del plazo para constituir la Garantía de Construcción y vencido el plazo establecido en las Bases de Licitación para cumplir con la obligación de entrega, el Director General de Obras de Públicas denegó la solicitud, justificando tal decisión en que carecía de competencia para modificar los plazos establecidos en las Bases de Licitación.

Pese a la negativa del Ministerio de Obras Públicas y ante la imposibilidad de entregar la Garantía de Construcción en los términos exigidos en las Bases de Licitación, la Sociedad Concesionaria, con fecha 25 de septiembre de 2014, esto es, estando vigente la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", en una manifestación de su buena fe contractual, entregó al Director General de Obras Públicas el documento denominado "Certificado de Prórroga Boleta de Garantía", emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendió hasta el día 30 de diciembre de 2014 el plazo de validez de la Boleta de Garantía N°89561, emitida por el señalado Banco, por la suma de UF 175.000.

En los hechos, pese haber rechazado la solicitud de ampliación de plazo para la entrega de la Garantía de Construcción, el MOP aceptó la prórroga de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta efectuada por la Sociedad Concesionaria.

Sin embargo, y por hechos ajenos a la voluntad de la Concesionaria, los problemas derivados de la dilación injustificada en la adjudicación del Contrato de Concesión se mantuvieron en el tiempo. En efecto, con fecha 26 de septiembre de 2014, esto es, 60 días después del vencimiento del plazo previsto contractualmente para la entrega de la Garantía de Construcción, el Director General de Obras Públicas notificó a la Sociedad Concesionaria el incumplimiento de la obligación de entrega de tal Garantía, señalando "*que se ha configurado la causal de incumplimiento grave del contrato consagrado en el numeral 1.11.2.3 letra f)*". En razón de lo anterior la Sociedad Concesionaria debía remitir al Director General de Obras Públicas un informe que contuviera las medidas que se implementarían para subsanar la falta señalada, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación y al artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Con fecha 30 de octubre de 2014, dentro del plazo fijado para estos efectos, la Sociedad Concesionaria respondió el requerimiento formulado por el Director General de Obras Públicas haciéndole presente el impacto que había tenido en el contrato de concesión la dilación en la adjudicación del mismo, así como el efecto que estaba generando en el Grupo San José, el retraso en la Puesta en Servicio Definitiva de otra obra pública, a saber, los Hospitales de Maipú y La Florida, donde participa el mismo grupo empresarial. Adicionalmente, se le informó de las gestiones que se encontraba realizando para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y le solicitó el otorgamiento de un plazo para la implementación de dichas medidas, las que le permitirían entregar la Garantía de Construcción, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y todo ello bajo la supervisión del Inspector Fiscal.

Pese a estar vinculado a una obligación reglamentaria y contractual, el Director General de Obras Públicas nunca se pronunció sobre lo solicitado por la Sociedad Concesionaria y, por ende, no fijó un plazo para la implementación

de las medidas que podrían haberse desarrollado bajo la supervisión del Inspector Fiscal en este caso particular. Fácilmente se puede apreciar que en todo el proceso, la autoridad no solo se tomó plazos excesivamente largos y perjudiciales para la empresa en la realización de todo tipo de trámites, sino que también omitió pronunciarse respecto a solicitudes expresas que le presentó la sociedad concesionaria.

Luego, el 22 de diciembre de 2014, esto es, estando vigente la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, la Sociedad Concesionaria nuevamente entregó al Director General de Obras Públicas una nueva prórroga de la misma, mediante un nuevo "Certificado de Prórroga Boleta de Garantía", emitido por el BBVA Chile, por el cual se extendió hasta el día 30 de abril de 2015 el plazo de validez de la Boleta de Garantía N°89561.

Al igual que en el caso de la renovación del mes de septiembre, el MOP aceptó la prórroga de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta efectuada por la Sociedad Concesionaria.

Con fecha **23 de marzo de 2015**, mediante anotación en el Libro de Obras de Construcción LDO N° 33, el Inspector Fiscal informó a la Sociedad Concesionaria que, con fecha 13 de marzo del mismo año, se había procedido al cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta que se mantenía vigente a esa fecha, **motivado en el incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a aquélla**. Ello consta en la entrega realizada al Ministerio de Obras Públicas (DGOP) por el Banco BBVA del depósito a la vista serie N°048510-0, por la suma de \$4.229.009.750.

La comunicación del Inspector Fiscal señala textualmente: "*Informo a Ud., que el viernes 13 de marzo de 2015, se procedió al cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta del contrato, **por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria SANJOSE Rutas del S.A.**, según consta en la entrega por parte del Banco BBVA, del depósito a la vista*

*serie N°048 510-0 por la suma de \$4.229.009.750, que se adjunta” (lo subrayado es nuestro).*

Hacemos presente a la H. Comisión que el plazo que medió entre el incumplimiento que serviría de base al cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta y el cobro efectivo de la misma por parte del Ministerio de Obras Públicas fue de **229 días**.

Finalmente, con fecha 23 de marzo de 2015, el Ministerio de Obras Públicas presentó una demanda ante Comisión Arbitral solicitando se declarara el incumplimiento grave de las obligaciones de esta Sociedad Concesionaria y la Extinción de la Concesión, situación que se verificó el día 22 de junio de 2015, fecha que esta Comisión Arbitral emite tal declaración.

### **3. COBRO DE LA BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA POR PARTE DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS**

Tal como se señaló precedentemente, mediante anotación en el Libro de Obras de Construcción, LDO N°33 de 2015, el Inspector Fiscal del Contrato de Concesión notificó a la Sociedad Concesionaria que se había realizado el cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta del contrato “por incumplimiento grave”.

A la referida comunicación se le adjuntó un Memorándum N°0524/-2 de fecha 18 de marzo de 2015, de la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas, y una fotocopia de entrega por parte de BBVA de depósito a la vista serie N°048510-0 del mismo Banco por la suma de \$4.299.009.750.

Lo anterior se ve refrenado en la demanda interpuesta por el Ministerio de Obras Públicas ante la Comisión Arbitral, en la cual solicita se declare el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, señalando expresamente: *“Se hace presente que con fecha 13 de marzo de 2015, el Director General de Obras Públicas frente al incumplimiento grave*

**de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria procedió al cobro de la boleta bancaria de garantía de seriedad de la oferta por un monto de UF 175.000**<sup>18</sup>.

