(18.04.2019)
ART. 11

22.04.2019
10:45 HRS.

109

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

HECTOR VILCHES R.
ABOGADO

CAUSA ARBITRAL
SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A. CON FISCO DE CHILE- MOP

En lo principal: **Dúplica**
En el primer otrosí: **Hace presente confesión**
En el segundo otrosí: **Se dé curso progresivo a los autos**

Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral
"Concesión Alternativas de Acceso a Iquique"

Ruth Israel López, Abogada Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile - Ministerio de Obras Públicas, en autos arbitrales del Contrato de Concesión "Concesión Alternativas de Acceso a Iquique", expediente rol N°5-2018, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, respetuosamente digo:

Dentro de plazo, evacúo la dúplica conforme a las disposiciones del art. 21 de las Normas de Procedimiento y al art. 312 del CPC solicitando el rechazo de los argumentos de la réplica, y en definitiva que la sentencia que se dictará en esta causa rechace la demanda, con costas, por los siguientes fundamentos:

I. SÍNTESIS DE LA RÉPLICA

Sin aportar ninguna alegación o hecho nuevo, se reitera lo señalado en la demanda mediante cuatro argumentos:

1. Se debería declarar el decaimiento administrativo de la resolución que aplicó las multas.
2. La obligación de acreditar la renovación de la póliza de seguro 60 días antes de su expiración no sería aplicable.
3. Las multas aplicadas no se habrían establecido para el incumplimiento que motivó su aplicación.
4. Las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil supuestamente justificarían acoger la demanda.

Según explicaremos a continuación, estos argumentos son errados y deben ser rechazados en todas sus partes.

110

II. LOS ARGUMENTOS DE LA RÉPLICA DEBEN SER RECHAZADOS

Reiteramos en todas sus partes los argumentos señalados en la contestación, los que damos expresamente por reproducidos, y, además, solicitamos valorar los siguientes fundamentos para rechazar los argumentos de la réplica:

1. La Concesionaria sí se obligó a acreditar la renovación de la póliza de seguro 60 días antes de su expiración

Las multas objeto del juicio tienen como fundamento la infracción del art. 1.8.15 letra a) de las Bases que regula los *"Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros"* durante la Etapa de Construcción, que en lo pertinente dispone:

> *"1.8.15 Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros*
>
> *a) Durante la Etapa de Construcción*
>
> *Dentro del plazo de setenta (70) días contados desde el inicio del plazo de la concesión y de la Etapa de Construcción, señalado en el artículo 1.7.5 de las presentes Bases de Licitación, la Sociedad Concesionaria deberá hacer entrega al Inspector Fiscal de una póliza de seguro por responsabilidad civil por daños a terceros cuyos asegurados sean el MOP y el Concesionario, por un monto mínimo de UF 20.000 (veinte mil Unidades de Fomento) para la Etapa de Construcción, con un deducible máximo del 2% del total del monto asegurado por evento, pagada al contado y que <u>deberá estar vigente durante toda la Etapa de Construcción hasta el plazo máximo de Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, establecido en el artículo 1.9.2.7 de las presentes Bases de Licitación</u>.*
>
> *Dicha póliza podrá contratarse en forma anual o en períodos mayores, <u>debiendo acreditarse su renovación sesenta (60) días antes de la expiración de la anterior</u> (...)"*

La letra a) del art. 1.8.15 transcrito, es clarísima en establecer que la Concesionaria está obligada a "**acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior**", sin importar si la póliza es anual o tiene una duración mayor. Se trata de una obligación de hacer consistente en informar la renovación de las pólizas de seguro, que debe ser cumplida en un momento determinado.

No hay nada en el texto del contrato que permita sostener que la obligación de acreditar la renovación sólo procedería en el caso de pólizas anuales. El objetivo buscado por las partes es que la póliza esté vigente durante toda la etapa de construcción, por tanto, cada vez que sea necesario renovar la póliza de seguro para cumplir ese objetivo, la renovación debe ser informada 60 días antes de la expiración de la anterior, sin importar cuál es la duración del contrato o renovación de que se trate.

