

23.04.2015

146

15⁰⁰ hrs



EN LO PRINCIPAL: CONTESTA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA; **PRIMER OTROSI:** RESERVA DE DERECHOS; **SEGUNDO OTROSI:** PROVIDENCIA INMEDIATA; **TERCER OTROSI:** TENGASE PRESENTE; **CUARTO OTROSI:** ACOMPAÑA DOCUMENTO; **QUINTO OTROSI:** PATROCINIO Y PODER.

SEÑOR PRESIDENTE
HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL
CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA

JOAQUIN DEL CERRO ALDEA, Ingeniero de Caminos, cédula de identidad para extranjeros N°24.467.132-2, número de teléfono 225941800, correo electrónico joaquindelcerro@construtorasanjose.com, y don **JOSE DE HARO ANDREU**, Director Administrativo y Financiero, cédula de identidad para extranjeros 23.376.642-9, número de teléfono 225941800, correo electrónico jose.deharo@construtorasanjose.com, en representación de **"SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A."**, sociedad del giro de su denominación, RUT 76.380.242-6, todos domiciliados para estos efectos en calle Alcántara N°44, piso 5, Comuna de Las Condes, Santiago, que encontrándonos dentro del plazo fijados en el artículo 20 de las "Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral de la Obra Concesión Vial Rutas del Loa", venimos en contestar la solicitud de pronunciamiento de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria presentada por el Ministerio de Obras Públicas, fundada en las siguientes consideraciones de hecho y derecho que pasamos a exponer:

I.- ALCANCES DE LA SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

El Ministerio de Obras Públicas (en adelante indistintamente "MOP"), conforme lo dispuesto en el artículo 28 y 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, solicitó a la Honorable Comisión Arbitral declarar el incumplimiento grave del contrato de concesión en que ha incurrido la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." fundado en la

124

falta de constitución de la Garantía de Construcción en el plazo establecido en las Bases de Licitación.

En definitiva el MOP solicita declarar:

- Que la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.", ha incurrido en el incumplimiento grave del contrato de concesión de obra pública fiscal denominado "Concesión Vial Rutas del Loa".
- Que se declare extinguida la concesión otorgada a "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.".
- Que conforme al artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, se reserva el Ministerio de Obras Públicas el derecho a demandar y discutir en otro juicio diverso sobre el monto de los perjuicios sufridos por el Estado de Chile con motivo del incumplimiento grave declarado.
- Que se condena en costas a "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.".

II.- LOS HECHOS

- Con fecha 20 de diciembre de 2011, mediante Oficio Gab. Pres N°2256, su excelencia el Presidente de la República aprobó la ejecución de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" a través del sistema de concesión.
- Con fecha 15 de diciembre de 2011, mediante oficio ORD. 1799, el señor Ministro de Hacienda aprobó las Bases de Licitación y el Prospecto de Inversión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" a ejecutar por el sistema de concesión.
- 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".

- 14
- 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".
 - 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".
 - Con fecha 8 de febrero de 2013 se 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 la concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" al Grupo Licitante "Consortio Vial Anto-Andina" conformado por las empresas "Inversiones Viales Andina Limitada" y "Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada".
 - 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 fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa".
 - Con fecha 28 de enero de 2014 ingresó a la Contraloría General de la República el Decreto Supremo N°249 que adjudicó el Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa", para el trámite de Toma de Razón, el cual se cumplió con fecha 10 de abril de 2014.
 - Con fecha 11 de marzo de 2014, "Consortio Vial Anto-Andina" realizó una presentación al Ministerio de Obras Públicas haciendo presente la dilación injustificada que afectaba -en ese entonces- la adjudicación del contrato de "Concesión Vial Rutas del Loa" y solicitando se tomaran las medidas necesarias con el objeto mantener el equilibrio económico del contrato, dado el hecho antes señalado. Desgraciadamente nunca obtuvimos respuesta del Ministerio de Obras Públicas respecto de nuestra solicitud.

- 140
- Con fecha 19 de febrero de 2014, dado el tiempo transcurrido hasta ese momento entre la presentación de las Ofertas y la adjudicación del contrato, Consorcio Vial Anto-Andino efectuó una presentación ante la Contraloría General de la República solicitando un pronunciamiento sobre la dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión, cuyas consecuencias debían ser analizadas y determinadas en el marco legal y contractual de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.
 - Con fecha 17 de abril de 2014 la Contraloría General de la República respondió la presentación efectuada por el Consorcio Vial Anto-Andino señalando: "Sobre la materia, cumple con señalar que las consideraciones y solicitudes formuladas fueron debidamente ponderadas por esta Contraloría General con ocasión del trámite de control preventivo de juridicidad del decreto N°249, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudicó el contrato de que se trata, y que este Órgano de Control, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, tomó razón del mismo con fecha 10 de abril de 2014".
 - Con fecha 28 de abril de 2014 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°249, del Ministerio de Obras Públicas, el cual adjudicó el Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa". Vale decir, entre la presentación de la Oferta del Grupo Licitante "Consorcio Vial Anto-Andina" y el perfeccionamiento del contrato de concesión transcurrieron 508 días.
 - En cumplimiento de lo dispuesto en las Bases de Licitación, con fecha 20 de junio de 2014, se constituyó la "Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A." con la cual, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, se entiende 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 publicada en el Diario Oficial N°40.889, de fecha 23 de junio de 2014.

- 150
- Con fecha 30 de junio de 2014, en cumplimiento a lo dispuesto en las Bases de Licitación, Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A. pagó a la empresa Skanska Loa Inversiones Limitada la suma UF 79.758, equivalente a \$1.915.310.207 al momento de su pago, por concepto de reembolso de los estudios de la licitación, en su carácter de Postulante de la Iniciativa Privada que dio origen al contrato de concesión de la especie.
 - Con fecha 09 de julio de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en las Bases de Licitación, el Ministerio de Obras Públicas hizo entrega de la infraestructura preexistente de la concesión, la cual desde esa fecha es mantenida y conservada por la Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.
 - Con fecha 25 de julio de 2014, dado los retrasos y dilaciones que había sufrido el contrato de concesión hasta ese momento, Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A. solicitó al Director General de Obras Públicas entregar la Garantía de Construcción al vencimiento de la Garantía de Seriedad de la Oferta. Con el objeto de no alterar el valor de las obligaciones pecuniarias de la Sociedad Concesionaria, dada la diferencia de cuantía entre las Boletas de Garantía antes señaladas, nuestra representada ofreció cancelar al Ministerio de Obras Públicas el costo del valor de la Garantía de Construcción por el tiempo que durará la prórroga.
 - Con fecha 4 de septiembre de 2014, esto es, vencido el plazo establecido en las Bases de Licitación para la entrega de la Garantía de Construcción, el Director General de Obras de Públicas, mediante ORD. 1109, denegó la solicitud de la Sociedad Concesionaria por cuanto dicha requerimiento implica una modificación a los plazos contractuales establecidos en las Base de Licitación.
 - Con fecha 25 de septiembre de 2014, esto es, estando vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." entregó al Director General de Obras Públicas el documento denominado "Certificado de Prorroga Boleta de Garantía", emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se

15

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, cuyo tomador era Constructora e Inversiones San José Limitada, la cual garantizaba la seriedad de la oferta en la licitación por el sistema de concesiones de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas de Loa".