Las Bases de Licitación<sup>19</sup> señalaban que el Ministerio de Obras Públicas podía hacer efectiva, **total o parcialmente**, la Garantía de Construcción y Explotación, a través de Resolución fundada del Director General de Obras Públicas, *“atendida la entidad y naturaleza del incumplimiento del contrato”*<sup>20</sup>.

La facultad del Ministerio de Obras Públicas de poder hacer efectiva la Garantía total o parcialmente, unido al hecho que la Garantía de Construcción estuviera constituida por 10 Boletas Bancarias, con el objeto de poder materializar un cobro parcial, es una clara manifestación del carácter de caución de dicha Garantía.

Si bien la regulación citada precedentemente dice relación con la Garantía de Construcción y Explotación, las propias Bases de Licitación se encargan de señalar que *“mientras no opere dicha sustitución”*<sup>21</sup>, *el MOP podrá hacer efectiva total o parcialmente, la Garantía de Seriedad de la Oferta en los casos de incumplimiento de las obligaciones del Adjudicatario o la Sociedad Concesionaria en su caso, establecidas en las presentes Bases de Licitación y en los demás documentos del Contrato de Concesión”*<sup>22</sup>.

Lo anterior tiene su justificación en el hecho que la Garantía de Construcción debía entregarse 60 días después del inicio del plazo de la concesión; de ahí que, durante ese periodo de tiempo, o mientras operara la sustitución, la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta caucione el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión. Es decir, **la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, cuyo objetivo original era caucionar la seriedad de la oferta**

---

<sup>18</sup> Capítulo VIII “Perjuicios”

<sup>19</sup> Numeral 1.8.1 de las Bases de Licitación.

<sup>20</sup> Numeral 1.8.1 de las Bases de Licitación

<sup>21</sup> Está haciendo referencia a la sustitución de la Garantía Construcción.

<sup>22</sup> Numeral 1.5.5, Letra A), Documento N°4 de las Bases de Licitación.

presentada por el Grupo Licitante, cambia su objeto, pasando a caucionar todas las obligaciones del Adjudicatario o Sociedad Concesionaria, según corresponda, hasta la entrega de la Garantía de Construcción.

Es relevante señalar que la Sociedad Concesionaria no tiene constancia o conocimiento de la existencia de alguna resolución fundada del Director General de Obras Públicas que haya dispuesto el cobro de la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, requisito establecido en las propias Bases de Licitación para proceder al cobro de la Garantía de Construcción.

A su vez, el motivo invocado por el Ministerio de Obras Públicas para el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta en este caso -incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria- **no figura dentro de las causales establecidas en el artículo 33 N°2<sup>23</sup> del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y numeral 1.8.1 de las Bases de Licitación, para hacer efectiva la Garantía de Construcción o Explotación.**

Por otra parte, las Bases de Licitación, en su numeral 1.11.2.3.<sup>24</sup>, señalan 17 hechos que pueden ser considerados como "*incumplimientos graves de las obligaciones del contrato*", y, al no fundamentarse el cobro en ninguno de ellos, mi representada desconoce con exactitud cuál de esos hechos es el que Ministerio de Obras Públicas consideró y que, en definitiva,

---

<sup>23</sup> "El MOP podrá hacer efectivas, total o parcialmente, dichas garantías en los casos de incumplimiento del contrato y, en particular, en los siguientes:

- a) Celebración, por parte de la sociedad concesionaria, de algún tipo de acto o contrato sin la autorización del MOP cuando ésta sea exigida por la Ley de Concesiones, el presente Reglamento o las bases de licitación.
- b) Incumplimiento de las sanciones o multas impuestas durante la concesión.
- c) No constitución o no reconstitución de las garantías y pólizas de seguros establecidas en las bases de licitación, en los plazos previstos en las mismas.
- d) Retrasos en los pagos que la sociedad concesionaria tenga que realizar al Fisco, establecidos en el contrato de concesión.
- e) Cualquier incumplimiento de las obligaciones del concesionario con terceros, cuando el MOP sea declarado subsidiariamente responsable.
- f) Cualquier otro incumplimiento del contrato, según lo establecido en las bases de licitación".

<sup>24</sup> "Extinción de la Concesión por Incumplimiento Grave de las Obligaciones Impuestas a la Sociedad Concesionaria".

sirvió de fundamento para proceder al cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta.

Ahora bien, si consideramos que el único incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria existente en el Contrato de Concesión es aquél que fue declarado por la H. Comisión Arbitral mediante sentencia de fecha con fecha 22 de junio de 2015, la cual se funda en la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación, debemos entender que el Ministerio de Obras Públicas cobró la referida Garantía Bancaria por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria motivada en la causal, "No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes bases de licitación".

La demanda por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y Extinción de la Concesión presentada por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública de la especie, corrobora lo anteriormente expuesto al señalar que: *"En consecuencia, del examen de los hechos y normas citadas, queda en evidencia que la SC ha incurrido en la causal de incumplimiento grave prevista en la letra f) de la cláusula 1.11.2.3 de las BALI, sobre "Extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la Sociedad Concesionaria"*" (la negrilla es nuestra).

#### **4. OTRAS SANCIONES APLICADAS POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DERIVADAS DE LA NO CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA DE CONSTRUCCIÓN**

En forma adicional al cobro de Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta por la no constitución de la Garantía de Construcción, el Ministerio de Obras Públicas, **fundado en el mismo hecho, aplicó cuantiosas multas a la Sociedad Concesionaria las que fueron conocidas por la H. Comisión Arbitral.**

En efecto, el Ministerio de Obras Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.8.1.1 en relación 1.8.11, B1 de las Bases de Licitación, aplicó 330 multas por “*incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción*”, correspondiente al período comprendido entre el día del vencimiento del plazo establecido para la constitución de la Garantía de Construcción -27 de julio de 2014- y el día en que la Comisión Arbitral declaró el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la extinción de la concesión, esto es, 22 de junio de 2015.

