

RESUMEN EJECUTIVO

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LA H. COMISION ARBITRAL

Tal como se señaló precedentemente en la exposición de los hechos, el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta otorgada por mi representada, fundando tal actuación en un incumplimiento grave de las obligaciones de esta Sociedad Concesionaria. Consideramos que dicho cobro es **improcedente**, ya que carece de causa legítima, vulnera textos legales expresos y, además, violenta principios básicos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Este es alcance de la controversia que sometemos al conocimiento y resolución de esta H. Comisión, solicitando desde ya se declare la improcedencia del cobro efectuado por el Ministerio de Obras Públicas de la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, ordenando la devolución a esta Sociedad Concesionaria del importe de dicha Garantía Bancaria, en el equivalente en pesos al momento de su devolución, con los intereses que correspondan.

2. COBRO BOLETA DE GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

Con fecha **23 de marzo de 2015**, mediante anotación en el Libro de Obras de Construcción LDO N° 33, el Inspector Fiscal 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.

La comunicación del Inspector Fiscal señala textualmente: *“Informo a Ud., que el viernes 13 de marzo de 2015, se procedió al cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta del contrato, **por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria SANJOSE Rutas del S.A.**, según consta en la entrega por parte del Banco BBVA, del depósito a la vista serie N°048 510-0 por la suma de \$4.229.009.750, que se adjunta”* (lo subrayado es nuestro).

Hacemos presente a la H. Comisión que el plazo que medió entre el incumplimiento que serviría de base al cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta y el cobro efectivo de la misma por parte del Ministerio de Obras Públicas fue de **229 días**.

Finalmente, con fecha 23 de marzo de 2015, el Ministerio de Obras Públicas presentó una demanda ante Comisión Arbitral solicitando se declarara el incumplimiento grave de las obligaciones de esta Sociedad Concesionaria y la Extinción de la Concesión, situación que se verificó el día 22 de junio de 2015, fecha que esta Comisión Arbitral emite tal declaración.

3. LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA QUE SIRVE DE FUNDAMENTO PARA EL COBRO DE LA BOLETA DE GARANTÍA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA INFRINGE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS.

Como vimos, el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, **fundando esa decisión en un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.**

El único Incumplimiento Grave de las Obligaciones de la Sociedad Concesionaria existente en el Contrato de Concesión es aquél que fue declarado por la H. Comisión Arbitral mediante sentencia de fecha con fecha 22 de junio de 2015, el

cual se fundó en el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación.

Teniendo en consideración que el Ministerio de Obras Públicas funda el cobro de la garantía en un incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, y que la única declaración en tal sentido se formuló en una fecha posterior al referido cobro, no cabe sino concluir que dicha Secretaria Estado por sí y ante sí declaró el mencionado incumplimiento, actuación que a todas luces vulnera texto expreso de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En efecto, el artículo 27 de la Ley de Concesiones, señala que el “Incumplimiento Grave de las Obligaciones del Concesionario” constituye una causal de extinción de la concesión. Dada la gravedad de la sanción la Ley precave un procedimiento previo y especial para su declaración, radicando su conocimiento y resolución en la Comisión Arbitral.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que: *“la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas **a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36 bis**”*. La misma norma más adelante agrega: *“**Declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Arbitral**, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del artículo 207, números 1 al 5, del Libro IV del Código de Comercio. Este interventor responderá de culpa levísima.”*

Las Bases de Licitación del contrato de concesión de la especie, en concordancia con la Ley de Concesiones **establecen que la concesión se extinguirá por “Incumplimiento Grave de las Obligaciones Impuestas a la Sociedad**

Concesionaria”¹. Asimismo, su numeral 1.11.2.3 señala los casos o situaciones que son considerados incumplimientos graves de la Sociedad Concesionaria destacando, para estos efectos, **su letra f) que señala: “No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación”**.

Tal como consta de los antecedentes que se acompañan a esta presentación, el Ministerio de Obras de Públicas, con fecha 23 de marzo de 2015, esto es, **10 días después de haber hecho efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta**, interpuso una demanda en contra de la “Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.”, en la que **solicitó a la Comisión Arbitral que declarara que la referida Sociedad Concesionaria había incurrido en incumplimiento grave del contrato de concesión** de la obra pública fiscal denominada “Concesión Rutas del Loa” y, además, que **se declarara extinguida la Concesión que se le había otorgado**.

