

EN LO PRINCIPAL: REPLICA.

SEÑOR PRESIDENTE

HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL

CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA

JOAQUIN MORALES GODOY, abogado, en representación de **“SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A.”**, en los autos Rol N°002-2015, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto digo:

Que encontrándome dentro del plazo fijado en el artículo 21 de las “Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral de la Obra Concesión Vial Rutas del Loa¹”, vengo en evacuar el traslado conferido por la H. Comisión Arbitral para el trámite de la Réplica, decretado con fecha 23 de noviembre de 2015, y notificado a mi representada con fecha 24 del mismo mes y año, reiterando íntegramente lo expuesto en la Reclamación presentada en esta causa, haciendo además presente las siguientes alegaciones de hecho y argumentaciones de derecho que paso a exponer:

I.- CONTESTACION DE LA DEMANDA POR PARTE DEL FISCO DE CHILE

El Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, con fecha 27 de octubre de 2015, contestó la reclamación interpuesta por la “Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.”, en adelante “Sociedad Concesionaria”, en contra de la Resolución DGOP

¹ Complementadas por Resolución de la H. Comisión Arbitral de 6 de Noviembre de 2015.

Nº5304, de fecha 30 de diciembre de 2014, rectificada por la Resolución DGOP Nº98, de fecha 14 de enero de 2015, y la Resolución DGOP Nº390, de fecha 28 de enero de 2015, que impusieron a la referida Sociedad Concesionaria un total de 149 multas, por un valor final que asciende a la suma de 18.100 UTM.

Las alegaciones expuestas por el Consejo de Defensa del Estado se resumen en los siguientes puntos:

1. Las multas cursadas se fundan en lo establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, y lo dispuesto en las respectivas Bases de Licitación.
2. La Sociedad Concesionaria ha reconocido explícitamente su incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción, hecho que genera las multas que se reclaman.
3. La Sociedad Concesionaria funda su pretensión en la imposibilidad de haber logrado el financiamiento bancario necesario para constituir la las garantías establecidas en las Bases de Licitación, hecho que no puede considerarse un eximente de responsabilidad, una condición que suspenda el cumplimiento de la obligación de entregar la garantía de construcción, además, que no tiene incidencia en la infracción contractual de la demandante.
4. Por último, pese a señalar que la demandante restringió la competencia de la H. Comisión a la declaración de improcedencia de las Resoluciones DGOP que impusieron las multas por incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, igualmente solicita no acoger la excepción de "Alteración del Equilibrio Económico

del Contrato”, toda vez que no se trata de una obligación garantizada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Ninguna de las alegaciones contenidas en la contestación se hace cargo del tema de fondo reclamado por la Sociedad Concesionaria, esto es, las dilaciones en que incurrió el Estado de Chile en la adjudicación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, y en el posterior desarrollo y ejecución del respectivo contrato de concesión, y sus consecuencias directas en las multas que se reclaman. En efecto, mientras que en el caso de la dilación en la adjudicación de la concesión las alegaciones son parciales y no entran en el fondo discutido, tratándose de los retrasos incurridos durante el desarrollo del contrato, alegaciones que sustentan las peticiones subsidiarias, derechamente no existe ninguna referencia.

En efecto, el representante del Fisco de Chile, funda su presentación en una suerte de existencia del principio de irresponsabilidad del Estado en sus actuaciones, haciendo mención en forma precisa a sus facultades y potestades, pero omitiendo referirse a sus obligaciones, como si ellas no existiesen, olvidando que en un estado de derecho, éste debe sujetar su acción a lo preceptuado por la Constitución y las leyes, siendo obligatorio para todos los órganos de la Administración cumplir con los principios que inspiran y rigen sus actos, de conformidad con la ley.

De la lectura de la presentación efectuada por nuestra contraparte, aparentemente ni la Constitución Política, ni la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, ni los preceptos de la ley Nº 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, ni la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, establecen obligaciones a la acción de los

Órganos de la Administración, pudiendo éstos actuar a su antojo, sin necesidad de fundamentar sus actos.

La única alegación efectuada con relación a la materia objeto de la presente reclamación, consiste en que el actuar del Ministerio de Obras Públicas en la especie, se ha ajustado a derecho, porque, en el marco del proceso licitatorio del contrato de concesión que nos ocupa, “no se contemplaba” un plazo especial para dictar el acto administrativo de la adjudicación.

