EN LO PRINCIPAL: EXCEPCIÓN DILATORIA DE INEPTITUD DEL LIBELO; EN EL PRIMER OTROSÍ: EN SUBSIDIO ALEGA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL; EN EL SEGUNDO OTROSÍ: EN SUBSIDIO CONTESTA DEMANDA ARBITRAL

SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL "CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE" Rol 002-2018

CAROLA SÁEZ ESPINOZA y FRANCO ORTEGA CREIXELL, abogados, en representación del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, en autos arbitrales del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal "CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE", expediente Rol N° 2-2018, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto decimos:

Que dentro de plazo, venimos en deducir excepción dilatoria de ineptitud del libelo, establecida en el artículo 303 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N° 4 del artículo 19 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral, solicitando sea acogida en todas sus partes, ordenando a la Sociedad Concesionaria corregir el vicio de que adolece la demanda intentada en contra del Ministerio de Obras Públicas, como pasamos a exponer.

La demanda no contiene todos los requisitos indicados en el artículo 19 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento, en relación con las exigencias establecidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, como pasamos a demostrarlo.

En efecto, el N° 4 del artículo 19 de las Normas de Funcionamiento de esta Comisión Arbitral, determina que la demanda debe contener, a lo menos, "los aspectos en litigio y las peticiones concretas que se someten a la decisión de la Comisión Arbitral".

En el mismo sentido el N° 5° del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, señala que la demanda debe contener: "la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del Tribunal". Esta última disposición corresponde a las normas supletorias expresamente previstas en el artículo 9 de las Normas de Funcionamiento del presente arbitraje.

De la sola lectura de la demanda de autos, es posible confirmar que el libelo de la Sociedad Concesionaria no cumple con los requisitos exigidos por las Normas de Funcionamiento.

La Sociedad Concesionaria, pareciera entender que lo que ha expresado en la parte expositiva de su demanda, sería parte de las peticiones que debe resolver el Tribunal. Lo cierto es que existe una notable inconsistencia entre el cuerpo de la demanda y el petitorio de la misma.

En efecto, la Sociedad Concesionaria en su demanda página 4 comienza señalando que

"La controversia que se somete al conocimiento y resolución de esta H. Comisión Arbitral es la total improcedencia jurídica de la interpretación que efectúa el MOP respecto del artículo 1.9.2.14 de las BALI,..."

Sin embargo, la Sociedad Concesionaria termina solicitando al Tribunal algo totalmente contrario a lo indicado en el cuerpo de la demanda. La parte petitoria de la acción señala:

"...y, en definitiva, acogerla y resolver lo siguiente:

1. Que de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las Bases de Licitación, la materialización de las 3 pasarelas con sus respectivos paraderos de buses, deben ser compensadas a la Sociedad Concesionaria en los términos establecidos en el mismo artículo 1.9.2.14 de las BALI, y en consecuencia no deben ser ejecutadas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria". (destacado es nuestro)

Las Normas y la propia ley son claras, al consignar que "a la conclusión", se deben enunciar las peticiones, "en forma precisa y clara".

La demanda de la Sociedad Concesionaria no es clara, e induce a una verdadera incertidumbre tanto al Tribunal como a esta parte fiscal, puesto que por una parte en el cuerpo de su libelo pretende que la Comisión interprete el artículo 1.9.2.14 de las BALI, es decir, estamos frente a una acción interpretativa, y por tanto declarativa, en cambio al revisar las peticiones concretas que se someten a la decisión de la Comisión Arbitral, la Concesionaria termina pidiendo una compensación por la materialización de 3 pasarelas con sus respectivos paraderos de buses, que no han sido construidas.

La inconsistencia e ineptitud del libelo es evidente, y debe necesariamente la demandante aclarar la naturaleza de la acción deducida, es decir, corresponde que se indique si la demanda incoada contra el MOP corresponde a una demanda meramente interpretativa, o bien la Concesionaria intenta una acción indemnizatoria de perjuicios.

POR TANTO, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos N° 4 del artículo 19 de las Normas de Funcionamiento de esta Comisión Arbitral, 303 N° 4°, en relación con el artículo 254 N° 5° ambos del Código de Procedimiento Civil,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITAMOS, se sirva tener por interpuesta la excepción dilatoria de ineptitud del libelo por falta de un requisito legal en el modo de proponer la demanda y acogerla, con costas, ordenando a la Sociedad Concesionaria subsanar, el defecto indicado, y expresar de manera clara la acción que se intenta en estos autos.

