RÉPLICA

H. COMISIÓN ARBITRAL OBRA PÚBLICA
"ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE"

Javier González García y Francisco Domeyko Agüero, abogados, por la reclamante "**SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A.**", en autos arbitrales del Contrato de Concesión de la obra pública fiscal denominada "CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE", expediente ROL N° 005-2018, al señor presidente de la H. Comisión Arbitral con respeto decimos:

Que estando dentro de plazo, venimos en evacuar el trámite de la réplica respecto del traslado conferido en estos autos por resolución de fecha 12 de marzo de 2019, notificada a esta parte con fecha 13 de marzo último, señalando de antemano que se reiteran todos y cada uno de los hechos y fundamentos de derecho expuestos por esta parte en la demanda arbitral de estos autos. Asimismo, y con relación a lo indicado por la demandada en su escrito de contestación de la demanda, solicito a US. se sirva tener presente las siguientes precisiones y consideraciones:

I. <u>Los nuevos antecedentes aportados por el Fisco en la Contestación de la Demanda no desvirtúan el alegato principal de esta parte, cual es que se declare extinguida la Resolución DGOP (Exenta) N° 4381, de 15 de diciembre de 2016, por haberse verificado el decaimiento del procedimiento administrativo:</u>

La demandada señala que en la especie no tendría aplicación la figura del decaimiento del procedimiento sancionatorio dado que el contrato de concesión es un contrato administrativo conforme al cual la prescripción extintiva de la aplicación de la multa es de 5 años desde que se hizo exigible, no siendo procedente la aplicación del plazo de prescripción de 6 meses. Asimismo, y como segundo argumento señalado por la defensa fiscal para defender la no aplicación del decaimiento del procedimiento alegado por esta parte, sostiene que no existe

en el derecho chileno norma que consagre dicha figura, ni de forma legal ni reglamentaria, ni menos contractual, señalando al efecto una jurisprudencia de la Contraloría General de la República según la cual los plazos de la administración no son fatales.

Sobre el particular, precisemos que lo que esta parte viene alegando en la especie no es el plazo de prescripción de la potestad sancionatoria de la Administración en el marco de un contrato de concesión, toda vez que entendemos que por tratarse de un contrato administrativo, rigen a su respecto supletoriamente las normas del Código Civil y, en consecuencia, coincidimos en que el plazo para ejercer la acción prescribe en 5 años desde que la obligación se hizo exigible.

Cosa totalmente distinta, lo que se alega en la especie es que se ha verificado el decaimiento del procedimiento de aplicación de multas por parte del MOP, no por algún vicio de ilegitimidad del acto administrativo propiamente tal, ni por haberse ejercido extemporáneamente, sino que por haberse incurrido en una vulneración abierta a diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la administración, los que tienen expresa consagración legal como lo son el principio del debido proceso, el principio de eficacia y eficiencia consagrado en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (art. 3 inciso segundo; art. 5 inciso 1; art. 11 y art. 53) y el principio de celeridad (art. 7 de la Ley N° 19.880). En efecto, el procedimiento de aplicación de las multas materia de esta reclamación se inició el **23 de septiembre de 2015**, mediante anotación en LDO N° 229, del Inspector Fiscal y concluyó recién el **4 de diciembre de 2018** mediante la notificación a mi representada de la Resolución DGOP (Exenta) N°4381, que impuso las multas en cuestión.

Si bien es efectivo que la jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República ha sostenido que el plazo de 6 meses establecido en el artículo 27 de la Ley N° 19.880, para la duración del procedimiento administrativo, no es un plazo fatal, no es menos cierto que **haber demorado inexcusablemente más de 3 años** (y dos de los cuales en la sola notificación del acto) en el procedimiento administrativo que impuso las multas a nuestra representada constituye una abierta vulneración de los principios antes señalados, lo que, tal

y como ha sido reconocido expresamente por nuestra Excelentísima Corte Suprema, ha de tener un efecto jurídico en el procedimiento administrativo en cuestión, el que no puede ser otro que una especie de decaimiento, esto es, su extinción y pérdida de eficacia.

De esta manera, no se está cuestionando en este acápite el plazo para haber ejercido la acción y la imposición de multas, sino que la inexcusable demora en la tramitación del procedimiento establecido en el contrato de concesión para tales efectos, el que, por cierto, incorpora la normativa establecida en la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, tal y como lo prescribe el artículo 36° bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en el inciso 10, al establecer que el plazo para reclamar de las resoluciones que impongan multas se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico.

