

C.A. de Santiago

Santiago, doce de junio de dos mil dieciocho.

Al folio N° 3: por cumplido lo ordenado con fecha cuatro de junio y a sus antecedentes.

Proveyendo al folio N°1: A lo principal, téngase por interpuesto el recurso, informe el señor Juez recurrido dentro de octavo día, además de remitir copia de la constancia de haberse dado cumplimiento al emplazamiento establecido en la letra b) del artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales. **Sirva la presente reoslución como suficiente y atento ofico remisor**; Al primer y segundo otrosí, a sus antecedentes. Al tercer otrosí, téngase presente en la vista de la causa. Al cuarto otrosí, téngase presente.

N°Civil-6353-2018. (rvsl)

En Santiago, doce de junio de dos mil dieciocho, autorizo la resolución que antecede, la que se notifica por el estado diario con esta fecha.

LEOPOLDO ANDRES LLANOS
SAGRISTA
Ministro
Fecha: 12/06/2018 12:12:48

JAIME BALMACEDA ERRAZURIZ
Ministro
Fecha: 12/06/2018 12:12:49

JUAN ANTONIO POBLETE MENDEZ
Ministro
Fecha: 12/06/2018 12:12:49



Pronunciado por la Sala Cuenta de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Leopoldo Andres Llanos S., Jaime Balmaceda E., Juan Antonio Poblete M. Santiago, doce de junio de dos mil dieciocho.

En Santiago, a doce de junio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de mayo de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE QUEJA. - EN EL PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA CERTIFICADO. - EN EL SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA COPIA DEL FALLO RECURRIDO. - EN EL TERCER OTROSÍ: SE TRAIGA A LA VISTA EL EXPEDIENTE.- EN EL CUARTO OTROSÍ: SE TENGA PRESENTE. -

ILUSTRÍSIMA
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

MATIAS DANERI BASCUÑAN, abogado, domiciliado en Santiago, calle Miraflores 178 piso 11, por la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A., con domicilio en Alcántara N°44, Piso 5, Comuna de Las Condes, Región Metropolitana, demandante en los autos arbitrales seguidos ante el Tribunal Arbitral Mixto establecido en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, Comisión Arbitral del Contrato "Concesión Vial Rutas del Loa", caratulados, "**SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSE RUTAS DEL LOA S.A. con FISCO DE CHILE MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS**" Rol 001-2016, sobre Reembolso de conformidad artículo 28 Ley Concesiones a S.S. Ilustrísima con respeto digo:

Que en representación de la "Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.", dentro del plazo y en la forma dispuesta en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y, en el respectivo Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema, vengo en interponer recurso de queja en contra de los miembros de la Comisión Arbitral del Contrato "Concesión Vial Rutas del Loa", que conocieron y fallaron en la calidad de árbitros mixtos, Sr. Ricardo Jungmann Davies, Abogado, Presidente de la Comisión; Mario Barrientos Ossa, Abogado, y Carlos Mercado Herreros, Ingeniero, todos miembros titulares de la referida Comisión, por las graves faltas y abusos cometidos al dictar la sentencia definitiva de única instancia, de fecha 18 de mayo de 2018, notificada a la parte que represento con fecha 24 de mayo del mismo año, escrita a fojas 467 a 487, en aquella parte que no acoge el reembolso del pago de UF 43.000 hecho por mi representada al MOP por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, en los autos arbitrales caratulados "Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A. con Fisco de Chile, Ministerio de Obras Públicas".

En efecto, los referidos miembros de la Comisión Arbitral, en su sentencia definitiva, han incurrido en graves faltas y abusos en aquella parte que no acoge la petición de reembolso de UF. 43.000 por pagos hechos por mi representada al Ministerio de Obras Públicas (en adelante e indistintamente "MOP"), por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, y que constituye una inversión necesaria para la prestación del servicio en los términos previstos en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Hacemos presente que de conformidad con el artículo 36 bis¹ de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en contra de la sentencia definitiva dictada por la H. Comisión Arbitral no procede recurso alguno.

Hacemos también presente que el Tribunal Arbitral que ha dictado el fallo, es un tribunal mixto, esto es, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo de conformidad al artículo ya citado².