Dado que el MOP no quiere verse expuesto a ser demandado por terceros que sufran daños con motivo de la construcción de las obras, obviamente no le basta con que las pólizas se renueven, además necesita saber que efectivamente se renovaron con una anticipación razonable a su expiración.

En particular, en este caso se contrató una póliza de seguro con una duración original superior a un año, que más tarde fue renovada o prorrogada en dos oportunidades, por períodos menores a un año.

Por esa razón, siempre estuvimos frente a un contrato de seguro con una duración mayor a un año, que se renovó dos veces para calzar con las modificaciones que aumentaron los plazos originales para obtener la Puesta en Servicio Provisoria o PSP que la propia demandante solicitó.

En consecuencia, es indudable que la obligación existe y que la Concesionaria estaba obligada a cumplirla conforme al contrato de concesión y para cumplir con su obligación no bastaba renovar el contrato de seguro, era necesario, además, que la Concesionaria acreditara que la renovación ocurrió en una época específica, 60 días antes de la expiración de la póliza anterior.

Si se analizan las fechas para obtener la Puesta en Servicio Provisoria y la situación de los contratos de seguro, queda de manifiesto el incumplimiento de la Concesionaria:

N°	**Fecha PSP**	**Expiración de seguro previo**	**Seguro necesita renovación**	**Fecha para acreditar renovación (60 días antes de expiración)**	**Fecha en que acreditó renovación**
1	03/02/2015	15/02/2015*	No	No aplica	No aplica
2	03/07/2015	15/02/2015*	Si	17/12/2014	05/02/2015
3	03/09/2015	03/08/2015	Si	04/06/2015	14/07/2015

*La fecha de "expiración de seguro previo" se repite en las filas 1 y 2, porque el seguro de la fila 1 es el seguro original, de modo que no existe una vigencia previa para el contrato de seguro.

La fila N°2 del cuadro, destacada en amarillo, prueba el incumplimiento de la Concesionaria que dio lugar a aplicar las multas que son objeto de este juicio.

Por último, la Concesionaria alega que las modificaciones a los plazos de la Puesta en Servicio Provisoria no le ordenaron de forma expresa renovar las pólizas de seguro, y sobre esa base argumenta que supuestamente no estaría obligado a renovar los seguros (réplica p. 5). Esto es errado, un verdadero descaro y no resiste el menor análisis, al menos por dos razones.

En primer lugar, la modificación de un contrato no es un documento aislado, sino que se incorpora al contrato preexistente que está modificando, por tanto, en todo lo no modificado continúa rigiendo el acuerdo original de voluntades, que en este caso obligaba a mantener vigente el seguro durante toda la etapa de construcción y renovarlo si fuese necesario, informando de la renovación 60 días antes de la expiración del seguro previo, por tanto, el argumento de la Concesionaria debe ser descartado.

De lo contrario, siguiendo la lógica de la Concesionaria, se produciría el absurdo de que cada vez que se modifique un contrato, sería necesario, además, volver a regular y acordar nuevamente todos los aspectos del contrato original. Obviamente, y la H. Comisión lo sabe, esta no es la forma en que funciona el derecho de contratos.

En segundo lugar, es usual en todo contrato de construcción, y también en los contratos de concesión en la fase de construcción, la contratación de seguros de responsabilidad civil.

Existiendo la obligación de contratar seguros, obviamente es un elemento de la naturaleza en estos casos que la vigencia del seguro debe extenderse durante todo el plazo de la construcción, debiendo renovarse cuando sea necesario, de lo contrario, el seguro sería completamente inútil porque no permitiría liberar a las partes de las demandas presentadas por terceros que sufran daños con motivo de la construcción, en circunstancias que ese es el objetivo buscado con el seguro.

Por todo lo expuesto, la obligación cuyo incumplimiento motivó la aplicación de las multas que la Concesionaria pretende dejar sin efecto, existe y es plenamente aplicable en este caso, por lo que la demanda deberá ser rechazada.

2. El incumplimiento de la obligación de acreditar la renovación del seguro sí está sujeta a multa.

La Concesionaria insiste en la réplica en alegar que la obligación de acreditar la renovación del contrato de seguro no estaría sujeta a multa (Réplica p. 6). Eso no es efectivo.