EN EL PRIMERO OTROSÍ: EN SUBSIDIO ALEGA EXCEPCIÓN DILATORIA DEL N° 1 DEL ARTÍCULO 303 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, esto es "La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda"

La acción intentada por la SC con esta demanda, persigue, principalmente, que esta Comisión declare: i. Que de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las Bases de Licitación, la materialización de las 3 pasarelas con sus respectivos paraderos de buses, deben ser compensadas a la Sociedad Concesionaria en los términos establecidos en el mismo artículo 1.9.2.14 de las BALI, y en consecuencia no deben ser ejecutadas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria. ii. Que se condene al MOP en costas y al pago de los gastos de funcionamiento y honorarios de esta H. Comisión Arbitral.

Para el caso que la SC aclare, que conforme el petitorio de la demanda la acción deducida por ella, es una acción de indemnización de perjuicios, esta H. Comisión Arbitral, se debe declarar incompetente para conocer, atendido que conforme lo dispone la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la SC debió someter previamente esta controversia al conocimiento y recomendación del panel técnico de concesiones.

H. Comisión Arbitral para admitir a tramitación, conocer y fallar una acción indemnizatoria, como lo es, la que persigue la interpretación del artículo 1.9.2.14 de las BALI que derivaría en considerar ciertas obras como adicionales debiendo por tanto ser compensada la SC por la construcción de tales obras, acción que debe ser interpuesta conforme el inciso primero del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, norma que en lo pertinente dispone: "Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral [...] Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del panel técnico."

La demanda de la SC se presenta sin cumplir el requisito de agotar la vía previa prevista expresamente por el artículo 36 de la Ley de Concesiones, hecho que a todas luces la SC omitió en su demanda.

La SC en el petitorio de su demanda solicita, en abierta contradicción a lo señalado en el cuerpo de su presentación, "que de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 1 .9.2.14 de las Bases de Licitación, la materialización de las 3 pasarelas peatonales con sus respectivos paraderos de buses, deben ser compensadas a la Sociedad Concesionaria en los términos establecidos en el mismo artículo 1.9.2.14 de las BALI, y en consecuencia, no deben ser ejecutadas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria". (Destacado es nuestro)

Sin embargo, si la SC con esta demanda busca una compensación, debió incorporar antecedentes técnicos o económicos, que sirven de base para su alegación de indemnización, que supuestamente harían responsable al MOP de compensar.

La prueba más evidente de este marco de competencia, lo constituye lo expuesto en el primer párrafo de la demanda, donde expresamente el concesionario dice a la H. Comisión Arbitral: "<u>De conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 bis del decreto supremo MOP N°900</u>, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas -que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991 (en adelante "Ley de Concesiones de Obras P6blicas" o "LCOP")-, modificado por la Ley N° 20.410, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 2010; en el artículo 109° y siguiente del decreto supremo N° 956, de 1997, de ese mismo Ministerio (en adelante el

"Reglamento de la Ley de Concesiones" o "RLCOP"); <u>y conforme a lo establecido en las normas de procedimiento acordadas para el funcionamiento de esta H. Comisión Arbitral</u> con fecha 22 de marzo de 2016, deducimos demanda arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas."

En este sentido, dispone el artículo 2 de las citadas Normas de Funcionamiento y Procedimiento que "La Comisión Arbitral conocerá y resolverá todas aquellas materias que señala como de su competencia el D.F.L. N°900, de 31 de octubre de 1996, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, especialmente en su artículo 36 bis, sin perjuicio de aquellas otras normas que hacen referencia a su competencia..."

Lo propio dispone el artículo 19, referido a las menciones que el escrito de demanda debe contener. El numeral 6° exige: "Cuando proceda, la recomendación que hubiese pronunciado el Panel Técnico, por haberse recurrido previamente éste, por aspectos técnicos o económicos, según contempla el inciso 1° del artículo 36 bis".

De esta forma, el grado y marco de las materias sometidas a conocimiento y decisión quedó delimitada por la propia Comisión Arbitral a la luz de la competencia entregada por la ley, en armonía por lo entendido por el propio concesionario al presentar su demanda conforme al citado artículo 36 bis y a la competencia del Panel Técnico conforme a la misma norma.

Conforme a lo dicho, este Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer de la acción intentada, por encontrarse supeditado a la recomendación que el Panel Técnico de Concesiones debe pronunciar previamente.

H. Comisión, la materia traída a su conocimiento y resolución, está fuera de norma y grado de competencia que la misma ley otorga. Para que pueda tener la competencia es necesario que se deduzca la demanda como en derecho corresponda.

A mayor abundamiento, un artículo publicado por el Centro de Estudios Públicos, por sus siglas CEP, titulado "El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", razona respecto del Panel Técnico en el número 4.4 "Institucionalidad para la resolución de controversias", lo siguiente: "... cada parte debería ser capaz de

5

¹ Artículo disponible en: https://www.cepchile.cl/el-nuevo-desafio-de-las-concesiones-de-obras-publicas-en-chile-hacia/cep/2016-03-04/095212.html

pasar a la fase de arbitraje, previo informe técnico del panel de expertos sobre la materia de controversia."