Los fundamentos del recurso son los siguientes:

I. ANTECEDENTES

En primer término, a fin de contextualizar el fallo pronunciado por los árbitros contra los cuales se recurre, resulta necesario hacer una breve reseña del contrato de concesión a que se refiere el presente conflicto y de la controversia sometida al conocimiento de los árbitros recurridos.

Con fecha 27 de agosto de 2013, mediante Decreto Supremo N°249, el Estado de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas, adjudicó el Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" al Grupo Licitante denominado "Consortio Vial Anto-Andino", conformado por las empresas: "Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada" e "Inversiones Viales Andina Limitada", el cual fue tomado razón por la Contraloría General de la República con fecha 10 de abril de 2014 y publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de abril de 2014.

Con fecha 23 de marzo de 2015, el Ministerio de Obras Públicas solicitó a la Honorable Comisión Arbitral establecida en el contrato, declarar el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la extinción de la concesión, la cual fue efectivamente declarada con fecha 22 de junio de 2015.

¹ Artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno".

² Artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "La Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, admitiendo además de los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, cualquier otro medio, indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. La Comisión tendrá un plazo de 60 días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado".

Con fecha 9 de noviembre de 2015, y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 28, inciso 3^o de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por Resolución DGOP (E) N°4764, el Ministerio de Obras Públicas declaró la no licitación pública del contrato de concesión denominado "Concesión Vial Rutas del Loa" por el plazo que le reste, resolución que fue publicada en el Diario Oficial con fecha 17 de noviembre de 2015.

Con fecha 22 de febrero de 2016 la "Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.", realiza presentación al Panel Técnico⁴ previsto en el artículo 36 de la Ley de Concesiones solicitando la fijación de monto que el Ministerio de Obras Públicas debe pagar a la Sociedad Concesionaria de conformidad con el artículo 28, inciso 5^o, de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Con fecha 7 de abril de 2016, el Panel Técnico de Concesiones, después del procedimiento de rigor, efectuó la siguiente recomendación: ***"Que del análisis técnico y económico contenido en los párrafos anteriores y considerando sus fundamentos lógicos y normativos, recomienda que el MOP pague a la Sociedad Concesionaria por concepto de valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a la tales inversiones, debidamente acreditados, la suma de UF 127.865.-, más los intereses correspondientes según lo establecido en el artículo 1.12.5 de las BALI, sin perjuicio del eventual ajuste que procede de acuerdo al punto 11.3.3 de esta Recomendación"***.

Es decir, el mencionado Panel Técnico, acogió la solicitud de la Sociedad Concesionaria y recomendó al Ministerio de Obras Públicas pagar a la Sociedad Concesionaria por concepto de inversiones necesaria para la prestación del servicio la suma de UF 127.865, más los intereses correspondientes según lo establecido en el Contrato de Concesión.

³ "Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste".

⁴ Artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas".

⁵ "Si se determinare no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo, deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago".

Dentro de la suma antes señalada, el Panel Técnico de Concesiones recomendó el reembolso del pago por concepto de administración y control del contrato de concesión que había efectuado la Sociedad Concesionaria.

II. DEMANDA ARBITRAL

Atendido a que el MOP, no tomó en consideración la recomendación del Panel Técnico, con fecha 16 de abril de 2016, la Sociedad Concesionaria deduce la reclamación correspondiente ante la Comisión Arbitral del contrato, para obtener el reembolso de las inversiones necesarias para la prestación del servicio efectuadas por mi representada, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

El mencionado artículo señala que el Ministerio de Obras Públicas deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

La extinción del contrato de concesión se verificó en el mes 14, contado desde la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación y el valor total de las inversiones que debían ser reembolsados a la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.", según su concepto, ascienden a la suma de **UF 177.467,08**, más los intereses que correspondan de conformidad con el artículo 1.12.5 las Bases de Licitación, y se desglosan, en parte y en lo que concierne al presente recurso, de la siguiente manera:

Concepto	Monto (UF)
Pago al Postulante por Reembolso de Estudios, según artículo 1.12.2.2 de las Bases de Licitación	79.758
Conservación y Mantenimiento de la Infraestructura Preexistente, según artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación	15.210,18
Pagos al Estado por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, según artículo 1.12.2.1.1 de las Bases de Licitación	43.000

III. SENTENCIA ARBITRAL

La sentencia definitiva dictada, acoge parcialmente la demanda en cuanto ordena el pago por los conceptos de: (i) Pago al Postulante por Reembolso de Estudios y; (ii) Conservación y Mantenimiento de la Infraestructura Preexistente.

