

24.09.2015
12:15 HRS.

63



RESUMEN EJECUTIVO

Que dando cumplimiento a la norma de procedimiento número 22 de las normas procesales refundidas de esta Comisión Arbitral, venimos en este acto en presentar a la H Comisión Arbitral el resumen ejecutivo de nuestro reclamo formulado en contra de las Resoluciones DGOP N° 5304, de 30 de diciembre de 2014, rectificadas por Resolución DGOP N° 98, de 14 de enero de 2015, por las cuales se aplicaron a mi representada 85 multas de 100 Unidades Tributarias Mensuales (en adelante UTM) cada una, por el incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción por el período comprendido entre 27 de julio de 2014 y el día 20 de octubre de 2014 y del Reclamo contra la Resolución DGOP N° 390, de 28 de enero de 2015, por la cual se aplicaron a mi representada 64 multas de 150 Unidades Tributarias Mensuales cada una, por el mismo hecho señalado en las dos resoluciones administrativas referidas, pero comprendiendo el periodo de tiempo transcurrido entre 21 de octubre de 2014 y el 23 de diciembre de 2014, todas ellas dictadas por la autoridad competente del Ministerio de Obras Públicas en el marco del contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa".

I.- CONSIDERACIONES DE HECHO

A.- Actuaciones ejecutadas por el Estado de Chile Ministerio de Obras Públicas

1. El 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".
2. El 13 de junio de 2012 se dictó la Resolución DGOP N°116, que aprobó las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones y la Circular Aclaratoria N°1 y la Resolución DGOP N°135, que aprobó la Circular Aclaratoria N°2 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones.

3. El 4 de septiembre de 2012 se dictó la Resolución DGOP N°180, que aprobó la Circular Aclaratoria N°3 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones.
4. El 7 de septiembre de 2012 se dictó la Resolución (E) DGOP N°4146, que aprobó la Circular Aclaratoria N°4 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones.
5. El 22 de octubre de 2012 se dictó la Resolución DGOP N°218, que aprobó la Circular Aclaratoria N°5 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones.
6. El 21 de noviembre de 2012 se dictó la Resolución DGOP N°233, que aprobó la Circular Aclaratoria N°6 de las Bases de Licitación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Ruta del Loa" a ejecutar por el sistema de concesiones.
7. El 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".
8. El 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".
9. El 8 de febrero de 2013 el Ministerio de Obras Públicas emitió el Acta de Adjudicación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa", a ejecutar por el sistema de concesiones, por la cual se declaró la intención de adjudicar dicha concesión al Grupo Licitante "Consortio Vial Anto-Andina", conformado por las empresas "Inversiones Viales Andina Limitada" y "Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada". Junto con el Acta de Adjudicación, el Ministerio de Obras Públicas requirió la renovación de la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", por lo que se procedió a su renovación hasta el día 11 de junio de 2014.

- 65
10. El 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".
 11. El 10 de abril de 2014 la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto Supremo N°249, del Ministerio de Obras Públicas, por el cual se adjudicó el Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa", decreto que el 28 de abril de 2014 se publicó en el Diario Oficial.

B.- Desarrollo del Contrato de Concesión

Tal como se indicó precedentemente, el Estado de Chile a través del Ministerio de Obras Públicas, con fecha 27 de agosto de 2013, esto es, **264 días después de la recepción de las ofertas técnicas**, dictó el Decreto Supremo N°249, por 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", al Grupo Licitante denominado "Consortio Vial Anto-Andino", conformado por las empresas: "Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada" e "Inversiones Viales Andina Limitada". El referido Decreto Supremo de Adjudicación se publicó en el Diario Oficial con fecha 28 de abril de 2014, esto es, **508 días después de la recepción de las ofertas técnicas**, debiendo reiterarse que la fecha de tal publicación es el momento según la ley desde el cual se entiende perfeccionado el contrato de concesión.