II. **La obligación de acreditar la renovación de la póliza dentro del plazo de 60 días antes de su expiración, no aplica en la especie**:

En la demanda arbitral de autos, esta parte expuso los fundamentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales no resultaría aplicable en la especie la obligación de acreditar la renovación de la póliza dentro del plazo de 60 días antes de su expiración. En efecto, se señaló que mediante la Resolución DGOP (Exenta) N° 4163, de fecha 29 de octubre de 2014, el Director General de Obras Públicas aumentó el plazo fijado para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras en 5 meses, al haberse producido un atraso en las obras de la Ruta 16 producto de un caso fortuito o fuerza mayor, consistente en los terremotos acontecidos los días 01 y 03 de abril de 2014 en el sector. Consecuencia de lo anterior, el plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras se extendió hasta el día 3 de julio de 2015.

Asimismo, mediante la Resolución DGOP (Exenta) N° 2852, de fecha 2 de julio de 2015, el Director General de Obras Públicas autorizó la ampliación del plazo, en 2 (dos) meses, para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras del contrato de concesión, por caso fortuito o fuerza mayor. Consecuencia de lo anterior, el plazo máximo para la Puesta

en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras se extendió hasta el día 3 de septiembre de 2015.

En ambos casos, la Sociedad Concesionaria procedió a renovar la vigencia de la póliza de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros, antes de la expiración de su vigencia original y por todo el respectivo período de extensión del plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de la Obras e incluso por un periodo mayor.

En dicho sentido, esta parte precisó que la Concesionaria no solo dio estricto cumplimiento a las obligaciones establecidas en el numeral 1.8.15 de las BALI, sino que además en los casos en que se extendió el plazo máximo establecido en el numeral 1.9.2.7 de las mismas BALI, procedió a extender rigurosamente la vigencia de la pólizas a dichos nuevos plazos, manteniendo, en consecuencia, vigente la póliza de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros durante toda la Etapa de Construcción.

Se alegó en la reclamación de autos que resulta absolutamente improcedente hacer aplicable la obligación de acreditar la renovación de la póliza con 60 días de anticipación a la fecha de vencimiento de la misma, a aquellos casos en que la póliza debió ser renovada producto de las prórrogas dispuestas por el DGOP al plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, toda vez que la referida obligación sólo resulta aplicable para casos en que la póliza contratada o renovada por el Concesionario no cubra la totalidad de la etapa de construcción, situación que no se verificó en la especie.

El criterio adoptado por el MOP en este caso implica reconocer y aplicar parcial y arbitrariamente el inciso tercero del literal a) del numeral 1.8.15 de las BALI, el que establece lo siguiente: *"Dicha póliza podrá contratarse en forma anual o en períodos mayores, debiendo acreditarse su renovación sesenta (60) días antes de la expiración de la anterior"*. Lo cierto es que en el caso de marras, las dos renovaciones de la póliza en cuestión fue por períodos inferiores a un año, sin que ello haya sido considerado como una infracción al artículo recién citado, pero extrañamente el hecho de que su renovación no haya sido acreditada dentro del plazo indicado si es considerado como una infracción. Pues bien,

resulta evidente que ambas partes entienden que la regulación del inciso tercero del literal a) del numeral 1.8.15 de las BALI, no resulta aplicable en los casos en que se ha prorrogado el plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, de lo contrario el Inspector Fiscal debió haber observado que el plazo de vigencia de las nuevas pólizas no fuera por periodos anuales o mayores.

Resulta evidente que la obligación de acreditar la renovación de la póliza con 60 días de anticipación a su vencimiento aplica sólo en el evento que la Sociedad Concesionaria hubiere optado por presentar pólizas por una vigencia menor al plazo máximo de construcción, lo que, insistimos, no ocurrió en la especie.

Por otra parte, la demandada pretende hacernos creer que por el hecho de que la Sociedad Concesionaria haya solicitado los aumentos de plazo para la obtención de la PSP, entonces resultaría aplicable la exigencia de acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior. Sobre el particular, precisemos que las solicitudes de la Sociedad Concesionaria realizadas mediante las Cartas GG-IF-2467-14, de 29 de abril de 2014 y GG-IF-3650-15, de 19 de mayo de 2015, sólo dan cuenta de solicitudes de aumento de plazo realizadas de conformidad al procedimiento establecido al efecto en el artículo 52° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, por existir atrasos en la construcción de las obras ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor, pero lo cierto es que la ampliación del plazo propiamente tal sólo se produce en la medida y a partir de la decisión del DGOP de aceptar la respectiva solicitud, mediante la tramitación del acto administrativo respectivo y no antes. A mayor abundamiento, es el propio acto administrativo que aumentó el plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria la que debió haber regulado la obligación de la sociedad concesionaria de renovar las pólizas de seguro, lo que no se hizo, no obstante lo cual, igualmente nuestra representada renovó las pólizas antes de su vencimiento.