La sentencia no acogió el pago por los siguientes conceptos: (i) Pagos al Estado por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, según artículo 1.12.2.1.1 de las Bases de Licitación; (ii) Proyecto de Ingeniería, según artículo 1.9.1.2 de las Bases de Licitación; (iii) Seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros y Seguro por Catástrofe durante la Etapa de Construcción, según artículos 1.8.15 y 1.8.16 de las Bases de Licitación; (iv) Instalación de Faenas y Equipamiento del Inspector Fiscal, según artículo 1.9.2.5 de las Bases de Licitación; (v) Deloitte Auditores y Consultores Ltda., y; (vi) Gastos Generales

En lo relativo al pago por concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, el considerando Décimo Séptimo señala:

"De conformidad con el artículo 1.12.2.1.1. de las BALI, cuyo epígrafe es; "Pagos al Estado por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión", el concesionario deberá pagar, durante la Etapa de Construcción definida en el artículo 1.9.2 de las mismas bases, la suma de 129.000 U.F. en tres cuotas iguales de 43.000 U.F. cada una, en las condiciones establecidas en el texto en comento.

Las BALI no definen en detalle el destino de tal dinero, salvo en cuanto se refiere a que se pagan "por concepto de administración y control del contrato".

Sin embargo, atendida la remisión al artículo 1.9.2 de las mismas BALI es dable comprobar que dicha preceptiva, bajo el epígrafe "1.9.2 Fase de Construcción", contempla a los menos siete ítem, enteramente atinentes a la ejecución de las obras, de entero cargo del concesionario, contemplando diversos planes y programas que debe someter a la aprobación del Inspector Fiscal de construcción.

Los pagos que el concesionario debe hacer, entonces, tienen como objetivo financiar todo el proceso administrativo y de control, en cuanto al recto cumplimiento de las obligaciones que las BALI le imponen en la etapa de construcción.

El incumplimiento, conforme el acápite final de señalada disposición, establece que "hará incurrir a la SC en la multa que se establezca según el

artículo 1.8.11 de las presentes Bases de Licitación". Es decir, no produce un efecto de mayor relevancia.

Consta de autos que el concesionario pagó solo la primera de las tres cuotas estipuladas, y atendido que el contrato feneció por incumplimiento, sin haberse hecho construcción alguna, solicita su entera devolución.

Analizada la naturaleza de tal pago, esta Comisión entiende que por ser destinado al financiamiento del rodaje administrativo y de control del contrato, solo hay una relación indirecta entre el pago y las prestaciones del servicio, y no la relación directa que hemos establecido en considerandos anteriores como requisito indispensable para la calificación pedida.

La normativa, antes reseñada, claramente dispone que la SC debe hacer a su entero cargo todas las inversiones operacionales, que son las contenidas en las etapas que establece y regula, y que el pago que nos ocupa financia la labor del Estado en su rol de control, para ejecutar el cual debe gastar en aspectos netamente administrativos.

Se trata, por tanto, de pagos y no de inversiones.

Por las razones anotadas, esta Comisión concluye que estos pagos no cabe incluirlos dentro de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, por lo cual no se dará lugar en esta parte a lo pedido por la SC."

Lo anterior constituye una falta o abuso que debe ser enmendado por la vía del presente recurso de queja.

IV) FALTAS Y ABUSOS COMETIDAS POR LOS JUECES RECURRIDOS AL DICTAR SENTENCIA EN AQUELLA PARTE EN QUE NO DA LUGAR AL REEMBOLSO DEL PAGO DE UF 43.000 HECHO POR MI PARTE AL MOP POR CONCEPTO DE ADMINISTRACION Y CONTROL DEL CONTRATO DE CONCESION.