H. Comisión, lo cierto es que repugna al derecho la idea que dentro de un proceso formal y reglado, de la naturaleza de una licitación de un contrato de concesión de obra pública, sólo se contemplen obligaciones y estrictas sanciones para los proponentes y adjudicatario en el cumplimiento de los plazos, pero no así para el ente licitante, respecto de quien, de no establecerse “especialmente”, no existiría plazo para sus actuaciones, quedando amparado en el ejercicio de sus potestades o facultades, el dilatar o demorar sin necesidad de fundamentación alguna, su accionar.

Asimismo, no se ajusta a los principios básicos del derecho, que en un contrato como el de la especie, quede entregada a la sola voluntad del ente licitante la determinación de ejercer la potestad sancionatoria, en cuanto a su oportunidad y extensión, decidiendo por sí y ante sí, tanto el cuánto y hasta cuando aplicar sanciones, como el tipo de sanción a aplicar, como lo ha hecho particularmente en este contrato.

II.- RECLAMACION SOMETIDA A LA RESOLUCION DE LA COMISION ARBITRAL

La Sociedad Concesionaria ha solicitado a la H. Comisión Arbitral declare la improcedencia de la Resolución DGOP N° 5304², de 30 de diciembre de 2014, rectificada por Resolución DGOP N° 98, de 14 de enero de 2015, y la Resolución DGOP N° 390³, de 28 de enero de 2015, que le impusieron un total de 149 multas⁴, por un valor final que asciende a la suma de 18.100 UTM, ordenando al Ministerio de Obras Públicas dejarlas sin efecto.

En subsidio de lo anterior, la Sociedad Concesionaria solicitó rebajar el número de días considerados para el cálculo de las multas de 149 días⁵ a 61 días, correspondientes al período que media entre el día 27 de julio de 2014⁶ y el día 26 de septiembre de 2014⁷, lo anterior por cuanto desde esta última fecha, el Ministerio de Obras Públicas, de manera privativa y excluyente, tenía la facultad para instar por la extinción del Contrato de Concesión de acuerdo a las Bases de Licitación y normativa legal vigente, no obstante lo cual, no lo hizo. Adicionalmente, al haber rechazado el Ministerio de Obras Públicas la propuesta informada por la Sociedad Concesionaria con fecha 30 de octubre de 2014, debe necesariamente

² 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.

³ 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.

⁴ Por retraso en la entrega de la Garantía de Construcción por el periodo comprendido entre el día 27 de junio de 2014 y el 23 de diciembre de 2014.

⁵ 149 días corresponde al total de multas consideradas en las resoluciones objeto de esta reclamación.

⁶ Fecha de vencimiento del plazo para la entrega de la Garantía de Construcción, de acuerdo a las Bases de Licitación.

⁷ Fecha en la cual el Ministerio de Obras Públicas notificó formalmente a la Sociedad Concesionaria que había incurrido en la 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.

entenderse que dicho procedimiento no saneó el incumplimiento de mi representada durante el tiempo intermedio, criterio que ratifica la fecha del día 26 de septiembre de 2014, como la que debe considerarse para efectos de contabilización de multas.

Por último, y en subsidio de lo anterior, la Sociedad Concesionaria solicitó rebajar el número de días considerados para el cálculo de las multas de 149 días⁸ a 95 días, correspondientes al periodo que media entre el día 27 de julio de 2014⁹ y el día 30 de octubre de 2014¹⁰, lo anterior, en el evento improbable que se considere que sólo una vez vencido el plazo de 30 días¹¹ otorgado para informar al Ministerio de Obras Públicas, dicha Secretaria de Estado se encontraba facultada para instar por la extinción del Contrato de Concesión de acuerdo a las Bases de Licitación y normativa legal vigente, no obstante lo cual, no lo hizo.

III.- HECHOS FUNDANTES DE LA RECLAMACIÓN

La Sociedad Concesionaria ha señalado como hechos fundantes de la reclamación, los siguientes:

1. La dilación injustificada del Estado de Chile en la adjudicación de la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”. En efecto, tal como se señaló latamente en el escrito de reclamación, el Ministerio de Obras Públicas tardó 508 días en la adjudicación de la referida obra pública fiscal, en circunstancias que el plazo promedio de adjudicación de esta clase de contratos, al

⁸ 149 días corresponde al total de multas consideradas en las resoluciones objeto de esta reclamación.

⁹ Fecha de vencimiento del plazo para la entrega de la Garantía de Construcción, de acuerdo a las Bases de Licitación.

¹⁰ Fecha en la cual la Sociedad Concesionaria informó al Ministerio de Obras Públicas acerca de las medidas que se encontraba implementado para los efectos de entregar la correspondiente Garantía de Construcción

¹¹ Plazo considerado en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación

momento de adjudicarse la convención de la especie, era de 188 días¹².

