

RÉPLICA

SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL

“CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”

(Rol N° 001-2018)

Maximiliano Gaspar Wild Kosterlitz y Felipe Eduardo Olivares González, Abogados en representación de la **“SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A.”**, en autos arbitrales del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada **“Alternativas de Acceso a Iquique”**, causa **Rol N° 001-2018**, al Señor Presidente de la Honorable Comisión Arbitral con respeto decimos:

Que por medio de esta presentación y encontrándonos dentro de plazo, venimos a evacuar el traslado conferido mediante resolución de fecha 20 de abril de 2018, notificada a esta parte con fecha 23 de abril, ratificando y reiterando los argumentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda y evacuando la réplica en los términos que se señalan en lo sucesivo:

I.- LAS MULTAS IMPUESTAS MEDIANTE RESOLUCIÓN EXENTA N° 695 DE 20 DE FEBRERO DE 2018 DEL DIRECTOR GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS CARECEN DE EFICACIA.

Esta parte, reafirma y ratifica en todos sus párrafos lo señalado en la Demanda Arbitral, en cuanto a que la Acción Sancionatoria de la Administración carece de eficacia en la actualidad.

En la especie, el Ministerio de Obras Públicas señala en lo pertinente que *“En virtud de lo anterior, ante la ausencia de normas expresas de prescripción en el contrato y en la Ley de Concesiones y ante la existencia de cláusulas sancionatorias en el contrato de concesión, supletoriamente se debería acudir a una interpretación armónica del contrato basada en los principios y normas del Derecho Común, específicamente las establecidas en los artículos 2514 y siguientes del Código Civil, y en tal sentido, al no existir una clase especial de acción, habrá que concluirse necesariamente, que se trata de una acción ordinaria, y que por tanto, el plazo de prescripción es de 5 años”*.

Continúa señalando el Ministerio que *“Conforme lo expuesto, en el caso de autos, entre la ocurrencia de los hechos que motivaron las multas (mes de mayo de 2015) y la fecha en que se aplicaron las referidas multas (20 de febrero de 2018), no han transcurrido 5 años. En consecuencia, no ha transcurrido el plazo de prescripción que impida la aplicación de las referidas multas debiendo rechazarse la acción de prescripción alegada en la demanda”*.

Sin embargo, el Ministerio no utiliza argumentos más allá de la supletoriedad, para entender que a este tipo de acciones se le aplican las normas de Derecho Común contenidas en el Código Civil, más no las disposiciones relativas a las faltas en el Derecho Penal, lo que es desechado en su escrito de Contestación.

No obstante lo anterior, y analizando la tesis del Ministerio, en el sentido de que se aplicaría a esta especie de multas las normas de prescripción del Derecho Común, tampoco resulta ello acertado, ya que, la Jurisprudencia Judicial Chilena, ha recogido la teoría del *“Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionador”*, en virtud de la cual existe una doctrina elaborada por parte de la Corte Suprema de Justicia, en donde, la multa impuesta a nuestra representada mediante Resolución Exenta N° 695 de 20 de febrero de 2018 se encontraría prescrita, de tal manera que, **si la presente contienda fuera sometida a conocimiento de los Tribunales Ordinarios de Justicia, no cabe duda, que lo resolutivo de un eventual fallo declararían prescrita la Acción Sancionatoria de la Administración, y por lo tanto, no se aplicaría multa alguna a nuestra representada.**

Es dable considerar, que en nuestro Ordenamiento Procesal Administrativo, no se tratan a nivel normativo caducidades en contra de la propia Administración del Estado en caso que exista una imposibilidad de continuación de un Procedimiento Administrativo Sancionador (como lo es en la especie la aplicación de multas), que sea imputable a la propia Administración, por lo cual, mediante Sentencia Rol N° 8682 – 2009, caratulada *“Shell Chile S.A.C.I c/ Superintendencia de Electricidad y Combustibles”*, la Corte Suprema, conociendo de un Recurso de Apelación de una reclamación contra una multa impuesta por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, acoge la reclamación formulada en contra de la sanción administrativa, considerando que se configuró en la especie la figura del *Decaimiento del procedimiento administrativo sancionador*.

