000140

ESTUDIO JURIDICO PEREZ DONOSO 05

EN LO PRINCIPAL: FORMULA INCIDENTE DE NULIDAD POR GRAVE VICIO QUE ANULA LA ACTUACION QUE INDICA; **PRIMER OTROSI:** NULIDAD DE OFICIO Y CORRECCIÓN DE PROCEDIMIENTO, DECRETANDOSE LA NULIDAD DE LO OBRADO; **SEGUNDO OTROSÍ:** SE COMPLEMENTE ACTA DE LA SESION N°3 DE FECHA 29 DE AGOSTO DE 2016 Y SOLICITA NUEVA NOTIFICACIÓN; **TERCER OTROSÍ:** EN SUBSIDIO, REPONE RESOLUCIÓN CONTENIDA EN EL ACTA DE LA SESIÓN N°3 DE 29 DE AGOSTO DE 2016; **CUARTO OTROSÍ**: FORMULA OBSERVACIONES AL ARTÍCULO 4° DE LAS NORMAS DE FUNCIONAMIENTO Y PROCEDIMIENTO; **QUINTO OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTO QUE INDICA: **EN EL SEXTO OTROSÍ:** SOLICITA ACLARACIÓN QUE INDICA

H. COMISIÓN ARBITRAL
CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL
"CONCESIÓN RUTA 5 NORTE TRAMO LA SERENA – VALLENAR"

RICARDO VEGA CATALAN, Abogado en representación del Ministerio de Obras Públicas, en autos sobre impugnación de multas, al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respecto digo:

En tiempo y forma legal según lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, vengo en alegar la nulidad de la notificación de fecha 30 de agosto de 2016 como incidente de previo y especial pronunciamiento por falta de emplazamiento legal valido, solicitando a la H. Comisión Arbitral, tenga a bien dejarla sin efecto en atención a que como se demostrará se encuentra viciada, retrotrayendo la causa al estado de notificar nuevamente el acta de sesión N°03 de 29 de agosto de 2016 y tenerme por notificado de ella, tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 55 del Código de Procedimiento Civil .

Procedencia de la nulidad

Con fecha 01 de septiembre de 2016, tomé conocimiento de la existencia del atestado de fecha 30 de agosto de 2016 que contiene el acta de la Sesión N°3 de la H. Comisión Arbitral Ruta 5 Norte, Tramo La Serena-Vallenar, procediendo luego a verificar su autenticidad conforme al texto en original que llegó a mis manos por conducto interno desde las oficinas de la Dirección General de Obras Públicas ubicada en calle Morandé N°59 comuna de Santiago a la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas ubicada en calle Merced N° 753, piso 6, comuna de Santiago.

Consta en cédula que se acompaña, que con fecha 30 de agosto de 2016 fue entregada en la oficina de partes de la Dirección General de Obras Públicas ubicada en calle

Morandé 59, comuna de Santiago, una certificación de notificación que adjunta copia del acta de la sesión N°3 de fs.126 a 128 sobre audiencia celebrada el día 29 de agosto de 2016. Asimismo consta de ella, que fue recibida el 31 de agosto de 2016 por la oficina de partes de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas (CCOP), ubicada en calle Merced 753, comuna de Santiago. Finalmente, consta que sólo con fecha 01 de septiembre de 2016, llegó a manos de los apoderados, abogados Oscar Gajardo Carreño y Ricardo Vega Catalán, domiciliados en el 6° piso del citado domicilio de la CCOP.

Consta en autos, que con fecha 29 de agosto pasado, el Director General de Obras Públicas designó abogado patrocinante y confirió poder al abogado don Patricio Contador Stanger, además de otros poderes que constan en la misma presentación, todos los cuales designaron expresamente domicilio en calle Merced N°753, piso 6°, comuna de Santiago.

En efecto, de la certificación de notificación de fecha 30 de agosto pasado, extendida por el Secretario Abogado Angelo Zamur Caballero, consta que la notificación que hoy se impugnada por esta parte, sin lugar a dudas, no fue practicada en la forma dispuesta por la ley, toda vez que el ministro de fe actuante no entregó la cédula correspondiente en el domicilio designado en el escrito de patrocinio y poder, esto es, calle Merced N°753, piso 6° comuna de Santiago, no cumpliéndose estrictamente con las formalidades establecidas en la Ley, y por tanto carece de validez la notificación, y que dado la trascendencia que tiene para el orden y la seguridad jurídica debe enmendarse tal infracción

En este sentido, conforme lo dispuesto en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuado por ésta, norma adjetiva de orden público imperativa para las partes de la causa y para la H. Comisión Arbitral, por constituir esta una jurisdicción especial conforme lo establece el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales.