- Con fecha 26 de septiembre de 2014, mediante ORD. N°1187, el Director General de Obras Públicas notificó a la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." el incumplimiento de la obligación de entrega de la Garantía de Construcción. En la oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación y el artículo 79 del Reglamento de la ley de Concesiones de Obras Públicas, el Director General de Obras Públicas requirió de la Sociedad Concesionaria un informe que contuviera las medidas que adoptaría para subsanar el incumplimiento.
- Con fecha 30 de octubre de 2014, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." respondió el requerimiento formulado por el Director General de Obras Públicas, informando las gestiones que se encontraba realizando para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y solicitando el otorgamiento de un plazo para la implementación de dichas medidas, las que 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 bajo la supervisión del Inspector Fiscal. Desgraciadamente dicha petición nunca fue contestada.
- Con fecha 10 de noviembre de 2014, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." y el "Consorcio Euroconsult – Cicsa Rutas del Loa S.A." celebraron un contrato de prestación de servicios destinado a desarrollar la ingeniería de detalle del Anteproyecto contemplado en el Contrato de Concesión.
- Con fecha 22 de diciembre de 2014, esto es, estando vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.", entregó al Director General de Obras Públicas el documento denominado "Certificado de Prorroga Boleta

de Garantía”, emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendió hasta el día 20 de abril 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, cuyo tomador era Constructora e Inversiones San José Limitada, la cual garantizaba la seriedad de la oferta en la licitación por el sistema de concesiones de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas de Loa”.

- Con fecha 30 de diciembre de 2014, por Resolución DGOP N°5304, se impuso a “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” 85 multas de 100 UTM cada una, por cada día de incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, durante el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2014 y el 20 de octubre de 2014, ambas fechas inclusive, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1.8.1.1 y 1.8.11 de las Bases de Licitación del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa”
- Con fecha 22 de enero de 2015 “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 19.880, Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, interpuso recurso de reposición y jerárquico en subsidio en contra de las Resoluciones DGOP N°5304 y N°098, solicitando expresamente la suspensión de los efectos del acto recurrido. Al momento de la presentación de este escrito se encuentra pendiente de resolución el Recurso Jerárquico por parte del Sr. Ministro de Obras Públicas.
- Con fecha 28 de enero de 2015, por Resolución DGOP N°390, se impuso a “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” 64 multas de 150 UTM cada una, por cada día de incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, durante el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2014 y el 23 de diciembre de 2015, ambas fechas inclusive, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1.8.1.1 y 1.8.11 de las Bases de Licitación del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa”
- Con fecha 09 de febrero de 2015 “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 19.880, Ley de Bases

15

de Procedimientos Administrativos, interpuso recurso de reposición y jerárquico en subsidio en contra de la Resolución DGOP 390 solicitando expresamente la suspensión de los efectos del acto recurrido. Al momento de la presentación del presente escrito se encuentra pendiente de resolución el Recurso Jerárquico por parte del Sr. Ministro de Obras Públicas.

- Con fecha 23 de marzo de 2015, mediante anotación en el Libro de Obras LDO N°33, el Inspector Fiscal del Contrato de Concesión informó a la “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” que, con fecha 13 de marzo del mismo año, se había procedido al cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, según consta en la entrega por parte el Banco BBVA, del depósito a la vista serie N°048510-0, por la suma de \$4.229.009.750. Desde ya llamamos la atención de la Honorable Comisión Arbitral sobre la dilación del Inspector Fiscal en informar sobre el cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta, y del hecho que el fundamento de dicho cobro sería el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, en circunstancias que dicha declaración se encuentra pendiente de resolución hasta el día de hoy.
- Con fecha 14 de abril de 2015, por Resolución DGOP N°1683, se impuso a “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” 33 multas de 490 UTM cada una, por cada día de incumplimiento en el pago de la segunda cuota por concepto de administración y control del contrato en el plazo señalado en el artículo 1.12.2.1.1 de las Bases de Licitación, durante el periodo comprendido entre el 31 de enero de 2015 y 04 de marzo de 2015, ambas fechas inclusive, de acuerdo a lo establecido en las Bases de Licitación. Al momento del presente escrito se encuentra pendiente el plazo para el pago de multa referida y el plazo para impugnar estas sanciones de conformidad con la Ley N°19.880, Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.
- Con fecha 14 de abril de 2015, por Resolución DGOP N°1685, se impuso a “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” 71 multas de 150 UTM cada una, por cada

154

día de incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, durante el periodo comprendido entre el 24 de diciembre de 2014 y el 04 de marzo de 2015, ambas fechas inclusive, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1.8.1.1 y 1.8.11 de las Bases de Licitación del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa". Al momento del presente escrito se encuentra pendiente el plazo para el pago de la multa y el plazo para impugnar estas sanciones de conformidad con la Ley N°19.880, Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

- Con fecha 06 de abril de 2015, la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." solicitó formalmente al Ministerio de Obras Públicas el término anticipado del contrato de concesión de la especie, por mutuo acuerdo de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, sin que hasta la fecha tengamos respuesta de nuestra solicitud.

III.- HECHO NO CONTROVERTIDO

La Sociedad Concesionaria ha reconocido –no controvierte- que existe un incumplimiento objetivo de las Bases de Licitación. Existe evidencia escrita de aquello. Sin embargo, ha sostenido que dicho incumplimiento ha tenido su origen en circunstancias imprevistas y ajenas a su voluntad, en las cuales incluso le ha cabido participación a la autoridad pública.

Efectivamente "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." no constituyó la Garantía de Construcción en los plazos estipulados en el Contrato de Concesión, por causas imprevistas y ajenas a su voluntad, tal como se señaló precedentemente.