En el siguiente cuadro se detallan las multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas por este concepto:

<b>Resolución DGOP</b>	<b>Fecha</b>	<b>Causa</b>	<b>Monto</b>
5304 <sup>25</sup>	30.12.14	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía Construcción periodo comprendido 27.07.14 y 20.10.14	85 multas de 100UTM
390	28.01.14	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía Construcción periodo comprendido 21.10.14 y 23.12.14	64 multas de 150 UTM
1685	14.01.15	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía Construcción periodo comprendido 24.12.14 y 04.03.15	71 multas de 150UTM
2812	30.06.15	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía Construcción periodo comprendido 05.03.15 y 31.03.15	27 multas de 150UTM
3014	13.07.15	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía	47 multas de 150UTM

<sup>25</sup> Rectificada por Resolución N°98 de la Dirección General de Obras Públicas, de 14.01.15



		Construcción periodo comprendido 01.04.15 y 17.05.15	
3201	28.07.15	Incumplimiento Plazo de Entrega Garantía Construcción periodo comprendido 18.05.15 y 22.06.15	36 multas de 150UTM

Hacemos presente a la H. Comisión, que Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A. interpuso una reclamación ante esta Comisión Arbitral por la aplicación de las multas antes señaladas, solicitando se declarara la improcedencia de las mismas.

Esta Comisión Arbitral, pese a reconocer expresamente que dichas multas son improcedentes, negó lugar a las reclamaciones deducidas por esta Sociedad Concesionaria.

En efecto, en su fallo, H. Comisión, se señala expresamente: ***"En consecuencia, si las multas se aplicaron mediante resoluciones posteriores al 27 de julio de 2014, que fueron válidamente dictadas, cabe concluir, en estricto derecho, que aquéllas son improcedentes en la actualidad, porque carece de sentido y de causa apremiar el cumplimiento, mediante multas, de una obligación fenecida. Y las resoluciones dictadas son improcedentes no porque hayan sido mal dictadas, sino por el efecto retroactivo que la declaración conlleva, procediendo ser dejadas sin efecto por una causa sobreviniente a su dictación"***<sup>26</sup>.

La causa por la cual la Comisión Arbitral, no obstante reconocer la improcedencia de las multas aplicadas con posterioridad a la fecha de ocurrencia del hecho que constituyó el incumplimiento grave de las obligaciones, no dio lugar a las reclamaciones formuladas por la Sociedad Concesionaria, fue que ésta fundó la improcedencia de las mismas en una

<sup>26</sup> Considerando Undécimo Sentencia de la Comisión Arbitral de fechas 7 de abril de 2017.

carta del Ministerio de Obras Públicas en la que se notificó a la Sociedad Concesionaria el incumplimiento de la obligación de entrega de tal Garantía, para luego declarar “que se ha configurado la causal de incumplimiento grave del contrato consagrado en el numeral 1.11.2.3 letra f)”, y no en el efecto declarativo de la sentencia.

**Adicional a las multas antes señaladas**, y tal como se señaló precedentemente, con fecha 23 de marzo de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el Ministerio de Obras Públicas solicitó a la H. Comisión Arbitral declarar que la Sociedad Concesionaria había incurrido en incumplimiento grave del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa” y que se declarara extinguida la concesión otorgada a Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A.

Sobre el particular, con fecha 22 de junio de 2015, la H. Comisión Arbitral resolvió lo siguiente:

1. *“Declárase que la Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A. incurrió en incumplimiento grave del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominado “Concesión Vial Rutas del Loa”;*
2. *Declárase que el incumplimiento grave del contrato estableció en el numerando anterior, produce la consecuente extinción de la concesión antes nombrada, otorgada a la Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A., conforme a lo dispuesto en el artículo 27 No. 3 de la Ley de Concesiones, en relación con los preceptos de las Bases de Licitación, especialmente su artículo 1.11.2.3, letra f), siendo esta declaración suficiente para tenerla por extinguida y dar curso al procedimiento administrativo que resulte pertinente;”*

**En conclusión**, en virtud de la **no constitución de la Garantía de Construcción** en la forma y plazo definidos en el Contrato de Concesión, el Ministerio de Obras Públicas aplicó las siguientes sanciones a la Sociedad Concesionaria:

- **330 multas, por un valor total de UTM 42.500, que al mes de enero de 2020 corresponde a \$2.245.219.600.**
- **Hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, por un valor de UF 175.000, que al 30 de enero de 2020 equivalen a \$4.958.975.000.**
- Solicitó y obtuvo de la H. Comisión Arbitral del Contrato de Concesión, la **declaración de incumplimiento grave de las obligaciones** de la Sociedad Concesionaria y la consecuente extinción de la concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa", la mayor sanción estipulada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

### **III.- CONSIDERACIONES GENERALES**

#### **1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LA H. COMISION ARBITRAL**

Tal como se señaló precedentemente en la exposición de los hechos, el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta otorgada por mi representada, fundando tal actuación en un incumplimiento grave de las obligaciones de esta Sociedad Concesionaria. Consideramos que dicho cobro es **improcedente**, ya que carece de causa legítima, vulnera textos legales expresos y, además, violenta principios básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Este es alcance de la controversia que sometemos al conocimiento y resolución de esta H. Comisión, solicitando desde ya se declare la improcedencia del cobro efectuado por el Ministerio de Obras Públicas de la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, ordenando la devolución a esta Sociedad Concesionaria del importe de dicha Garantía Bancaria, en el equivalente en pesos al momento de su devolución, con los intereses que correspondan.

## 2. Competencia de la H. Comisión Arbitral

En caso *sub lite* estamos frente a una **controversia** suscitada entre el Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad Concesionaria, **por la aplicación del Contrato de Concesión. Específicamente, la controversia es naturaleza jurídica y se genera por** el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta que ha efectuado el Ministerio de Obras Públicas, a nuestro juicio, al margen de las normas que regulan el contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa".

El artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que: *"Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico"*.

El Panel Técnico<sup>27</sup> es una instancia creada por la Ley de Concesiones de Obras Públicas destinada a conocer las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión.

Dada la naturaleza del reclamo interpuesto ante esta H. Comisión US. - ilegítima aplicación del contrato de concesión por parte del Ministerio de Obras Públicas consistente en el cobro improcedente de la Garantía Bancaria de

---

<sup>27</sup> "El Panel Técnico estará integrado por los siguientes profesionales, que deberán tener una destacada trayectoria profesional o académica, en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura, según el caso: dos abogados; dos ingenieros, y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Dichos profesionales 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; ni podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. Las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en este inciso, se mantendrán respecto de cada integrante, hasta un año después de haber terminado su período".

Seriedad de la Oferta- no procede ser llevado previamente al conocimiento del Panel Técnico por no constituir una discrepancia de carácter técnico o económico.

### **3. OPORTUNIDAD DE LA RECLAMACION**

Respecto del plazo para formular las reclamaciones ante la Comisión Arbitral, el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones señala: “salvo disposición en contrario de esta ley, las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación”.

