

RESUMEN EJECUTIVO

En cumplimiento a la norma de procedimiento número 22 de las normas procesales refundidas de esta Comisión Arbitral, se acompaña el resumen ejecutivo del reclamo presentado "SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSE RUTAS DEL LOA S.A.", contra el Ministerio de Obras Públicas; en lo sucesivo e indistintamente MOP; por las multas cursadas a través de las siguientes Resoluciones:

MULTAS POR INCUMPLIMIENTO PLAZO DE ENTREGA GARANTÍA DE CONSTRUCCIÓN

Resolución DGOP	Fecha Resolución
1685	14.04.15
2812	30.06.15
3014	13.07.15
3201	28.07.15

MULTAS POR INCUMPLIMIENTO PAGO DE LA SEGUNDA CUOTA POR CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN

Resolución DGOP	Fecha
1683	14.04.15
2694	19.06.15

3006	13.07.15
3550	19.08.15

**MULTAS POR INCUMPLIMIENTO PAGO POR CONCEPTO DE
ADQUISICIONES Y EXPROPIACIONES**

Resolución DGOP	Fecha Resolución
2695	19.06.15
3552	19.08.15

OTRAS MULTAS

Resolución DGOP	Fecha
2696	19.06.15
2697	19.06.15
2698	19.06.15
3554	19.08.15
3004	13.07.15
3005	13.07.15
3012	13.07.15
3015	13.07.15
3822	03.09.15

Hacemos presente que todas las resoluciones reclamadas han sido dictadas por la autoridad competente del MOP 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”.

Se ha solicitado se declare la improcedencia de las resoluciones que son objeto de la misma y, por consiguiente, ordene al MOP dejarlas sin efecto. Subsidiariamente se ha solicitado se dejen sin efecto las multas por ser improcedentes por fundarse todas ellas en hechos ocurridos con posterioridad a la notificación formal de incumplimiento grave y en defecto de lo anterior, se solicitó una rebaja de las multas atendido su falta de proporcionalidad de acuerdo a lo que se señala, en forma detallada en las peticiones concretas.

A- CONSIDERACIONES DE HECHO

I.- ACTUACIONES REALIZADAS POR EL ESTADO DE CHILE DURANTE EL PROCESO DE LICITACIÓN DEL CONTRATO DENOMINADO “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”

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

- 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”. 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”.
- El 8 de febrero de 2013 el MOP 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 MOP 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.
- 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 Licitante¹ denominado “Consortio Vial Anto-Andino”, conformado por las empresas: “Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada” e “Inversiones Viales Andina Limitada”.

¹ “Grupo Licitante: Conjunto de personas naturales o jurídicas que se presentan a una licitación acompañando una sola oferta, siendo la responsabilidad de cada uno de ellos indivisible y solidaria”. Artículo 3 N°12 Reglamento de La Ley de Concesiones de Obras Públicas.

- El 10 de abril de 2014 la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto Supremo N°249, del MOP, 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”.
- El 28 de abril de 2014 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°249, del MOP, 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”.

II.- DESCRIPCION DEL PROYECTO DE OBRA PÚBLICA FISCAL DENOMINADA “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”²

El proyecto planteaba realizar el mejoramiento y la ampliación a doble calzada de la Ruta 25 en el tramo comprendido entre el enlace Carmen Alto, al final de la Concesión Vial Autopistas de la Región de Antofagasta, y el empalme con el proyecto de mejoramiento de la Avenida Balmaceda, al norte de la rotonda de acceso sur a Calama, incluyendo las obras de conexión que permitan dar continuidad a las citadas vías.

III.- DESARROLLO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

El 8 de febrero de 2013, el MOP comunicó al “Consortio Vial Anto-Andino” su intención de adjudicarle la concesión, para lo cual acompañó Acta de Adjudicación correspondiente, comunicación que confirma oficialmente al oferente favorecido, la intención de la Dirección General de Obras de adjudicarle el contrato, sin perjuicio que éste se entenderá adjudicado con la

²Descripción del proyecto conforme al Artículo 1.3 de las Bases de Licitación del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.

publicación del correspondiente decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial³.

En esta misma oportunidad, se le requirió al Adjudicatario la renovación de la Garantía de Seriedad de la Oferta por el término de un año, situación que en los hechos se verificó con la renovación de la referida Garantía hasta el día 11 de junio de 2014, plazo que en teoría sería concordante con el de la entrega de la Garantía de Construcción establecido en las Bases de Licitación⁴.