En concordancia con lo anteriormente señalado, las Bases de Licitación, en su artículo 1.7.5, denominado "*Inicio del Plazo de la Concesión y de la Etapa de Construcción*", señalan que **el inicio del plazo de la concesión se contabilizará desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación** del Contrato de

66

Concesión. Se agrega que junto con el inicio del plazo de la concesión comienza la Etapa de Construcción.

El 20 de junio de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y las Bases de Licitación, y dentro del plazo establecido para ello, las empresas "Constructora e Inversiones SANJOSÉ Andina Limitada" e "Inversiones Viales Andina Limitada" constituyeron la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." con la cual se entendió celebrado el contrato de concesión.

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

El contrato de concesión de la especie, como la gran mayoría de los de su naturaleza, consideraba dos etapas. La primera denominada **Etapas de Construcción**, que se extendía entre la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación del Contrato de Concesión y la autorización de la primera Puesta en Servicio Provisoria de la Obra, y la segunda, denominada **Etapas de Explotación**, que comprendía desde la referida Puesta en Servicio Provisoria hasta el término de la concesión.

Para la elaboración y desarrollo de los Proyectos de Ingeniería Definitiva o de Detalle, la Sociedad Concesionaria contrató los servicios del "Consortio Euroconsult – Cicsa Rutas del Loa S.A.". En efecto, con fecha 10 de noviembre de 2014, la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A." y el "Consortio Euroconsult – Cicsa Rutas del Loa S.A." celebraron el contrato destinado a la ejecución de los estudios y trabajos necesarios para la correcta definición del proyecto constructivo.

Con fecha 27 de febrero de 2015, dentro del plazo establecido en las Bases de Licitación, la Sociedad Concesionaria hizo entrega del Proyecto Vial de la Ruta 25 Carmen Alto – Calama.

El 7 de julio de 2014, la Sociedad Concesionaria contrató los servicios de la empresa “Romina Scaff Ascencio Electrotek EIRL” destinados al mantenimiento y operación de la infraestructura preexistente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación, hizo entrega el Ministerio de Obras Públicas a la Sociedad Concesionaria.

Se debe hacer presente que la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” corresponde a una Iniciativa Privada declarada de interés público y aprobada por el Ministerio de Obras Públicas, cuyo Postulante fue la empresa SKANSKA LOA INVERSIONES LIMITADA., la que de conformidad al artículo 1.12.2.2 de las Bases de Licitación, recibió de la Sociedad Concesionaria la cantidad de UF 79.758 por concepto de los estudios que aquél desarrolló para el proyecto, pago que tuvo lugar el 30 de junio de 2014.

Otra de las obligaciones que la Concesionaria debía cumplir dentro de la Etapa de Construcción, era la entrega, dentro del plazo de 90 (noventa) días contados desde el inicio del plazo de la concesión y de la etapa de construcción, señalado en el artículo 1.7.5 de las Bases de Licitación, de la Garantía de Construcción para cada uno de los Sectores del Proyecto definidos en el artículo 1.3 de las mismas Bases de Licitación.

Teniendo en consideración que dichos hitos contractuales (inicio del plazo de la concesión y de la etapa de construcción) se verificaron el día 28 de abril de 2014, fecha en que se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo de Adjudicación de la presente Concesión, el plazo de 90 días que disponía la Sociedad Concesionaria para la entrega de la Garantía de Construcción **vencía día 27 de julio de 2014.**

A su vez, la Garantía de Construcción debía estar constituida por diez boletas de garantía bancarias de igual monto, o bien, por una póliza de seguro de garantía de ejecución inmediata para concesiones de obras públicas, pagaderas a la vista, emitidas en

Santiago de Chile por un Banco o Compañía de Seguros de la plaza, según correspondiera, a nombre del Director General de Obras Públicas y cuya glosa y/o materia asegurada debía ser la siguiente: *"Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones durante la Etapa de Construcción de la Obra Pública Fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa"*. El valor total de esta Garantía ascendía a la suma UF 325.000.- (trescientas veinticinco mil Unidades de Fomento), la que se distribuye en los dos sectores en que se encuentra dividido el contrato de concesión.