Ahora bien, la norma referida no aplica al caso particular. En efecto, el contrato “Concesión Vial Rutas del Loa” se encontraba en Etapa de Construcción al momento que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, por lo que el plazo de dos años para reclamar respecto de este hecho debería haberse contabilizado desde la Puesta en Servicio Definitiva de la Obra, pero, tal como se señaló, el contrato se extinguió antes de la referida Puesta en Servicio, la cual nunca se verificará.

Atendido a que no se está en ninguna de las situaciones del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, la presente materia debe necesariamente regirse por la Ley de Concesiones vigente antes de la modificación realizada por la Ley N°20.410, la cual no contemplaba plazos de prescripción para la interposición de reclamaciones rigiendo, en consecuencia, la norma general del artículo 2515 del Código Civil, esto es, el plazo de 5 años, en este caso, desde notificado el cobro indebido de la boleta de garantía de seriedad de la oferta, esto es, el día 23 de marzo de 2015.

### **III.- EL DERECHO**

**1. LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA QUE SIRVE DE FUNDAMENTO PARA EL COBRO DE LA BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA INFRINGE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.**

Como vimos, el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, **fundando esa decisión en un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.**

El único Incumplimiento Grave de las Obligaciones de la Sociedad Concesionaria existente en el Contrato de Concesión es aquél que fue declarado por la H. Comisión Arbitral mediante sentencia de fecha con fecha 22 de junio de 2015, el cual se fundó en el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación.

Teniendo en consideración que el Ministerio de Obras Públicas funda el cobro de la garantía en un incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, y que la única declaración en tal sentido se formuló en una fecha posterior al referido cobro, no cabe sino concluir que dicha Secretaria Estado por sí y ante sí declaró el mencionado incumplimiento, actuación que a todas luces vulnera texto expreso de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En efecto, el artículo 27 de la Ley de Concesiones, señala que el "Incumplimiento Grave de las Obligaciones del Concesionario" constituye una causal de extinción de la concesión. Dada la gravedad de la sanción la Ley precave un procedimiento previo y especial para su declaración, radicando su conocimiento y resolución en la Comisión Arbitral.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que: *"la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión*

deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis". La misma norma más adelante agrega: "**Declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Arbitral**, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 207, números 1 al 5, del Libro IV del Código de Comercio. Este interventor responderá de culpa levísima."

De la norma legal transcrita se concluye inequívocamente que:

- La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión debe ser solicitada por el Ministerio de Obras Públicas.
- La solicitud de declaración de incumplimiento grave debe **fundarse en algunas de las causales establecidas en el respectivo contrato de concesión o bases de licitación.**
- La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión **debe ser declarada por la Comisión Arbitral establecida en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.**

Las Bases de Licitación del contrato de concesión de la especie, en concordancia con la Ley de Concesiones **establecen que la concesión se extinguirá por "Incumplimiento Grave de las Obligaciones Impuestas a la Sociedad Concesionaria"**<sup>28</sup>. Asimismo, su numeral 1.11.2.3 señala los casos o situaciones que son considerados incumplimientos graves de la Sociedad Concesionaria destacando, para estos efectos, **su letra f) que señala: "No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación"**.

Tal como consta de los antecedentes que se acompañan a esta presentación, el Ministerio de Obras de Públicas, con fecha 23 de marzo de

---

<sup>28</sup> Numeral 1.11.2 "Causas de Extinción de la Concesión"

2015, esto es, **10 días después de haber hecho efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta**, interpuso una demanda en contra de la “Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.”, en la que **solicitó a la Comisión Arbitral que declarara que la referida Sociedad Concesionaria había incurrido en incumplimiento grave del contrato de concesión** de la obra pública fiscal denominada “Concesión Rutas del Loa” y, además, que **se declarara extinguida la Concesión que se le había otorgado.**

Con fecha 22 de junio de 2015, esto es, **más de 100 días después del cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta efectuada por el Ministerio de Obras Públicas**, la H. Comisión Arbitral de la “Concesión Vial Rutas del Loa”, declaró que mi representada había incurrido en incumplimiento grave del contrato de concesión, señalando que la referida declaración producía la consecuente extinción de la concesión antes nombrada, conforme lo dispuesto en el artículo 27 N°3 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

De lo anterior se concluye inequívocamente que:

- Al momento que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, la Comisión Arbitral **no había declarado** que la sociedad concesionaria había incurrido en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. A mayor abundamiento, **el Ministerio de Obras Públicas no había presentado una demanda formal en ese sentido ante la Comisión Arbitral.**
- Por tanto, al declarar unilateralmente el Ministerio de Obras Públicas que la Sociedad Concesionaria había incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones con el objeto de hacer efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, **infringió el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas que de manera privativa y excluyente entrega la competencia de dicha declaración a la Comisión Arbitral.**



Por lo tanto, al realizar esta declaración, el MOP **actuó de manera ilegal**, vulnerando los principios de legalidad y competencia del artículo 7° de la Constitución Política, además del principio administrativo de estricta sujeción a las bases de licitación, que en virtud del artículo 3° de la Ley N°19.886, es aplicable a los contratos de concesión de obra pública.

**2. EL COBRO DE LA GARANTIA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EFECTUADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS SE BASA EN UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE NO SE ENCUENTRA FUNDADO, POR LO QUE EL COBRO DE LA GARANTÍA CARECE DE MOTIVO LEGITIMO.**

Tal como se ha expuesto latamente en el cuerpo de este escrito, el Ministerio de Obras Públicas **hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta basado en un incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.**

El único incumplimiento grave del Contrato de Concesión, declarado por la instancia competente y en la forma prescrita en las Bases de Licitación, se verificó más de **100 días después del cobro** de la Boleta de Garantía efectuada por el Ministerio de Obras Públicas.

Es decir, que la causa invocada por dicha Secretaria de Estado, que sirvió de fundamento para el cobro, **no existía** al momento de hacerse efectiva la misma.

Como es de su conocimiento, lo actos que emiten los órganos de la Administración deben obedecer al presupuesto establecido en la misma ley, de manera reglada o discrecional, y, además, deben ser **fundados o motivados**, expresando sus razonamientos o consideraciones que permitan conocer claramente la intención y fines perseguidos por la autoridad al dictar el mismo acto administrativo. Es aquélla una exigencia propia de un Estado de Derecho

en el que impera la autoridad competente limitado por los derechos fundamentales de las personas.

La doctrina nacional ha entendido que motivo o "*es la mención de las circunstancias, de los hechos o de las consideraciones que justifican el contenido del acto*"<sup>29</sup>, o la "*exposición formal y explícita de la justificación de la decisión*"<sup>30</sup>.