Por la dilación en la adjudicación de la concesión, se realizó una segunda renovación de la Garantía de Seriedad de la Oferta, hasta el día 30 de septiembre de 2014, con el objeto de compatibilizar dicho plazo con el entrega de la Garantía de Construcción.

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 que 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**, fecha en que recién 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*

³ Artículo 28 N°1 del Reglamento de la ley de Concesiones de Obras Públicas.

⁴ Artículo 1.8.1.1. de las Bases de Licitación.

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

El 20 de junio de 2014, 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 concesión⁵.

Durante la Etapa de Construcción establecida en el contrato de construcción, la Sociedad Concesionaria para la elaboración y desarrollo de los Proyectos de Ingeniería Definitiva o de Detalle, contrató los servicios del “Consortio Euroconsult – Cicsa Rutas del Loa S.A.”, suscribiéndose el 10 de noviembre de 2014, el contrato destinado a la ejecución de los estudios y trabajos necesarios para la correcta definición del proyecto constructivo.

El 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 MOP entregó a la Sociedad Concesionaria la infraestructura preexistente de la concesión, momento desde el cual ésta fue mantenida y conservada por nuestra representada y para ello el 7 de julio de 2014, se contrataron los

⁵ “a) Constituir, en el plazo y con los requisitos que el Reglamento o las Bases Administrativas establezcan, una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, con quien se entenderá celebrado el contrato y cuyo objeto será la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema establecido en el artículo 87° del decreto supremo N° 294, de 1984, del Ministerio de Obras Públicas”. Artículo 9, letra a), Ley de Concesiones de Obras Públicas. Lo Subrayado es nuestro.

servicios de la empresa “Romina Scaff Ascencio Electrotek EIRL” destinados al mantenimiento y operación de la infraestructura preexistente.

Por otra parte y a consecuencia que la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” corresponde a una Iniciativa Privada⁶ declarada de interés público y aprobada por el MOP, cuyo Postulante fue la empresa SKANSKA LOA INVERSIONES LIMITADA,⁷ la Sociedad Concesionaria de acuerdo al contrato de concesión pagó a la Postulante el 30 de junio de 2014, la suma de \$1.915.310.207.- (mil novecientos quince millones trescientos diez mil doscientos siete pesos

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, de la Garantía de Construcción para cada uno de los Sectores del Proyecto definidos en el artículo 1.3 de las mismas Bases de Licitación⁸.

Para el cumplimiento de esta el plazo de 90 días de que disponía la Sociedad Concesionaria para la entrega de la Garantía de Construcción **vencía día 27 de julio de 2014.**

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.

Sector	Valor Total Garantía (UF)
--------	---------------------------

⁶ La Iniciativa Privada es un mecanismo establecido en el artículo 2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas por el cual cualquier persona natural o jurídica podrá postular ante el Ministerio de Obras la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión.

⁷ Artículo 1.2.3 de las Bases de Licitación.

⁸ Artículo 1.8.1.1 de las Bases de Licitación.

A ⁹	225.000
B ¹⁰	100.000
Total	325.000

A esta época, la Sociedad Concesionaria, mantenía vigente la “Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta”, cuyo valor ascendía a la suma de UF 175.000¹¹ (ciento setenta y cinco mil Unidades de Fomento), y su plazo de vigencia era hasta el 30 de septiembre de 2014.

El 25 de julio de 2014, la Concesionaria solicitó a la Autoridad 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 MOP 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

⁹ Sector A, Ruta 25, Carmen Alto – Calama.

¹⁰ Sector B, Circunvalación Oriente a Calama.

¹¹ Artículo 1.5.5. de las Bases de Licitación

Infraestructura Hospitalaria”, que comprende 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, no estaban disponibles para otorgar las garantías requeridas, lo que no habría ocurrido si el Estado de Chile hubiere adjudicado en tiempo y forma el contrato de concesión de la especie.

El 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 Públicas¹² la denegó, justificando tal decisión en que carecía de competencia para modificar los plazos establecidos en las Bases de Licitación, respuesta que viola la garantía constitucional y legal de brindar un trato igualitario a todos quienes se hallan participando dentro del sistema de concesiones de obras públicas¹³.

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 MOP se encontraba modificando diversos contratos de concesión,

Pese a la negativa arbitraria del MOP, y ante la imposibilidad de entregar la Garantía de Construcción, la Sociedad Concesionaria, con fecha 25 de

¹² Mediante Oficio ORD. N° 1109.