Cabe hacer presente, que no obstante este incumplimiento a las Bases de Licitación, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." mantuvo vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta desde la presentación de su Oferta Técnica, esto es, 06 de diciembre de 2012, hasta el día de su cobro por parte del Ministerio de Obras Públicas, esto es, 13 de marzo del 2015. En este sentido, no es efectivo lo señalado por el Ministerio de Obras Públicas en su solicitud de incumplimiento grave, en cuanto a que el contrato de

150

concesión se habría encontrado sin garantía desde la adjudicación de la concesión hasta la fecha de presentación de la demanda. Corrobora lo anterior, por si existiere alguna duda, la notificación del Inspector Fiscal a la Sociedad Concesionaria informándole que se hizo efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta por incumplimiento grave de las obligaciones de la concesionaria, lo que demuestra fehacientemente, pese a lo señalado en la presentación, que para el MOP el contrato si tenía garantías.

El mantenimiento de la Garantía de Seriedad de la Oferta, que originalmente vencía el día 30 de septiembre de 2014, es una clara manifestación de la voluntad de la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." de cumplir el contrato de concesión de la especie, además, de una demostración de la buena fe que ha inspirado su actuar en todo este proceso.

Tal como se lo hicimos presente al Ministerio de Obras Públicas desde antes de la adjudicación del contrato de concesión de la especie, y a la propia Contraloría General de la República, la dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión de la especie, trajo como consecuencia situaciones que eran imposibles de prever al momento de estudiar, analizar y formular nuestra oferta técnica y económica, razón que ameritaba que dichos efectos fueran analizados en el marco legal y contractual de nuestro contrato de concesión.

Desgraciadamente, el Ministerio de Obras Públicas nunca respondió nuestra presentación, en tanto, la Contraloría General de la República sólo se limitó a ponderar la situación planteada en el marco del control preventivo de juridicidad del Decreto N°249 de esa Secretaria de Estado, omitiendo pronunciarse sobre los efectos o consecuencias de la referida dilación injustificada de la adjudicación en el marco del contrato de concesión.

Hacemos presente desde ya, que el dictamen de la Contraloría General de la República no niega la dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión, como parece creerlo el Ministerio de Obras Públicas, sino que hace presente que dicha situación fue ponderada en el marco del examen de juridicidad del Decreto Supremo

156

Nº249, sin que esta circunstancia significara un impedimento para el trámite de la toma de razón.

El objetivo de la Sociedad Concesionaria nunca fue que la Contraloría General de la Republica se abstuviera de tomar razón del Decreto Supremo Nº249, sino hacer presente la dilación injustificada y obtener una declaración formal de ésta circunstancia, cuyas consecuencias debían ser analizadas en el marco legal y contractual de nuestra concesión.

En estas condiciones, en forma previa al vencimiento del plazo previsto en el contrato de concesión para entregar la Garantía de Construcción (28 de julio de 2014, por aplicación del artículo 8.1.1 de las Bases), mediante carta fechada el día 25 de julio de 2014, la Sociedad Concesionaria, a través de su representante, solicitó al Director General de Obras Públicas que se le otorgase una ampliación del plazo para entregar dicha caución. En concreto, se pidió autorización para entregar la Garantía de Construcción al vencimiento de la Garantía de Seriedad de la Oferta: el 30 de septiembre de 2014, fecha en la que la Sociedad esperaba poder contar con la Puesta en Servicio Definitiva de los hospitales de Maipú y la Florida, que como veremos más adelante ha jugado un rol fundamental en la imposibilidad de la Sociedad Concesionaria de aportar las garantías de construcción. En el tiempo intermedio, la Concesionaria ofreció mantener vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta, además, de cancelar al Ministerio de Obras Públicas el costo del valor de la Garantía de Construcción por el tiempo que durará la prórroga, con la finalidad de no alterar el valor de las obligaciones pecuniarias del contrato.

Como consta en los antecedentes analizados, el Director General de Obras Públicas rechazó la petición de la Sociedad Concesionaria fundando tal decisión, básicamente, en su deber de velar por el fiel cumplimiento del contrato de concesión con apego a las normas contractuales y legales vigentes, y, además, en que dichas normas no contemplarían los mecanismos o las herramientas que permitirían acoger tal solicitud. Así se constata de la lectura del Oficio Ord. Nº 1109, de 4 de septiembre de 2014, en respuesta a la solicitud de la Concesionaria de 25 de julio del mismo año.

154

Hacemos presente que siempre tuvimos conocimiento que nuestra solicitud requería de una modificación contractual, razón por la cual la respuesta de la Administración carece de mayor sustentación y fundamento. Adicionalmente, si su deber era velar por el fiel cumplimiento del contrato de concesión, lo que correspondía en ese momento era hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta y haber requerido de la Honorable Comisión Arbitral la declaración de incumplimiento grave del contrato, situaciones que en la especie no ocurrieron, por lo que su argumentación también es contradictoria con la forma en que actuó. Por lo demás, y a mayor abundamiento, la modificación contractual estaba más que justificada, considerando el atraso en la adjudicación del contrato.

Este actuar contradictorio de la Administración se ve ratificado el día 26 de septiembre de 2014, esto es, 22 días después de denegar la solicitud de prórroga para la entrega de la Garantía de Construcción, cuando fundado en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación y 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, requirió un informe de la Sociedad Concesionaria con las medidas que adoptaría para subsanar la falta, esto es, no entrega de la Garantía de Construcción. Hacemos presente a la Honorable Comisión que el supuesto fáctico para dicha actuación, de conformidad con el numeral 2 del artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, es que no exista perjuicio para el interés público, además, que en los hechos cualquier medida que se adoptara para subsanar la falta hubiera significado una modificación al contrato de concesión.

Pese a todo este escenario bastante perjudicial para la Sociedad Concesionaria, nuestra representada, con fecha 25 de septiembre de 2014, esto es, estando vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta, entregó al Director General de Obras Públicas el documento denominado "Certificado de Prorroga 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, cuyo tomador era Constructora e Inversiones San José

Limitada, la cual garantizaba la seriedad de la oferta en la licitación por el sistema de concesiones de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas de Loa".

El Ministerio de Obras Públicas, en los hechos, avaló esta situación ya que no formuló ningún reparo ni observación sobre la prórroga de la Garantía de Seriedad de la Oferta.

Nuestra situación se agravó aún más con las multas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, las que varían entre UTM 100 y 150, por cada día de atraso en la entrega de la Garantía de Construcción. En la actualidad, el Ministerio de Obras Públicas nos ha aplicado 220 multas, por el referido atraso, lo que suma un total de UTM 28.750. Dichas multas, contrariamente a lo sostenido por la referida Secretaria de Estado, se encuentran con recursos administrativos sin resolver, además, de estar pendiente la instancia ante esta Honorable Comisión Arbitral.