En el mismo sentido el profesor Dr. Barros Bourie señala a propósito de los criterios de funcionamiento del Panel de Expertos² que "En el caso de la Ley de Concesiones, el Panel Técnico es un órgano consultivo y de carácter permanente (independiente de cada concesión). Su intervención procede a solicitud de parte. Con todo, acudir al Panel es requisito para luego recurrir, eventualmente, ante la Comisión Arbitral (o la Corte de Apelaciones en su caso, art.36)."

Se trata pues, de <u>incompetencia del H. Comisión en razón de la</u> materia.

El concesionario no puede ejercer una acción cuyo nacimiento está condicionado a la exigencia de pasar por el Panel Técnico de Concesiones, respecto de aquellas controversias o reclamaciones de carácter técnico y económico, que en la especie de la sola lectura del petitorio -insistimos en abierta contradicción con lo manifestado en el cuerpo de la demanda- salta a la vista que la componente económica está presente en ella, pero no desde una perspectiva jurídica, como el análisis del perjuicio, daño, causalidad, etc., sino desde el valor que se le debe asignar a una partida específica asociada a obras civiles descritas en el contrato. En la especie, la SC ejerció una acción que va más allá de la acción que la ley le otorga, es decir está demandando más de lo que legalmente puede demandar.

Desde luego, que las materias de competencia de la H. Comisión, conforme al artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, son aquellas que cumplieron el requisito previo de pasar por el Panel Técnico de Concesiones, lo que no sucede con el caso de autos, la SC no requirió una recomendación del Panel Técnico por la ejecución de las obras relativas a tres pasarelas peatonales y sus paraderos de buses.

Una interpretación contraria implicaría H. Comisión infringir preceptos del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones, los que por tratarse de normas de procedimiento relativas a juicios son de orden público, y por tanto deben ser cumplidas al tenor expreso de su mandato. Está vedado a todo juez infringir mandatos legales aun tratándose de árbitros mixtos, con facultades arbitradoras en cuanto al procedimiento, más aun cuando la jurisdicción de

6

² Barros Bourie, Enrique. "*Innovaciones a la legislación sobre concesiones de obras públicas*" en "Concesiones: el esperado relanzamiento", Ediciones LYD, junio 2012, pág. 146

estos deviene precisamente de estas normas legales de orden público, cuyo es el caso de la H. Comisión Arbitral.

En síntesis:

- La acción indemnizatoria deducida en esta sede, no fue conocida por el Panel Técnico de Concesiones, en su carácter previo a la instancia arbitral.
- La SC no cumplió al deducir su demanda, el presupuesto procesal de agotamiento de la vía de solución de controversias previo al arbitraje.
- La Ley de Concesiones establece expresamente en su artículo 36 bis que para esta clase de acción debe pronunciarse previamente el Panel Técnico de Concesiones. Trámite legal de procedimiento esencial, faltante en el caso de esta acción.
- Al constituirse la Comisión Arbitral, lo hizo en el contexto del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones. Por su parte, la SC invocando el citado artículo 36 bis y las Normas de Procedimiento interpuso su demanda, infringiendo el marco de competencia que ella misma señaló.
- Que en tales condiciones, <u>la Comisión en su calidad de Tribunal Arbitral</u>
 <u>carece de competencia para conocer de la acción indemnizatoria</u>, por
 no cumplir esta, con el presupuesto procesal necesario del cual nace la
 competencia del tribunal.

POR TANTO, conforme a lo expuesto y lo dispuesto en el número 1°del artículo 303 y artículos 305, 306, 307 y 308 todos del Código de Procedimiento Civil,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITAMOS: tener por interpuestas dentro de plazo, la excepción dilatoria de incompetencia del tribual de la forma expuesta, admitirla a tramitación y acogerlas declarando que la Comisión arbitral se abstiene e inhibe de conocer en su calidad de tribunal arbitral, de la acción deducida por la SC, por no haberse agotado ante el Panel Técnico de Concesiones, la discusión que hoy se trae a este Tribunal Arbitral.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: EN SUBSIDIO, CONTESTA DEMANDA ARBITRAL.