¹³ Nos referimos al derecho de igualdad ante la ley y de prohibición de la discriminación arbitraria que se aseguran a todas las personas en el artículo 19 N°s 2° y 21, de la Constitución Política de la República.

septiembre de 2014, esto es, estando vigente la “Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta”, en una prueba 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°89561¹⁴, 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 la causal de Incumplimiento Grave del Contrato de Concesión que el MOP 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.

El 26 de septiembre de 2014¹⁵, esto es, 60 días después del vencimiento del plazo previsto contractualmente para la entrega de la Garantía de Construcción, el Director General de Obras Públicas¹⁶ 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

¹⁴ Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta.

¹⁵ Recepcionada por la Sociedad Concesionaria con fecha 30 de septiembre de 2014.

¹⁶ Mediante ORD. N°1187.

General de Obras Públicas un informe que contuviera las medidas que se implementarían para subsanar la falta señalada.

El 30 de octubre de 2014, dentro del plazo fijado para estos efectos¹⁷, 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.

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.

Sin perjuicio de lo ya señalado, hacemos presente nuevamente a la Honorable Comisión Arbitral, que desde el 30 de octubre de 2014 no existe ninguna razón o causa aparente que haya inhabilitado al MOP para solicitar la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, como de hecho ocurrió el día 23 de marzo de 2015, esto es, 144 días después.

¹⁷ Plazo considerado desde la fecha de notificación.

Con el sólo objeto de graficar a la Honorable Comisión el grave impacto patrimonial que esta decisión del MOP 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 Secretaria de Estado cursó **multas** a nuestra representada por un total de **21.600 UTM (veintiún mil seiscientos Unidades Tributarias Mensuales)**, esto es, más de un millón trescientos mil dólares de la divisa estadounidense.

El 22 de diciembre de 2014, esto es, estando vigente¹⁸ 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 Prorroga Boleta de Garantía”, emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendió hasta el día 20 de abril de 2015 el plazo de validez de la Boleta de Garantía N°89561, emitida por el señalado Banco, por la suma de UF 175.000,

A estas alturas del contrato de concesión, la situación económica del GRUPO SAJOSE era muy compleja y apremiante, estando próxima la firma del Contrato de Reestructuración¹⁹ con sus entidades financieras que establecerían en definitiva la prohibición de acometer el contrato “Concesión Vial Rutas de Loa”. No obstante lo anteriormente expuesto, **y en una clara manifestación de su buena fe y compromiso de ejecutar el contrato**, la Sociedad Concesionaria renovó la Garantía de Seriedad de la Oferta hasta el día 30 de abril de 2015.

El 23 de marzo de 2015, mediante anotación en el Libro de Obras de Construcción LDO N°33, el Inspector Fiscal del Contrato informó a la

¹⁸ La “Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta” vencía el día 31 de diciembre de 2015.

¹⁹ El Contrato de Reestructuración se firmó con fecha 30 de diciembre de 2014

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, esto motivado en el incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a aquélla.

Ello consta en la entrega realizada al MOP(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 abril de 2015, la Sociedad Concesionaria en nuevo acto de buena fe se allanó a la declaración de incumplimiento grave presentada por el MOP ante esta H. Comisión, pero haciendo expresa reserva de todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder.

El 22 de junio de 2015, la Honorable Comisión Arbitral declaró que la Sociedad Concesionaria incurrió en incumplimiento grave del contrato de concesión lo que produce la consecuente extinción de la concesión antes nombrada.

IV.- EL CONFLICTO QUE SE PIDE RESOLVER A LA H. COMISIÓN ARBITRAL

Tal como se señaló en el acápite sobre la cronología de las actuaciones realizadas por el Estado de Chile en el proceso de licitación de la obra pública denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, la apertura de las Ofertas Técnicas y Recepción de las Ofertas Económicas, se verificó el día 6 de diciembre de 2012. Por su parte, la Adjudicación del Contrato de Concesión se verificó el día 28 de abril de 2014, con la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo respectivo.

Es fácil verificar que entre ambas actuaciones transcurrieron 508 días.

En el caso particular de la obra pública denominada “Concesión Vial Rutas del Loa” considerando que ni la Ley de Concesiones de Obras Públicas ni las respectivas Bases de Licitación establecen un plazo cierto o determinado para la Adjudicación del contrato, los licitantes interesados –como lo fue nuestra representada- internalizaron en sus ofertas y modelos de negocio una “*fecha probable*” de adjudicación, sobre de la base de la información relevante disponible en el mercado para esta clase de relaciones jurídicas.