En este escenario de incertidumbre y perjudicial hacia la Sociedad Concesionaria, con fecha 22 de diciembre de 2014, esto es, estando vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta, entregó nuevamente al Director General de Obras Públicas el documento denominado "Certificado de Prorroga Boleta de Garantía", emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendió hasta el día 20 de abril de 2015 el plazo de validez de la Boleta de Garantía N°89561, emitida por el señalado Banco, por la suma de UF 175.000, cuyo tomador era Constructora e Inversiones San José Limitada, la cual garantizaba la seriedad de la oferta en la licitación por el sistema de concesiones de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas de Loa".

Al igual que en el caso anterior, el Ministerio de Obras Públicas, en los hechos, avaló esta situación ya que no formuló ningún reparo ni observación sobre la prórroga de la Garantía de Seriedad de la Oferta. Es más, el MOP hizo uso y se benefició de esta prórroga al hacer efectiva la Boleta de Garantía de Seriedad de la Oferta

Ciertamente la voluntad de la Sociedad Concesionaria siempre fue cumplir el contrato de concesión, situación que se ve reflejada en todas las actuaciones señaladas

159

precedentemente y en las dos renovaciones de la Garantía de Seriedad de la Oferta que efectuó, no obstante por situaciones no imputables a ella se vio imposibilitada en entregar la Garantía de Construcción exigida en las Bases de Licitación.

Respecto de otros incumplimientos alegados por el Ministerio de Obras Públicas, estos son, “no pago al Estado del ítem administración y control” y “no pago de multas aplicadas”, no dicen relación con la materia discutida en estos autos, razón por la cual omitiremos pronunciarnos respecto de ellos.

IV.- DILACIÓN INJUSTIFICADA EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”.

Es un hecho cierto y no controvertido que el plazo que medio entre el acto “Recepción de Ofertas y Apertura de las Ofertas Técnicas” (06.12.12) y la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación (28.04.14) fue de 508 días, situación que excede con creces los plazos habituales en esta materia.

Corroboramos nuestra aseveración los dos contratos de concesión licitados inmediatamente anteriores al nuestro, donde los tiempos de adjudicación fueron considerablemente menores. En efecto, tratándose de la obra pública fiscal “Hospital de Antofagasta”, cuya recepción de ofertas técnicas y económicas se verificó el día 18 de octubre de 2012, el contrato de concesión se perfeccionó con fecha 21 de junio de 2013, oportunidad en la cual se publicó en el Diario Oficial el correspondiente Decreto Supremo de Adjudicación. Por su parte, tratándose de la obra pública fiscal denominada “Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D43 de la Región de Coquimbo”, la apertura de las ofertas técnicas se verificó el día 19 de octubre de 2012, perfeccionándose el correspondiente contrato con fecha 31 de mayo de 2013, mediante la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo MOP N°151.

En términos prácticos, entre la fecha de presentación de las ofertas técnicas y económicas y la fecha de publicación en el Diario Oficial del correspondiente Decreto de

160

Adjudicación, en el caso del Hospital de Antofagasta, el plazo que medio fue de 246 días, en tanto, en el caso de la Ruta D43, dicho plazo fue de 224 días.

Si analizamos un caso un poco anterior, como es el de la obra pública fiscal denominada "Concesión Autopista Concepción-Cabrero", tenemos que el plazo que medio entre la recepción de las ofertas técnicas y económicas (27.12.10) y el de publicación en el diario oficial del correspondiente Decreto de Adjudicación (03.09.11) fue de 250 días.

De los procesos licitatorios anteriores al nuestro analizados se concluye que, tratándose de la obra pública fiscal "Concesión Vial Rutas del Loa", el plazo que medio entre la recepción de las ofertas técnicas y económicas, y la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación, excedió en casi un 100% los tiempos normales de adjudicación de contratos licitados en forma coetánea al nuestro.

Nuestro Grupo Licitante, al momento evaluar y formular nuestra oferta técnica y económica, consideró plazos de adjudicación del orden antes señalado, situación que se ha visto absolutamente sobrepasada por hechos que escapan a nuestro control y responsabilidad.

Para los efectos de los cálculos antes señalados, hemos considerado la presentación de nuestra oferta técnica y económica, como inicio de contabilización del plazo, ya que entendemos es el momento en que el privado, después de estudiar y analizar las Bases de Licitación en forma seria y responsable, manifiesta su consentimiento respecto de los términos y condiciones en que ejecutará y desarrollará el respectivo contrato de concesión, sin que pueda retractarse en forma unilateral después de dicha actuación. Este, es el criterio que por lo demás recoge la última modificación a la Ley de Concesiones de Obras Públicas, para efectos de hacer aplicable dicho Cuerpo Normativo a contratos de concesión en proceso de licitación.

Llama la atención la argumentación esgrimida por el Ministerio de Obras Públicas sobre esta materia, conociendo de los recursos de reposición por las multas impuestas, donde ha señalado: "En cuanto al plazo de extensión del proceso de licitación y

16

adjudicación del contrato, cabe señalar que no existe en las normas que lo regulan, un plazo asociado a duración de la tramitación de los actos que deben dictarse para completar el proceso, por tanto, se encuentra dentro de los riesgos que asumió al participar de un proceso licitatorio, dado que cada contrato de concesión que se adjudica presenta sus particularidades, por lo que no es factible comparar como lo pretende la concesionaria". Lo anterior resulta aplicable siempre y cuando los riesgos que se asuman se encuentren dentro de la información relevante disponible en el mercado y la obligación del licitante diligente tiene ese límite. En este caso, los licitantes pudieron prever un riesgo de demora de hasta 245 días, pero jamás de más de 500 días. Por otra parte, esta aseveración es grave pues genera una legítima incertidumbre en los inversionistas en el sentido de que no existe límite de tiempo alguno entre la oferta y la adjudicación, riesgo que para cualquier privado es imposible soportar.

Hasta la fecha desconocemos las particularidades que tendría nuestro contrato de concesión que justificarían un retraso de casi un 100% en los plazos de su adjudicación, no obstante lo anteriormente señalado, sobre lo aseverado por el Ministerio de Obras Públicas nos remitimos a lo dictaminado por la Contraloría General de la República, quién pronunciándose sobre el retraso en la publicación de una adjudicación, cuyo convocante era la Subsecretaría de Educación, indicó que: "debiendo señalarse, en este orden, que si bien las bases de licitación no especificaron un plazo determinado para efectuar tal publicación, el retraso en efectuarla contraviene lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley Nº19.880, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditas las actuaciones pertinentes".