1. Cometan falta y abuso grave los Árbitros de la Comisión Arbitral del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa" al no dar lugar al reembolso del pago de UF 43.000 hecho por mi parte al MOP, por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, aduciendo que no se trata de una inversión necesaria para la prestación del servicio ya que solo "hay una relación indirecta entre el pago y las prestaciones del servicio".

En primer lugar, se debe tener presente que la sentencia da por acreditado tres hechos que son relevantes a la hora de fallar este recurso:

- a) Que los desembolsos hechos por la Sociedad Concesionaria y cuyo reembolso han solicitado se encuentran acreditados suficientemente

(considerando tercero del fallo). Sobre el particular el considerando tercero del fallo señala: *“Asimismo, esta Comisión Arbitral desea dejar establecido que los desembolsos hechos por la SC, cuyo reembolso se pretende, se encuentran acreditados suficientemente”*.

- b) Que el monto de los desembolsos efectuados por la Sociedad Concesionaria no ha sido impugnado ni cuestionado por el MOP y fueron aceptados por el Panel Técnico. El mismo considerando antes señalado indica: *“En efecto, en cuanto a su monto, no han sido impugnados o cuestionados por el MOP, y también fueron aceptados por el Panel Técnico, por lo cual, observando la prueba rendida, apreciada según las reglas de la sana crítica, este Tribunal estima que no cabe discusión en cuanto a su monto,...”*.
- c) Que el Panel Técnico que contempla el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, una vez conocida la controversia, recomendó el reembolso de UF 127.865.

Sobre la base de los hechos acreditados, que se han señalado, la Comisión Arbitral procede a analizar si los ítems cuyo reembolso se solicita constituyen o no una inversión necesaria para la prestación del servicio de acuerdo con lo que dispone el artículo 28 de la Ley de Concesiones, concluyendo de forma abusiva, y sin mayor justificación, que el pago de UF 43.000 efectuado por mi representada no tendría esta calidad y por ende niega su reembolso.

2. Que, resulta útil al efecto del análisis transcribir, en la parte pertinente, el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas el cual expresa:

“Artículo 28.- *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.*

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.

Dentro del plazo de 120 días, contado desde la declaración del incumplimiento grave, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste.

El proceso de licitación, en caso que se optare por ella, deberá efectuarse dentro del plazo de 90 días desde que se determine que se relicitará el contrato, y el monto recaudado producto de ella será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo. Las bases de la licitación deberán establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original, salvo que, mediante pronunciamiento del Consejo de Concesiones, y en virtud de nuevos antecedentes, dichos requisitos se revelen insuficientes para acometer la obra. En el primer llamado a licitación, el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario. A falta de interesados se efectuará una segunda licitación, sin mínimo, en un plazo de 90 días desde que se haya declarado desierta la primera licitación.

Si se determinare no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo, deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago. El monto del pago será fijado por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se haya determinado la no relicitación del contrato. A falta de acuerdo, total o parcial, la determinación del monto controvertido del pago será llevado a la recomendación del Panel Técnico establecido en el artículo 36, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo. Si la recomendación no fuese acogida por las partes, el monto será fijado por la Comisión Arbitral, conforme al procedimiento del artículo 36 bis, siempre que el concesionario requiera por escrito su intervención dentro de un plazo de 10 días contados desde la notificación de la recomendación del Panel Técnico.”

La Comisión Arbitral sobre la base de lo dispuesto en la norma antes transcrita y los hechos acreditados señalados en el considerando tercero, realiza un análisis de lo que se entiende por “inversión necesaria para la prestación del servicio”, llegando a la conclusión, luego de diversas apreciaciones sobre el derecho español, que los pagos efectuados por mi parte al MOP por concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, no constituyen una inversión, porque la Comisión entiende que solo hay una relación indirecta entre el pago y

las prestaciones del servicio, y no una relación directa. Agrega que la Sociedad Concesionaria debe hacer a su entero cargo todas las inversiones operacionales, y que el pago cuyo reembolso se solicita, solo financia la labor del Estado en su rol de control, para "ejecutar el cual debe gastar en aspectos netamente administrativos" (sic)

Concluye entonces que se trata de pagos y no de inversiones, por lo cual no da lugar a su reembolso.