Claramente esta situación de desconocimiento del plazo de adjudicación genera un riesgo que los licitantes deben asumir, pero no es menos cierto que para definir tal riesgo es necesario actuar con criterios de razonabilidad o proporcionalidad y sobre todo considerando el precedente administrativo del propio Ministerio de Obras Publicas

Lo anterior implica, a juicio de esta parte, actuar con la mayor diligencia en el análisis de los antecedentes contractuales con los que se cuenta.

La Sociedad Concesionaria que representamos realizó un diligente estudio y analizó los procesos licitatorios de contratos de concesión anteriores al que nos interesa a efectos de la presente reclamación, correspondientes al período 2009-2010, concluyendo que, en promedio, el plazo que media entre la formulación de las ofertas y la adjudicación del contrato era de aproximadamente 190 días, no obstante lo cual, para efectos de su evaluación y de manera prudente y previsoramente consideró 250 días.

Ahora bien, fue sobre la base de la información del promedio histórico antes referido (190 días) que la Sociedad Concesionaria analizó, estudió, estructuró y formuló su oferta y su modelo de negocio, pero, por circunstancias ajenas a su voluntad y a pesar del análisis diligente que ella realizó, en los hechos hubo

un retraso en la fase de adjudicación del contrato de concesión de la especie que alteró cualquier previsión que pudiera haber efectuado.

Esa situación –demora en más de un 100% del plazo promedio histórico analizado- sólo se generó por actuaciones imputables al Estado de Chile, y derivó en la imposibilidad de nuestra parte para acometer el contrato de concesión de la especie, pese a sus intentos de cumplirlo en tiempo y forma.

El 19 de febrero de 2014, el Consorcio Vial Anto-Andino efectuó una presentación ante la Contraloría General de la República²⁰ a fin de solicitar su pronunciamiento respecto de las consecuencias que se podrían provocar producto de la dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión, todo, dentro del marco de las normas y principios aplicables al sistema de Concesiones de Obras Públicas que rige en nuestro país.

Adicionalmente, con fecha 11 de marzo de 2014, el referido Consorcio realizó una presentación al MOP haciendo presente los efectos nocivos que le estaba provocando la dilación injustificada de la fase de adjudicación del contrato de “Concesión Vial Rutas del Loa” y le solicitó concretamente que se adoptaran las medidas necesarias con el objeto de evitar cualquier desequilibrio en las prestaciones recíprocas que se deben las partes en ésta como en cualquier otra relación jurídica de tipo contractual.

²⁰ Con fecha 17 de abril de 2014 la Contraloría General de la República respondió la presentación efectuada por el Consorcio Vial Anto-Andino señalando: “Sobre la materia, cumple con señalar que las consideraciones y solicitudes formuladas fueron debidamente ponderadas por esta Contraloría General con ocasión del trámite de control preventivo de juridicidad del decreto Nº249, de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que adjudicó el contrato de que se trata, y que este Órgano de Control, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, tomó razón del mismo con fecha 10 de abril de 2014”.

En el caso de la Contraloría General de la República, su dictamen no se hizo cargo del tema de fondo planteado y el MOP nunca dio respuesta al requerimiento formulado por el Consorcio licitante.

Frente a los hechos descritos -que se arrastran desde el procedimiento desarrollado por el Estado de Chile para contratar la concesión de obra pública de la especie-, la Sociedad Concesionaria estima que resulta absolutamente improcedente la aplicación de multas toda vez que el motivo que justifica el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Concesionaria está conformado por hechos -acciones y omisiones-, o causas imputables a éste último (Ministerio de Obras Públicas), como lo es la dilación injustificada del plazo de adjudicación de la concesión -tomando en cuenta el plazo promedio histórico de adjudicación de esta clase de contratos administrativos.

En subsidio de lo expresado se somete a la consideración de la H. Comisión la improcedencia de las multas aplicadas por fundarse todas ellas en hechos ocurridos con posterioridad a la fecha en que formalmente el MOP notifica a la SC el incumplimiento grave que llevan a la extinción del contrato, careciendo todas las multas de causa.

B. CONSIDERACIONES DE DERECHO

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 MOP en Resoluciones DGOP N° 1682 y 1675, ambas 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.

la actuación de los órganos de la administración del Estado se encuentra regida por el principio de legalidad (legalidad), el cual es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho.

Dicho principio se encuentra consagrado, fundamentalmente, en los 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–,

Es dentro de dicho principio donde se debe analizar si la respuesta del Ministerio de Obras Públicas, en el sentido de que carece de norma que lo obligue a la adjudicación dentro de un plazo determinado y, por ende, que estaría facultado para extender el plazo de término del procedimiento de licitación en forma indefinida, es conforme a derecho o no.