Así, el motivo es "la razón de ser" del acto; el antecedente o presupuesto de hecho que el legislador estima que debe producirse para que el órgano actúe. Por consiguiente, la inexistencia o el error en los motivos generará que la resolución adolezca de abuso o exceso de poder y podrá ser calificada de arbitraria e ilegal.

Hoy se sostiene que los actos administrativos deben ser fundados y, por consiguiente, deben expresarse tales fundamentos o razonamientos en su texto<sup>31</sup>. Tal deber encuentra su fundamento en la Carta Fundamental, al disponer en su artículo 8° que "*son públicos los actos y resoluciones que los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*", además de derivarse de su principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N°2), pues resulta esencial que un acto que afecta a particulares, para ser razonable, esté suficientemente motivado<sup>32</sup>.

La actuación de la Administración, entonces, debe ser razonable, proporcionada y estar autorizada por la ley, por lo que el motivo de cualquiera de sus resoluciones o decisiones es un elemento que debe expresarse. Desde el momento que se emite el acto, éste debe dar cuenta al lector o destinatario

---

<sup>29</sup> MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica (1993): *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI* (Editorial Jurídica, Santiago), 2°. Ed.

<sup>30</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Editorial Legal Publishing, Santiago).

<sup>31</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1986): "La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°X.

<sup>32</sup> FERMANDOIS y BARAHONA (2003): "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo ¿Constituye un vicio de nulidad?", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año VII N°7-2003

del mismo que la decisión se adoptó de manera reflexiva, mediante un análisis acabado de las condiciones de hecho y de derecho que deben apoyarla; es decir, que no se trata de un acto arbitrario o ilegal, esto es, contrario a derecho

Por su parte, los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos aplicables a los órganos de la Administración del Estado, consagran este principio de fundamentación. En efecto, conforme dispone su artículo 11 *“los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*. Luego el artículo 41 señala que *“las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”*.

En definitiva, la exigencia de fundamentación de los actos jurídicos que emite la Administración tiene importantes efectos: a) constituye una efectiva garantía del principio de juridicidad que deben respetar los órganos y servicios públicos que la integran; b) al mismo tiempo, constituye una garantía del control del principio de interdicción de la arbitrariedad; y c) permite a los afectados poder impugnar el acto administrativo con mejores herramientas de defensa. Esto último debe tenerse en especial consideración al momento de evaluar los efectos de la actuación del Ministerio de Obras Públicas en el caso concreto en análisis.

La Excelentísima Corte Suprema ha señalado, sobre este aspecto, que: *“para cumplir el requisito de motivación de los actos administrativos no basta con mencionar la concurrencia de circunstancias que obstarían a la concesión del beneficio en cuestión (el reclamo en autos) sino que es menester, además, que los fundamentos de hecho y derecho invocados sean suficientes, esto es, respaldados en antecedentes fácticos que consten en la parte considerativa del acto y que, adicionalmente, guarden coherencia con tales precedentes, a objeto de que aparezcan razonables y proporcionados al fin perseguido”*.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha dictaminado: *“la falta de motivación de los instrumentos en estudio importa una contravención a los principios de racionalidad, transparencia, publicidad y debida fundamentación de los actos de la Administración, contemplados en los artículos 3° y 13° de la citada ley N° 18.575 y 16 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, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 24.153 y 37.146, ambos de 2012, que en suma, indican que es indispensable que en los actos administrativos se expresen debidamente los motivos considerados para adoptar la decisión de que se trata. En el mismo sentido cabe puntualizar que el inciso cuarto del artículo 41 de la Ley N°19.880, precitada, prescribe que los actos administrativos 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, pudiese lo contrario implicaría confundir discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con arbitrariedad”*.

En el caso particular de la especie, el supuesto fáctico invocado por el Ministerio de Obras Públicas para proceder al cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, a saber, el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria - **NO EXISTÍA AL MOMENTO DE ADOPTARSE, EJECUTARSE Y HACER EFECTIVA LA MISMA MEDIDA.**

Por lo tanto, respectivo Acto Administrativo **carecía de fundamento o motivo**, lo que lo transforma en un acto arbitrario e ilegal, es decir, nulo, y, por ende, resulta **ilegítimo** e improcedente el cobro de la garantía de bancaria que ha realizado el Ministerio de Obras Públicas.

### **3. LA NO CONSTITUCIÓN DE LA GARANTIA DE CONSTRUCCIÓN Y EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM**

Tal como se señaló en el relato de los hechos, la causal del supuesto incumplimiento grave que habría cometido mi representada es aquella establecida en la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación, a saber: *“No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes bases de licitación”*.

A partir de ella el Ministerio de Obras Públicas sancionó a la Sociedad Concesionaria en tres ocasiones distintas por el mismo hecho, según se detalla a continuación:

- a. Aplicó **330 multas, por un valor total de UTM 42.500, que al mes de enero corresponde a \$ 2.245.219.600**. El hecho por el cual se sanciona es el *“incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción”*<sup>33</sup>, que es exactamente lo mismo que no constituir la Garantía de Construcción en los plazos previstos para ello.
- b. Hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta por un valor de UF 175.000, al 30 de enero de 2020 equivalían a \$4.958.975.000 Tal como se ha detallado, el MOP hizo efectiva la Garantía por no constituir la Garantía de Construcción en los plazos previstos en el Contrato de Concesión.
- c. Solicitó, y obtuvo de la H. Comisión Arbitral, la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, lo que trajo como consecuencia la extinción de la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, fundada en la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación, ya referida.

Creemos que en este caso podemos observar la aplicación del principio del *non bis in idem*, que rige plenamente en un caso como el que es materia de estos autos.

---

<sup>33</sup> Resoluciones DGOP.

Este principio se refiere a la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho. No es la calificación jurídica ni la sanción asignada lo que interesa, si no proscribir el doble juzgamiento.

El conjunto de las garantías básicas que rodean a la persona a lo largo del proceso penal se completa – enseña Binder<sup>34</sup>- con el principio llamado *ne bis in idem* o *non bis in idem*, según el cual el Estado no puede someter a proceso a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva.

Con todo, el criterio protector del principio torna indiferente el contenido de la primera sentencia: si el sujeto fue absuelto, no puede quedar expuesto a una condena posterior; si ya fue condenado, no puede correr el riesgo de un aumento de sanción; si lo sancionaron con una sanción, no le pueden imponer otra, de igual o de diferente naturaleza.