H. Comisión, la notificación de la resolución debe efectuarse con apego estricto a las formalidades que prescribe el artículo 48 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 49 del mismo texto legal. Esta última norma establece la obligación procesal a todo litigante de designar en su primera gestión judicial un domicilio conocido y dentro de los límites urbanos del tribunal, obligación que esta parte dio cumplimiento. Luego, el inciso 2° del artículo 48 del citado código establece que "*Estas cédulas se entregaran por un ministro de fe en el domicilio del notificado…*" En la especie la cédula se entregó en un domicilio distinto al designado por el Ministerio de Obras Públicas en el escrito de patrocinio y poder de 29 de agosto pasado.

Que, las propias normas de procedimiento dictadas por la H. Comisión establecen la obligación de las partes de constituir patrocinio y poder indicando domicilio y correo

electrónico, del o los profesionales que actuaran en el proceso, lo que esta parte cumplió según consta en el citado escrito de patrocinio poder el cual señala el nombre de los profesionales y la designación de domicilio en calle Merced N°753, piso 6° comuna de Santiago.

Entonces, para que la notificación de la resolución de fecha 29 de agosto de 2016 que acoge la solicitud de suspensión produzca consecuencias jurídicas, debe practicarse dándose cabal cumplimiento a las solemnidades que la ley expresamente ha prescrito, toda vez que sólo frente a tal circunstancia podrá existir certeza jurídica de haberse practicado la notificación conforme a la ley y a lo también establecido en las normas de procedimiento, requisitos que de cumplirse hacen fe que esta parte fue debidamente emplazada de la resolución. En la especie, la notificación se verificó en un domicilio que no corresponde al designado por esta parte.

Con todo, la actuación realizada por el Sr. Secretario del Tribunal trae para esta parte un perjuicio real, serio y grave, reparable solo por la vía de la declaración de nulidad, toda vez que es de interés del concesionario no pagar las multas impuestas, habida consideración de lo expresado por el en el N° 5 del primer otrosí de su demanda, asumiendo que el 01 de septiembre pasado vencía el plazo para pagar las multas. H. Comisión, el Fisco no es responsable de demandas o solicitudes de suspensión tardías.

Por otra parte, el Fisco se ha visto impedido, limitado de ejercer su derecho a defensa antes del 01 de septiembre pasado, por haber sido emplazado en un domicilio distinto al designado, ello cobra importancia toda vez que como señala la propia resolución de la H. Comisión Arbitral que hace lugar a la solicitud *"a contar de la fecha de notificación de la presente resolución"*, lo que acarrea un perjuicio y agravio reparable solo por vía de nulidad.

H. Comisión, conforme a lo expuesto se cumplen todos los requisitos para impetrar la nulidad procesal que se solicita, en consideración a:

1. Existe un vicio que invalida el acto jurídico procesal que se alega, esto es, la falta de emplazamiento valido de la resolución objeto de este recurso.
2. El MOP es parte en el proceso desde el día 29 de agosto de 2016.
3. Que el presente incidente se deduce dentro del plazo de 5 días establecido en el inciso 2° del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil
4. Que el MOP no incurrió en el vicio toda vez que trata de una actuación ordenada por el tribunal y tampoco convalido expresa ni tácitamente acto alguno.
5. Que el perjuicio sólo es reparable por la declaración de nulidad de la notificación realizada por el Sr. Secretario.

Así las cosas, no cabe sino concluir que la notificación por cédula de la resolución antes citada efectuada a los apoderados del MOP, en la forma que describe la certificación de

notificación de 30 de agosto de 2016, incurre en una manifiesta contravención de las solemnidades legales dispuestas por la ley y las normas de procedimiento en atención a que se practicó la diligencia en un domicilio que no es el designado para efectuar las notificaciones, razón por la cual se debe declarar la nulidad de dicha actuación, debiendo practicarse nuevamente en el domicilio designado para estos efectos.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, artículos citados y de lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes, y demás normativa legal aplicable

H. COMISIÓN ARBITRAL, tener por interpuesto en forma legal, incidente de nulidad de la notificación, por grave vicio de procedimiento que anula lo obrado en autos, acogerlo a tramitación y declarar:

I. Se declare la nulidad de la notificación de 30 de agosto de 2016

II. Se ordene notificar correctamente, a esta parte, el acta de la Sesión N°3 de 29 de agosto de 2016 en el domicilio designado, en el patrocinio y poder, de calle Merced 753, piso 6°, comuna de Santiago o tenerme por notificado de la misma en la resolución que así lo declare.