Como se ha señalado existe una abierta contradicción entre el cuerpo del escrito y el petitorio de la demanda. Es por ello que en subsidio y para el caso que la SC aclare que ejerció una acción declarativa de carácter interpretativo, y no una demanda de indemnización de perjuicios, contestamos la demanda señalando lo siguiente:

Para el evento en que se llegue a estimar que la acción deducida no es de aquellas que deba pasar previamente por el conocimiento del Panel Técnico de Concesiones, como lo hicimos presente en el punto anterior, esta parte fiscal estima, entonces, que la demanda de autos no es más que una acción meramente declarativa o de mera certeza, y así deberá ser resuelta.

Expresamente la SC delimitó la acción deducida en la demanda a una meramente declarativa o de mera certeza, así consta en la página 4 "La controversia que se somete al conocimiento y resolución de esta H. Comisión Arbitral es la total improcedencia jurídica de la interpretación que efectúa el MOP respecto del artículo 1.9.2.14 de las BALI,..." (Énfasis añadido)

Pues bien, es necesario precisar que por medio de la acción meramente declarativa o de mera certeza el demandante satisface su pretensión con la sola declaración del derecho que reclama no dando origen a una acción indemnizatoria por los hechos discutidos. De este modo, la acción declarativa deducida en este juicio tiene sentido, toda vez que nos encontramos en un periodo incipiente de la etapa del contrato -desarrollo de las ingenierías de una de las tres pasarelas peatonales- no existiendo en consecuencia perjuicios que jurídicamente sean indemnizables.

Como es de toda lógica, la sentencia definitiva que se dicte en este arbitraje queda amparada por el efecto de cosa juzgada. La demanda que presentó la SC en este arbitraje corresponde a una acción declarativa. En otras palabras, la protección que pidió la SC al tribunal finalmente busca poner fin a la incertidumbre si estas obras son o no adicionales, y como tal quien en definitiva debe soportar los costos por la construcción de las tres pasarelas peatonales y sus respectivos paraderos de buses.

En efecto, si la acción de mera certeza promovida por el concesionario contiene un interés patrimonial que lo constituye la incertidumbre de lo dispuesto en la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, acerca de la materialización de las tres pasarelas peatonales con sus respectivos

paraderos de buses, deben o no ser compensadas a la Sociedad Concesionaria, así se desprende del texto expreso de la demanda de autos al señalar que la instrucción del Inspector Fiscal de construir la pasarela peatonal Parapente constituiría nuevas inversiones u obras adicionales.

En este contexto, es indispensable realizar algunas precisiones respecto a la pretensión declarativa formulada por el concesionario, a saber:

- La SC solicitó a la Comisión que: "La controversia que se somete al conocimiento y resolución de esta H. Comisión Arbitral es la total improcedencia jurídica de la interpretación que efectúa el MOP respecto del artículo 1.9.2.14 de las BALI...."
 - "IV. El MOP yerra en su interpretación de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI"⁴
 - "V. Verdadero sentido y alcance de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI" ⁵
- 2. Que en opinión de Carlos Stoehrel Maes⁶, la "Acción declarativa es aquella mediante la cual el actor persigue una sentencia meramente declarativa, que es aquella que no requiere un estado de hecho contrario al derecho y a la cual basta un estado de incertidumbre sobre el derecho. Esta clase de acciones persigue una sentencia que se limite a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, una sentencia que no es susceptible de ejecución, porque la declaración jurídica basta para satisfacer el interés del actor." (énfasis añadido).
- 3. En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema refiriéndose a sentencias meramente declarativas resolvió: "hay sentencias que quedan cumplidas por el solo hecho de quedar firmes o ejecutoriadas y que por lo mismo no dan acción para exigir su cumplimiento".⁷

De esta forma, siendo la acción deducida de carácter declarativa, lo es también la sentencia que dictará la Comisión en este arbitraje, encontrándose ésta amparada por el efecto de cosa juzgada, no existiendo en consecuencia

³ Página 4 demanda.

⁴ Página 8 demanda.

⁵ Página 10 demanda.

⁶ Stoehrel Maes, Carlos. "De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes". Editorial jurídica de Chile, año 2007, página 39.

⁷ Marín Salas, Carlos. "Las sentencias de mera declaración". Editorial jurídica de Chile, año 1965, página 136, cita fallo Corte Suprema, 19 de diciembre de 1940, publicado en R.D.J., T. XXXVIII. 1941, 2ª parte, sec. 1ª, p. 525.

derecho para el concesionario de demandar perjuicios en un juicio diverso, por haber limitado su acción.