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

El fundamento de la petición formulada por la Concesionaria fue la excesiva dilación que presentó la adjudicación del presente contrato de concesión, la que recordemos fue de 508 días, situación que había afectado el desarrollo de otro contrato de concesión de obra de pública fiscal en el que participan las empresas que la conforman. Nos referimos al "Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria", que comprende los Hospitales de Maipú y La Florida.

El contrato de financiamiento de la concesión de la obra de pública fiscal denominada "Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria" era un Crédito Sindicado donde intervenían 8 entidades financieras, estas eran, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria BBVA, Itaú, Banco Estado, BICE, Scotiabank, Security, Corpbanca y Banco Consorcio. Dicho contrato consideraba como causal de incumplimiento la circunstancia de no obtener la Puesta en Servicio Definitiva de las Obras al día 30 de septiembre de 2014, situación que

era mirada con bastante preocupación por los financistas de la obra, dado el derrotero que estaban siguiendo dichos procesos en los Hospitales de Maipú y La Florida.

Esta situación condicionaba fuertemente la obtención de la Garantía de Construcción del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa", ya que las instituciones bancarias y financieras con las cuales se estaba trabajando en la obtención de la Garantía de Construcción, frente a este escenario, habían establecido condiciones extremadamente gravosas que eran imposibles de cumplir.

En efecto, si consideramos un plazo de 250 días en el proceso de Adjudicación -plazo superior al promedio observado en procesos de licitación similares en los últimos años-, según se detalla más adelante, nuestro contrato de concesión debió encontrarse perfeccionado en el mes de agosto del año 2013, y por ende, nuestra Garantía de Construcción debía ser entregada en el mes de diciembre del mismo año.

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

La respuesta del Ministerio de Obras Públicas carece de todo fundamento razonable y se aparta del imperativo constitucional y legal de brindar un trato igualitario a todos quienes se hallan participando dentro del sistema de concesiones de obras públicas.

El hecho de que la solicitud de la Concesionaria diere origen a una modificación contractual no constituye fundamento suficiente para su rechazo por la autoridad administrativa, si tenemos en consideración que en el mismo período el Ministerio de Obras Públicas se encontraba modificando diversos contratos de concesión, como son, a modo de ejemplo: Hospital de Antofagasta (modificado mediante Resolución DGOP N°2746, de 31 de julio de 2014), Infraestructura Penitenciaria Grupo II (modificado mediante DS MOP N°340, de 07 de julio de 2014), Aeropuerto Internacional Arturo

Merino Benítez de Santiago (modificado mediante Resolución DGOP N°4611, de 21 de noviembre de 2014), Aeropuerto Diego Aracena de Iquique (modificado mediante Resolución DGOP N°2501, de 11 de julio de 2014) y Alternativas de Acceso a Iquique (modificado mediante Resolución DGOP N°2020, de 10 de junio de 2014).

Pese a la negativa del Ministerio de Obras, y ante la imposibilidad de entregar la Garantía de Construcción en los términos exigidos en las Bases de Licitación, la Sociedad Concesionaria, el 25 de septiembre de 2014, esto es, estando vigente la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", en una manifestación más de su buena fe contractual, 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, y que 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".

Se hace presente que al 25 de septiembre de 2014, ya se había verificado y configurado la causal de Incumplimiento Grave del Contrato de Concesión que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva recién 179 días después, ante esta misma Comisión, además, de haberse configurado la causal por la cual dicha Secretaria de Estado hizo efectiva la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", 169 días después.

En efecto, con fecha 27 de julio de 2014 había vencido el plazo contractual para la entrega de la Garantía de Construcción, sin que ella hubiese sido entregada, y con fecha 25 de septiembre de 2014, ante la imposibilidad de entregar la referida Garantía, la Sociedad Concesionaria había optado por la renovación de la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta" mediante la entrega del correspondiente "Certificado de Prorroga Boleta de Garantía".