PRIMER OTROSÍ: Para el improbable evento que la H. Comisión Arbitral no dé lugar al incidente planteado en lo principal, y en conformidad a lo previsto en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil y conforme lo establece la Constitución Política del Estado, vengo en solicitar se decrete la NULIDAD DE OFICIO de la notificación practicada, descrita en la certificación de notificación de fecha 30 de agosto pasado, extendida por el Secretario Abogado Angelo Zamur Caballero, practicada en un domicilio distinto al designado por el Ministerio de Obras Públicas, cuya nulidad se reclama en lo principal de este líbelo, por existir mérito para ello, y por encontrarse obligado a ello y por las razones que se desarrollan a continuación:

Consta de la resolución de fecha 24 de agosto, notificada al MOP el día 25 del mismo mes, que el tribunal resolvió el tercer otrosí de la demanda, teniendo por acompañados "en la forma solicitada", esto es "con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda" la cantidad de 20 documentos.

En efecto, el artículo 24 de normas de procedimiento dispone el plazo de 3 días para objetar aquellos documentos acompañados en cualquier etapa del juicio, plazo que debe ser contado desde la notificación de la resolución que los tiene por acompañados a la causa, salvo aquellos documentos acompañados a la demanda, caso en el cual podrán ser objetados en el plazo para evacuar el traslado para contestar. Entonces, el MOP tiene, al menos, el plazo de 3 para objetar los documentos acompañados por el concesionario, lo que no ocurrió.

En la especie, el tribunal tuvo por acompañados los documentos en la forma solicitada por contraria, esto es con citación, naciendo para el MOP el derecho a objetarlos en el plazo de 3 días establecido en las normas de procedimiento, no considerando que los documentos fueron acompañados a la demanda, por lo que el plazo para objetarlos seria hasta evacuar el traslado, lo que en la especie no ocurrió.

Cabe además considerar, que habiéndose tenido por acompañados los documentos con citación, esto es encontrándose corriendo el plazo para objetarlos, el tribunal acogió la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo habiendo transcurrido sólo 1 día del plazo establecido por el artículo 24 de las Normas de Procedimiento, vulnerando con ello el derecho del Ministerio de Obras Públicas de objetar u observar los antecedentes perjudicando de forma efectiva el derecho procesal de esta parte al debido proceso.

Así las cosas, el MOP se vio limitado en su derecho a la defensa, al debido proceso lo que causo un agravio efectivo y real toda vez que los documentos no fueron impugnados ni controvertidos en los plazos establecidos para ello, resolviendo el tribunal de igual forma la solicitud de suspensión solicitada por el concesionario, habida consideración que entre los documentos acompañados a la demanda se encuentra el antecedente tenido en especial consideración por la H. Comisión el cual a juicio del tribunal constituiría la presunción grave y calificada que exige el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, no pudiendo esta parte impugnarlos ni controvertirlos dentro del plazo otorgado para ello.

SEGUNDO OTROSÍ: Que conforme el mérito de acta de la sesión N°3 de fecha 29 de agosto de 2016 de la H. Comisión Arbitral, esta parte hace presente que el MOP presentó el escrito "*acompaña documentos, con citación*" el cual no se proveyó en la audiencia, lo que significó que el plazo de 3 días señalado en el artículo 24 de las normas de procedimiento no fue otorgado y por ello no evacuado por el concesionario. Este hecho resulta de importancia en atención a que en la misma audiencia fue entregado por el tribunal al concesionario copia del escrito junto con todos sus documentos sin quedar ese hecho registrado en el Acta. Tal situación no pudo ser observada por esta parte en atención a que la H. Comisión continúo sesionando sin la presencia de las partes por lo que sólo se tuvo conocimiento del contendido del acta una vez que llegó a manos de esta parte, luego de días después que fuera entregada en un domicilio distinto al designado en autos.

A pesar de ello, la H. Comisión resolvió la solicitud de suspensión pronunciándose respecto del fondo, aludiendo a los documentos como aportados, los cuales fueron acompañados con citación y que no se encontraban proveídos. Esto cobra importancia considerando que en términos procesales al día de la resolución de fecha 29 de agosto existían actuaciones pendientes de resolver por parte del Tribunal, y luego de resueltas comenzarían a correr los plazos de citación o apercibimiento legal que correspondiesen.