Si bien ni la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su respectivo Reglamento, ni las Bases de Licitación de la especie contemplan un plazo determinado en el cual el Ministerio de Obras Públicas deba efectuar la adjudicación del contrato de concesión, la demora en la tramitación normal del correspondiente acto administrativo contraviene lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley Nº19.880, relativo al principio de celeridad con el cual deben actuar las autoridades y funcionarios de la Administración, no existiendo

ninguna causa que justifique alguna distinción como la que pretende el Ministerio de Obras Públicas.

La dilación injustificada en la Adjudicación del Contrato de Concesión trajo importantes efectos en los análisis y consideraciones efectuados por la Sociedad Concesionaria al momento de formular su oferta técnica y económica, entre otros, los siguientes:

- **Sobrecostos en la Obra**

En primer lugar, dicha dilación encareció el valor del proyecto producto la devaluación de la UF respecto del Euro y el Dólar que se generó en ese periodo. En efecto, el día 6 de diciembre de 2012, fecha en que se presentaron las Ofertas Técnicas y Económicas en la licitación de la obra pública fiscal "Concesión Vial Rutas del Loa", el valor de una Unidad de Fomento, mecanismo en la que se encuentran expresadas todas las obligaciones pecuniarias del contrato, era equivalente 36,66 Euros y a 47,71 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, en tanto, en febrero de 2014, fecha aproximada en que ingresa a la Contraloría General de la República el Decreto Supremo de Adjudicación, el valor de una Unidad de Fomento equivalía a 30,99 Euros y a 42,28 Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, vale decir, en un plazo de 14 meses contados desde la presentación de nuestra Oferta Técnica y Económica, la Unidad de Fomento se devaluó respecto del Euro en un 15,46%, en tanto, su devaluación respecto del Dólar de Estados Unidos de Norteamérica alcanzó un 12,84%.

Variaciones como las antes señaladas no son triviales para una empresa de origen extranjero como la nuestra. Tal como señalamos precedentemente, las consecuencias que esta dilación afectaron el régimen económico del contrato de concesión y en su equilibrio económico financiero.

- **Hospitales Maipú y La Florida**

Esta dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa", además de generar importantes

163

sobrecostos, respecto de los cuales hacemos expresa reserva, trajo como consecuencia que el referido proyecto coexistiera en su inicio con el proceso de Puesta en Servicio Definitivo de los Hospitales de Maipú y La Florida, viéndose afectado por todas las incertidumbres y desconfianzas que rodearon la señalada Puesta en Servicio.

No sólo el Ministerio de Obras Públicas, que es la contraparte de la Concesionaria, a través de la respectiva Inspección Fiscal, reviso los antecedentes remitidos por la Concesionaria al efecto de obtener la Puesta en Servicio Definitiva de las obras, sino que, además, ha intervenido en tal actividad el Ministerio de Salud.

Desgraciadamente, durante el procedimiento de Puesta en Servicio Definitiva se experimentaron todo tipo de vacilaciones por parte del Ministerio de Salud, con avances y retrocesos permanentes, demostrando una absoluta descoordinación con el Ministerio de Obras Públicas, que sí estaba por avanzar de manera objetiva conforme al proceso reglado del Contrato de Concesión. Sin embargo, y a pesar de que el Ministerio de Obras Públicas era la contraparte oficial de la Sociedad Concesionaria en el contrato de concesión, el Ministerio de Salud terminó imponiendo sus condiciones, echando pie atrás en la revisión de las observaciones, volviendo a formularlas, no obstante que ya habían sido levantadas, y a pesar de que el Inspector Fiscal ya había comunicado a la Sociedad Concesionaria que las observaciones estaban todas levantadas y resueltas.

Si bien estamos en presencia de contratos administrativos diferentes, hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que quienes conforman la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A., forman parte del Grupo Empresarial San José S.A., el que, además, tiene a su cargo la concesión de los hospitales de Maipú y de La Florida.

Grupo Empresarial San Jose S.A. (en adelante GESJ) y sus principales entidades filiales (entre las que se encuentran la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A. y la Sociedad Concesionaria San José-Tecnocontrol, S.A.) todas ellas afectadas de un acuerdo de crédito sindicado de 21 de abril de 2009 (acuerdo de refinanciación de la deuda que en el momento de su formalización dicho Grupo sostenía con sus entidades

acredoras), iniciaron en el primer trimestre del año 2014, negociaciones con las entidades financieras acreedoras firmantes de dicho contrato y titulares de una pluralidad de créditos bilaterales, para proceder a una nueva reestructuración y refinanciación de aquellos derechos de crédito.

En efecto, es en el primer trimestre de 2014, que GESJ y sus principales entidades acreedoras (Banco Popular, BBVA, Barclays Bank, Bankia, NCG Banco, Banco de Santander y SAREB) iniciaron aquella negociación en virtud de una carta mandato anterior que constituyó un Comité de Seguimiento y Negociación del recién iniciado proceso de reestructuración de aquella deuda.

Dicha negociación se instrumentalizó sobre un Plan de Negocio elaborado y presentado por GESJ a sus acreedores y entre otras cuestiones tuvo como objeto el endeudamiento que el mismo había asumido frente a sus acreedores para el desarrollo y la atención normal y puntual de las obligaciones dimanantes del contrato de concesión de los hospitales de Maipú y La Florida

En concreto en las negociaciones con los acreedores se plantearon, entre otras cosas, los plazos para atender la amortización y demás condiciones de ese endeudamiento; y el Plan de Negocio elaborado por GESJ contemplaba como ámbito de actuación futura los negocios concesionales (con especial énfasis en la oportunidad que para el desarrollo de los mismos existían en la República de Chile), y con especial mención al ya adjudicado contrato de la "Concesión Vial Rutas del Loa"

Precisamente para ratificar la viabilidad de dicho Plan de Negocio en el ámbito concesional, asegurar a la banca acreedora la devolución de la deuda que hasta la fecha había generado el desarrollo de dicha actividad en Chile, y obtener su beneplácito y apoyo económico y financiero en relación a la concesión "Vial Rutas del Loa", se diseñó una emisión de bonos, para lo cual se suscribió el correspondiente contrato de emisión de bonos por escritura pública con fecha 8 de julio de 2014.

La operación de bonos diseñada preveía la emisión y colocación de los mismos, en el tercer cuatrimestre del año 2014, para sí en esas mismas fechas, y en paralelo a la negociación de aquel acuerdo de reestructuración, amortizar ya parte de la deuda (la nacida del negocio concesional en Chile) y ratificar la viabilidad de las líneas básicas del Plan de Negocio futuro elaborado por GESJ en aquello relativo al negocio concesional.