El 26 de septiembre de 2014, esto es, 60 días después del vencimiento del plazo previsto contractualmente para la entrega de la Garantía de Construcción, el Director

7

General de Obras Públicas notificó a la Sociedad Concesionaria el incumplimiento de la obligación de entrega de tal Garantía, señalando *“que se ha configurado la causal de incumplimiento grave del contrato consagrado en el numeral 1.11.2.3 letra f)”*. En razón de lo anterior, agregaba la comunicación, la Sociedad Concesionaria debía remitir al Director General de Obras Públicas un informe que contuviera las medidas que se implementarían para subsanar la falta señalada, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación y al artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

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

Se hace presente que pese a la obligación reglamentaria y contractual contenida en la letra d) antes señalada, el Director General de Obras Públicas nunca se pronunció sobre lo informado y solicitado por la Sociedad Concesionaria y, por ende, no fijó un plazo para la implementación de las medidas que podrían haberse desarrollado bajo la supervisión del Inspector Fiscal.

Con el sólo objeto de graficar a la Honorable Comisión el grave impacto patrimonial que esta decisión del Ministerio de Obras Públicas provocó a la Sociedad Concesionaria, habría que señalar que durante este período de tiempo (144 días: desde el 30 de octubre de 2014 al 23 de marzo de 2015) la referida Secretaría de Estado cursó **multas** a nuestra

representada por un total de **21.600 UTM (veintiún mil seiscientas Unidades de Fomento)**, esto es, más de un millón trescientos mil dólares de la divisa estadounidense.

El 22 de diciembre de 2014, esto es, estando vigente la "Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta", la Sociedad Concesionaria nuevamente entregó al Director General de Obras Públicas una prórroga de la misma, mediante el documento denominado "Certificado de Prórroga Boleta de Garantía", emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendió hasta el día 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".

El 30 de diciembre de 2014, por Resolución N°5304, el Director General de Obras Públicas impuso a la Sociedad Concesionaria 85 multas de 100 UTM cada una, por cada día de incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción durante el período 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. La referida resolución fue rectificada por la Resolución DGOP N°98, de 14 de enero de 2015, la cual fue notificada a nuestra representada con fecha 15 de enero de 2015, mediante anotación LDO N°017, del Libro de Obras de Construcción.

El 22 de enero de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimientos Administrativos, la Sociedad Concesionaria interpuso recurso de reposición y, en subsidio el recurso jerárquico, en contra de las Resoluciones DGOP N° 5304, de 2014 y N° 098, de 2015, solicitando expresamente la suspensión de sus efectos mientras no fueran resueltos los mismos recursos, petición que nunca fue proveída.

El 28 de enero de 2015, por Resolución N°390, el Director General de Obras Públicas impuso a la Sociedad Concesionaria 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. Dicha sanción fue notificada a mi representada con fecha 2 de febrero de 2015, mediante anotación LDO N°021, del Libro de Obras de Construcción.

El 9 de febrero de 2015 la Sociedad Concesionaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimientos Administrativos, interpuso recurso de reposición y jerárquico en subsidio, en contra de la Resolución DGOP N° 390, de 2015, solicitando expresamente la suspensión de sus efectos, petición que nunca fue proveída, al igual que la solicitada respecto de las resoluciones DGOP N°s 5304, de 2014 y 098, de 2015

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

El 23 de marzo de 2015, el Ministerio de Obras Públicas solicitó a esta Comisión declarar el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la extinción de la concesión, fundándose en el artículo 1.11.2, letra f), de las Bases de Licitación

El 6 de abril de 2015, en forma previa a la notificación de la solicitud de declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, ésta requirió formalmente al Ministerio de Obras Públicas que se dispusiese el término anticipado del contrato de concesión por mutuo acuerdo de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Dicha comunicación, H. Comisión, nunca fue respondida.

El 23 de abril de 2015 la Sociedad Concesionaria en nuevo acto de buena fe se allanó a la declaración de incumplimiento grave presentada por el Ministerio de Obras Públicas ante esta Comisión, pero haciendo 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" así como de su ejecución.