El Reglamento de la Ley de Concesiones forma parte integrante del contrato de concesión, y en su art. 47 dispone que: "*El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de **cualquiera de las obligaciones** del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.*" En consecuencia, no existe duda alguna que la obligación sí está sujeta a multas.

Además, las Bases también contemplan la aplicación de multas en este caso. Al analizar las disposiciones del numeral 1.8.15 de las Bases, podemos comprobar que ellas regulan los *"Seguros de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros"*, estableciendo una serie de obligaciones que la Concesionaria debe cumplir en esta materia.

Dentro de las Bases, al art. 1.8.11establece los *"Tipos de Infracciones, Multas y Sanciones"*. Según la réplica esta norma del contrato sólo establecería la aplicación de multas para algunos incumplimientos, pero no para todos. Esto no es efectivo y lo rechazamos categóricamente, basta leer el art. 1.8.11 para notar que la demandante se equivoca, la norma de las Bases señala expresamente:

> *"1.8.11 Tipos de Infracciones, Multas y Sanciones*
>
> *El incumplimiento o infracción, por parte del Concesionario, de* ***cualquiera de las obligaciones del Contrato de Concesión****, será causal de sanciones y multas.*
>
> *El Concesionario no estará exento de responsabilidad ni aún en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas.*
>
> *En caso de incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, el Inspector Fiscal notificará a la misma de la infracción detectada y propondrá su aplicación, si es el caso, al Director General de Obras Públicas, de las multas que se estipulan a continuación en la Tabla N° 7:"* (Énfasis añadido)

El contrato no permite duda alguna, cualquiera de las obligaciones del contrato, incluida la de informar la renovación del seguro 60 días antes de su expiración está sujeta a multa.

3. La aplicación de la multa se ajusta a las reglas de interpretación de los contratos.

Negamos y controvertimos todos los argumentos de la Concesionaria relativos a este punto (Réplica p. 7).

En primer lugar, el Reglamento de la Ley de Concesiones que forma parte del contrato de concesión, en su art. 47 dispone que: *"El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de* ***cualquiera de las obligaciones*** *del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas."* En consecuencia, no existe ninguna ambigüedad sobre la procedencia de las multas que permita eximir a la Concesionaria de su pago.

En segundo lugar, trata de confundir a la H. Comisión Arbitral con respecto a la intención de los contratantes. No cabe duda de que la intención de las partes en el art. 1.8.15 de las Bases, es que el seguro de responsabilidad civil se mantuviera vigente hasta la Puesta en Servicio Provisoria.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Concesionaria tenga una discrecionalidad total para cumplir a su antojo la obligación de mantener vigente la póliza, debe cumplir con la

obligación en la forma pactada por las partes. En este sentido, el art. 1.8.15 letra a) de las Bases dispone de forma clarísima que, si la vigencia del contrato de seguro no es suficiente para otorgar cobertura durante toda la fase de construcción, es necesario que la Concesionaria cumpla con dos obligaciones:

(i) Que renueve o prorrogue la vigencia de la póliza; y,

(ii) Que acredite la renovación o prórroga al menos 60 días antes de la expiración de la vigencia previa del seguro. Esta segunda obligación fue la que incumplió la Concesionaria dando lugar a las multas que se niega a pagar.

En tercer lugar, no procede aplicar en este caso el art. 1566 inc. 2° del Código Civil. Consciente de su falta de argumentos, la Concesionaria prácticamente le ruega a la H. Comisión que la salve aplicando la regla contra el redactor o *contra proferentem*, pero esa regla de interpretación no es aplicable en este caso por las siguientes razones:

a) El contrato que liga a las partes es un contrato dirigido y no un contrato de adhesión

Al ser un contrato administrativo, no procede aplicar calificaciones propias del derecho privado de forma irreflexiva, pero incluso si se decidiera aplicarlas, lo correcto sería calificar el contrato de concesión como un contrato dirigido y no como un contrato de adhesión.