2. La dilación injustificada en que incurrió el Ministerio de Obras Públicas en solicitar a la H. Comisión Arbitral, la extinción de la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria. En efecto, tal como se relató pormenorizadamente en la reclamación, el Ministerio de Obras Públicas tardó como mínimo¹³ 144 días (desde el 30 de octubre de 2014 al 23 de marzo de 2015) en solicitar la extinción de la concesión de la especie, plazo durante el cual aplicó multas a la Sociedad Concesionaria, por concepto de no entrega de la Garantía de Construcción, por un valor de 21.600 UTM.

En concepto de la Sociedad Concesionaria, estos hechos constituyen un quebrantamiento a nuestro Ordenamiento Jurídico, el cual, contrariamente a lo sostenido en la contestación, si contiene normas que obligan al Estado de Chile a actuar en forma diligente y en el menor tiempo posible.

IV.- HECHOS NO CONTROVERTIDOS POR EL FISCO DE CHILE EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN

El Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile, no controvertió ninguno de los siguientes hechos:

A. En relación a la Reclamación y la Comisión Arbitral

¹² Considera los plazos utilizados por el Ministerio de Obras Públicas para adjudicar contratos de concesión en el periodo 2009-2010.

¹³ Este plazo aumenta 178 días, si consideramos la fecha en que el Ministerio de Obras Públicas notificó a la Sociedad Concesionaria el Incumplimiento Grave de las Obligaciones del Contrato de Concesión.

1. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que la Sociedad Concesionaria solicitó H. Comisión Arbitral declare la improcedencia de la Resolución DGOP N° 5304, de 30 de diciembre de 2014, rectificadas por Resolución DGOP N° 98, de 14 de enero de 2015, y de la Resolución DGOP N° 390, de 28 de enero de 2015, ordenando al Ministerio de Obras Públicas dejarlas sin efecto.
2. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que la Sociedad Concesionaria presentó en tiempo y forma la presente reclamación, según lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, y señalado en las respectivas Bases de Licitación.
3. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que la H. Comisión Arbitral tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver la reclamación presentada por la Sociedad Concesionaria, según lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, y señalado en las respectivas Bases de Licitación.

B. En relación a la alegación principal

1. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que la adjudicación de la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa” tardó 508 días entre la recepción y apertura de las ofertas por parte de los licitantes, y la publicación en el Diario Oficial del respectivo Decreto Supremo de Adjudicación.
2. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que el plazo promedio que demoró el Ministerio de Obras Públicas en la adjudicación de una concesión, durante el período 2009-2010, entendido éste como el tiempo que transcurre entre la presentación de las ofertas por parte

de los licitantes y la publicación en el Diario Oficial del respectivo Decreto Supremo de Adjudicación, fue de 188 días.

C. En relación a las alegaciones subsidiarias

1. Que es un hecho cierto, no controvertido por las partes y que le consta a la H. Comisión Arbitral, que la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, se extinguió por la causal incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, fundada en el artículo 1.11.2 en relación con el artículo 1.11.2.3, letra f) de las Bases de Licitación.
2. Que, el hecho que sirve de fundamento a la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, es la no constitución y entrega de la Garantía de Construcción, en los términos establecidos en el numeral 1.8.1.1 de las Bases de Licitación.
3. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que el Ministerio de Obras Públicas notificó a la Sociedad Concesionaria, con fecha 26 de septiembre de 2014, que había incurrido en incumplimiento grave del contrato de concesión, en los términos señalados en el artículo 1.11.2.3, letra f), de las Bases de Licitación.
4. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que la Sociedad Concesionaria, con fecha 30 de octubre de 2014, dentro del plazo fijado para ello, informó al Ministerio de Obras Públicas respecto de su notificación de incumplimiento grave señalada en el numeral anterior.
5. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que el Ministerio de Obras Públicas nada dijo respecto de lo informado en relación con las

gestiones que realizaría la Sociedad Concesionaria, pese a la obligación contenida en el Artículo 79 letra d)¹⁴ del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y el Artículo 1.11.2.3.1, letra c)¹⁵ de las Bases de Licitación del contrato.

6. Que, es un hecho cierto y no controvertido, que el Ministerio de Obras Públicas, con fecha 23 de marzo de 2015, esto es, 178 días después de la notificación referida en el número tres anterior, y 144 días después del informe de la Sociedad Concesionaria señalado en el número cuatro anterior, solicitó a la H. Comisión Arbitral declarar el incumplimiento grave del contrato de concesión y la extinción de la misma, fundado en el artículo 1.11.2.3, letra f), de las Bases de Licitación.