Al respecto, cabe anotar los considerandos pertinentes de la sentencia citada:

“Primero: Que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles dejó transcurrir cuatro años, dos meses y veintiocho días sin resolver los descargos formulados por la empresa reclamante, plazo que excede todo límite de razonabilidad, contrariando diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa.

El artículo 3 inciso 2° (de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), dispone que La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

Por su parte, el artículo 5° inciso 1° señala que las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

El artículo 11 de la misma ley relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa, al disponer que las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

[...]

Cuarto: Que lo anterior significa que no obstante que el plazo de 30 días establecido en el artículo 17 de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y el plazo de seis meses mencionado en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos no son plazos fatales, y que en principio su incumplimiento sólo genera las responsabilidades administrativas correspondientes, la vulneración abierta de los principios señalados en los considerandos anteriores ha de tener un efecto jurídico en el procedimiento administrativo.

Quinto: Que el efecto jurídico aludido precedentemente, no puede ser otro que una especie de decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio, esto es su extinción y pérdida de eficacia. El decaimiento se ha definido como la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo. El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos, es el tiempo excesivo transcurrido desde la evacuación oportuna de los descargos por parte de Shell Chile Sociedad Anónima Comercial e Industrial ante los cargos que se le formuló mediante Oficio Ord Sec N° 5618 de 7 de octubre de 2.004, hasta la dictación de la Resolución N° 00170 que aplicó a la empresa mencionada una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales, tiempo que alcanzó a 4 años, dos meses y veintiocho días, lo que ha afectado el contenido jurídico del procedimiento administrativo tornándolo abiertamente ilegítimo, produciendo su decaimiento y pérdida de eficacia, y la extinción de los actos administrativos de trámite dictados, siendo por lo mismo ilegal el de término que aplicó la sanción administrativa.

Sexto: Desde otro punto de vista, ha de considerarse que el objeto jurídico del acto administrativo, que es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. Después de más de cuatro años sin actuación administrativa alguna, carece de eficacia la sanción, siendo inútil para el fin señalado, quedando vacía de contenido y sin fundamento jurídico que la legitime. Asimismo, es abiertamente ilegítima, pues, como se expuso, son manifiestas las vulneraciones a los principios de derecho administrativo que se producen con la dilación indebida e injustificada. En consecuencia, es ilegal la resolución exenta N° 00170, de 30 de enero de 2009, de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, por decaimiento del proceso administrativo sancionador". (Lo destacado es nuestro).

Lo anterior, resulta del todo aplicable a la reclamación presentada por esta parte, considerando que se dilató excesivamente el proceso sancionatorio, entre el hecho que motivó la sanción y la imposición de la multa, vale decir, y tal como lo señala el Ministerio de Obras Públicas en su Contestación, los hechos que motivaron la imposición de la multa acaecieron en el mes de mayo de 2015, mientras que, la multa

fue aplicada con fecha 20 de febrero del año 2018, vale decir, se aplicó la sanción habiendo transcurrido **2 años y 9 meses**, cuando el hecho que se pretendía sancionar o prevenir ya estaba totalmente ejecutado, no existiendo riesgo alguno para el Estado.

En efecto, nunca hubo riesgo alguno, por cuanto, la Garantía de Explotación estuvo vigente con anterioridad al inicio de la explotación de la obra.