La Concesionaria esgrime un único argumento para sostener que el contrato sería de adhesión, el hecho de que las Bases de Licitación son entregadas por el MOP. Esta afirmación es equivocada porque confunde contrato de adhesión y condiciones generales de contratación.

Aunque se suele definir el contrato de adhesión como "aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas"[1], el rasgo esencial para calificar un contrato como uno de adhesión es el desequilibrio que existe entre las partes, ya sea en su poder económico o conocimiento experto sobre la materia objeto del contrato.

Al respecto, el profesor López Santa María señala:

"Con todo, parece que **el rasgo decisivo de la adhesión se encuentra en otro factor: en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes**."[2]

En el mismo sentido, al analizar los contratos de adhesión se ha señalado:

---

[1] LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos*. 5ta ed., Thomson Reuters. Santiago, 2010. p. 118.

[2] Ibid. p. 119.

115

*"Por lo demás, **la ausencia de negociación** es el fenómeno jurídico determinante de la posición de las partes en este contrato"*[3]

En este caso, la Concesionara y el grupo empresarial al que pertenece, claramente no son un contratante débil, y en este caso el contrato fue largamente negociado en un proceso reglado por la Ley de Concesiones.

La Concesionaria no puede pretender situarse en la misma posición que un consumidor persona natural frente a una tienda de *retail*. Sacyr Concesiones Chile S.A. y la Concesionaria controlada por ella, forman parte del Grupo Sacyr, una multinacional española dedicada a la construcción y gestión de infraestructura en diversos lugares del mundo. El Grupo Sacyr tiene más de 20 años de experiencia en licitaciones en Chile. Desde 1996 cuando se adjudicó la licitación para construir y explotar la autopista Los Vilos -La Serena, de forma ininterrumpida ha participado en diversas licitaciones en Chile, las que incluyen al menos 13 proyectos.[4] En otras palabras, la Concesionaria es experta en concesiones en Chile, cuestión esencial para rechazar tratarla como un consumidor indefenso que invoca un supuesto contrato de adhesión.

Además, existió una extensa etapa precontractual, reglada por la Ley de Concesiones cuyas normas funcionan como un estatuto protector de la Concesionaria, durante la cual el experto en concesiones Sacyr pudo hacer valer en todo momento sus derechos. El 8 de enero de 2010, se publicó en el Diario Oficial el llamado a licitación y mediante Decreto Supremo N°225 del Ministerio de Obras Públicas de 6 de junio de 2011, publicado el 3 de septiembre de 2011, se adjudicó el contrato de concesión a Sacyr, es decir, la etapa precontractual o de negociaciones preliminares se extendió durante 17 meses, en que los licitantes como Sacyr efectuaron más de 50 preguntas[5] y durante el cual hubo 7 circulares aclaratorias,[6] de modo que, estamos frente a un contrato que fue extensamente negociado por partes de gran poder económico y altamente sofisticadas que tienen la posibilidad de contar con asesores de primer nivel, lo que permite descartar que estemos frente a un contrato de adhesión.

La existencia de las Bases de Licitación, por sí solas, no justifica calificar un contrato de concesión como uno de adhesión, porque ellas cumplen una función que se asimila en gran parte a las condiciones generales de contratación. Estas últimas corresponden a un conjunto de reglas establecidas de antemano para fijar el contenido de contratos

---

[3]TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel. *Contrato por adhesión Ley N°19.496*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999. p. 25.

[4] Noticia "20 años de Sacyr en Chile", año 2016. En: http://www.sacyr.com/es_es/proyectos-destacados/default.aspx

[5] Circular Aclaratoria N°7 de 14 de diciembre de 2010, que respondió a las consultas de los licitantes.

[6] Ver: http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalle_adjudicacion.aspx?item=66

(elementos de la esencia, naturaleza y accidentales) sobre un determinado tipo de prestaciones que se propone suscribir una parte, que celebrara sucesivamente varios contratos sobre la misma materia.