El 22 de junio de 2015, esta Comisión declaró que la Sociedad Concesionaria incurrió en incumplimiento grave del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominado "Concesión Vial Rutas del Loa", produciéndose la extinción de la concesión antes nombrada, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 N°3 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en relación con los preceptos de las Bases de Licitación, especialmente su artículo 1.11.2.3,1 letra f), siendo la referida declaración suficiente para tenerla por extinguida y dar curso al procedimiento administrativo que resulte pertinente, el cual, hasta la fecha, no se ha verificado.

II.- FUNDAMENTOS

Reconocemos que no existe una norma especial acerca de la extensión del plazo del proceso de licitación que culmina con la adjudicación del contrato de concesión de la especie. Así la respuesta que ha dado el Ministerio de Obras Públicas en Resolución DGOP N° 1682 de fecha 14 de abril de 2015, en el sentido de que no existe tal plazo y por ello rechaza sendos recursos de reposición interpuestos por mi parte, tiene una apariencia de legalidad objetiva. Pero como veremos es sólo una apariencia, ya que dicha respuesta no es consistente con la certeza jurídica que exige el ordenamiento jurídico en materia de determinación de los plazos dentro de los que han de cumplirse las obligaciones contractuales.

La actuación de los órganos de la administración del Estado se encuentra regida por el principio juridicidad (legalidad), el cual es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. Dicho principio se encuentra consagrado, fundamentalmente, en el artículos 6 ° y 7 ° de la Constitución Política de la República y en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –Ley N° 18.575-,

disposición esta última que señala que los órganos de la administración del Estado: *“Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”*.

Ahora bien, para la contratación de una concesión de obra pública se deben cumplir las exigencias que determinan o contemplan las leyes sectoriales especiales, como lo son: la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas (cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra aprobado por el DFL MOP N° 850, de 1997), la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto MOP N° 900, de 1996 y sus modificaciones) y su respectivo Reglamento (DS MOP N° 956, de 1997), esto es, se debe respetar su propia o particular regulación normativa, .

Sin embargo, no debe perderse de vista que a la concesión de las obras públicas fiscales también le son aplicables los principios generales de la contratación pública, entre éstos, el que obliga a que su contratación se realice mediante el procedimiento de propuesta o licitación pública, como lo establece el artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra aprobado por el DFL N° 1/19.653 y sus modificaciones).

Es ese el principio que luego recoge el mencionado artículo 87 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas. A su vez, como el de licitación es un procedimiento administrativo, también resulta pertinente tener presentes los principios y fases que al efecto contiene la legislación general y supletoria contenida en la Ley N° 19.880 (*“Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”*).

Ante la ausencia de norma expresa en uno u otro sentido, corresponde analizar si efectivamente estamos o no en presencia de un acto discrecional de la Administración.

La doctrina señala que *“Los actos administrativos discrecionales, tienen lugar cuando la ley deja a la administración, un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o*

76

no, o cómo debe obrar o que contenido debe darle a su actuación. Generalmente de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si se conceden a la autoridad facultades discrecionales”.

En consonancia con lo expresado por la doctrina recién citada, recordemos que una de las garantías constitucionales de mayor trascendencia para nuestro orden público económico es la prohibición que pesa sobre el Estado y sus organismos de tratar de manera arbitrariamente discriminatoria a las personas (artículo 19 Nº 22 de la Constitución Política de la República, que declara el derecho a todas las personas a no ser discriminadas arbitrariamente en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica).

Finalmente, el profesor Jorge Reyes Riveros, ha afirmado que la discrecionalidad no constituye excepción al principio de juridicidad, respecto del cual sostiene que *“es el escudo protector de las personas frente a los excesos y a la arbitrariedad de la autoridad”*. Es más, ni siquiera en el caso que la ley le otorgue al órgano administrativo una potestad amplia discrecional para emitir el pronunciamiento, éste se libera del deber de razonar su decisión o juicio. La ausencia de raciocinio en la respectiva resolución la hará caer en una arbitrariedad.

La jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República ha sido clara en delimitar las potestades discrecionales señalando que la dictación de actos administrativos que corresponden al ejercicio de esa clase de potestades exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la obligación jurídica en que se encuentra la Administración de motivar sus actos y que estos tengan un fundamento racional.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa también enseña que el acto administrativo está *“debidamente fundado”* cuando se refiere circunstanciadamente a sus causas –sus motivos o presupuestos de hecho previstos por el legislador-, no siendo suficiente que se haga referencia a una apreciación de índole general.

77

De la doctrina publicista y de la jurisprudencia administrativa expuestas, esta última que es vinculante para la Administración, el ejercicio de una potestad discrecional no exime a la autoridad del deber de señalar los fundamentos de su decisión y tampoco la libera de la obligación de actuar con razonabilidad, puesto que lo contrario lisa y llanamente constituye capricho o arbitrariedad, lo que está fuera del ordenamiento jurídico.

No hay que perder de vista para el análisis del conflicto de la especie, que una de las reglas generales del procedimiento administrativo la entrega el artículo 27 de la Ley N° 19.880: *"Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final"*. Este principio es sin duda alguna un buen parámetro para calificar la legitimidad y razonabilidad de la actuación del Ministerio de Obras Públicas en este caso, al desarrollar el procedimiento de propuesta pública para la contratación de la concesión de que se trata.

Conforme a lo razonado, sostener como lo ha hecho el Ministerio de Obras Públicas en el caso analizado, que la ausencia de una norma expresa que disponga un plazo para la dictación del decreto de adjudicación, constituiría una suerte de habilitación legal para actuar discrecionalmente y que, al mismo tiempo, ello impide a nuestra parte exigir que aquél se haga cargo de los efectos negativos que le provocó el tiempo que tal organismo público se tomó para concluir el procedimiento de licitación de la especie y también le impide a nuestra parte, a conocer las razones que la autoridad competente tuvo para demorar 508 días en concluir tal procedimiento, dictando la resolución de adjudicación, resulta desde toda perspectiva, contraria a las normas y principios jurídicos que operan en esta materia y a los que hemos hecho referencia.

En síntesis, si se entendiera que cuando la ley no indica plazo para concluir un trámite de un procedimiento, como ocurre con la dictación de la resolución de adjudicación de la concesión de obra pública de la especie, opera la discrecionalidad administrativa, en el sentido que la autoridad estaría facultada para decidir cuándo poner término al mismo

procedimiento, de todos modos, la misma autoridad que actuó debe dar razones acerca del tiempo que demoró en adoptar la decisión cuando ésta escapa a lo que ha sido su actuación normal o promedio. Nada de esto ha ocurrido en este caso. También debiera esa misma autoridad, hacerse cargo de los efectos negativos que provocó para el licitante interesado la demora en la conclusión del procedimiento.

Como ya hemos observado, no existe en la ley ni en las Bases de Licitación correspondientes al presente contrato de concesión de obra pública un plazo determinado dentro del cual la autoridad pública debía proceder a la dictación del respectivo decreto de adjudicación. Sin embargo, lo anterior no implica que la autoridad pueda dictarlo a su mero arbitrio en la oportunidad en que estime conveniente.

En efecto existen tres normas que determinan el actuar de la Administración en esta materia.

A saber el inciso segundo del artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que señala: *"La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas..."*

Por su parte el artículo 8 del mismo cuerpo legal dispone: *"Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites."*

Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos."

Lo anterior es complementado por el artículo 7° de la Ley Nº 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que señala: *"Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites."*

Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.”

La Jurisprudencia de la Contraloría General de la República es abundante y en la mayoría de los dictámenes que ha emitido a la fecha se dan por infringidos en casos como el que nos ocupa, el inciso segundo del artículo 3° de la ley orgánica constitucional citada y el artículo 7° de la ley 19.880.