Con fecha 22 de junio de 2015, esto es, **más de 100 días después del cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta efectuada por el Ministerio de Obras Públicas**, la H. Comisión Arbitral de la “Concesión Vial Rutas del Loa”, declaró que mi representada había incurrido en incumplimiento grave del contrato de concesión, señalando que la referida declaración producía la consecuente extinción de la concesión antes nombrada, conforme lo dispuesto en el artículo 27 N°3 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

De lo anterior se concluye inequívocamente que:

- Al momento que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, la Comisión Arbitral **no había declarado** que la sociedad concesionaria había incurrido en incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. A mayor abundamiento, **el**

¹ Numeral 1.11.2 “Causas de Extinción de la Concesión”

Ministerio de Obras Publicas no había presentado una demanda formal en ese sentido ante la Comisión Arbitral.

- Por tanto, al declarar unilateralmente el Ministerio de Obras Públicas que la Sociedad Concesionaria había incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones con el objeto de hacer efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, **infringió el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas que de manera privativa y excluyente entrega la competencia de dicha declaración a la Comisión Arbitral.**

Por lo tanto, al realizar esta declaración, el MOP **actuó de manera ilegal**, vulnerando los principios de legalidad y competencia del artículo 7° de la Constitución Política, además del principio administrativo de estricta sujeción a las bases de licitación, que en virtud del artículo 3° de la Ley N°19.886, es aplicable a los contratos de concesión de obra pública.

4. **EI COBRO DE LA GARANTIA BANCARIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EFECTUADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS SE BASA EN UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE NO SE ENCUENTRA FUNDADO, POR LO QUE EL COBRO DE LA GARANTÍA CARECE DE MOTIVO LEGITIMO.**

Tal como se ha expuesto latamente en el cuerpo de este escrito, el Ministerio de Obras Públicas **hizo efectiva la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta basado en un incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.**

El único incumplimiento grave del Contrato de Concesión, declarado por la instancia competente y en la forma prescrita en las Bases de Licitación, se verificó más de **100 días después del cobro** de la Boleta de Garantía efectuada por el Ministerio de Obras Públicas.

Es decir, que la causa invocada por dicha Secretaria de Estado, que sirvió de fundamento para el cobro, **no existía** al momento de hacerse efectiva la misma.

Como es de su conocimiento, lo actos que emiten los órganos de la Administración deben obedecer al presupuesto establecido en la misma ley, de manera reglada o discrecional, y, además, deben ser **fundados o motivados**, expresando sus razonamientos o consideraciones que permitan conocer claramente la intención y fines perseguidos por la autoridad al dictar el mismo acto administrativo. Es aquélla una exigencia propia de un Estado de Derecho en el que impera la autoridad competente limitado por los derechos fundamentales de las personas.

En el caso particular de la especie, el supuesto fáctico invocado por el Ministerio de Obras Públicas para proceder al cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, a saber, el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria - **NO EXISTÍA AL MOMENTO DE ADOPTARSE, EJECUTARSE Y HACER EFECTIVA LA MISMA MEDIDA.**

Por lo tanto, respectivo Acto Administrativo **carecía de fundamento o motivo**, lo que lo transforma en un acto arbitrario e ilegal, es decir, nulo, y, por ende, resulta **ilegítimo** e improcedente el cobro de la garantía de bancaria que ha realizado el Ministerio de Obras Públicas.

5. LA NO CONSTITUCIÓN DE LA GARANTIA DE CONSTRUCCIÓN Y EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM

Tal como se señaló en el relato de los hechos, la causal del supuesto incumplimiento grave que habría cometido mi representada es aquella establecida en la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación, a saber: *“No constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes bases de licitación”*.

A partir de ella el Ministerio de Obras Públicas sancionó a la Sociedad Concesionaria en tres ocasiones distintas por el mismo hecho, según se detalla a continuación:

- a. Aplicó **330 multas, por un valor total de UTM 42.500, que al mes de enero corresponde a \$ XXXXX**. El hecho por el cual se sanciona es el “*incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción*”², que es exactamente lo mismo que no constituir la Garantía de Construcción en los plazos previstos para ello.
- b. Hizo efectiva la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta por un valor de UF 175.000, que al 30 de mayo de 2017 equivalían a \$4.660.250.000. Tal como se ha detallado, el MOP hizo efectiva la Garantía por no constituir la Garantía de Construcción en los plazos previstos en el Contrato de Concesión.
- c. Solicitó, y obtuvo de la H. Comisión Arbitral, la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, lo que trajo como consecuencia la extinción de la concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”, fundada en la letra f) del numeral 1.11.2.3 de las Bases de Licitación, ya referida.

Creemos que en este caso podemos observar la aplicación del principio del *non bis in idem*, que rige plenamente en un caso como el que es materia de estos autos.

Hacemos presente lo señalado por la H. Comisión Arbitral, en su fallo de 7 de abril de 2019, donde justifica su decisión sobre la improcedencia de la multas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas, de la siguiente manera: “*Amén de su apego estricto a la doctrina jurídica aplicable, la Comisión Arbitral estima que la*

² Resoluciones DGOP.

*aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en aplicar las multas, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de aquéllas se eleve exageradamente, dejando sin efecto las multas y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas. **Asimismo, evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las elevadas multas.***” (la negrilla es nuestra).

Vale decir, esta Comisión Arbitral sostiene que amén del estricto apego a la doctrina jurídica aplicable, su resolución de declarar improcedentes las multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas, no obstante no dar lugar a la reclamación de la Sociedad Concesionaria sobre el particular, conlleva una **“razón de justicia eminente”** y **“evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem”**, en cuanto declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las multas.

Por tanto, creemos evidente que nos encontramos frente a una actuación del MOP que ha vulnerado el principio de *non bis in ídem*, al sancionar en reiteradas ocasiones, dentro del mismo procedimiento administrativo, fundándose en el mismo hecho.

6. SENTENCIA COMISIÓN ARBITRAL “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA” DE FECHA 07 DE ABRIL DE 2017

Cabe hacer presente que esta Comisión Arbitral, con motivo de la interpretación o aplicación del contrato, fallando las causas acumuladas N° 002-2015 y N° 003-2015, sobre reclamos interpuestos por la Sociedad Concesionaria por la aplicación indebida de multas con posterioridad a haberse configurado el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, indicó, con relación a la resolución que declaró el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de concesión, lo siguiente:

*“Establecido lo anterior, y para resolver acertadamente lo pedido, es necesario analizar la naturaleza **jurídica que tiene la sentencia de fecha 22 de junio de 2015, de esta Comisión Arbitral, que declaró el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato y la subsecuente extinción de la concesión**, para determinar, desde cuándo produce sus efectos, en cuanto la ley expresa que **“declarará el incumplimiento”**.”*

*Conforme el tenor legal, al dictar su fallo, la Comisión Arbitral hace una declaración de certeza, en virtud de la cual, la propia Administración debe actuar, dictando los actos administrativos que hagan realidad lo declarado. **Se trata, entonces, de una sentencia declarativa, que de acuerdo con lo que la doctrina y la jurisprudencia han sentado, produce efectos retroactivos, desde el momento en que lo declarado se produjo.***

*En la especie, el incumplimiento del contrato, conforme el claro tenor de los artículos 1.11.2.3, letra f) y 1.11.2.3.1., todos de las Bases de Licitación, **se configuró el 27 de julio de 2014, día en que expiró el plazo de noventa días, calificado de fatal**, en cuanto exige cumplir con la obligación “dentro de” dicho término, contado desde la publicación del decreto supremo MOP N° 249 en el Diario Oficial, otorgado a la SC para entregar la Garantía de Construcción.*

El citado artículo 1.11.2.3 de las BALI, bajo el epígrafe; “extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones impuestas a la sociedad concesionaria”, en su letra f) antes citada, explícitamente califica como tal incumplimiento grave la no constitución o no reconstitución de las garantías en los plazos previstos en las presentes Bases de Licitación”. Explícitamente, se remite al plazo de constitución, entendiendo que su vencimiento configura la causal de incumplimiento.

*En consecuencia, si las multas se aplicaron mediante resoluciones posteriores al 27 de julio de 2014, que fueron válidamente dictadas, **cabe concluir, en estricto derecho, que aquéllas son improcedentes en la actualidad, porque carece de sentido y de causa apremiar el cumplimiento mediante multas, de una obligación fenecida.** Y las resoluciones dictadas son improcedentes no porque hayan sido mal dictadas, sino por el efecto retroactivo que la declaración conlleva, procediendo ser dejadas sin efecto por una causa sobreviniente a su dictación.*

Amén de su apego estricto a la doctrina jurídica aplicable, la Comisión Arbitral estima que la aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en aplicar las multas, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de aquéllas se eleve exageradamente, dejando sin efecto las multas y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas. Asimismo, evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como son las elevadas multas.”

Siguiendo exactamente el criterio sostenido por la H. Comisión Arbitral en las causas relativas a las multas, no cabe sino concluir que, si el cobro de la garantía se verificó con posterioridad al 27 de julio de 2014, puede haber sido válido en su momento, pero en estricto derecho, dicho cobro resulta improcedente en la actualidad, porque carece de sentido y de causa apremiar el cumplimiento mediante el cobro de una garantía, de una obligación fenecida.

Adicionalmente, siguiendo a la misma H. Comisión Arbitral, la aplicación práctica de lo expuesto conlleva una razón de justicia eminente, compensar la demora que el MOP haya tenido en hacer efectiva la garantía, con el riesgo que, por decisión unilateral, que le pertenece, el monto de los perjuicios se eleve exageradamente, dejando sin efecto el cobro de la garantía y volviendo a las partes a una completa equiparidad en sus obligaciones conmutativas.