Este es justamente el caso del MOP, no celebrara un único contrato de concesión, sino que varios, y así ha sido durante los últimos 30 años. En este contexto, al igual que con las condiciones generales de contratación, con las bases de licitación se buscan dos objetivos: reducir los costos de celebración y regulación de los contratos de concesión, ya que las Bases de Licitación evitan regular todas las cláusulas desde cero en cada ocasión; y, asegurarse de que la oferta que presenta el MOP a los licitantes sea completa.

Sin embargo, en la redacción de las Bases de Licitación, el MOP no cuenta con plena libertad para determinar su contenido, las cláusulas contenidas en ellas deben ajustarse a las normas legales que rigen de forma imperativa en la materia, lo que incluye al menos la Ley de Concesiones y su Reglamento, lo que prueba que no estamos frente a un contrato de adhesión.

Así lo ratifican las propias Bases de Licitación al disponer en su artículo 1.2.1 que:

> **1.2.1 Legislación Aplicable**
>
> Forman parte integrante de las presentes Bases de Licitación, la Ley de Concesiones de Obras Públicas contenida en el Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fijó el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 164 de 1991; el Reglamento de la Ley de Concesiones aprobado por Decreto Supremo MOP N° 956 de 1997; y, el Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 850 de 1997 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206 de 1960, Ley de Caminos.

Confirmando que las características del contrato de concesión se asimilan más a las de un contrato dirigido, al analizar los contratos dirigidos como una respuesta al fenómeno de la adhesión, el profesor López Santa María señala:

> *"**Tanto el oferente como el aceptante, en el contrato dirigido, consienten en vincularse por un marco legal preestablecido*** (...)
>
> ***El particular está ahora protegido por una reglamentación de orden público**, de origen legal, dictada precisamente para poner coto a la arbitrariedad (...)*
>
> ***Adhiriendo al estatuto legal, el aceptante sabe ahora lo que le espera**, y no tiene que temer ni trampas inopinadas ni cláusulas leoninas en la declaración contractual.*

Esta ventaja compensa con largueza la pérdida de libertad en la elección de las cláusulas del contrato."[7]

Considerando que el experto Sacyr es una multinacional de gran patrimonio y que cuenta con más de 20 años de experiencia en licitaciones en Chile, ¿será razonable creer que no conoce la Ley de Concesiones y su Reglamento?, o ¿que no está familiarizado con las Bases de Licitación del MOP?, las mismas bases de licitación con las que ya ha contratado en al menos otros 13 proyectos. La respuesta obviamente es negativa, por esa razón calificar el contrato como uno de adhesión, como propone la Concesionaria, debe ser rechazado.

Si en definitiva se decidiera aplicar categorías contractuales de derecho privado, conforme a lo expuesto, lo correcto es sostener que el contrato de concesión es un contrato dirigido y no un contrato de adhesión, porque su contenido no es determinado de forma completamente discrecional por el MOP, sino que debe ajustarse a las normas de orden público contenidas en la Ley Concesiones y su Reglamento, es decir, el contenido del contrato es determinado en gran parte por el legislador.

b)Improcedencia de aplicar la regla de interpretación contra el redactor

Sobre la errada creencia de que estaríamos frente a un contrato de adhesión, la Concesionaria alega que, si estuviéramos frente a una duda interpretativa, debería resolverse en contra de los intereses del MOP según el art. 1566 del Código Civil (réplica p. 7). Esto es profundamente errado.

El art. 1566 del Código Civil (y no el 1563 como sostiene la réplica en su p. 7), no es aplicable en este caso por cualquiera de las siguientes razones:

(i) No estamos frente a un contrato de adhesión, según se explicó en extenso.

(ii) El contrato de concesión no fue redactado de forma exclusiva por el MOP, también forman parte del contrato la oferta del licitante (empresa relacionada de la Concesionaria) y la Ley de Concesiones emanada del Congreso, normas que no fueron redactadas por el MOP. Además, en el caso de la Ley de Concesiones, por tratarse de un texto redactado por la autoridad, en este caso el poder legislativo, debe presumirse que su texto se ajusta a la buena fe.