No es efectivo, entonces que la Administración carezca de plazo para la dictación del decreto de adjudicación. Su demora injustificada infringe el ordenamiento jurídico, específicamente las normas legales indicadas, tornando su actuación en ilegal y arbitraria.

Además de lo señalado se debe tener en consideración el propio actuar de la Administración en situaciones semejantes. Hemos visto que el Ministerio de Obras Públicas en todas las licitaciones que ha desarrollado para contratar concesiones de obras públicas ha ocupado menos de la mitad del tiempo que usó en el caso de la especie, para la dictación de los decretos de adjudicación. Lo anterior genera una legítima confianza en el licitante en orden a que esa actuación se repetirá.

Señala la doctrina que las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. *“En este sentido, es razonable entender que las actuaciones precedentes de la Administración pueden generar en los administrados de que se actuará de igual manera en situaciones semejante”.*

La doctrina especializada en materia de concesiones señala que es obligación del oferente experto el estudio acabado de todas las variables económicas, sociales y del mercado relevante del negocio que implica la concesión que el Estado administrador está ofreciendo contratar. Se considera que constituye tal estudio constituye, además, un riesgo propio del oferente que no puede ser suplido por el Estado.

Pues bien, en el caso de marras, la información relevante, en lo que corresponde, era el plazo de adjudicación que el Estado emplearía; para determinar ese antecedente el licitante debió analizar el comportamiento del Ministerio de Obras Públicas en todas las anteriores licitaciones de Concesiones de Obras Públicas. El resultado de ese análisis efectuado por nuestra representada está plasmado en detalle en la presente reclamación.

Resulta imposible preveer, aún para el contratante más experto, que el Estado va demorar más del doble del tiempo habitual, usual, normal o promedio, en adjudicar el presente contrato de concesión, pero además, sin que existan antecedentes que fundamenten dicha demora, sobre todo considerando las normas legales, principios y la jurisprudencia de la Contraloría General de la República que hemos analizado en acápites anteriores del presente libelo.

El Principio de la Buena Fe, rige no sólo la ejecución del contrato sino también las etapas previas a su adjudicación, como señala la Contraloría General de la República en el dictamen N°21.551 ya citado.

En síntesis, el plazo para la dictación del decreto de adjudicación no está entregado al arbitrio o discrecionalidad de la autoridad. Por el contrario las normas citadas del orden jurídico establecen los parámetros para su dictación, cuyo incumplimiento es ilegal, a lo que se suma el propio actuar de la misma administración que genera precedente y la confianza legítima en el oferente que ese patrón de conducta se repetirá en el tiempo. Lo contrario es un atentado sin precedentes a los principios de certeza y seguridad jurídica.

Los efectos de la tardanza de la Administración en la dictación del decreto de adjudicación pueden ser graves en materia económica y alterar el equilibrio económico del contrato.

La Contraloría General de la República en Dictamen N° 4009 de 2012, sienta jurisprudencia vinculante en este tema.

En primer lugar el Órgano Contralor señala que la tardanza de la Administración puede romper el equilibrio económico del contrato.

81

En relación al riesgo, información y los efectos económicos señala: *“De la misma forma, ha señalado -dictámenes N°s. 41.409, de 1994, y 10.624, de 2006- que aun cuando en el ámbito del Derecho Administrativo rige para los contratos administrativos el elemento de riesgo y ventura, ello no es absoluto, pues el mismo aparece modificado o alterado por diversas situaciones que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, cuando en, definitiva, ella ha participado en su ocurrencia.”* *“Ahora bien, cierto es que en la especie los oferentes debían considerar al presentar sus ofertas -al no contar el contrato con fórmula alguna para su reajuste- la posible desvalorización del precio de aquéllas y, por ende, soportar los mayores costos para la ejecución del contrato que de dicha situación pudiera derivarse, pero ello, sin embargo, debe entenderse en el marco del desarrollo normal y previsible del proceso de licitación. “En efecto, el riesgo de ganancia o pérdida del contrato, en tales términos considerado, es asumido por el oferente de acuerdo a la información con que cuenta al momento de presentar la propuesta respectiva, sobre la base de las condiciones de la licitación -entre ellas, los plazos de la tramitación de la misma, referidos a su iniciación y terminación- y el período en el que se ejecutará el contrato; condiciones que en lo particular fueron variadas por el servicio individualizado al no adjudicar, en el plazo previsto para tales efectos, al proponente que había presentado la oferta que, según las bases administrativas, debía ser seleccionada, sino que a un tercero -decisión que, como ya ha sido apuntado, fue declarada improcedente-, dilatándose con ello la adjudicación final de dicho concurso y produciendo la desactualización de las ofertas, lo que afecta el equilibrio económico de las prestaciones mutuas.”*