Así las cosas, de no acoger la Comisión esta alegación, en los hechos significaría no considerar las referencias expresas de la SC toda vez que ella restringió su acción a una de mera certeza "La controversia que se somete al conocimiento y resolución de esta H. Comisión Arbitral es la total improcedencia jurídica de la interpretación que efectúa el MOP respecto del artículo 1.9.2.14 de las BALI,..."8

Conforme lo anterior, si la demanda ingresada por la SC es de carácter interpretativo, conviene tener presente, el uso de las reglas interpretativas, esto es, la respuesta al cómo interpretar, integra una cuestión que va a depender de la teoría de la interpretación que se sustente, en otros términos, de cómo se contesta a las preguntas de qué es interpretar y de por qué y para qué se interpreta,

Sabido es que interpretar un contrato, es determinar el sentido y alcance de sus estipulaciones. En tres hipótesis fundamentales tiene lugar la interpretación del contrato:

- a) Cuando sus términos son oscuros o ambiguos.
- b) Cuando siendo claros sus términos, no se concilian con la naturaleza del contrato o con la verdadera intención de las partes, que aparece manifiesta; y
- c) <u>Cuando relacionando las cláusulas del contrato, surgen dudas acerca</u> <u>del alcance particular de alguna o algunas de ellas.</u>

Al respeto se conciben dos métodos de interpretación, Métodos subjetivo y objetivo.

Método subjetivo.

Busca determinar cuál es la voluntad real de los contratantes. Se trata de indagar acerca del verdadero pensamiento de los contratantes, el que debe primar sobre la voluntad declarada, considerando que no pocas veces los contratantes expresan su voluntad en forma inadecuada. Este es el sistema del Código Civil Chileno.

_

⁸ Página 4 escrito demanda.

Método objetivo.

Plantea que no interesa la voluntad que tuvieron las partes al concluir el contrato, debiendo fijarse el alcance de las cláusulas discutidas de acuerdo al sentido normal de la declaración, de manera que los efectos jurídicos serán los que cualquier hombre razonable atribuiría a la convención. En otras palabras, la declaración de voluntad tiene un valor en sí, con autonomía o independencia de la intención de los contratantes. No debe indagarse entonces la intención de los contratantes, sino un alcance que debe atribuirse a la declaración, atendiendo a la costumbre, usos corrientes o prácticas usuales de los negocios. Lo anterior demuestra que el método objetivo de interpretación está directamente vinculado con la buena fe objetiva.

Conforme lo anterior, es útil distinguir entre la intención de las partes al momento de contratar, en esta etapa precontractual se debe recurrir entonces al método subjetivo de interpretación, y operando la buena fe subjetiva; y la intención de las partes luego al ejecutar el contrato, en el silencio de las partes o cuando no es posible deducir la intención de los contratantes, ha de primar la buena fe objetiva, ajustándose la conducta de las partes a los parámetros legales, en este caso, al tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI.

Conjuntamente están también, las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil, en el cual se distinguen:

- a) Reglas relativas a los elementos intrínsecos del contrato: o sea, sirven para interpretar el contrato por sí mismo, considerando sólo los elementos que se encuentran en la declaración contractual: arts. 1562; 1563 inciso 1º; y 1564 inciso 1º.
- b) Reglas relativas a los elementos extrínsecos del contrato: arts. 1561; 1564 inciso 2º y 3º; art. 1565.
- c) Reglas subsidiarias de interpretación contractual: arts. 156 inciso 2º y art. 1566.

Teniendo presente lo expuesto, se revisará la norma contractual que generó la controversia.

I. EL VERDADERO SENTIDO Y ALCANCE DE LA NORMA CONTRACTUAL

A este respecto es importante tener presente que las partes están obligadas no solo por el tenor del contrato, sino también por la normativa que lo regula, como es el caso de las BALI, el Reglamento y la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Sabido es, que las BALI es la verdadera ley de contrato, por cuanto en ellas se manifiestan las estipulaciones contractuales y se establecen cláusulas que son la fuente principal de derechos y obligaciones para las partes de este contrato.

Para interpretar la disposición contractual que generó esta controversia, es necesario recurrir a lo señalado en el propio contrato. La pregunta es ¿A que me obligó la SC momento de suscribir este contrato de Concesión?, y para ello el intérprete debe recurrir a la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública y a las BALI.

Para dar una correcta aplicación a la norma, sin lugar a dudas, el conocimiento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, es vital a la hora de determinar su exacto significado.

Conocido es, que el contrato de Concesión de Obra Pública no se encuentra definido en la Ley de Concesiones ni en su Reglamento. Sin embargo, las disposiciones contenidas en dicha normativa permiten conceptualizarlo como el acto mediante el cual el Estado encarga a un particular (Concesionario) la ejecución, conservación o explotación de una obra pública fiscal, a cuenta, riesgo y ventura de éste, a cambio de la facultad de explotarla en su beneficio por un tiempo determinado, de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias pertinentes.