Esta conclusión se predica en relación a cualquier proceso sancionador, de manera que el resultado es igual, sea que el análisis esté centrado en la situación que se produce porque en contra de la persona se sustancian dos procesos administrativos o se incoan dos procesos penales: tratándose de actividad sancionadora estatal, la garantía consiste en que la persona solamente puede ser enjuiciada una sola vez y, ciertamente, no puede ser sentenciada-condenada más que en una ocasión.

Conforme explica la Corte Interamericana<sup>35</sup>, este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos, para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

En su origen este principio fue una derivación de la cosa juzgada, ya sea porque lo declarado en una sentencia se tiene como la verdad jurídica

---

<sup>34</sup> Ob.cit., p. 167.

<sup>35</sup> Cfr: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

(vertiente positiva) y, además, porque resulta imposible volver sobre la misma materia una vez resulta (vertiente negativa). Desde el ámbito procesal adquirió un componente sustantivo que se traduce en la imposibilidad de sancionar dos veces por un mismo hecho. En todo caso, en su base este mandato tiene como principal destinatario al legislador, con el objeto de evitar que doble sanción sobre la base de la triple identidad de sujetos, de hechos y de fundamentos jurídicos

Cabe señalar que este principio no está consagrado expresamente en la Constitución, pero se ha entendido que forma parte de las garantías propias del debido proceso<sup>36</sup>, además de estar consagrado expresamente en tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, está consagrado en el Código Procesal Penal establece en su artículo 1º que *“la persona condena, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”* redacción más amplia que la que ofrece el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos – de aplicación en Chile en virtud al artículo 5º de la Constitución - conforme al cual, el *“inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”*. Según la Corte Interamericana, *“la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima...”*<sup>37</sup>.

Ahora bien, y tal como ha señalado la doctrina publicista nacional<sup>38</sup>, estos principios, son plenamente aplicables al derecho administrativo sancionador, por ser parte de la garantía constitucional del debido proceso. Este principio ha sido aplicado por la Contraloría General de la República como un criterio que se debe seguir en la actuación administrativa, para evitar la

---

<sup>36</sup> Así lo ha declarado repetidamente el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en sentencia rol N° 1518: *“forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución”*.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> CORDERO, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, en *Revista Derecho de Valparaíso*, versión On-line ISSN 0718-6851.

aplicación indebida de una doble sanción, como habitualmente ha ocurrido dentro de la propia Administración, o del ejercicio de poderes punitivos concurrentes, en donde existe distinto fundamento para su aplicación o, derechamente, en los casos en que uno de los órganos está actuando al margen de su competencia.

Por otra parte, nuestros tribunales superiores de justicia ha aplicado este principio directamente en casos administrativos sancionadores, señalando que aplicar dos multas con el mismo fundamento por un hecho por lo cual ya se había castigado al administrado es contrario al *non bis in idem*<sup>39</sup>, y que *“la actuación de la recurrida ha sido arbitraria, toda vez que sanciona en forma reiterada a la actora por hechos que constituyen manifestaciones de incumplimiento de una misma obligación, que a decir de la doctrina tienen un mismo fundamento jurídico, lo que importa vulnerar el principio non bis in idem”*<sup>40</sup>. Cabe señalar que nos encontramos siempre en el contexto de sanciones en un mismo procedimiento administrativo, pues nuestra legislación sí permite que se apliquen sanciones penales y administrativas a la vez<sup>41</sup>.

Por último, hacemos presente lo señalado por la H. Comisión Arbitral, en su fallo de 7 de abril de 2019, donde justifica su decisión sobre la improcedencia de la multas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, de la siguiente manera: *“Amén de su apego estricto a la doctrina jurídica aplicable, la Comisión Arbitral estima que la aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en aplicar las multas, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de aquéllas se eleve exageradamente, dejando sin efecto las multas y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas. **Asimismo, evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la***

---

<sup>39</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 430-2016.

<sup>40</sup> Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 1333-2013.

<sup>41</sup> OSORIO, Cristóbal (2017): *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General* (Thomson Reuters, Santiago), p. 445.



**concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las elevadas multas.**” (la negrilla es nuestra).

Vale decir, esta Comisión Arbitral sostiene que amén del estricto apego a la doctrina jurídica aplicable, su resolución de declarar improcedentes las multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas, no obstante no dar lugar a la reclamación de la Sociedad Concesionaria sobre el particular, conlleva una **“razón de justicia eminente” y “evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem”, en cuanto declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las multas.**

Por tanto, creemos evidente que nos encontramos frente a una actuación del MOP que ha vulnerado el principio de *non bis in ídem*, al sancionar en reiteradas ocasiones, dentro del mismo procedimiento administrativo, fundándose en el mismo hecho.

#### **4. SENTENCIA COMISIÓN ARBITRAL “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA” DE FECHA 07 DE ABRIL DE 2017**

Cabe hacer presente que esta Comisión Arbitral, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, fallando las causas acumuladas N° 002-2015 y N° 003-2015, sobre reclamos interpuestos por la Sociedad Concesionaria por la aplicación indebida de multas con posterioridad a haberse configurado el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, indicó, con relación a la resolución que declaró el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, lo siguiente:

**“Establecido lo anterior, y para resolver acertadamente lo pedido, es necesario analizar la naturaleza jurídica que tiene la sentencia de fecha 22 de junio de 2015, de esta Comisión Arbitral, que declaró el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato y la subsecuente extinción de la concesión,**

para determinar, desde cuándo produce sus efectos, en cuanto la ley expresa que “declarará el incumplimiento”.

Conforme el tenor legal, al dictar su fallo, la Comisión Arbitral hace una declaración de certeza, en virtud de la cual, la propia Administración debe actuar, dictando los actos administrativos que hagan realidad lo declarado. **Se trata, entonces, de una sentencia declarativa, que de acuerdo con lo que la doctrina y la jurisprudencia han sentado, produce efectos retroactivos, desde el momento en que lo declarado se produjo.**

En la especie, el incumplimiento del contrato, conforme el claro tenor de los artículos 1.11.2.3, letra f) y 1.11.2.3.1., todos de las Bases de Licitación, **se configuró el 27 de julio de 2014, día en que expiró el plazo de noventa días, calificado de fatal**, en cuanto exige cumplir con la obligación “dentro de” dicho término, contado desde la publicación del decreto supremo MOP N° 249 en el Diario Oficial, otorgado a la SC para entregar la Garantía de Construcción.