3.- FALLO CONTRA LEY EXPRESA.

Los jueces árbitros recurridos fallan en contra de ley expresa. En efecto la propia ley 19.460, que establece modificaciones al sistema de concesiones, en su artículo 3°, modifica la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824, de 1974 expresando que:

"1. Agréganse en el artículo 15, los siguientes incisos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo, nuevos:

"Tratándose de los contratos de construcción de obras de uso público cuyo precio se pague con la concesión temporal de la explotación de la obra, el ingreso respectivo se entenderá devengado en el ejercicio en que se inicie su explotación y será equivalente al costo de construcción de la misma, representado por las partidas y desembolsos que digan relación a la construcción de ella, tales como mano de obra, materiales, utilización de servicios, gastos financieros y subcontratación por administración o suma alzada de la construcción de la totalidad o parte de la obra."

En efecto el costo de construcción de obras públicas cuyo precio se paga con la concesión temporal de su explotación, lo constituyen las diversas partidas, como son mano de obras, maquinarias, materiales (las tres más relevantes), utilización de servicios, suministros, gastos financieros, expropiaciones, pagos por utilización de infraestructura preexistente, administración del contrato, todos ellos son costos ineludibles para ejecutar la obra pública y por ende son necesarios para la prestación del servicio.

Así lo entiende el propio Ministerio de Obras Públicas y se encuentra acreditado en autos. En efecto, se acompañó como prueba instrumental la factura N°1 de la Sociedad Concesionaria por el servicio de construcción del periodo junio-septiembre de 2015. A ella se acompaña el documento denominado "Informe de Construcción N°01, Concesión Rutas del Loa, Período Junio 2014 a Septiembre de 2014", donde en su Anexo 2, denominado "Desglose Inversión por

Periodo (UF)", el Ministerio de Obras Públicas considera expresamente como inversión los pagos de la Sociedad Concesionaria al MOP, dentro de los cuales se encuentra el pago Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión (dado los tiempos que abarca la factura y la fecha que debía efectuarse el pago por este concepto, el monto aparece en cero) .

Así lo determinó el Panel Técnico (formado por abogados, ingenieros y economistas), que si aplica la ley citada.

Es la propia ley la que ha determinado que el ingreso respectivo es equivalente al costo de construcción, considerándose todas las partidas del contrato. Lo anterior es evidente pues el inversionista para analizar la rentabilidad del proyecto de inversión, como es la concesión de una carretera, debe considerar todos los costos en que debe incurrir, y así lo exigirán los financistas de la obra.

Si el inversionista solo considera como costos la ingeniería, obras civiles y otros costos del proceso constructivo, tendría una errada visión de la rentabilidad del proyecto, puesto que requiere otros desembolsos, como pagos de estudios a postulantes privados, pagos al Estado, etc.

Por otra parte, se debe considerar que la Sociedad Concesionaria tiene un objeto único⁶, cual es, la "ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada Concesión Rutas de Loa", por lo que, todo gasto está asociado a la ejecución del proyecto y de otro modo no se habría ejecutado. Por lo que siempre es necesario para la prestación del servicio.

Eso es precisamente lo que recoge el legislador en el artículo 3° de la Ley citada, dándole certeza jurídica respecto a la inversión a la Sociedad Concesionaria.

Las bases de licitación (1.12.2.1.1.) obligan a la Sociedad Concesionaria a realizar el pago de UF 43.000 (una de tres cuotas) por concepto de "Pagos al Estado por Concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión", es decir para la Sociedad Concesionaria es un pago ineludible, obligatorio y esencial para dar cumplimiento al contrato, por lo que en el análisis de su inversión y de la rentabilidad esperada, debe considerarse dicho monto.

⁶ Artículo 9 letra a) Ley de Concesiones de Obras Públicas: "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".