Cabe hacer presente, que el artículo 23 de las “Normas de Funcionamiento y Procedimiento” que rigen la presente reclamación, señala que contestada la demanda, si la H. Comisión “estimare que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, se recibirá la causa a prueba mediante resolución que contenga los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los cuales las partes deberán rendir su prueba”.

Sin perjuicio del carácter privativo de las facultades de la H. Comisión Arbitral sobre esta materia, hacemos presente a Ud., que en concepto de la Sociedad Concesionaria, los hechos señalados precedentemente no revisten el carácter de controvertidos, toda vez que las alegaciones efectuadas por mi representada sobre la materia, no han sido objeto de

¹⁴ “El MOP, sobre la base del informe, fijará un plazo para implementar las medidas bajo la supervisión del inspector fiscal”.

¹⁵ “El DGOP, sobre la base del informe, fijará un plazo para implementar las medidas bajo la supervisión del Inspector Fiscal”.

discusión ni han dado lugar a opiniones contrapuestas por parte del Consejo de Defensa del Estado.

V.- ALEGACIONES DEL FISCO DE CHILE

1. Las multas cursadas se fundan en lo establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, y lo dispuesto en las respectivas Bases de Licitación.

Sobre al particular, cabe hacer presente a la H. Comisión, que la Sociedad Concesionaria no ha controvertido el hecho que desde un punto de vista formal, las multas que se imponen se encuentran establecidas en las Bases de Licitación y que su proceso de aplicación se ajustó a lo establecido en dicho cuerpo normativo.

Lo que esta parte reclama y controvierte, y de lo cual no se hace cargo la contestación del Fisco de Chile, es el efecto que generan las dilaciones incurridas por el Estado de Chile en la aplicación de las multas reclamadas.

Con el sólo objeto de ilustrar a la H. Comisión sobre el tema discutido, cabría preguntarse ¿Puede el Ministerio de Obras Públicas, pese a estar obligado legalmente a actuar diligentemente y en el menor tiempo posible, demorar la extinción de un contrato durante 144 días, sin causas que lo justifiquen, y cursar multas durante ese mismo período tiempo?

La interrogante anterior gráfica que la alegación del Fisco de Chile en esta materia, no guarda relación con el tema discutido ni en la petición principal ni en las peticiones subsidiarias.

A diferencia de lo que ocurre en otras reclamaciones de multas, donde se discute si la sanción establecida en las Bases de Licitación aplica a la conducta en que incurrió la Sociedad Concesionaria, o, si el procedimiento utilizado por la Administración se ajustó a las normas establecidas en la Ley, en este caso particular, la Sociedad Concesionaria no cuestiona ni alega que las multas aplicadas se encuentran establecidas en las Bases de Licitación, que fueron propuestas por el Inspector Fiscal, en los términos fijados en dicho cuerpo normativo y, finalmente, que fueron aplicadas por el Director General de Obras Públicas, mediante la dictación del correspondiente acto administrativo, pese a las alegaciones vertidas por la Sociedad Concesionaria en sede administrativa.

Lo que está en discusión, y de lo que la contestación no se hace cargo, es que en concepto de la Sociedad Concesionaria, el Estado de Chile incumplió nuestro Ordenamiento Jurídico al no actuar diligentemente y en el menor tiempo posible, lo que trajo como consecuencia que mi representada no pudiera cumplir en tiempo y forma el contrato de concesión de la especie, alegación principal de la reclamación, y, que se le aplicaran multas cuantiosas, por efectos directos de esta dilación, alegación formulada en carácter subsidiaria.

- 2. La Sociedad Concesionaria ha reconocido explícitamente su incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción, hecho que genera las multas que se reclaman.*

Al igual que en el numeral anterior, estamos frente a una alegación del Fisco de Chile que no guarda relación con el tema de fondo reclamado por la Sociedad Concesionaria.

Claramente, y es un hecho que no se discute, la Sociedad Concesionaria no entregó en tiempo y forma la Garantía de Construcción. Las razones que justifican dicha actuación fueron expuestas en forma pormenorizada en el escrito de reclamación.

Al igual que en la alegación anterior, y con el objeto de ilustrar a la H. Comisión de lo que estamos discutiendo, habría que preguntarse si frente a la no entrega de la Garantía de Construcción, que además de estar sancionada con multa constituye una causal de incumplimiento grave del contrato de concesión, y por ende de término de la concesión, ¿Puede el Ministerio de Obras Públicas beneficiarse de ambas sanciones en forma simultánea y a su mero arbitrio?