Ahora bien, por la propia naturaleza y regulación aplicable al contrato de concesión de los hospitales de Maipú y La Florida, una de las condiciones esenciales para la emisión de los bonos, era que se obtuviera la Puesta en Servicio Definitiva de ambos centros hospitalarios, que no llegó sino hasta el 13 de febrero de 2015.

Ello tuvo como consecuencia, que en la fase final de la negociación del acuerdo de reestructuración, que se firmaría el 29 de diciembre 2014, no se hubiesen cumplido parte de las previsiones sobre las que este se había estado negociando, esto es, obtención de la Puesta en Servicio Definitiva de los hospitales de Maipú y La Florida y la Emisión de Bonos correspondiente.

Estas circunstancias perjudicaron notablemente la negociación, además, de afectar las condiciones finales impuestas por los bancos, donde nos vimos en la obligación (dada la desconfianza generada) de establecer una serie de limitaciones y obligaciones al Grupo San José, entre las cuales, se encuentra aquella de no poder conceder ningún tipo de préstamo, crédito, garantía o contragarantía o cualquier tipo de financiación de fondos, realizar aportación alguna, dar garantías (ni reales ni personales) o prestar caución de cualquier tipo a la "Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A."

Dicha obligación, única alternativa que permitía viabilizar la continuidad económica del Grupo San José, trajo como consecuencia que nos pusiéramos en la imposibilidad, ya no solo financiera sino también jurídica, de poder cumplir en tiempo y forma con nuestras obligaciones derivadas del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa". Hacemos presente a Ud. que la no aceptación de la obligación señalada en el numeral anterior habría significado que el Contrato de Deuda no se firmara, lo que habría generado graves

consecuencias al Grupo San Jose que muy probablemente hubieran significado el término de su giro.

Esta situación fue informada al Ministerio de Obras Públicas, solicitando el término del contrato de concesión por mutuo acuerdo, sin que hasta a la fecha hayamos tenido respuesta.

Nada de esto hubiera ocurrido si el contrato "Concesión Vial Rutas del Loa" se hubiera adjudicado dentro de plazos normales. En efecto, si aplicamos una plazo de 250 días para la adjudicación del contrato de concesión de la especie, tenemos que éste debió estar adjudicado el día 8 de agosto de 2013, esto es, 290 días antes que se solicitará la Puesta en Servicio Definitiva de Hospitales.

V.- ACTUCION DE LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA DILACION INJUSTIFICADA

Como argumentos para probar la buena fe que ha presidido nuestras actuaciones frente a la convención administrativa, la Sociedad Concesionaria ha dado cumplimiento a todas las obligaciones que se le imponen durante la fase contractual en la que se encuentra y ha mantenido vigente la Garantía de Seriedad de la Oferta. La última renovación ocurrida en diciembre fue hasta el mes de abril del año 2015 en curso.

Atendido los antecedentes descritos y el conflicto que se ha generado entre las partes, resulta ineludible preguntarse ¿El comportamiento de la administración contratante ha influido en el cumplimiento de la obligación contractual?

Ello nos permitirá concluir si en este caso existen hechos que configuran o no un incumplimiento de las obligaciones del contrato que haga jurídicamente pertinente la aplicación de la sanción por parte de la autoridad pública competente de la forma que lo ha hecho en este caso concreto.

Para que la demora en constituir y otorgar dicha garantía del contrato configure una responsabilidad contractual de la Sociedad Concesionaria, y ésta sea, por efecto de

162

ello, merecedora de la sanción prevista en el contrato, el hecho causal ha debido emanar de su entera voluntad; y es esa circunstancia la que vamos a poner en duda.

La misma Sociedad Concesionaria ha afirmado que existen hechos que derivan de actos u omisiones de la Administración contratante que aquella no tenía posibilidad de prever ni tampoco de controlar completamente, y que habrían afectado, a su vez, *el cumplimiento oportuno* de sus propias obligaciones contractuales.

Como se ha señalado, ya en carta enviada a la autoridad pública competente desde el inicio de la concesión, el proceso de negociación con los financistas externos para obtener los recursos necesarios para la ejecución de las obras contratadas bajo el régimen de concesión, se ha complejizado. Ello, debido a las demoras que ha sufrido el procedimiento de licitación de la especie; esto es, porque han existido hechos que han alterado el desarrollo normal del contrato de concesión.

Sobre el particular, se ha acreditado por la Sociedad Concesionaria, con antecedentes objetivos y que derivan de otros procedimientos administrativos similares desarrollados por el Ministerio de Obras Públicas, que el plazo que demoró el proceso de licitación de la especie –más de 500 días desde que se recibieron las ofertas hasta la fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo que dispone la adjudicación del contrato de concesión- supera con creces el *plazo normal o habitual* que se halla alrededor de los 200 días.

Este hecho, incluso fue denunciado por la entonces Adjudicataria, ante la Contraloría General de la República, haciendo notar, en esa oportunidad, que este hecho podía alterar el debido y justo equilibrio económico de las prestaciones recíprocas que componen el contrato de concesión.

A su vez, se ha hecho notar que existe otro importante proyecto de concesión de obra pública que emprende el Grupo Económico del que forma parte del Sociedad Concesionaria Rutas del Loa, que se ha visto afectado en su fase de Puesta en Servicio Definitiva, por actos que no sólo consisten en dar respuesta oportuna y satisfactoria a las

168

observaciones de carácter técnico que formula la autoridad administrativa a la Concesionaria, sino que, en la generación de la situación han actuado terceros a la relación contractual, y ello, sin que la contraparte pública –MOP- haya actuado para evitar los efectos de esta impertinente intervención provocan para la marcha normal de los procesos contractuales.

Aunque se trata de relaciones jurídicas o contratos diversos, las consecuencias de la actuación de la Administración en ambos casos, ha colaborado decisivamente en la actitud adoptada por los financistas de la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A., consistentes en paralizar cualquier tipo de apoyo financiero a la Sociedad mientras no se obtenga la PSD de los hospitales. Ello, no es de extrañar, si atendemos al hecho cierto que en países como Chile existen pocos financistas que puedan soportar la envergadura de proyectos de inversión de los que se trata en el caso concreto.

Los descritos son hechos objetivos y concretos que dificultan, disminuyen o limitan las posibilidades de negociación. Quien opere en el negocio o en la industria de las obras públicas lo sabe bien. Por ende, ambas partes del contrato de concesión de obra pública de la especie, que son concededores de estos elementos, no pueden desconocer su efecto en la ejecución de los compromisos que han adquirido, sobre todo cuando éstos son a largo plazo o involucran altos riesgos financieros y económicos.