El dictamen es de una claridad meridiana y ahorra mayores comentarios.

III.- PRETENSIONES

1. Declare la improcedencia de las Resoluciones DGOP N° 5304, de 30 de diciembre de 2015, rectificada por Resolución DGOP N° 98, de 14 de enero de 2015, por las cuales se aplicaron a mi representada 85 multas de 100 UTM cada una, por el incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción por el período

comprendido entre 27 de julio de 2014 y el día 20 de octubre de 2014, ordenando al Ministerio de Obras Públicas dejarla sin efecto.

2. Declare la improcedencia de la Resolución DGOP N° 390, de 28 de enero de 2015, por la cual se aplicaron a mi representada 64 multas de 150 UTM cada una, por el incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción por el período comprendido entre 21 de octubre de 2014 y el día 23 de diciembre de 2014, ordenando al Ministerio de Obras Públicas dejarla sin efecto.
3. En subsidio de lo anterior, y para el caso hipotético que esta Comisión no acoja las pretensiones antes señaladas, se solicita rebajar el número de días considerados para el cálculo de multas de 149 días a 61 días correspondientes al período que media entre el día 27 de julio de 2014, fecha de vencimiento del plazo para la entrega de la Garantía de Construcción y el 26 de septiembre de 2014, fecha en la cual el Ministerio de Obras Públicas notifica formalmente a la Sociedad Concesionaria que ha incurrido en causal de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión consagrada en el numeral 1.11.2.3 letra f) de las Bases de Licitación. Lo anterior por cuanto desde esta última fecha, el Ministerio de Obras Públicas, de manera privativa y excluyente, tiene la facultad para instar por la extinción del Contrato de Concesión de acuerdo a las Bases de Licitación y normativa legal vigente.
4. En subsidio de lo anterior, y para el caso hipotético que esta Comisión no acoja las pretensiones antes señaladas, se solicita rebajar el número de días considerados para el cálculo de multas de 149 días a 95 días correspondientes al período que media entre el día 27 de julio de 2014, fecha de vencimiento del plazo para la entrega de la Garantía de Construcción y el día 30 de Octubre de 2014, fecha en la cual la Sociedad Concesionaria informó al Ministerio de Obras Públicas, acerca de las medidas que se encontraba implementando para los efectos de entregar la correspondiente Garantía de Construcción. Lo anterior en el evento improbable que se considere que sólo una vez vencido el plazo de 30 días otorgado para informar de acuerdo a lo señalado en el cuerpo del reclamo, el Ministerio de Obras Públicas se encuentra facultado para instar

por la extinción del Contrato de Concesión de acuerdo a las Bases de Licitación y normativa legal vigente.

5. Que se condene al Ministerio de Obras Públicas en costas y al pago de los gastos de funcionamiento y honorarios de la Honorable Comisión Arbitral.

IV.- MEDIOS DE PRUEBA

En este acto, esta parte declara que en este procedimiento, hará uso de todos y cada uno de los medios de prueba que le franquea la ley, con especial mención de prueba documental; testimonial; pericial; informes de testigos expertos en ámbito técnico, financiero, económico y jurídico.



JOAQUIN MORALES GODOY
Abogado