H. Comisión, atendido el mérito de lo señalado, vengo en solicitar se complemente el Acta de la Sesión N°3 de fecha 29 de agosto de 2016, en el sentido de indicar que fue entregado al concesionario copia del escrito y sus antecedentes presentados por el MOP el mismo día de la audiencia, ordenando luego, una nueva notificación por cédula del acta con la inclusión solicitada por esta parte en el domicilio designado para tal efecto en autos.

TERCER OTROSÍ: EN SUBSIDIO, y estando dentro del plazo establecido en el artículo 29 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de esta H. Comisión, vengo en interponer recurso de reposición en contra de la resolución contenida en el acta de la sesión N°3 de fecha 29 de agosto de 2016, entregada en la oficina de partes de la DGOP el día 30 del mismo mes, en virtud de la cual la H. Comisión Arbitral, dio lugar a contar de la fecha de la notificación de dicha resolución a la suspensión de los efectos de la Resolución DGOP (Exenta) N°2667 de 28 de julio de 2016, solicitada por la Sociedad Concesionaria, solicitando esta parte, sea dejada sin efecto y en su reemplazo se dicte la respectiva resolución que rechace la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo por no existir motivos graves, calificados y por no acompañar comprobantes que así lo justifiquen, por la razones que paso a exponer:

En fundamento de su decisión la H. Comisión expuso, entre otras consideraciones, que a juicio del tribunal *"la suspensión en el pago de la multa no acarrea perjuicio al MOP"*. Luego, se señala que en consideración a lo anterior se resuelve: *"...considera que existen en autos antecedentes que hacen presumir la existencia de motivos graves y calificados"*, lo que constituiría la presunción grave del derecho que se reclama.

I. CUESTIÓN PREVIA

H. Comisión, como cuestión previa, debemos considerar que la sociedad concesionaria está sometida a un régimen concesional, regulado por la Ley de concesiones y su reglamento, y que dichas multas se encuentran establecidas como una modalidad de incentivo y coordinación en la provisión de un servicio público, toda vez que el elemento justificante de las multas debemos encontrarla en la finalidad perseguida, esto es un servicio público eficiente. De este modo, la aplicación de las multas, no se da en una relación pura y simple o accidental entre el Estado y un particular, más bien, la relación con el concesionario se da producto de la adjudicación de un servicio público a favor de la concesionaria, que implica un entramado complejo de relaciones entre el MOP y la Concesionaria que importan una sujeción a un conjunto de obligaciones que tiene por objeto proveer al país y a los usuarios de infraestructura de calidad, eficiente, segura y en los tiempos preestablecidos.

Por otra parte H. Comisión, debemos tener presente que la regulación en materia sancionatoria regulada en el contrato de concesión, opera bajo un régimen de estricta sujeción a las bases, limitando la autonomía empresarial, pero al mismo tiempo, otorgando acceso a la justicia a la sociedad concesionaria, por cuanto, el pago de la multa no implica una limitación al derecho de defenderse o a la tutela judicial efectiva.

En otro orden de consideraciones, el hecho que la demandante sea una Sociedad Concesionaria de un Servicio Público y que, como tal, está sujeta a una regulación que propende a que esta tenga una envergadura económica suficiente para hacer frente a las obligaciones legales y contractuales a que está sometida, que en términos económicos, es mucho mayor que el monto de la multa cursada, y que se intenta impugnar y suspender sus efectos en autos.

II. EL PERJUICIO PARA EL MOP NO ES UN REQUISITO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 36 TER DE LA LEY DE CONCESIONES

Conforme lo establece el artículo 36 ter de la Ley de Concesiones, cuyo texto en lo pertinente señala que para dar lugar a la suspensión solicitada "*deberán existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.*". Del citado texto de la norma no se observa el requisito que se señala en la resolución de 29 de agosto pasado, esto es que la suspensión del pago de la multa *"no acarrea perjuicio al MOP.*

Por otra parte, en fundamento de su decisión la H. Comisión resuelve: *"...considera que existen en autos antecedentes que hacen presumir la existencia de motivos graves y calificados"*, lo que constituiría la presunción grave del derecho que se reclama.

Cabe señalar que el tribunal presume que en consideración a los antecedentes existen graves y calificados motivos para dar lugar la suspensión, lo que en opinión de esta parte no concuerdan con el requisito establecido en la Ley de Concesiones, en atención a que lo que pide la norma es que los graves y calificados motivos deben ser acreditados por el concesionario mediante diversos antecedentes o comprobantes, todo ello debe constituir, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama, y no el solo hecho de "suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen."[1]

Entonces, la presunción grave y calificada del derecho que se reclama en los términos señalados en la ley se refiere a aquella presunción que debe ser construida por el H. Tribunal en atención a los comprobantes que aporte el concesionario, comprobantes que deben ser graves, precisos y concordantes, conforme lo establece el artículo 1712 inciso

[1] Diccionario de la Real Academia Española, disponible en: http://dle.rae.es/?id=U7YygFe

3° del Código Civil, que define las presunciones judiciales como *"Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes"*.