Tal como se ha señalado latamente en los relatos de los hechos, el Ministerio de Obras Públicas, con fecha 26 de septiembre de 2014, notificó a la Sociedad Concesionaria que había incurrido en una causal de incumplimiento grave del contrato de concesión, no obstante, sólo solicitó la extinción de la concesión, fundada en los mismos hechos y causal, 178 días después. Lo más grave de esta dilación, y de la cual la contestación del Consejo de Defensa del Estado no contiene ninguna mención, es que durante todo este periodo de incumplimiento del Estado de Chile, de su deber de actuar diligentemente y en el menor tiempo posible, aplicó cuantiosas multas a mi representada.

- 3. La Sociedad Concesionaria funda su pretensión en la imposibilidad de haber logrado el financiamiento bancario necesario para constituir la las garantías establecidas en las Bases de Licitación, hecho que no puede considerarse un eximente de responsabilidad, una condición que suspenda el cumplimiento de la obligación de entregar la garantía de*

construcción, además, que no tiene incidencia en la infracción contractual de la demandante.

Respecto de esta alegación si discrepamos de lo indicado por el Consejo de Defensa del Estado. La Sociedad Concesionaria ha señalado reiteradamente que los hechos fundantes de su reclamación son las dilaciones en que ha incurrido el Ministerio de Obras Públicas, tanto en la adjudicación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa”, como en el desarrollo del respectivo contrato.

La Sociedad Concesionaria no ha señalado, contrariamente a lo sostenido en la contestación, que la imposibilidad de lograr financiamiento bancario sea la causa que le impidió cumplir en tiempo en forma sus obligaciones contractuales.

Mi representada señaló, y lo reitera en este escrito, que la dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión le impidió poder cumplir dicha convención, toda vez que las consideraciones tenidas a la vista al momento de evaluar la oferta, dentro de las cuales por cierto estaban las económicas y financieras, variaron como consecuencia del retraso.

Se trata de una dilación imputable al Estado de Chile, quién vulnerando normas de nuestro ordenamiento jurídico, incurrió en un retraso que dejó a mi representada en la imposibilidad de cumplir el contrato de concesión de la especie.

En esta materia, resulta sorprendente la contestación del Consejo de Defensa del Estado, quien a partir de la respuesta entregada por la Contraloría General de la República, a la presentación efectuada por la

Sociedad Concesionaria, y nuestra propia reclamación, pretende sostener que al no existir norma especial que regule la extensión del proceso de licitación, el actuar de la Administración ha cumplido con las normas legales vigentes, sin que exista responsabilidad del Ministerio de Obras Públicas.

Si bien valoramos un pronunciamiento del Estado de Chile sobre la materia, lo que constituye un avance si consideramos que la presentación efectuada por los licitantes adjudicatarios al Ministerio de Obras Públicas en marzo del año 2010 nunca fue contestada, estimamos que dicha alegación es incompleta, parcial y contradictoria.

Incompleta, porque la contestación no se hace cargo si el plazo de 508 días que demoró la adjudicación de esta concesión, es un plazo normal o excepcional en esta materia, supuesto básico sobre el cual discutir un retraso o dilación.

Incompleta, porque la contestación tampoco se hace cargo de las alegaciones de derecho vertidas por la Sociedad Concesionaria en su reclamación, en orden a que sí existen principios jurídicos y normas legales que permiten sostener que nuestro ordenamiento jurídico sí contiene normas expresas que obligan al Estado de Chile a actuar diligentemente y en el menor tiempo posible.

Parcial, porque a partir de una interpretación subjetiva que realiza de la respuesta de la Contraloría General de la República, pretende amparar una posición que es contraria a la jurisprudencia uniforme de dicho Órgano Contralor sobre la materia. La reclamación de la Sociedad Concesionaria contiene un importante número de

dictámenes que sirven de fundamento a su pretensión, de ninguno de los cuales se hace cargo la contestación.

Parcial, porque a partir de un párrafo contenido en la reclamación, pretende sostener su posición, sin hacer un análisis completo y sistemático de las alegaciones vertidas por la Sociedad Concesionaria.

Contradictoria, ya que si bien por una parte pretende, de manera incompleta y parcial, hacerse cargo del tema del plazo en la adjudicación de la concesión, por otra parte señala, que esta materia no guarda relación con lo demandado.