En Chile, la doctrina ha considerado como una categoría autónoma al contrato de concesión de obra pública, por cuanto presenta diversas características que la distinguen de los contratos de obra pública tradicionales, entre las que cabe destacar la forma de determinación del precio, o de la contraprestación en equivalencia por los trabajos contratados, y su modalidad de pago.

Se trata de una figura en que coexisten elementos y características de índole contractual como son: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, conjuntamente con su carácter de bilateral, principal, oneroso,

conmutativo, *intuito personae*, solemne y de ejecución diferida, pero sin embargo **inserto en un régimen jurídico de derecho público**, conforme se dispone expresamente el párrafo primero del artículo 21 de la LCOP.

Al analizar la materia objeto de la demanda deducida por la Concesionaria, se puede advertir que sus fundamentos implican desconocer principios rectores básicos de las obras públicas concesionadas, como es, hacer frente al encargo que le fue delegada y a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra causa⁹.

Por su parte las BALI, como bien señala Dolores Rufián, en su libro, "Las Bases de Licitación tienen una importancia fundamental dentro del contrato de concesión, porque pueden establecer características del contrato que, no siendo contrarias al ordenamiento jurídico en general y a la ley y al reglamento de concesiones en particular, no estén expresamente previstas o estipuladas en dichas normas. En efecto, el artículo uno del DS MOP N°900. De 1996, establece que el contrato se requiera por las normas de la ley, del reglamento y "las bases de licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto".

A este respecto las BALI, constituyen la ley de contrato.

Conforme la materia objeto de esta controversia, las BALI disponen expresamente en el artículo 2.2.2.6 Pasarelas Peatonales, que el Concesionario debe desarrollar los Proyectos de Ingeniería de Detalle de, <u>al menos</u>, las pasarelas peatonales señaladas en el artículo 2.3.1.5 de las presentes Bases de Licitación. Asumiendo como base ésta norma contractual, se puede establecer que la SC debía construir <u>como mínimo</u> las pasarelas dispuestas en el Tabla N°32 del artículo 2.3.1.5., lo que deja en evidencia que no son las únicas.

Teniendo presente lo anterior, las BALI en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 "Sustitución de Obras y Realización de Obras Adicionales", contempló la construcción de otras tres pasarelas, las que no deben ser consideras como obras adicionales al señalar que:

⁹ Ley de Concesiones de Obras Pública, artículo 22 N°2.

¹⁰ Rufián Lizana, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas, Segunda Edición, año 2018, pág. 71.

Sin embargo la Sociedad Concesionaria, aparte de lo establecido en las presentes Bases de Licitación, deberá construir tres pasarelas con sus respectivos paraderos de buses, sin que este valor sea considerado dentro de las UF 60.000 mencionadas anteriormente. Dichas obras (pasarelas y paraderos) podrán ser materializadas dentro del plazo de cinco (5) años desde el inicio de la Etapa de Explotación de la Concesión según consta en el artículo 1.10 de las presentes Bases de Licitación y su ubicación será determinada por el Inspector Fiscal. Si se decide no construir, total o parcialmente, dichas pasarelas y paraderos de buses. durante los cinco (5) primeros años de la Etapa de Explotación, las obras no construidas serán valorizadas de manera que se indica en el párrafo siguiente, pudiendo utilizarse este monto en otras obras necesarias para el proyecto que serán determinadas por el Inspector Fiscal. (El destacado es nuestro).

Como se puede advertir, la norma contractual <u>establece una excepción</u> que no califica como "obra adicional" conforme lo dispuesto en el párrafo primero de la letra b) del mismo artículo.

El párrafo segundo de la norma en comento, es claro en determinar que además de las pasarelas dispuestas en el artículo 2.3.1.5, Tabla N°32 "Pasarelas Peatonales" de las BALI, la SC debe construir - aparte-, otras tres pasarelas y sus respectivos paraderos de buses. Es decir, la norma dispone que de forma independiente o separada de las pasarelas que contempla la Tabla N°32, la Concesionaria debe construir otras tres pasarelas a su entero cargo y costo. Y como tal, su valor debió ser considerado en la Oferta de la Concesionaria.

Incluso más, al realizar una correcta lectura de la norma se puede concluir:

1. Que esta no es una obra adicional, atendido que determina que el valor por la construcción de estas tres pasarelas, no será contabilizado dentro de las UF 60.000.- monto que dispone la norma como presupuesto para ejecutar obras adicionales y respecto del cual no se requiere el V°B° del Ministerio de Hacienda.