Lo anterior es suficiente para concluir que la Comisión, que por mandato legal, debe fallar conforme a derecho, ha cometido una grave falta.

4.- A mayor abundamiento, y no obstante lo señalado en el numeral precedente, de seguir la interpretación de la Comisión Arbitral, nos encontraríamos frente a una situación que resulta a lo menos absurda.

En efecto de acuerdo con el artículo 28 ya transcrito, en su parte pertinente, si el Estado decide (decisión en la cual la Sociedad Concesionaria no tiene arte ni parte) licitar por el período que reste de la concesión, todo el producto que se obtenga de la subasta va a la Sociedad Concesionaria, independientemente de la inversión en que haya incurrido.

En cambio, si el Estado decide no licitar, la situación de la Sociedad Concesionaria, empeoraría, no por una decisión propia, sino que por una decisión exclusiva del propio Estado. Es decir, la Sociedad Concesionaria cargaría con el costo de una mala decisión del Estado.

5.- Ahora bien, ¿cuál es el gasto en que incurre el Estado en su labor de control de la ejecución del contrato, para seguir los términos que usa la Comisión?

No es otro que el financiamiento de la Asesoría a la Inspección Fiscal, que se contrata en virtud del DS N°48, de 1994, Reglamento Para Contratación De Trabajos De Consultoría ,Del Ministerio De Obras Públicas. Así lo declara expresamente el Ministerio Obras Públicas en su escrito de contestación donde hace referencia a la contratación de una empresa de ingeniería destinada a la asesoría del Inspector Fiscal.

Esta asesoría se realiza por empresas de ingeniería independientes que prestan asesoría al Inspector Fiscal del contrato (funcionario público designado por el MOP) en toda la etapa construcción.

La función del Inspector Fiscal definida en el Reglamento de Concesiones y el Contrato de Concesión es esencial para la ejecución del contrato y sin ella, la misma no puede llevarse a cabo. Del mismo modo, resulta imposible para el Inspector Fiscal desarrollar sus funciones sin la correspondiente Asesoría.

El artículo 39 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, señala las funciones de este funcionario son las siguientes:

- a) Inspeccionar y aprobar los diseños, planos, estudios y especificaciones del proyecto;
- b) Fiscalizar el cumplimiento de las especificaciones y normas técnicas sobre la construcción de las obras;
- c) Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo propuesto por la sociedad concesionaria;
- d) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de seguridad;
- e) Fiscalizar el cumplimiento de las normas de calidad;
- f) Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite en relación a la gestión de la concesión durante la etapa de construcción;
- g) Revisar la Información estadística entregada por la sociedad concesionaria;
- h) Proponer al Director respectivo compensaciones o realización de obras adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del presente Reglamento.
- i) Entregar los terrenos necesarios para la construcción de las obras, previstos en las bases de licitación, con la debida anotación en el Libro de Obra.
- j) Proponer la aplicación de las multas que correspondan, en virtud del contrato de concesión.
- k) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables y administrativos y, en general, cualesquiera otros que emanen de los documentos del contrato.
- l) Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión.
- m) Revisar y proponer al Director respectivo la aprobación del Reglamento de Servicio de la Obra.
- n) Cualesquiera otras establecidas en las bases de licitación

Para ejecutar estas funciones, imprescindibles e indispensables para la ejecución de las obras en la etapa de construcción, el Inspector Fiscal requiere de una empresa de ingeniería que lo asesore durante los tres años, que en este caso duraba la ejecución de las obras, y ello lo financia el MOP, con los pagos realizados por la Sociedad Concesionaria.

De manera que también este argumento de la Comisión no es correcto jurídicamente, toda vez que, lo que ella refiere como "destinado al financiamiento del rodaje administrativo y de control del contrato", conlleva la realización de todas las actividades necesarias para que, de acuerdo al contrato de concesión, la Inspección Fiscal pueda llevar adelante su función, y en consecuencia, se materialice la ejecución del contrato de concesión en los términos contratados.

Es decir, a diferencia de lo señalado por la Comisión Arbitral en su fallo, existe una relación directa entre el pago y la prestación del servicio.

6. ¿A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 28 CON INVERSIONES NECESARIAS?