Que así las cosas el comprobante tenido en especial consideración por el tribunal "*emanado de Carabineros de Chile N°1245 de 31 de julio de 2015*", no resulta ser grave, preciso y concordante con los demás antecedentes que obran en el proceso en atención a:

1. Que en atención a la gravedad, el antecedente tenido en especial consideración no es concluyente y tampoco conduce al convencimiento del tribunal, ello queda de manifiesto cuando el tribunal razona "*presumir la existencia de motivos graves y calificados*". En la especie no existe un razonamiento que justifique tal gravedad.
2. Que las presunciones se consideren precisas significa que todos los antecedentes que obran en el proceso lleven a la conclusión que el concesionario trata de probar. El petitorio de su solicitud no refleja esto, refiriéndose a una resolución que no es parte de la controversia, a intereses por costos financieros que no dicen relación directa con los hechos graves y no acompañó comprobantes que lo acrediten.
3. Con todo, conforme lo dispone el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, verificado el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1712 inciso 3° del Código Civil, es decir, que la presunción sea considerada por el tribunal como grave y precisa constituye plena prueba. H. Comisión, en el caso de autos no existe plena prueba respecto a este punto, toda vez que para atribuir de grave y calificado el hecho que motiva la suspensión se consideró principalmente el antecedente de Carabineros de Chile el cual, en palabras de la resolución que se repone, sólo hace presumir la existencia de motivos y no configura una presunción grave del derecho que se reclama.

I. LA SOLICITUD DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA NO CUMPLIÓ CON LOS REQUISITOS LEGALES. NO EXISTEN MOTIVOS GRAVES. NO EXISTEN MOTIVOS CALIFICADOS Y NO SE ACOMPAÑARON COMPROBANTES QUE LO JUSTIFIQUEN.

H. Comisión, el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Concesiones, es claro al señalar que el incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.

El artículo 48 del mismo reglamento, regula el procedimiento y pago de las multas indicando en el numeral 2 que las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito.

En efecto, el Reglamento de la Ley de Concesiones establece la regla general y procedimiento en el caso de la aplicación de las multas.

Con todo lo anterior, el inciso segundo del artículo 36 ter impone las condiciones copulativas de procedencia para solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo, las que en este caso puntual no han sido cumplidas por la Sociedad Concesionaria.

El artículo 36 ter, exige que existan "motivos graves y calificados", y para considerar que se cumple dicha condición es necesario que se acompañen "comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama".

Esta condición no se cumple, según se deprende de las siguientes consideraciones:

1. No existen motivos graves

Este requisito se refiere a que cuando la ejecución del acto cause al concesionario un daño o perjuicio irreparable o se cree una situación irreversible.

La SC pide que se deje sin efecto la resolución que impuso las multas. Cabe señalar, que si el MOP fuera vencido en autos, parcial o totalmente, no se observa como el supuesto daño no pudiese revertirse o repararse, toda vez que el MOP puede ser condenado a la restitución del dinero pagado por ese concepto. Por lo tanto, y para efectos de la ley, todo daño es absolutamente reparable y reversible, en materia de multas. Por otra parte, y a modo de ejemplo, el MOP, en otros procesos, ha sido muchas veces condenado al pago, no eludiendo esa obligación

2. No existen motivos calificados

La SC hace una calificación fundada tomando en cuenta antecedentes parciales, incompletos. Con fecha 29 de agosto pasado, el MOP acompañó formalmente 4 antecedentes que justifican que las multas fueron impuestas, en atención a obras contractuales pendientes o que se deban corregir. Las referidas obras "no contractuales" se consideraron, según da cuenta el primer antecedente acompañado, en un apartado del libro de obras N°186, las cuales fueron excluidas para efectos de la recepción de obras.

3. Acompañar comprobantes que justifiquen los motivos graves y calificados

H. Comisión, este requisito se refiere a documentos u otros antecedentes concretos y no simples conjeturas sobre eventuales perjuicios derivados del pago de una multa. La SC no acompañó comprobantes a su demanda que justifiquen los motivos graves y calificados que invoca.