Por último, y nuevamente siguiendo lo resuelto por la H. Comisión Arbitral, esta interpretación evita que se vulnere el conocido principio del non bis in ídem, en cuanto, declarada la extinción de la concesión, que es una sanción mayor, se aplique otra por el mismo hecho, como es el cobro de la garantía.

Dado el carácter retroactivo del efecto declarativo de la sentencia pronunciada por la Comisión Arbitral, el cobro de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta resulta jurídicamente improcedente, porque carece de sentido y de motivo o causa hacer efectiva dicha caución si el contrato a la cual accede no existe al momento de ejecutar ésta. Ello resulta patentemente contrario a las normas elementales de los contratos, según la legislación civil y administrativa.

7. NATURALEZA JURIDICA DE LA BOLETA

La boleta de garantía cobrada ilegalmente por el MOP es una caución y no una sanción, así lo ha resuelto en forma reiterada la Contraloría General de la República. En efecto el órgano contralor, cuyos dictámenes son vinculantes para el MOP, señala: *“en efecto, cabe tener presente que en el ejercicio de la facultad descrita y en la decisión administrativa de cobrar la póliza de seguros presentada por la permisionaria, deben considerarse los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben inspirar las actuaciones de la Administración, por cuanto la garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento del proyecto comprometido, **tiene la naturaleza jurídica de caución, y no una sanción**, por lo que no puede resultar más gravosa que la obligación principal que garantiza, ya que su finalidad es asegurar el cumplimiento de dicha obligación³”*.

Asimismo, lo ha ratificado en este mismo sentido en dictamen N°12.541 de 2010: *“la ejecución de la garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento del proyecto no puede sino ser proporcional al incumplimiento que motiva la respectiva*

³ Dictamen N°12.541 de 2010

ejecución, para determinar lo cual la autoridad deberá definir y ponderar debidamente los factores que correspondan”.

Pues bien, en este caso, primeramente, no existe ninguna obligación que caucionar; tampoco se ha señalado por parte del MOP qué tipo de obligación hará efectiva con el cobro de la boleta de garantía, cuál sería el monto de la misma, que pasará con el saldo existente después de cubrir tal obligación, etc.

Nada dice el MOP, solo se limita a señalar el 23 de marzo de 2015 que con fecha 13 de marzo hizo efectiva la boleta de garantía.

De acuerdo con lo dictaminado por la Contraloría, doctrina obligatoria para el MOP, esta entidad ha hecho cobro de una boleta de garantía, sin tener obligación alguna que caucionar, en forma indebida, infringiendo los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben inspirar las actuaciones de la Administración, a que se refiere el Órgano Contralor.

Así las cosas, la Administración está haciendo efectiva una boleta de garantía, sin señalar cual es la obligación que se cauciona, con lo cual carece de causa y se transforma en un enriquecimiento sin causa, lo que no es admisible en el derecho público chileno.

No cabe, entonces duda alguna que en el derecho administrativo chileno, la boleta de garantía es una caución de obligaciones determinadas y no una multa, por lo que no es aceptable jurídicamente que el MOP haga efectiva la boleta de seriedad en esta caso, sin que fundamente su actuar, conforme lo exige la ley 19.880, señalando exactamente cuál es la obligación que considera incumplida y el monto de los perjuicios por los cuales hace efectiva la boleta, lo que en este caso, NO HIZO, siendo por ende, su cobro absolutamente ilegal, pues carece de toda fundamentación, dejando a esta parte en la indefensión.

Como sabemos, los actos administrativos deben ser fundados (art. 11 y 41 de la Ley 19.880) y la falta de fundamentos, que no pueden ser a posteriori, dado que el acto debe bastarse a sí mismo, lo constituyen en un acto viciado.

8. PROCEDENCIA DEL COBRO DE INTERESES EN ESTA RECLAMACIÓN

Toda vez que la presente reclamación tiene por objeto la devolución de los montos indebidamente cobrados por el Ministerio de Obras Públicas, resulta plenamente pertinente que dicha devolución sea ordenada con los intereses correspondientes, que son los intereses corrientes establecidos para operaciones de crédito de dinero reajustables en moneda nacional determinado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras para sumas superiores a UF 2.000 a más de un año, debiendo calcularse ellos desde la fecha en que indebidamente se hizo efectiva la boleta de garantía por parte del demandado, toda vez, que dicho cobro era improcedente, o, en subsidio, desde la fecha de notificación al Ministerio de Obras Públicas de la presente Reclamación y hasta la fecha en que la devolución se efectúe.