Quedando claro que es la propia ley la que señala que se considera inversión en materia de concesiones, es claro también, que el legislador no consideró correcto que se tome en cuenta la ineficiencia al momento del reembolso de la inversión, por lo que la limita a aquella necesaria para la prestación del servicio, dejando sin reembolso toda aquella inversión o gasto derivado de la ineficiencia de la Sociedad Concesionaria, como sobre costos, mala gestión, malos rendimientos, mala construcción, etc.

Ahora bien, en este caso estamos frente a un pago exigido por las bases de licitación (cláusula 1.12.2.1.1) UF 43.000, cuyo pago se encuentra acreditado, por lo que no cabe la discusión de si corresponde a una ineficiencia o no, lo exige el propio Estado.

7.- En consecuencia, estamos frente a un pago exigido por el Estado, necesario para ejecutar el proyecto, que forma parte del proyecto de inversión y que de acuerdo con la ley se considera como costo de construcción, por lo que cabe dentro del reembolso a que se refiere el artículo 28 de la Ley de Concesiones.

Se debe tener en consideración que fue el propio Estado quien tomó la decisión de no licitar, para lo cual hizo un detenido análisis de la mejor conveniencia para los intereses fiscales, eligiendo el reembolso correspondiente.

Por último, el Estado, en este caso, ha cursado multas cuantiosas y ha hecho efectivas las boletas de garantía del contrato, y ahora pretende, sin causa legítima, mantener un pago (UF 43.000) que carece de causa, lo que, con evidente falta o abuso ha determinado la Comisión Arbitral, integrada por los jueces recurridos. Dejamos constancia que se trata de un reembolso de montos pagados por esta Sociedad Concesionaria, por lo que constituye un egreso del patrimonio fiscal.

POR TANTO, conforme lo expuesto, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y fallo de los Recursos de Queja.

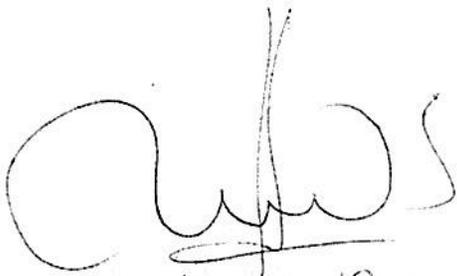
RUEGO A US. ILTMA. se sirva tener por interpuesto en tiempo y forma recurso de queja en contra de los jueces árbitros don Ricardo Jungmann Davies, abogado, Presidente de la Comisión; Mario Barrientos Ossa, Abogado y Carlos Mercado Herrero, Ingeniero, miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado "Concesión Vial Rutas del Loa" por las faltas o abusos por ellos cometidas al dictar sentencia definitiva de única instancia de fecha 18 de mayo de 2017, notificada a la parte que represento, el día 24 de mayo del mismo año, la que rola de fojas 467 a 489, en aquella parte que niega el reembolso del pago de UF 43.000 hecho por mi representada al MOP por concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión, admitirlo a tramitación, y en definitiva acogerlo, determinando las medidas conducentes a remediar y corregir las faltas y abusos graves y manifiestos que se han cometido en la dictación del fallo y que agravan a este recurrente, dejando sin efecto la sentencia solo en cuanto no hace lugar el reembolso del pago de UF 43.000 hecho por mi representada al MOP por concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión y en su lugar declarar que se acoge el reembolso del referido pago.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase S.S. Iltma., en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, tener por acompañado el certificado original emitido por el secretario de la Comisión Arbitral, Sr. Héctor Vilchez Ruiz, en el que se da cuenta de cada una de las consignaciones exigidas en el citado artículo. Se acompaña además copia del escrito por el cual se solicitó la certificación.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase US. Iltma., tener por acompañada copia del fallo que motiva el presente recurso, dictado con fecha 18 de mayo de 2018, por la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión denominado "Concesión Vial Rutas del Loa".

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S. Iltma. ordenar se traiga a la vista el expediente en que incide el presente recurso.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase US. Iltma. tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado, patrocino personalmente este recurso de queja.



13.853189-0