En relación con lo anterior, en otra decisión de la Corte Suprema de Justicia, en causa Rol de Ingreso N° 7284 – 2009 mediante Sentencia Confirmatoria pronunciada con fecha 28 de enero del año 2010, se fija un marco de temporalidad para entender cuando se entiende que se ha producido el ***Decaimiento del Procedimiento Administrativo Sancionador***, de acuerdo a lo señalado en el considerando sexto de la misma, el cual señala:

“Sexto: Que en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, habrá de estarse a los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 inciso primero de la ley de Bases de los Procedimientos Administrativos el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años, y si bien la invalidación procede únicamente por razones de legalidad, y la reposición, en cambio, por razones de legalidad y de oportunidad, resulta lógico sostener que pasado el plazo de dos años la Administración no pueda reponer sus actos en que aplica sanciones, ya que de lo contrario resultaría que la autoridad administrativa, transcurrido dicho plazo, no podría invalidar, pero si podría reponer. Debe de establecerse, entonces, que el abandono del procedimiento administrativo sancionador por parte de la Administración, sin resolver una reposición dentro de dos años de haberse presentado, produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia.”. (Lo destacado es nuestro).

En razón de la jurisprudencia anotada, queda de manifiesto que la acción por parte de la Administración, en el caso particular, del Director General de Obras Públicas para imponer multas a mi representada, **se encuentra prescrita, dado que se ha producido el Decaimiento del Procedimiento Administrativo**, ya que han transcurrido más de

dos años entre la fecha de los hechos que motivaron la sanción y la imposición misma de la multa referida.

Cabe concluir, que en aplicación de la teoría del Decaimiento del Procedimiento Administrativo, la sanción interpuesta había perdido toda su eficacia para la fecha en que esta fue cursada, considerando que, en la época en que se produjeron los hechos que motivaron la misma, no se produjo perjuicio alguno para el Ministerio, quedando el Contrato de Concesión bajo cobertura mediante su respectiva Garantía de Construcción.

En razón de lo anterior, la eficacia de la sanción, se encontraría dentro en un marco de razonabilidad en la medida que, como ha señalado la Jurisprudencia citada, tuviera una finalidad preventivo – represora, que impidiera que existieran incumplimientos en el futuro, lo que no ocurre en la especie, dado que, la sanción se impone a la Sociedad Concesionaria, habiendo transcurrido 2 años y nueve meses desde que ocurrieron los hechos que motivaron la sanción.

2.- LA SOCIEDAD CONCESIONARIA HA DADO CABAL CUMPLIMIENTO A LAS DISPOSICIONES DE LAS BASES DE LICITACIÓN.

Aun cuando consideramos que la Acción Sancionatoria se encuentra prescrita, lo que es corroborado por la Jurisprudencia Judicial de la Corte Suprema de Justicia en los términos que se señaló en el numeral anterior, damos por reproducidas las consideraciones de hecho y de derecho planteadas en la demanda de autos, en el sentido de que la Sociedad Concesionaria, ha dado cabal cumplimiento a las disposiciones de las Bases de Licitación el Contrato de Concesión.

Cabe detenerse, en que la contraria señala en su Contestación que “...*la obligación incumplida – por la que se cursó la multa – no tiene relación con la solicitud formulada por la Sociedad Concesionaria en su carta de fecha 30 de abril de 2015, y que las Bases de Licitación no exigen una autorización previa, sino solo la acreditación del cumplimiento del respectivo hito para proceder al reemplazo de la garantía por el monto menor señalado en la Tabla N° 4 del artículo 1.8.1.1 de las BALI*”.

Lo anterior, resulta del todo improcedente ya que, la parte contraria, señala que **no se requiere autorización para la sustitución de la Garantía de Construcción, sino solo la acreditación de los porcentajes de avance.**

Lo anterior, implicaría entonces que, la Sociedad Concesionaria, puede por sí y ante sí sustituir la Garantía de Construcción, dado que, como se transcribió anteriormente, según los argumentos de la Demandada, no se exige una autorización previa para ello, lo que parece ir en contra de las disposiciones de las Bases de Licitación, ya que el artículo 1.8.2 de las referidas Bases, señalan que el Inspector Fiscal corresponde a *“...quien el DGOP haya encargado fiscalizar el desarrollo del Contrato de Concesión (ingeniería y construcción), el que tendrá además de las funciones que se señalan a continuación, las establecidas en el Reglamento de la Ley de Concesiones”*.