El citado artículo 1.11.2.3 de las BALI, bajo el epígrafe; “extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la sociedad concesionaria”, en su letra f) antes citada, explícitamente califica como tal incumplimiento grave la no constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación”. Explícitamente, se remite al plazo de constitución, entendiéndose que su vencimiento configura la causal de incumplimiento.

En consecuencia, si las multas se aplicaron mediante resoluciones posteriores al 27 de julio de 2014, que fueron válidamente dictadas, **cabe concluir, en estricto derecho, que aquéllas son improcedentes en la actualidad, porque carece de sentido y de causa apremiar el cumplimiento mediante multas, de una obligación fenecida.** Y las resoluciones dictadas son improcedentes no porque hayan sido mal dictadas, sino por el efecto

*retroactivo que la declaración conlleva, procediendo ser dejadas sin efecto por una causa sobreviniente a su dictación.*

*Amén de su apego estricto a la doctrina jurídica aplicable, la Comisión Arbitral estima que la aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en aplicar las multas, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de aquéllas se eleve exageradamente, dejando sin efecto las multas y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas. Asimismo, evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las elevadas multas.”*

Siguiendo exactamente el criterio sostenido por la H. Comisión Arbitral en las causas relativas a las multas, no cabe sino concluir que, si el cobro de la garantía se verificó con posterioridad al 27 de julio de 2014, puede haber sido válido en su momento, pero en estricto derecho, dicho cobro resulta improcedente en la actualidad, porque carece de sentido y de causa apremiar el cumplimiento mediante el cobro de una garantía, de una obligación fenecida.

Adicionalmente, siguiendo a la misma H. Comisión Arbitral, la aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en hacer efectiva la garantía, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de los perjuicios se eleve exageradamente, dejando sin efecto el cobro de la garantía y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas.

Por último, y nuevamente siguiendo lo resuelto por la H. Comisión Arbitral, esta interpretación evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como es el cobro de la garantía.

Dado el carácter retroactivo del efecto declarativo de la sentencia pronunciada por la Comisión Arbitral, el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta resulta jurídicamente improcedente, porque carece de sentido y de motivo o causa hacer efectiva dicha caución si el contrato a la cual accede no existe al momento de ejecutar ésta. Ello resulta patentemente contrario a las normas elementales de los contratos, según la legislación civil y administrativa.

## **5. NATURALEZA JURIDICA DE LA BOLETA**

De conformidad al artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos, estos pueden: *“Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen”*

Como señala el profesor y Ministro de la Excma. Corte Suprema, Arturo Prado, es “un depósito de dinero que el tomador realiza en favor de un tercero, “el beneficio”, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de obligaciones del primero en favor del segundo. El certificado que emite el banco interviniente se llama “boleta de garantía” (El contrato de Construcción y sus Principales Garantía. Charla Colegio de Abogados. Pág. 13)

Uno de los elementos distintivos de la boleta es que ésta constituye una caución que garantiza una o más obligaciones contenidas en el contrato principal (Derecho de la Construcción. Molina Rios, pág 269)

La boleta de garantía es, por consiguiente, un documento que por esencia garantiza el cumplimiento de una obligación.

Así lo ha sostenido en forma reiterada la Contraloría General de la República. En efecto el órgano contralor, cuyos dictámenes son vinculantes para el MOP, señala: *“en efecto, cabe tener presente que en el ejercicio de la facultad descrita y en la decisión administrativa de cobrar la póliza de seguros presentada por la permissionaria, deben considerarse los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben inspirar las actuaciones de la*

*Administración, por cuanto la garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento del proyecto comprometido, **tiene la naturaleza jurídica de caución, y no una sanción**, por lo que no puede resultar más gravosa que la obligación principal que garantiza, ya que su finalidad es asegurar el cumplimiento de dicha obligación<sup>42</sup> .*

Asimismo, lo ha ratificado en este mismo sentido en dictamen N°12.541 de 2010: *“la ejecución de la garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento del proyecto no puede sino ser proporcional al incumplimiento que motiva la respectiva ejecución, **para determinar lo cual la autoridad deberá definir y ponderar debidamente los factores que correspondan**”.*

Pues bien, en este caso, primeramente, no existe ninguna obligación que caucionar; tampoco se ha señalado por parte del MOP qué tipo de obligación hará efectiva con el cobro de la boleta de garantía, cuál sería el monto de la misma, que pasará con el saldo existente después de cubrir tal obligación, etc.

Nada dice el MOP, solo se limita a señalar el 23 de marzo de 2015 que con fecha 13 de marzo hizo efectiva la boleta de garantía.

De acuerdo con lo dictaminado por la Contraloría, doctrina obligatoria para el MOP, esta entidad ha hecho cobro de una boleta de garantía, sin tener obligación alguna que caucionar, en forma indebida, infringiendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben inspirar las actuaciones de la Administración, a que se refiere el Órgano Contralor.

Así las cosas, la Administración está haciendo efectiva una boleta de garantía, sin señalar cual es la obligación que se cauciona, con lo cual carece de causa y se transforma en un enriquecimiento sin causa, lo que no es admisible en el derecho público chileno.

---

<sup>42</sup> Dictamen N°12.541 de 2010

Tanto el Reglamento de Concesiones, (artículo 33 N° 2) como las propias bases de licitación (1.8.1) permiten el cobro total o parcial de las garantías, precisamente porque el cobro de la garantía debe decir relación directamente con la obligación incumplida.

La Contraloría General ha sostenido en forma uniforme esta doctrina y en Dictamen reciente ha señalado que:

*“A continuación, sobre la posibilidad de restituir la parte de los gastos que eventualmente acepte con cargo a los montos cobrados con la póliza de garantía, los dictámenes N°s. 12.541, de 2010, y 31.848, de 2014, dispusieron que la garantía de fiel cumplimiento es un documento representativo de dinero que habilita para percibir directamente la cantidad expresada cuando se incumplen las obligaciones pactadas, **y su naturaleza jurídica corresponde a una caución, pues su finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación a la que accede.***

*Luego, en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, su cobro no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones, por lo cual se debe restituir al ejecutor el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa a favor de la repartición (aplica criterio de los dictámenes N°s. 37.069, de 2015, y 12.541, ya aludido)<sup>43</sup>”.*

El ente de control con una claridad meridiana ha señalado que:

*“Sin perjuicio de lo anterior, ese gobierno regional deberá tener en cuenta, en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, que el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, en los casos que corresponda, no puede exceder del monto en que se cuantifique el*