En todo caso, lo que más llama la atención de la respuesta del Consejo de Defensa del Estado en esta materia, es que ésta se basa en actuaciones o documentos de terceros -respuesta de la Contraloría General de la República y Reclamación de la Sociedad Concesionaria- sin que exista ninguna mención respecto de la posición formal del Estado de Chile sobre este tema.

Más allá de la presente reclamación, el Sistema de Concesiones Chileno y sus actores involucrados, merecen tener certeza sobre esta materia. La interrogante es clara y precisa: frente a actuaciones de la Administración que no tengan un plazo determinado por ley, reglamento o contrato ¿El Estado de Chile tiene un plazo infinito para ejecutarlas? ¿Existe algún límite en esta materia?

Estimamos que por el bien del Sistema de Concesiones, lo que razonablemente se hubiere esperado de la contestación, en primer lugar, es validar o controvertir el plazo de 508 días reclamados por la Sociedad Concesionaria como dilación en la Adjudicación de la

Concesión. A partir de esa definición, precisar si estamos en presencia de un plazo normal o excepcional de adjudicación para esta clase de contratos, en cuyo último caso, exponer las razones que dicha excepcionalidad. Por último, exponer la posición jurídica que justifique esta actuación, ya sea fundada en las causas del atraso, o en alguna norma legal que le sirviera de fundamento, que, en el evento que estimaran fuera precisamente la falta de norma legal que regule la extensión del proceso de licitación, declararlo formalmente.

Desgraciadamente, la contestación no se hace cargo de ninguno de estos tópicos, y por la vía de la referencia de actuaciones de terceros, pretende justificar las dilaciones y retrasos en que incurrió la Administración.

Reiteramos nuestra preocupación por el Sistema de Concesiones Chileno, que va más allá de la presente reclamación. Cualquiera sea la posición final del Estado de Chile en materia de plazos que no se encuentren definidos en la Ley, Reglamento o el contrato, ésta debe ser clara y determinada, de manera que todos los actores involucrados tengan certeza jurídica en esta materia.

En nuestro concepto, estimamos que resulta incompatible con un régimen de inversión, que la determinación de los plazos no definidos queden entregados a la sola voluntad de una de las partes. Creemos que validar este criterio, por una resolución de un órgano que ejerce jurisdicción, puede tener consecuencias graves, no solo en el sistema de concesiones, sino en cualquier proyecto de inversión desarrollado por el Estado de Chile.

Por último, hacemos presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y 110 de su Reglamento, las sentencias definitivas y todos los escritos, documentos y actuaciones de cualquier especie que se presenten o verifiquen en el curso de un procedimiento arbitral, deben publicarse, en un breve periodo de tiempo, en el sitio electrónico del Ministerio de Obras Públicas. En este sentido, llamamos la atención que la falta de una definición clara del Estado de Chile en esta materia, tendrá consecuencia en los actuales procesos de licitación.

4. *Por último, pese a señalar que la demandante restringió la competencia de la H. Comisión a la declaración de improcedencia de las Resoluciones DGOP que impusieron las multas por incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, igualmente solicita no acoger la excepción de “Alteración del Equilibrio Económico del Contrato”, toda vez que no se trata de una obligación garantizada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.*

Respecto de esta alegación, nos remitimos a lo señalado por el propio Consejo del Estado en su escrito de contestación, donde señala que la “demandante restringió la competencia de la H. Comisión a la declaración de improcedencia de las Resoluciones DGOP que impusieron las multas por el incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción....”

La Sociedad Concesionaria viene hacer presente que no forma parte de esta reclamación la excepción de Alteración del Equilibrio Económico del Contrato, razón por la cual la alegación del Consejo de Defensa del Estado sobre el particular debe ser desestimada de plano.

No obstante lo anteriormente expuesto, cabe hacer presente que “Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A.” hizo 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 Secretaría de Estado. En particular, y sin que esta enunciación fuera taxativa, hizo 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”, como asimismo, de todas las sanciones y multas que el Ministerio de Obras Públicas haya aplicado a esta fecha o pretenda aplicar en el futuro en el marco del referido contrato de concesión.

VI.- DILACION EN LA ADJUDICACIÓN DEL CONCESION

En definitiva y atendido el tenor de la respuesta del Estado de Chile, en el sentido de que la demora en la dictación del Decreto de Adjudicación solo tiene como fundamento su mero arbitrio o en este caso su arbitrariedad basada en la inexistencia de una norma expresa que le fije un plazo para su dictación, correspondería dilucidar si dicho actuar puede o no generar consecuencias jurídicas.