(iii) La regla del art. 1566 del Código Civil es una regla de última ratio, de modo que primero deberán aplicarse las otras normas de interpretación y sólo si ninguna otra norma de interpretación fuese aplicable, podría recurrirse a ella. Así se desprende del propio texto de la ley, que comienza señalando:

[7] LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Op. Cit. p. 129.

"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, (...)".

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina más autorizada.[8]

Por las razones expuestas, deben rechazarse los argumentos de la réplica relativos a una supuesta aplicación de la regla del art. 1566 del Código Civil.

4. Improcedencia de aplicar el decaimiento del proceso administrativo a las obligaciones emanadas de un contrato

En la réplica se insiste con el decaimiento administrativo, y la Concesionaria lo presenta como su argumento estrella, en sus palabras, "*el alegato principal de esta parte*" (Réplica p. 1).

Hemos dejado para el final de esta presentación el análisis del decaimiento, porque en verdad es el peor, el más pobre de los argumentos de la Concesionaria, y debe ser rechazado por las siguientes razones.

a) La necesidad de acreditar la renovación del seguro y de pagar multas son obligaciones nacidas de un contrato, no nacen de un mero procedimiento administrativo, por lo que no procede aplicar el decaimiento para extinguir obligaciones

En este país, desde 1855 las fuentes de las obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley (Código Civil art. 1437). Y también desde 1855, las obligaciones que nacen de un contrato sólo pueden extinguirse por alguno de los modos de extinguir las obligaciones establecidos por la ley en el art. 1567 del Código Civil. El "decaimiento" no figura entre los modos de extinguir las obligaciones, por tanto, no puede ser alegado como el fundamento de una demanda que busca dejar sin efecto una obligación contractual consistente en **"acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior".**

En este caso, la fuente de la obligación de la Concesionaria de acreditar la renovación del seguro 60 días antes de su expiración, y la fuente de la obligación de pagar las multas, es un contrato, este hecho no es controvertido.

Así lo prueba, el hecho de que si no existiera el contrato que liga a las partes, el MOP estaría impedido de cursar las multas que la Concesionaria busca dejar sin efecto. En este sentido, la propia Concesionaria confiesa espontáneamente en la réplica que estamos frente a un procedimiento contractual y no administrativo, por lo que la demanda debe ser rechazada, al respecto señala:

---

[8] Sobre el art. 1566 del Código Civil se ha señalado que se trata "(...) *de una regla de última alternativa, sólo aplicable si no se logra dilucidar el problema mediante las demás reglas de interpretación.*" LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Op. Cit. p. 126.

> *"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,* (...)" (Réplica p. 3)

Es más, si la fuente de la obligación de acreditar la renovación del seguro 60 días antes de su expiración y de pagar las multas no fuese el contrato de concesión, la H. Comisión Arbitral sencillamente sería incompetente para conocer de este pleito porque se trataría de una materia extracontractual.

En consecuencia, por tratarse de una obligación contractual, es completamente improcedente pretender extinguirla con algo llamado "decaimiento del procedimiento administrativo", sólo podría extinguirse por un modo de extinguir las obligaciones establecido en el art. 1567 del Código Civil.

En definitiva, el argumento de la Concesionaria está construido sobre dos errores conceptuales gravísimos con respecto a puntos de derecho básicos, por esa razón este es el peor de los argumentos de la demanda.

(i) En primer lugar, confunde un contrato con un procedimiento administrativo.

Todo contrato, incluyendo el contrato de concesión, contiene como elemento de la esencia un acuerdo de voluntades que la da origen y crea obligaciones, es siempre un acto jurídico convencional.

En contraste, el procedimiento administrativo es un conjunto de actuaciones formales que concluye con un acto administrativo, éste último, por definición es siempre unilateral y se articula en torno a los poderes del Estado sobre sus ciudadanos, sin que sea necesario para su existencia un acuerdo previo.