Sobre esta materia, el MOP acompañó con fecha 29 de agosto pasado comprobantes que justifican la imposición de las multas, no siendo ni graves y tampoco calificados los motivos que fundan la suspensión que solicita.

Cabe señalar que ninguno de los documentos acompañados a la demanda cumple con este requisito, los cuales no son suficientes ni completos para calificar como graves y calificados los fundamentos de la suspensión que solicita. SC no acompañó comprobantes irrefutables del derecho que reclama, no configurándose la presunción grave que exige la ley, para el otorgamiento de la suspensión.

II. RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS POR LA SOCIEDAD CONCESIONARIA EN EL PRIMER OTROSÍ DE SU PRESENTACIÓN

Sociedad Concesionaria señala en su presentación que los motivos graves y calificados consistirían, a su juicio en:

Fundamento N°1

Que los atrasos que se imputan a la Sociedad Concesionaria por el periodo comprendido entre 01 y 31 de agosto de 2015, serian ilegales y arbitrarios. Tal argumento debe ser rechazado por las siguientes razones:

1. El periodo que se indica corresponde a la multa impuesta por Resolución DGOP (E) N° 4779 de 10 de Noviembre de 2015, la cual no es materia de esta causa.

2. Que la Sociedad Concesionaria pagó la citada multa, pudiendo deducir demanda arbitral, esto último no ocurrió conforme se señala en el otrosí de esta presentación.

3. Que cualquier argumento sobre ilegalidad y arbitrariedad constituye una alegación de fondo, que no puede ser utilizada como fundamento de una suspensión, en atención a que su apreciación requiere de un conocimiento cabal e íntegro de las pruebas que aportaran las partes al proceso.

4. Que de acoger el tribunal la solicitud de suspensión, por este fundamento, significaría un eventual prejuzgamiento o al menos un anticipado criterio respecto del fondo del litigio

Fundamento N°2 y 3

Que respecto de los fundamentos utilizados, habrá que precisar que cuando la ley dispone "deberán existir motivos graves y calificados", se refiere a aquellos hechos que

motivaron la imposición de las multas y no a un eventual perjuicio financiero derivado del pago de las multas. Esto se desprende de la obligación que pesa sobre el concesionario de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que reclama. Esta exigencia, vista con un criterio de temporalidad, no se refiere al perjuicio financiero ya que este aun no ocurre, por lo que malamente el concesionario podría acompañar antecedentes que justifiquen la suspensión.

Fundamento N°4

Que tampoco este fundamento resulta atendible en consideración a lo siguiente:

1. Que con fecha 29 de agosto pasado esta parte acompaño el libro de obras LDO N°186 y su anexo de observaciones, anexo en el cual consta la existencia de 239 observaciones o incumplimiento contractuales.

2. Luego, el Libro de Obras LDO N°194 y a su anexo, indica la existencia de 38 observaciones o incumplimientos contractuales.

3. Que la Sociedad Concesionaria reconoce en su carta SCRDA-IF-3618/15 la existencia, de al menos, 5 incumplimiento contractuales.

4. Que por último, el acta de recepción del área de control de carreteras, señala la existencia de una obra que el concesionario se comprometió a instalar, sin perjuicio de ello se recibió de igual forma con una observación menor.

III. OTRAS CONSIDERACIONES

Como explica el profesor Ramírez Arrayas, es indispensable que existan motivos graves y calificados, y que esos motivos graves y calificados se acrediten acompañando comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, por cuanto de la manera expuesta, se regula de manera general y para todos los concesionarios, la forma en la cual se pueden solicitar la suspensión de los actos del MOP y los requisitos y límites de dicha suspensión, lo que resulta natural de una norma de procedimiento.

Que la calificación de obras "no contractuales" eventualmente sería motivo de discusión en otro proceso. Cabe señalar, que las señaladas obras "no contractuales" se consignaron, de esa forma, en las observaciones de los Libros de Obra aludidos por la Sociedad Concesionaria. Al consignarse de esa forma, no se consideraron para la recepción del Área de Control, sino que sólo estuvieron involucradas el cúmulo de otras observaciones señaladas en dichos Libros de Obras y, por tanto, estas llamadas obras "no contractuales" no tuvieron ninguna incidencia para la recepción final de la obra. Las

obras "no contractuales" no fueron consideradas al imponer las multas. Cabe reiterar que el área de control se recibió incluso con una observación menor. La multa se impuso por incumplimiento de las obligaciones expresamente establecidas en el contrato de concesión.