Para el Consejo de Defensa del Estado la actitud del Estado de Chile no tendría ninguna consecuencia jurídica, es más, señala que estaría avalada por la Contraloría General de la República. Es su teoría del caso.

Para la Sociedad Concesionaria si genera consecuencias jurídicas. En primer lugar porque no es efectivo, desde un punto de vista jurídico, que

no exista un plazo para la dictación del decreto, afirmación que es diferente a señalar que no hay una norma específica con un plazo especial determinado. En efecto existen normas expresas en el ordenamiento jurídico, tal como lo señaláramos in extenso en el reclamo, que han sido recogidas como principios obligatorios por la reiterada jurisprudencia de la propia Contraloría General de la República a través de múltiples dictámenes vinculantes para los Servicios Públicos integrantes de la Administración Activa del Estado, como es el Ministerio de Obras Públicas, que señalan que el Estado, a falta de norma expresa que establezca un plazo para sus actuaciones, debe respetar dichas normas y principios.

Por otra parte, la actuación propia del Ministerio de Obras Públicas genera precedente administrativo que para efectos del estudio de la oferta de la Sociedad Concesionaria constituye una información relevante en el mercado y delimitan las obligaciones de previsión de los oferentes. En este caso particular, el plazo histórico de demora en la adjudicación de este tipo de contratos era de menos de 200 días.

La cuestión es, H. Comisión, si estos principios y normas jurídicas vinculantes, y el propio actuar del Ministerio de Obras Públicas, delimitante de la obligación de previsión, son antecedentes que no generan necesidad jurídica para el Ministerio de Obras Públicas y su infracción resulta irrelevante como sostiene el Consejo de Defensa del Estado o, por el contrario, su infracción si tiene consecuencias en el plano jurídico como es lo que sostiene en este reclamo la Sociedad Concesionaria. Es en esto lo que hemos pedido su intervención H. Comisión.

V.- DILACION EN LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA Y EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

Sin perjuicio de lo señalado acerca los efectos y consecuencias de la excesiva dilación del Ministerio de Obras Públicas en su actuar, tanto a los efectos de dictar el acto administrativo por el cual se adjudicó el contrato de concesión que nos ocupa, como en solicitar la extinción de la concesión conforme su manifiesta intención, es menester resaltar, especialmente en lo referido a las peticiones formuladas en subsidio en nuestra reclamación, la improcedencia de las actuaciones de la demandada en relación a las multas aplicadas a mi representada, en particular, en lo referente a los períodos comprendidos en las sanciones.

En efecto, tal como ha quedado establecido en estos autos como hechos no controvertidos, el 26 de septiembre de 2014, el Ministerio de Obras Públicas comunicó a la Sociedad Concesionaria que había incurrido en incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, hecho que a su vez es causal de extinción de la concesión, máxima sanción contemplada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las Bases de Licitación.

Tal como señalamos en la Reclamación, el Reglamento de la Ley de Concesiones¹⁶ y las Bases de Licitación¹⁷, contemplan un procedimiento especial y excepcional, en materia de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, para el caso en que la causal incurrida no genere perjuicio al interés fiscal. Se trata de un procedimiento previo a la solicitud de declaración de extinción de la concesión, que busca subsanar

¹⁶ Artículo N°79

¹⁷ Artículo 1.11.2.3.1

las faltas incurridas por la Sociedad Concesionaria y evitar su ocurrencia en el futuro, el cual debe ser supervisado por el Inspector Fiscal.

Conforme al procedimiento previo antes señalado, el cual fue utilizado por el Ministerio de Obras Públicas¹⁸, la Sociedad Concesionaria informó al Sr. Director General de Obras Públicas 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, informe que, no obstante la obligación reglamentaria¹⁹ y contractual²⁰ impuesta al Ministerio de Obras Públicas, éste **NUNCA CONTESTÓ**.

Hacemos presente a la H. Comisión, que no estamos en presencia de una decisión del Ministerio de Obras Públicas distinta de la considerada en el Informe de la Sociedad Concesionaria, ni tampoco de una negativa de dicha Secretaria de Estado respecto de la solicitud planteada por mi representada. Estamos sencillamente, frente a una omisión clara y manifiesta del Ministerio de Obras Públicas.

Se podría sostener, seria y fundadamente, que el procedimiento utilizado por el Ministerio de Obras Públicas, el cual nunca concluyó, saneó la causal de incumplimiento grave en que había incurrido la Sociedad Concesionaria, razón por la cual dicha Secretaria de Estado no solicitó tal declaración.

La respuesta es clara y categórica **NO**.