En este orden de consideraciones, cabe hacer presente a la H. Comisión Arbitral que los nuevos antecedentes aportados por la demandada en su contestación de la demanda en nada alteran los alegatos formulados por esta parte en la demanda de autos, en el sentido que la

obligación de acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior no resulta jurídicamente aplicable en la especie.

III. Sin perjuicio de lo ya señalado, las multas impuestas a la Sociedad Concesionaria no fueron establecidas para el incumplimiento que pretende el MOP:

Es conveniente reiterar a esta H. Comisión Arbitral que el numeral 1.8.15 de las BALI señala diversas obligaciones que la Sociedad Concesionaria debe cumplir dentro de un determinado plazo, pero estableciendo la aplicación de las multas del numeral 1.8.11 de las BALI, sólo respecto del incumplimiento de alguna de ellas y no de todas. En efecto, el literal a) del referido numeral 1.8.15 sólo establece la procedencia de dichas multas respecto del incumplimiento de la obligación de la Sociedad Concesionaria de dar a conocer al afectado su derecho a reclamación, mediante carta certificada con copia al Inspector Fiscal, enviada en el plazo máximo de 20 días contado desde ocurrido tal daño. **Nada se dijo respecto del incumplimiento de la obligación de tener que acreditar la renovación de la póliza dentro del plazo 60 días antes de la expiración de la anterior**.

Asimismo, en el párrafo sexto del literal c) del referido numeral 1.8.15 de las BALI, que trata de los "Requisitos Comunes a las Etapas de Construcción y Explotación", se señala que *"La no entrega de las pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros, tanto la propuesta como la original, para las Etapas de Construcción y Explotación dentro de los plazos estipulados en el presente artículo, hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa correspondiente según el artículo 1.8.11 de las presentes Bases de Licitación"*. **Nada se dijo respecto de la no acreditación de la renovación de la póliza en el plazo de 60 días antes de la expiración de la anterior**.

De esta forma, resulta forzoso concluir que la sanción establecida en el literal b) de la Tabla N° 7 del artículo 1.8.11 de las BALI, sería aplicable al incumplimiento de otras obligaciones que el numeral 1.8.15 de las BALI les asignó expresamente dicha sanción. Lo contrario, implica una abierta vulneración del principio de tipicidad que resulta plenamente aplicable en materia de potestad sancionadora de la Administración, incluso en los casos que esta última actúa como parte de un contrato administrativo, como sucede en la especie.

IV. De la Infracción a las normas de interpretación:

Reiteramos lo señalado en la demanda, en el sentido que la interpretación que hace la demandada de las cláusulas que forman parte del Contrato de Concesión se apartan de los principios y reglas generales de interpretación de los contratos contenida en los artículos 1560 y siguiente del Código Civil. En primer término, se vulnera lo dispuesto en el artículo 1560 del Código Civil, el que establece que "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*". No cabe duda alguna que la intención de los contratantes fue siempre y en todo momento que la Sociedad Concesionaria mantuviese vigente la póliza de seguro de responsabilidad por daños a terceros durante la etapa de construcción y, en caso que dicha póliza fuese contratadas por períodos menores al plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, debiese acreditar su renovación con 60 días de anticipación al vencimiento de la misma, circunstancia que no sucedió en la especie, dado que la póliza fue siempre contratada por un período mayor al plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras .

Asimismo, y en lo que las normas de interpretación de refiere, el artículo 1563 del Código Civil establece una norma de último término que señala: *"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación, que haya debido darse por ella."*.

Esta regla tiene aplicación en la especie, por cuanto la Concesión de Obras Públicas, tiene per se, la naturaleza de un contrato de adhesión. Así, en nuestro caso, aun cuando se estimase que no pueden aplicarse los principios y reglas de interpretación antes expuestos, atendido que las BALI han sido elaboradas por el MOP, entonces en aplicación del principio general *nemo auditur,* debe éste responder por la ambigüedad resultante. Se protege de esta forma al

más débil, cuya aplicación ha tendido reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, particularmente, respecto de los contratos de adhesión.

Lo cierto es que la demandada no aporta argumento alguno en contrario, limitándose simplemente a sostener que discrepan de la argumentación.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto, solicito a la H. Comisión Arbitral se sirva tener por evacuado el trámite de la réplica, dentro de plazo.