Respecto a la incidencia de las otras obras contempladas en las resoluciones DGOP (E) N° 945, 1838 y 1962, ellas no tienen relación con la discusión de estas multas. Por otra parte, ni siquiera se encuentran físicamente cercanas a las obras del Área de Control, por lo que no pueden incidir en las exigencias asociadas a la construcción del área de control. Estas obras no fueron consideradas para la imposición de la multa materia de esta causa.

Finalmente, la resolución DGOP (E) N°455 de 27 de febrero de 2015, señala:

1. Que se establece como plazo máximo para la construcción del área de control el día 31 de julio de 2015.
2. Que tal como señala el apartado ii del resuelvo, el inspector fiscal informó al concesionario de la observaciones, y
3. Que el apartado iii del resuelvo dispone "En caso que la obra no fuere ejecutada y/o corregida dentro de los plazos señalados". Esta norma regula la imposición de la multa no solo en caso de que la obra no fuese ejecutada, sino también cuando las obras deben ser corregidas, cuyo es el caso, según quedó demostrado en el desarrollo de esta presentación.
4. Con todo, la Sociedad Concesionaria, en audiencia, no refuto lo expuesto por esta parte en relación al cumulo de observaciones contractuales realizadas por el inspector fiscal por medio del libro de obra, las cuales fueron el sustento jurídico contractual para la imposición de las multas materia de este proceso.

POR TANTO, en atención a lo dispuesto en el artículo 29 de las Normas de Procedimiento,

A LA H. COMISIÓN ARBITRAL PIDO: Se sirva tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la resolución contenida en el acta de la sesión N°3 de fecha 29 de agosto de 2016, que dio lugar a contar de la fecha de la notificación de dicha resolución a la suspensión de los efectos de la Resolución DGOP (Exenta) N°2667 de 28 de julio de 2016, solicitando sea dejada sin efecto y en su reemplazo se dicte la respectiva resolución que rechace la solicitud de suspensión de los efectos del acto administrativo, en consideración a que:

1. No existen motivos graves y calificados que justifiquen la suspensión que se solicita
2. No fueron acompañados por el concesionario los comprobantes que exige la ley que justifiquen la gravedad de sus alegaciones.

CUARTO OTROSÍ: Que conforme lo establece el N° 1 de la tabla del Acta de Sesión N° 03 de fecha 29 de agosto de 2016, el objeto de la sesión fue someter a aprobación de las

partes las normas de funcionamiento y procedimiento, luego procedió a aprobarlas dejándose expresa constancia que esta parte manifestó no tener facultades para aprobarlas o modificarlas en esa sesión, razón por la que vengo por este acto en formular las siguientes observaciones a las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de esta H. Comisión Arbitral, en atención a las siguientes consideraciones.

El artículo 4 de las normas de procedimiento y funcionamiento sobre remuneraciones y gastos, dispone: *" De conformidad con el artículo 109 del Reglamento de la ley de Ramo, los integrantes de la Comisión serán remunerados mensualmente sólo durante el conocimiento y fallo de las controversias planteadas por las partes, con el tope dispuesto en el N°3° del citado artículo.*
Dicha remuneración será fijada de común acuerdo por las partes.
Para prevenir debates futuros y sin perjuicio de lo de lo que las partes aprueben en la siguiente audiencia, esta Comisión estima prudente, que se fijen las siguientes remuneraciones mensuales, las que se devengaran desde el dia en que ingrese formalmente a su conocimiento cualquier presentación o controversia deducida por alguna de las partes, y y hasta el fin de la respectiva controversia: a) para el Presidente, 140 UTM; b) para los otros dos integrantes, 100 UTM, a cada uno; c) para el secretario Abogado 50 UTM..."

En efecto, el citado artículo dispone en el inciso 2° que la *"remuneración será fijada de común acuerdo por las partes",* luego en el inciso 3° señala que para efectos de prevenir debates futuros y reitera *"sin perjuicio de lo que las partes aprueben"* propone a las partes para su aprobación el valor de los honorarios que la H. Comisión Arbitral estima prudente.

En opinión de esta parte, solicitamos a esta H. Comisión tener a la vista las observaciones que sobre la materia se hacen presente, y que a continuación se detallan, en relación al monto de los honorarios que se proponen conforme el Acta transcrita precedentemente.