La doctrina más reciente sobre la materia, ha puesto de relieve la diferente naturaleza entre el contrato y el acto administrativo. En este sentido el profesor José Miguel Valdivia de la U. de Chile señala:

> *"A diferencia de lo que ocurre en el universo del derecho privado, en que los agentes (a priori iguales entre sí y, por tanto, desprovistos de poder de dominación de unos sobre otros) deben coordinarse voluntariamente, en el derecho administrativo la administración actúa unilateralmente.* ***Si el paradigma del negocio jurídico del derecho privado es el contrato, su equivalente en el derecho administrativo es el acto administrativo unilateral****. La teoría del acto administrativo, que ocupa un lugar central en la enseñanza del derecho administrativo, se articula en torno a los poderes*

excepcionales con que la administración está investida para decidir y ejecutar sus decisiones, ***sin necesidad de ponerse de acuerdo con los destinatarios de su acción****."*[9]

(ii) En segundo lugar, la Concesionaria confunde un aspecto procedimental con uno de fondo.

La idea de decaimiento del proceso administrativo dice relación con un aspecto procedimental en el ámbito administrativo, similar al abandono del procedimiento en los procesos judiciales. No se refiere a un aspecto sustantivo.

De lo anterior, se sigue que el decaimiento del proceso administrativo, si se considerase que existe en nuestro ordenamiento -lo que negamos-, sólo podría influir y ser alegado en el procedimiento administrativo donde se produce, sin que pueda ser usado como una alegación de fondo susceptible de ser alegada como acción en juicio, como una suerte de excepción perentoria que pretende enervar el derecho sustantivo de la contraparte.

En otras palabras, el decaimiento -si se estima que existe en nuestro sistema- debe ser alegado en el procedimiento administrativo respectivo, antes de que se dicte el acto administrativo con que concluye el procedimiento, pero jamás puede ser alegado como defensa de fondo en un procedimiento jurisdiccional y afectar aspectos de fondo regulados por el derecho de contratos.

Por lo anterior, si un eventual fallo acogiera la tesis del decaimiento que alega la Concesionaria, adolecería de graves errores de derecho sobre aspectos básicos que desnaturalizarían el contrato de concesión al tratarlo como un acto administrativo unilateral y no como un contrato que esencialmente es convencional, lo que constituiría una falta o abuso grave.

b) La Ley 19.880 no es aplicable a la controversia de autos.

Toda la tesis de la Concesionaria sobre el decaimiento se sustenta en supuesto errado, que la disputa debería ser resuelta por la Ley N°19.880, pero esa norma no es aplicable al contrato que liga las partes.

El art. 1 de la Ley de Concesiones; los arts. 1 y 2 de su Reglamento, y el art. 1.2.1 de las Bases de Licitación, dan cuenta de cuáles son las normas que rigen el contrato conforme al acuerdo de las partes. Al revisar estos artículos, puede constatarse que la Ley 19.880 no es aplicable al contrato, cualquier conclusión diferente implica desconocer el acuerdo de las partes, afectando la fuerza obligatoria y la intangibilidad de los contratos, en abierta infracción del art. 1545 del Código Civil.

---

[9] VALDIVIA, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo.* Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018. p. 44.

Por otra parte, la Ley 19.880 regula el procedimiento de los actos administrativos y no los contratos, de modo que, en razón de la materia no es posible aplicarla para resolver el conflicto de autos.

Al respecto, el art. 1 de la Ley 19.880 dispone:

> *"Artículo 1º. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y* ***regula las bases del procedimiento administrativo*** *de los actos de la Administración del Estado.* (...)"

Se aprecia claramente que esta ley no regula los contratos de concesión, sino que únicamente los procedimientos administrativos, por lo que es imposible aplicarla en este caso en razón de la materia.

Por último, incluso si se estimase que estamos frente a un procedimiento administrativo y no frente un contrato, -lo que negamos-, en virtud del principio de especialidad tampoco es posible aplicar la ley 19.880, porque la materia discutida en autos ya está regulada por la Ley de Concesiones y su Reglamento, normas que deben primar en su aplicación. Al respecto el art. 1 de la Ley 19.880 dispone:

> "*Artículo* 1º. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. ***En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.***"

En consecuencia, al haber normas especiales que regulan las multas en la Ley de Concesiones y su Reglamento, no es posible aplicar la Ley 19.880.

c) El derecho positivo chileno no contempla ni regula el llamado decaimiento.