---

<sup>43</sup> Dictamen 16.853-2019

*incumplimiento de las obligaciones y de las multas que se hayan impuesto y que no se encuentren solucionadas, por lo que, salvo que se disponga algo diferente en la regulación respectiva, se debe restituir al contratista el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de la repartición contratante (aplica, entre otros, los dictámenes N°s. 88.606, de 2014, y 67.918, de 2015, ambos de este origen)<sup>44</sup>.*

En otro caso de término anticipado de contrato el órgano contralor determinó que:

*“Asimismo, se observa que en virtud de su resolución exenta N° 444, de 8 de mayo de 2015, el aludido servicio público puso término anticipado al contrato e hizo efectiva la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, fundado en reiterados atrasos e incumplimientos en la entrega de las obras en los plazos establecidos.*

*Puntualizado lo anterior, y en lo que concierne al primer aspecto solicitado por el recurrente, cumple con anotar que la jurisprudencia de esta sede de control ha manifestado -vgr., en su dictamen N° 67.918, de 2015- que en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, en los casos que corresponda, no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones y de las multas que se hayan impuesto y que no se encuentren **solucionadas**, de modo que, salvo que se disponga algo diferente en la regulación respectiva, se debe restituir al contratista el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de la repartición contratante<sup>45</sup>.*

No cabe, entonces duda alguna que en el derecho administrativo chileno, la boleta de garantía es una caución de obligaciones y no una multa, por lo que

---

<sup>44</sup> Dictamen 25.551-2017

<sup>45</sup> Dictamen 87.615-2015

no es aceptable jurídicamente que el MOP haga efectiva la boleta de seriedad en esta caso, sin que fundamente su actuar, conforme lo exige la ley 19.880, señalando exactamente cuál es la obligación que considera incumplida y el monto de los perjuicios por los cuales hace efectiva la boleta, lo que en este caso, NO HIZO, siendo por ende, su cobro absolutamente ilegal, pues carece de toda fundamentación, dejando a esta parte en la indefensión.

Como sabemos, los actos administrativos deben ser fundados (art. 11 y 41 de la Ley 19.880) y la falta de fundamentos, que no pueden ser a posteriori, dado que el acto debe bastarse a sí mismo, lo constituyen en un acto viciado.

## **6. PROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES EN ESTA RECLAMACIÓN**

Toda vez que la presente reclamación tiene por objeto la devolución de los montos indebidamente cobrados por el Ministerio de Obras Públicas, resulta plenamente pertinente que dicha devolución sea ordenada con los intereses correspondientes, que son los intereses corrientes establecidos para operaciones de crédito de dinero reajustables en moneda nacional determinado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para sumas superiores a UF 2.000 a más de un año, debiendo calcularse ellos desde la fecha en que indebidamente se hizo efectiva la boleta de garantía por parte del demandado, toda vez, que dicho cobro era improcedente, o, en subsidio, desde la fecha de notificación al Ministerio de Obras Públicas de la presente Reclamación y hasta la fecha en que la devolución se efectúe.

**POR TANTO**, en mérito de lo expuesto, principios, normas legales citadas y especialmente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas,

**A LA HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL PIDO** se sirva tener por interpuesta la reclamación en contra del Ministerio De Obras Públicas, representado para estos efectos de conformidad con el artículo 36 bis de la Ley



de Concesiones de Obras Públicas, por su Director General de Concesiones de Obras Públicas, don Hugo Vera Vengoa, debidamente individualizados, acogerla a tramitación, y en definitiva declarar que la actuación en el Contrato de Concesión "Concesión Vial Rutas del Loa" consistente en el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, Boleta de Garantía N°89561, emitida por el BBVA Chile, por el monto de UF 175.000, es **improcedente por carecer de causa**, por vulnerar texto legal expreso y principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, por carecer de los fundamentos que exige la ley al no señalar la obligación incumplida ni los perjuicios que pretende indemnizar, y ordenar la restitución del importe de la misma a la Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A., en el equivalente en pesos al momento de su devolución, más los intereses que correspondan, con costas y pago de los gastos de funcionamiento y honorarios de la Honorable Comisión Arbitral.

**PRIMER OTROSI:** Hago presente a la Honorable Comisión Arbitral que el poder para representar a la "Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A." consta en escritura pública de Mandato Judicial de fecha 14 de junio de 2017, otorgada en la Notaría del Sr. Félix Jara Cadot, cuya copia simple de dicha escritura se acompaña a esta presentación.

**RUEGO A LA H. COMISION:** tenerlo presente y por acompañada con citación la respectiva escritura pública.

**SEGUNDO OTROSI:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de las "Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral de la Obra Concesión Vial Rutas del Loa" venimos en acompañar a la Honorable Comisión Arbitral Resumen Ejecutivo de nuestra presentación.

**RUEGO A LA H. COMISION:** tenerlo por acompañado.

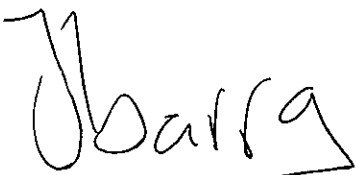
**TERCER OTROSI:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N°5 de las "Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral de

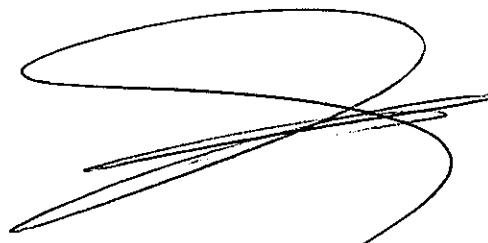
la Obra Concesión Vial Rutas del Loa” declaramos que la “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” no tiene acreedores prendarios.

**RUEGO A LA H. COMISION:** tenerlo presente.

**CUARTO OTROS!** Sírvase la H. Comisión tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con domicilio para estos efectos en Camino El Alba 9.500 oficina 217-B Las Condes, mail [ric@ibarraasociados.cl](mailto:ric@ibarraasociados.cl), asumiré personalmente el patrocinio y poder en esta causa, asimismo, vengo en conferir poder en estos autos al abogado don Jorge Norambuena Hernández, mail [jnorambuena@dnycia.cl](mailto:jnorambuena@dnycia.cl), de mí mismo domicilio, con quien podré actuar conjunta o separadamente en estos autos.

**RUEGO A LA H. COMISIÓN,** tenerlo presente.

  
10.333594-9

  
7.563.123-5