Conforme los números 3 y 4 del artículo 109 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas por expresa remisión de su artículo 36 bis inciso 7° de la citada Ley, se fija las condiciones y límites máximos para la determinación de los honorarios de los integrantes de las Comisiones Arbitrales, y cuya propuesta se encuentra dentro de la norma reglamentaria aludida, se estima que dicho monto debiese ser revisado por vuestra H. Comisión, pues se presentan particularidades que en nuestra opinión hacen necesario un ajuste de la propuesta, de forma de poder contar con el acuerdo y aprobación de las partes, tal como se requiere en la normativa reglamentaria aplicable a la situación. <u>El MOP no manifestó su aprobación respecto a la propuesta de honorarios contenida en el artículo 4° de las normas sometidas a aprobación de las partes con fecha 29 de agosto de 2016.</u>

En este contexto y dado que el citado artículo 109 N° 4 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, expresamente establece que las remuneraciones deben estar acordadas por las partes, es que solicitamos reconsiderar la propuesta notificada y proponer otra que se ajuste a los criterios analizados en el presente escrito, al tenor de los establecido en el artículo 109 N° 3 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Por otra parte, para efectos de prevenir definitivamente debates futuros respecto al monto de la remuneración que los miembros de la H. Comisión Arbitral deban percibir, se propone que estos se discutan conforme al grado de complejidad de la materia sometida a conocimiento del tribunal, para tal efecto planteamos en siguiente texto:

"La remuneración será fijada de común acuerdo por las partes cada vez que se presente una reclamación o acción ante la Comisión Arbitral. Para tales efectos la Comisión Arbitral, cada vez que sea requerida, citará a las partes a una audiencia para discutir el monto de los honorarios que deban fijarse para la reclamación que deba conocer. Las remuneraciones serán pagadas por mitades por las partes. Por cada sesión o audiencia que un miembro no asista, se le descontará el monto proporcional de la remuneración acordada, considerando el total de sesiones o audiencias que la Comisión haya llevado a cabo en el mes respectivo".

POR TANTO,

SOLICITAMOS A H. COMISION ARBITRAL atendido el mérito de lo expuesto, tenga a bien formular una nueva propuesta de honorarios para los integrantes de la Honorable Comisión Arbitral, a fin de ser acordada y aprobada por las partes del proceso.

QUINTO OTROSÍ: Al Sr. Presidente solicito tener por acompañado, en parte de prueba y bajo apercibimiento legal conforme al artículo 24 de las Normas de Procedimiento y Funcionamiento, el documento denominado *"CERTIFICACIÓN DE NOTIFICACIÓN H. COMISIÓN ARBITRAL OBRA PÚBLICA CONCESION RUTA 5 NORTE TRAMO LA SERENA-VALLENAR"*, de fecha 30 de agosto de 2016, suscrita por el Sr. Secretario Abogado Angelo Zamur Caballero.

SEXTO OTROSÍ: Que conforme lo establece el N° 1 de la tabla del Acta de Sesión N° 03 de fecha 29 de agosto de 2016, "***El objeto de la presente sesión es someter a aprobación de las partes las normas de funcionamiento y procedimiento propuestas***", luego procedió a aprobarlas dejándose expresa constancia que esta parte manifestó no tener facultades para aprobarlas o modificarlas en esa sesión, razón por la que vengo por este acto en **solicitar a la H. Comisión Arbitral**, precise si se encuentra corriendo o no el plazo para contestar la demanda arbitral presentada por la Sociedad Concesionaria en atención a las siguientes consideraciones:

1. Que con fecha 25 de agosto de 2016 se notificó al DGOP de la demanda arbitral de autos otorgando traslado para su contestación.
2. Que conforme a la citada resolución de 29 de agosto pasado, el objeto de la sesión fue someter a aprobación de las partes las normas de funcionamiento y procedimiento propuestas
3. Que en atención a ello, las normas no se encontrarían firmes por lo que el plazo para contestar la demanda comenzaría a correr solo una vez que el Tribunal las tuvo por aprobadas.

FECHA 01 SEL 2016

Nº 1017 2046

DE : ALEXANDER KLIWADENKO R.

JAVIER SOTO	X
OSCAR GAJARDO	
PAMELA QUIÑONES	
GUILLERMO SOTO	
PAOLA DIMTER	
DIVISIÓN JURÍDICA	

URGENTE..... NORMAL.....X.....

PREPARAR RESPUESTA	
TOMAR CONOCIMIENTO	X
CONVERSAR	
ARCHIVO	

OBS.

Jefe División Jurídica
Coordinación de Concesiones

DIVISION JURIDICA

DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS

PROVIDENCIA

Fecha: 30 AGO 2016 Nº Proceso: 1017204

De :

A : SOLEDAD CABELLO SANHUEZA
ABOGADO

CC :

A : Jefe División Jurídica
Concesiones

Saluda atte. a Ud.,