Puede que a la Concesionaria no le guste, pero la realidad es que el decaimiento no es una institución reconocida por el derecho positivo chileno, por tanto, incluso de estimarse que estamos frente a un procedimiento administrativo y no frente a un contrato -lo que negamos-, la demanda debe ser igualmente rechazada.

Al respecto, el profesor Valdivia señala:

> "***El derecho chileno no cuenta con regla alguna que contemple, con carácter general, el decaimiento de los procedimientos*** *iniciados de oficio, normalmente tendientes a la emisión de un acto de gravamen (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho español).*
>
> *En algún momento la jurisprudencia quiso importar esta idea al ámbito de los procedimientos sancionatorios, articulándola sobre la base de diversos principios de*

*procedimiento que se verían defraudados por la pasividad de la administración. Sin embargo, **esa jurisprudencia no se ha impuesto de modo consistente y sistemático**.*

*La idea misma de este tipo de decaimiento es criticable, pues las potestades públicas no vencen por el transcurso del tiempo. **Sin disposición legal que lo contemple** (que también sería cuestionable, porque podría impedir la necesaria ejecución de la ley) **no debe ser admitida**."*[10]

Por tanto, en mérito de ello,

A la H. Comisión Arbitral respetuosamente pido: tener por evacuada la dúplica y rechazar la demanda en todas sus partes.

Primer otrosí: Solicito tener presente y valorar en la sentencia definitiva, los siguientes hechos que confesó espontáneamente la Concesionaria durante la etapa de discusión:

1. Hechos afirmados en la contestación que fueron reconocidos por la Concesionaria.

En la contestación de la demanda esta parte hizo referencia a los siguientes hechos que la demanda le ocultó a la H. Comisión Arbitral:

a) La Concesionaria envió la Carta GG-IF-3763-15 de 2 de julio de 2015, en que confiesa expresamente la obligación contenida en el numeral 1.8.15 de las Bases, relativa a acreditar la renovación de la póliza 60 días antes de la expiración de la anterior

b) La Concesionaria envió la carta GG-IF-2467-14, de 29 de abril de 2014, en que solicitó ampliación del plazo para la Puesta en Servicio Provisoria.

c) La Concesionaria envió la carta GG-IF-3650-15, de 19 de mayo de 2015, en que solicitó la segunda ampliación de plazo para la Puesta en Servicio Provisoria.

En la réplica, la Concesionaria no controvirtió ninguno de estos hechos, es más, confesó que todos estos hechos eran efectivos, reconociéndolos y refiriéndose a ellos como "*nuevos antecedentes*", al señalar:

*"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 (...)"* (Réplica p. 5).

[10] VALDIVIA, José Miguel. Op. Cit. p. 268.

Se prueba así, que la Concesionaria reconoce que los hechos esgrimidos en la contestación y que la Concesionaria deliberadamente le ocultó al Tribunal, son efectivos.

2. El decaimiento administrativo aplica sólo a los procedimientos administrativos

En la réplica la Concesionaria afirmó sobre el decaimiento:

> "(...) *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.*" (Réplica p. 3)

La cita prueba que la Concesionaria ha confesado que la figura del decaimiento administrativo, aplica únicamente a los procedimientos administrativos y no a las obligaciones nacidas de un contrato.

En este caso estamos frente a un contrato, que tiene naturaleza jurídica diferente a un procedimiento administrativo, y el derecho a cursar las multas objeto del pleito tiene su fuente en el contrato, por esa razón jamás puede verse afectado por el decaimiento administrativo, por esa razón, la confesión de la Concesionaria debe ser valorada para rechazar la demanda.

Sírvase la H. Comisión Arbitral: Tener presente los hechos confesados por la Concesionaria y valorarlos en la sentencia definitiva para rechazar la demanda.

Segundo otrosí: Atendido el estado procesal de la causa, solicito que se dé curso progresivo a los autos, citando a audiencia de conciliación, o en su defecto recibiendo la causa a prueba.

Sírvase la H. Comisión Arbitral: Dar curso progresivo a los autos en la forma señalada.

CAO (JSRP)/113-2019/HBV