En ese entendido, cabría preguntarse entonces ¿sería procedente sustituir la Garantía de Construcción aun sin conocimiento del Inspector Fiscal? Sin marco de dudas, lo anterior no resultaría posible.

A mayor abundamiento, mediante Oficio Ordinario N° 3715 RDD 2192 de 20 de mayo de 2015, el propio Inspector Fiscal señala *“... esta Inspección Fiscal autoriza el reemplazo de la garantía de construcción vigente según lo establecido en el Art 1.8.1.1 de las Bases de Licitación.”*

En efecto, queda del todo claro, que la sustitución de la Garantía de Construcción por haberse ejecutado ciertos porcentajes de ejecución de la obra, no constituye un acto unilateral de la Sociedad Concesionaria, más aun, cuando el ya citado artículo 1.8.1.1 de las Bases de Licitación señala en lo pertinente *“... la Garantía de Construcción podrá ser reemplazada...”*, quedando de manifiesto, que se trata de una facultad de la Sociedad Concesionaria, sujeta a consideración del Inspector Fiscal.

3.- EN CUANTO A LA INFRACCION A LAS NORMAS DE INTERPRETACION DEL CONTRATO.

La contraria señala en su Contestación, su discrepancia en relación a lo dispuesto en el N° 4 de la Demanda, referido a las normas de interpretación del contrato.

Se señala en el texto de la Contestación que *“Discrepamos profundamente de lo expuesto por la parte contraria, y debemos recordar que estamos en presencia de una especie de contrato administrativo, regido por normas de orden público, que debe interpretarse restrictivamente aplicando las normas y principios del Derecho Administrativo, y que solo ante el vacío de dichas normas y principios, es posible recurrir a los principios generales de interpretación del Derecho Común”*.

Sin embargo, no se hace mención a cuales son aquellas normas de interpretación de carácter restrictivo que debiesen aplicarse en la especie, más aun, considerando lo dispuesto en el artículo 1.7.8.1 de las Bases de Licitación, referido al Cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, en donde se señala que *“Para todos los efectos legales, el Contrato de Concesión se considerará celebrado en Chile y deberá interpretarse conforme a la Legislación Chilena.”*

Se debe tener en consideración, que en el Ordenamiento Jurídico Nacional, no existen otras normas de interpretación diferentes a las contenidas en los artículos 19° al 24° del Código Civil, por lo que resulta, por decir lo menos, extraño, señalar que deben aplicarse normas de interpretación propias del Derecho Administrativo.

4.- EN CUANTO A QUE LA APLICACIÓN DE MULTAS PUGNA CONTRA EL PRINCIPIO DE BUENA FE.

Reiteramos en este párrafo lo manifestado en la Demanda de autos, en el sentido de que los contratos deben cumplirse de buena fe, el cual exige a ambas partes, en este caso, al Ministerio de Obras Públicas y a nuestra representada, sujetarse a un deber de conducta, sobre todo considerando que esta parte, solicitó la sustitución de la Garantía de Construcción **en una fecha anterior a los 90 días señalados en las Bases de Licitación, esto es, con fecha 30 de abril de 2015, de tal manera que, si la Inspección Fiscal daba respuesta con anterioridad al 6 de mayo de 2015, no se hubiesen cursado multas injustamente a nuestra representada.**

Sin embargo, la respuesta a ello por parte de la Inspección Fiscal, solo se obtuvo con fecha 20 de mayo de 2015, pretendiéndose imputar a la Sociedad Concesionaria, la responsabilidad a causa de una tardía respuesta por parte de la Inspección Fiscal.

POR TANTO,

En consideración de lo expuesto, solicito a la H. Comisión Arbitral tener por evacuado dentro de plazo, el traslado conferido a esta parte para el trámite de la Réplica.


13.549.863-7


16.656.583-9