A) REGULACIÓN GENERAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Ahora bien, para la contratación de una concesión de obra pública se deben cumplir las exigencias que determinan o contemplan las leyes sectoriales.

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).

Debemos añadir que el marco regulatorio de este tipo de contratos administrativos también se integra por la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República (Ley N° 10.336 y sus modificaciones), las correspondientes Bases de Licitación y el Decreto Supremo de Adjudicación, entre otras.

En primer término, analizados los cuerpos legales y reglamentarios citados no encontramos una norma expresa que se refiera a un plazo determinado para la dictación de la resolución que pone término al proceso de licitación

Tampoco existe una norma que habilite al MOP para determinar a su entero arbitrio o discrecionalmente tal plazo.

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.

B) ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES.

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 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 discrecionales²¹”*.

En tal sentido, y conforme lo señala Bonnard, *“hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe*

²¹ Informe en Derecho. Estudio sobre las potestades Discrecionales de la Administración del Estado. Marcela del Carmen Robert Aste.

obrar, cómo debe obrar y que contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer²²”.

Para el profesor Eduardo Soto Kloss, en tanto, lo discrecional es sinónimo de “*prudencial*”, término éste respecto del cual señala que no sólo es una virtud intelectual, directiva de los actos humanos, sino que también es una virtud hasta cierto punto moral, ya que constituye un hábito cognoscitivo que perfecciona la razón. Ello, por cuanto para dicho autor nacional, la discrecionalidad es libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos –que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública-, la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad, lo que le permite concluir que la discrecionalidad exige el uso de un arbitrio razonable, y en donde éste no se dé, esto es donde no concurre, habrá “*arbitrariedad*”, ausencia de razonabilidad y, por ende, acto nulo, viciado, contrario a Derecho, por desproporcionado, inidóneo, ineficiente, inoportuno²³”.

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 N° 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).

²² Informe en Derecho. Estudio sobre las potestades Discrecionales de la Administración del Estado. Marcela del Carmen Robert Aste.

²³ Informe en Derecho. Estudio sobre las potestades Discrecionales de la Administración del Estado. Marcela del Carmen Robert Aste.

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”*²⁴. 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 racional²⁵.

La Contraloría ha expresado que la obligación de motivar el acto de la administración tiene como fundamento el principio de juridicidad que en un concepto amplio y moderno, conlleva a la exigencia de que tales actos no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, serían arbitrarios y por consiguiente, ilegítimos²⁶.

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

²⁴ REYES RIVEROS, JORGE. Invalidez y nulidad de los actos administrativos. LexisNexis. Año 2006. Pag.29.

²⁵ Dictamen N° 62.113, de 27 de diciembre de 2006.

²⁶ Dictamen N° 62.113, de 27 de diciembre de 2006.

previstos por el legislador-, no siendo suficiente que se haga referencia a una apreciación de índole general²⁷.

Conforme a lo razonado, sostener como lo ha hecho el MOP 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 arbitrariamente 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.

a) PLAZO PARA LA DICTACIÓN DEL DECRETO

²⁷ Dictamen N° 62.113, de 27 de diciembre de 2006.

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.

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 MOP 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 semejante²⁸”*.

b) OBLIGACIÓN DE ESTUDIAR LOS ANTECEDENTES PARA EFECTUAR LA OFERTA.

²⁸ Jorge Bermúdez Derecho Administrativo General. Pág., 63.

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 MOPen 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.

c) PRINCIPIO DE LA BUENA FE

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.

D- EFECTOS DE LA DEMORA DE LA ADMINISTRACIÓN

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

E. DEMORA DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS EN GESTIONAR LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL CONTRATO.

Todos los fundamentos de derecho señalados son plenamente aplicables a la situación de demora del Estado en instar a la extinción del contrato por incumplimiento grave.

F- EL MONTO DE LAS MULTAS APLICADAS ES RECAUDATORIO Y RESULTA EVIDENTEMENTE DESPROPORCIONADO.

En el caso de las multas aplicadas por el atraso en el pago de la segunda cuota del pago por Administración y Control, y sin perjuicio de lo señalado respecto de su improcedencia y su falta de causa, al aplicarse ellas con posterioridad a la fecha de extinción del contrato de concesión de mi representada con el Ministerio de Obras Públicas, esta resulta evidentemente desproporcionada y dejan de manifiesto un propósito recaudatorio que se aparta de la naturaleza de la multa establecida como sanción a un incumplimiento contractual.