Para abordar esta controversia bien vale la pena acudir al *principio de la razonabilidad*.

En efecto, para analizar el grado de cumplimiento de las obligaciones de un contrato administrativo bien podemos partir del supuesto básico de que no se puede exigir la ejecución del contrato en tiempo oportuno al Concesionario cuando la Administración, por su parte, no ha cumplido en tiempo y forma sus propias obligaciones, como ocurre por ejemplo, cuando no entrega el terreno donde debe ejecutarse la obra pública, o los planos, elementos o materiales que el órgano se obligó a suministrar, o la devolución de las pruebas corregidas, etc. Se trata de situaciones de hecho generadas por

la Administración que hacen razonablemente imposible o dificultan, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante privado.

Dentro de las medidas que cabe aplicar para corregir los desequilibrios que se generan por estos incumplimientos de la Administración, que afectan razonablemente el cumplimiento de las impuestas al contratista privado, está la prórroga o ampliación del plazo contractual incumplido.

Esa era la solución que en este caso concreto ha pedido la Sociedad Concesionaria a su contraparte pública, sin éxito, por cierto.

Para examinar los efectos que han tenido los hechos de la Administración en el incumplimiento de la Concesionaria de entregar oportunamente la garantía de Construcción, también podemos acudir al *principio de la buena fe* que opera en esta como en cualquier otra clase de contratos.

Como se sabe, la buena fe es un criterio normativo para el ejercicio de los derechos y potestades y el cumplimiento de las obligaciones. Y conforme a éste, las partes no sólo deben comportarse en el seno de la relación jurídica según lo dispuesto en la *lex contractus*, sino también conforme a las exigencias éticosociales. El acercamiento de dos sujetos en un contrato exige cooperación leal, honesta solidaridad e irrestricta fidelidad.

Así, alguna doctrina especializada ha definido la buena fe contractual como la "activa cooperación en interés ajeno, en una actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte".

Al licitante, durante la fase de formación del contrato administrativo, se le exige, por aplicación del principio de buena fe, entre otros, que aplique una ejemplar rigurosidad en su comportamiento. Se le impone la obligación de adoptar una conducta diáfana y veraz, por lo que, por ejemplo, debe abstenerse de suministrar a la Administración datos o informes inexactos sobre sus cualidades con el fin de obtener mediante engaño, la adjudicación del concurso. El ordenamiento jurídico proscribire toda pretensión de una

170

persona que, defraudando la confianza depositada en ella por otra persona, se base en una conducta torcida o fraudulenta. El contrato administrativo que celebra una entidad pública inducida en error por su contraparte privada está viciado de nulidad y de ello nace la obligación del causante de la nulidad de indemnizar los daños causados al Estado o entidad pública contratante.

Pero la lealtad también exige a la entidad pública, durante el procedimiento de generación y de adjudicación de la relación jurídica, adoptar un comportamiento claro, veraz e inequívoco, so pena de tener que resarcir los daños que pueda causar a los posibles contratistas –licitantes-, que actúan de buena fe y de acuerdo al principio de confianza legítima, una conducta de la Administración confusa, inexacta o inoportuna. La buena fe contractual exige siempre “que cada parte haga honor a la confianza que hay en ella depositada, que se atienda a las imposiciones de la lealtad y al principio de equivalencia de prestaciones; que deseché cualquier tentativa de enriquecimiento injusto a costa del contratante, que no exija el cumplimiento de prestaciones onerosas para la otra parte e inútiles para quien las reclama”.

La doctrina publicista también nos ha enseñado que en el ejercicio de los derechos y las potestades podrán vulnerarse las normas éticas de la *bona fides* en razón de los sujetos, del contenido y del lugar, el tiempo y la forma.

En cuanto a los sujetos, se atenta contra las normas éticas de la buena fe cuando la Administración, conscientemente le exige al contratista el cumplimiento de una prestación en circunstancias de inferioridad, tales como enfermedad, ausencia o situación social, siempre que el interés público no lo requiera de modo inaplazable.

En razón del contenido, se infringe la buena fe en aquellos casos en que, teniendo la Administración la facultad de exigir optativamente diversas prestaciones al contratista, le pide aquella que resulta contraria a la conducta leal que cabe esperar de un hombre normal, por ejemplo, declarar la caducidad estando bastante avanzada la obra, en vez de aplicar una multa.

En razón del lugar, se infringe la lealtad debida al contratista cuando la Administración escoge un lugar inadecuado para el cumplimiento de la obligación.

En cuanto al tiempo, se vulnera la buena fe cuando la Administración ejerce el derecho prematuramente, en forma tardía o le señala una plaza inadecuada al sujeto pasivo para la realización de la prestación.

Finalmente, en razón de la forma, se atenta contra la buena fe cuando la Administración desestima la trascendencia de los defectos que se presentan en el procedimiento de formación del acto administrativo en la medida que su ejecución contra la voluntad del obligado, le acarrea a este graves perjuicios.

En consonancia con los postulados de la buena fe, corresponde a la Administración observar, desde el momento del llamado a licitación hasta la conclusión del contrato, una conducta diligente y leal que permita el mantenimiento y la normal continuidad del procedimiento de formación del contrato. Además, tanto la Administración como el adjudicatario quedan obligados en virtud de la ley no sólo a cumplir las exigencias que la ley establece para el perfeccionamiento de la relación jurídica de que se trata, sino que la lealtad les impone un deber de cooperación recíproca para el perfeccionamiento *oportuno* del contrato.

De esta forma, la demora u omisión de una de las partes en la observancia de los requisitos que requiere el perfeccionamiento del contrato puede frustrar el fin de la misma convención o tornarla más onerosa; por ejemplo, encarecer el financiamiento de las obras.

En conclusión, en el caso en análisis, bien puede acudir a la aplicación de los principios de razonabilidad, como al de la buena fe, para advertir la necesidad de equilibrar las prestaciones debidas en este contrato en particular. En concreto, el plazo dentro del cual el Concesionario debía otorgar la Garantía de Construcción.

Desgraciadamente ninguna de estas alegaciones fue atendida por el Ministerio de Obras Públicas, encontrándonos actualmente en la imposibilidad técnica y jurídica de

172

cumplir el contrato de concesión de la especie, no restando otra alternativa que la de allanarse a la solicitud de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario requerida por el Ministerio de Obras Públicas.