¹⁸ Hacemos presente a la H. Comisión Arbitral, que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 79 N°2 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el procedimiento previo utilizado por el Ministerio de Obras Públicas supone que no exista perjuicio al interés fiscal.

¹⁹ Artículo 79, N°2, letra d), del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "EL MOP, sobre la base del informe, fijará un plazo para implementar las medidas bajo la supervisión del Inspector Fiscal"

²⁰ Artículo 1.11.2.3.1, letra c), de las Bases de Licitación.

En primer lugar, no existe ningún fundamento legal, reglamentario ni contractual que avale una interpretación en ese sentido.

Tampoco existe algún documento, formal o informal, emanado de las partes, que permita sostener una posición como la señalada.

Por último, y lo que es más claro y definitivo, la aplicación práctica que el Ministerio de Obras Públicas hizo del contrato de concesión es precisamente contraria a una interpretación como la referida. En efecto, el Ministerio de Obras Públicas, por una parte, siguió cursando multas por la no entrega de la Garantía de Construcción, de lo que se desprende inequívocamente, que en su concepto, la Sociedad Concesionaria seguía en falta, y por otra, 144 días después del informe presentado por la Concesionaria, solicitó la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de mi representada, fundada precisamente en los mismos hechos.

No existe ninguna duda que desde el día 30 de octubre de 2014, el Ministerio de Obras Públicas, no solamente estaba facultado, sino que tenía la obligación de solicitar la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la extinción de la concesión de la obra pública fiscal "Concesión Vial Rutas del Loa".

No obstante lo señalado en nuestra reclamación y que se reitera por el presente documento, en orden a que no resulta procedente conforme a derecho dejar al mero arbitrio o decisión del ente mandante, la oportunidad para solicitar la extinción de la concesión de la obra pública por el incumplimiento grave, y en el intertanto sancionar con multas el incumplimiento, lo que implica dejar a su sola voluntad y antojo la extensión y monto de las sanciones a aplicar, resulta asimismo, contrario a

derecho que existiendo una sanción expresamente establecida para el caso de incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, y en la cual, de acuerdo al Ministerio de Obras Públicas incurrió la Sociedad Concesionaria al no entregar la Boleta de Garantía de Construcción, se sancione el mismo hecho con la aplicación de multas por el atraso en el cumplimiento de la obligación.

Es decir, dándose los presupuestos para aplicar la máxima sanción contemplada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las Bases de Licitación, cual es la de instar por la declaración de la extinción de la concesión, y manifestada la voluntad del Ministerio de Obras Públicas en tal sentido, es dicha sanción la que debe aplicarse por el hecho que configura la causal, por lo que es absolutamente improcedente que además, se sancione dicho hecho con multas del contrato, siendo aún más improcedente que la extensión de ellas quede entregada al mero arbitrio de una de las partes, y justamente de la única parte que puede aplicarlas.

Sólo con el objeto de graficar e ilustrar a la H. Comisión Arbitral, el Ministerio de Obras Públicas aplicó 144 multas de 150 UTM, esto es, 21.600 UTM, por incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción, por el período comprendido entre el 30 de octubre de 2014 y 23 de marzo de 2015, ninguna de las cuales habría sido propuesta y aplicada, si dicha Secretaria de Estado hubiere cumplido en tiempo y forma sus obligaciones legales y contractuales.

Es más, el Ministerio de Obras Públicas no conforme con ello siguió aplicando multas diarias durante la tramitación ante esta H Comisión de la declaración de incumplimiento grave, esto es, hasta el 22 de junio de 2015. Es decir aplica multas establecidas en un contrato para sancionar el

incumplimiento de entrega de una boleta, durante el transcurso del procedimiento de extinción de la concesión fundada en el mismo hecho, lo que realmente carece no solo de fundamento jurídico si no de mínimo criterio.

Además de lo anterior todas y cada una de las multas que se aplican en el periodo indicado tienen causa contractual, puesto que a partir del 26 de septiembre de 2014, cuando el Ministerio de Obras Públicas comunicó a la Sociedad Concesionaria que había incurrido en incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, hecho que a su vez es causal de extinción de la concesión, máxima sanción contemplada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las Bases de Licitación, desaparece la causa de la aplicación diaria de una multa que sanciona la no entrega de la boleta de garantía.

Demás está indicar que esta petición contenida en nuestra reclamación, no fue objeto de alegación o excepción alguna de parte de la demandada.

POR TANTO:

PIDO A H. COMISION tener por evacuado en tiempo y forma el trámite de la réplica conferido.