- 2. Que la construcción de esta tres pasarelas es facultativa del MOP, al disponer qué estas tres pasarelas pueden ser materializadas dentro del plazo de 5 años desde el inicio de la etapa de explotación, y su ubicación será determinada por el Inspector Fiscal.
- 3. Que esta obras constituyen un "fondo disponible" en beneficio del MOP, el cual se puede hacer efectivo, ya sea ejecutando estas pasarelas y paraderos u otras obras útiles y necesarias para el proyecto que el IF determine, al estipular que estas pueden o no ser construidas de manera total o parcial, y en caso de no ser construidas estas serán valorizadas conforme lo disponen las BALI, y su valor puede ser utilizado en otras obras necesarias para el proyecto las cuales serán determinadas por el Inspector Fiscal y como tal, quien tiene el poder de decidir su construcción es el MOP y no la SC.

La lectura armónica de la norma contractual, permite concluir que no existe contradicción entre el párrafo primero de la letra b) del artículo 1.9.2.14 que regula la "Realización de Obras Adicionales", las cuales, en caso de ser requeridas, serán pagadas directamente por el MOP, conforme los mecanismos que dispone la Ley, con respectó al párrafo segundo de la mima norma, que establece una **excepción** a la regulación del párrafo primero de la letra b), al disponer la construcción de tres pasarelas con sus respectivos paraderos de buses las cuales <u>no constituyen obras adicionales</u>, y deben ser construidas aparte de las pasarelas que dispone la Tabla N°32 del artículo 2.3.1.5 de las BALI.

Lo anterior, se confirma con la adecuada lectura de las disposiciones finales de la misma norma, las que determinan que el valor por la construcción de estas tres pasarelas, no será contabilizado dentro de las UF 60.000.- que dispone la norma como presupuesto para ejecutar obras adicionales; que la construcción de esta tres pasarelas es facultativa del MOP, obviamente en la medida que así lo requiera la comunidad, y que en caso de no construirse estas obras de manera total o parcial, su valor será reinvertido en el propio proyecto, lo que demuestra que el valor de estas tres pasarelas, constituye un "fondo disponible" en beneficio del MOP.

Es importante tener presente, que la Demandante al analizar la norma contractual, en la pág. 11 de su escrito de demanda, resalta el párrafo segundo de la letra b), para luego analizar su contenido en la pág. 13, respecto de lo cual señala que la disposición establecida en el párrafo segundo de la letra b) "constituyen una norma de excepción y que como tal deben interpretarse en sentido estricto". Con esta afirmación la SC reconoce que estamos frente a una excepción a lo dispuesto en el párrafo primero de la norma, es decir, que la construcción de estas pasarelas no es una obra adicional.

II. CUÁNDO UNA OBRA ES ADICIONAL AL CONTRATO

La SC estima que las obras son adicionales únicamente por el hecho de haber sido contemplada su ejecución en el 1.9.2.14 de las BALI, referido a realización de obras adicionales, obviando de esta forma la naturaleza y características que la ley y el contrato determinan para considerar cuando una obra es adicional o extraordinaria a lo previsto en las BALI.

A diferencia de lo que plantea la Sociedad Concesionaria, la ley, el reglamento y el propio contrato señalan que estamos en presencia de obras adicionales, cuando la o las obras no estuvieron incluidas originalmente en el contrato y se trata de una obra nueva, que no fue considerada en las BALI y que son necesarias e imprescindibles para alcanzar la finalidad del contrato.

Las obras adicionales pueden ser impuestas por el concesionario o el Estado, en los documentos contractuales y que constituyen un cambio o alteración a las obras originales contratadas y como tal significa un desembolso extraordinario, que no fue considerado en la Oferta del licitante.

Características:

- La obra o prestación no fue considerada en las BALI, y cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a los niveles de servicios de la obra.
- El monto máximo de estas nuevas inversiones no puede exceder del 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el Concesionario.
- Procede sólo por situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato y por deficiencias en el expediente técnico de la obra.

- La prestación adicional, genera la ampliación de la garantía de fiel cumplimiento, por parte de la Concesionaria.

La Ley de Concesiones¹¹ y el Reglamento¹², establecen la facultad que tiene el MOP para modificar el contrato, por razones de intereses público, desde que éste se perfecciona. Para ello el Reglamento de la LCOOP, establece el procedimiento a seguir para que tenga lugar la modificación de contrato que modifica las características de las obras y servicios contratados.

Es importante tener presente, que toda modificación de las obras y servicios, así como las condiciones económicas del contrato de concesión, se realizan a través de un decreto supremo fundado, expedido a través del Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministerio de Hacienda, y desde ese momento la obra que no estaba prevista en el contrato pasa a formar parte de él, y como tal corresponde a la Concesionaria la construcción, mantención y conservación de la misma, en los términos que establece el acto administrativo.

Es evidente que la pasarela requerida por el IF en cumplimiento de la obligación contractual, no cumple con los requisitos de ser una obra adicional, la construcción de estas tres pasarelas de cargo y costo de la SC, fue considerada expresamente en las BALI que regula este contrato de concesión.