VI.- PERJUICIOS

El Ministerio de Obras Públicas en el acápite VIII de su presentación denominado "Perjuicios", señala que el incumplimiento grave en que ha incurrido la "Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa" le habría significado cuantiosos perjuicios al Estado de Chile, razón por la cual solicita a la Comisión Arbitral reserve al Ministerio de Obras Públicas el derecho demandar y discutir el monto de los perjuicios en otro juicio diverso, como dispone el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular solicitamos se rechace de plano esta alegación, por las siguientes consideraciones:

- Si los hipotéticos perjuicios los ha sufrido el Estado de Chile, tal como se señala en la presentación, el Ministerio de Obras Públicas carece de legitimación activa y representación para formular esta reserva y demandar judicialmente dichos perjuicios. Señala la presentación: "...se reserva el Ministerio de Obras Públicas el derecho a demandar y discutir en otro juicio diverso sobre el monto de los perjuicios sufridos por el Estado de Chile con motivo del incumplimiento grave declarado".
- El artículo 173 del Código de Procedimiento señala:
"Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia.

En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso”.

En el caso particular de la especie no concurren los supuestos establecidos en la Ley para que el Tribunal reserve a las partes el derecho de discutir sobre el monto de los perjuicios. En efecto, la presentación formulada por el Ministerio de Obras Públicas se encuadra en su obligación legal establecida en el artículo 30 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas que señala que la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Arbitral estará facultada para solicitar la declaración de extinción de la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el artículo 27 de referido Cuerpo Legal, dentro de las cuales se encuentra el incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario.

El pronunciamiento de la Honorable Comisión Arbitral no condenará perjuicios en favor o en contra de ninguna de las partes del contrato, por lo que mal podría reservarse a una de ellas el derecho de discutirse sólo su monto, cuando no existe una sentencia judicial que haya condenado al pago de los mismos.

VII.- ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

1. “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa” reconoce no haber constituido la Garantía de Construcción dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión.
2. Dicho infracción, de conformidad con las Bases de Licitación y Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, es causal de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.
3. En tal sentido, “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa” no se opone a la solicitud de incumplimiento grave de sus obligaciones solicitada por el Ministerio de Obras Públicas.

- 174
4. No obstante lo anteriormente señalado, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa" viene en hacer presente, para todos los efectos legales y contractuales que correspondan, que la no entrega de la Garantía de Construcción en la forma y condiciones establecidas en las Bases de Licitación, obedece a hechos y situaciones no imputables a ella ni de su responsabilidad.
 5. Dado lo anteriormente expuesto, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa" viene en hacer presente que ejercerá ante esta Honorable Comisión Arbitral todas las demandas y acciones que le puedan corresponder, con el objeto de resarcirse de los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia de los hechos antes señalados, en los cuales no le ha cabido ninguna responsabilidad y que lo han puesto en la imposibilidad de cumplir el contrato de concesión de la especie.
 6. Sin perjuicio de lo señalado en el Primer Otrosí, "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa" hace expresa reserva de todos los derechos y acciones que le puedan corresponder derivados directa o indirectamente del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa"

POR TANTO: atendido el mérito de lo expuesto, documentos acompañados, artículos 27 N°3, 28, 30 y 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, y demás disposiciones legales, reglamentarias y contractuales citadas y que fueren pertinentes.

A LA HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL RUTA DEL LOA PEDIMOS: tener por contestada la solicitud de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria interpuesta por el Ministerio de Obras Públicas, y en definitiva declarar:

- Que "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa" incurrió en incumplimiento grave del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del

Loa”, al no haber constituido en los plazos definidos en el Contrato de Concesión la Garantía de Construcción, en los términos expuestos en esta presentación.

- Que se rechaza la solicitud de reserva efectuada por el Ministerio de Obras Públicas, por los perjuicios que habría sufrido el Estado de Chile por la declaración de incumplimiento grave.
- Que las costas se paguen por mitades, teniendo en consideración que ha existido motivo plausible para litigar.

PRIMER OTROSI: “Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.” hace expresa reserva de todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder derivados de la interpretación o aplicación del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa” efectuada por el Ministerio de Obras Públicas, como asimismo, de la ejecución del referido contrato verificada por dicha Secretaria de Estado. En particular, y sin que esta enunciación sea taxativa, hace expresa reserva de todos los derechos y acciones que le puedan corresponder derivados de la dilación de la adjudicación del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa”.

SEGUNDO OTROSI: Al igual que el Ministerio de Obras Públicas venimos en solicitar a la Honorable Comisión Arbitral disponga la resolución inmediata de esta presentación en consideración del interés público comprometido, además, de evitar mayores perjuicios a los ya sufridos por esta Sociedad Concesionaria. Hacemos presente que hemos reconocido el incumplimiento grave de la obligación de la Sociedad Concesionaria solicitado por el Ministerio de Obras Públicas, en los términos y condiciones detallados en el cuerpo de este escrito, razón por la cual no existe motivo ni causa para no declarar de manera inmediata dicho incumplimiento. Dado el acuerdo que existe entre las partes sobre esta materia, solicito que para todos los efectos legales y contractuales se fije como fecha de declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, la fecha de presentación de este documento.

TERCER OTROSI: Hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que el poder de don JOAQUIN DEL CERRO ALDEA y JOSE DE HARO ANDREU para representar a la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." consta en escritura pública de fecha 24 de junio de 2014, otorgada en la Notaria del señor Felix Jara Cadot, a la cual fue reducida el Acta de Primera Sesión de Directorio de la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.". Copia autorizada de dicha escritura pública se encuentra acompañada a la Honorable Comisión Arbitral, tal como consta en resolución fecha 10 de abril de 2015, razón por la cual no se acompaña a esta presentación.

CUARTO 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 contestación.

QUINTO OTROSI: En este acto venimos en designar abogados patrocinantes y conferir poder al abogado señor Rafael Ibarra Coronado, cédula nacional de identidad N°10.333.594-9, correo electrónico ric@ibarraasociados.cl, teléfono N° 222456969, domiciliado para estos efectos en Avenida El Bosque Norte 0123, oficina N°1503, Las Condes, Santiago, y al abogado señor Jorge Norambuena Hernández, cédula nacional de identidad 7.563.123-5 correo electrónico jnorambuena@dpycia.cl, teléfono N° 222438073, domiciliado para estos efectos en Avda. Lib. B. O'Higgins 949 of. 1202 Santiago, quienes podrán actuar separada o conjuntamente y firman al final de esta presentación en señal de aceptación.


7.563.123-5

Ibarra
10.333.594-9

23.376.642-9


24.467.132-2