Su construcción siempre estuvo prevista y considerada, lo que no estaba definido era la fecha exacta, dentro de los 5 años que dispone la norma, de su construcción y el lugar donde estarían emplazadas. Tampoco se trata de una obra que venga a incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en las BALI.

El solo hecho que la obligación contractual de construir tres pasarelas, este especificado, como una excepción a la calificación de obra adicional que contempla el párrafo primero de la letra b) del artículo 1.9.2.14 BALI, Realización de obras Adicionales, no transforma a estas tres pasarelas, en una obra adicional, más aun considerando que el valor por su ejecución no está considerado en el monto que la norma dispone para encargar obras adicionales, y que en caso que estas no se construyan total o parcialmente, su valor será determinado y utilizado en otras obras necesarias para el proyecto.

-

¹¹ Artículo 19°, de la Ley de Concesiones de Obras Públicas

¹² Artículo 69°, del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

III. LA INSTRUCCIÓN EFECTUADA POR EL INSPECTOR FISCAL SE AJUSTA AL CONTRATO

Teniendo presente lo expuesto precedentemente, la instrucción efectuada por el Inspector Fiscal del contrato a través de Libro de Explotación LDE.: N°00109, de fecha 24 de agosto de 2016, en el cual se reitera lo instrucción efectuada mediante Libro de Explotación N°85 con fecha 26 de mayo de 2016, en relación a la construcción a su entero cargo y costo, de una pasarela peatonal que permita a los visitantes acceder al Parque Parapente en Alto Hospicio, con sus respectivos paraderos, se ajusta a la disposición contractual.

Efectivamente como relata la SC, existió en principio poca claridad en la forma como se ejecutaría la construcción de esta "Pasarela Parapente". Sin embargo, luego de una revisión, se decidió aplicar el propio contrato y disponer de una de las tres pasarelas que contempla la norma en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14. que la SC debe construir a su entero cargo y costo.

Así, no obstante haberse manifestado previamente otras dos soluciones por parte el Inspector Fiscal a la SC, estas, no modifican lo dispuesto en la norma contractual que invocó el IF para instruir la construcción de la Pasarela Parapente, con la respectiva consecuencia jurídica relativa a que es la SC quien debe asumir su costo. Es más, ninguna de las soluciones que previamente el MOP presentó a la SC para la construcción de la Pasarela Parapente, gozan de jerarquía y potestad para alterar la obligación de construir las tres pasarelas, contempladas en el párrafo segundo del artículo 1.9.2.14 de las BALI, aparte de las dispuestas en la Tabla N°32 del artículo 2.3.1.5 de las BALI, a entero cargo y costo por la SC.

De lo anterior, se concluye que la SC desde que se adjudicó el contrato sabía o no pudo menos que saber, que debía construir otras tres pasarelas, aparte de las pasarelas dispuestas en el artículo 2.3.1.5 de las BALI. Que conforme las BALI, estas pasarelas se deben construir a su entero cargo y costo, y que en caso de que estas no se construyan en forma total o parcial, su valor debe estar disponible, para ser reinvertido en la obra.

Conforme lo expuesto, lo cierto es que la construcción de las tres pasarelas contempladas en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14., no revisten el carácter de una obra adicional, sino más bien que estas obras forman parte de la obligación contractual que asumió la SC al momento de adjudicarse el contrato y como tal, debió contemplan su valor en la oferta económica. Por ende, la instrucción efectuada por el Inspector Fiscal a través de anotación en el libro de obras respecto de la construcción de la Pasarela Parapente, conforme lo dispone el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14., se ajusta plenamente al contrato, más aun considerando como se señaló, que si estas pasarelas no se construyen de manera total o parcial, su valor será reinvertido en otras obras necesarias para el proyecto, las que serán determinadas por el Inspector Fiscal.

Por otra parte, la SC no repara en el hecho que la naturaleza de las obras adicionales, como pretende sean consideradas las pasarelas peatonales y sus paraderos de buses, obedecen a obras que se requieran, en general, para aumentar incrementar los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos en el las BALI, lo que no ocurre en el presenta caso, primero porque desde un comienzo, es decir, desde el proceso de licitación las tres pasarelas y sus paraderos fueron considerados como obras necesarias del contrato de concesión, así como también, fueron establecidas de manera expresa, de tal forma que su ejecución no viene a aumentar los niveles de servicios, como si lo hace una obra adicional.

En segundo lugar, tenga en cuenta H. Comisión que una obra adicional, como se señaló, obedece a una necesidad surgida durante la ejecución del contrato, no es posible determinarla de manera previa y precisarla a tal nivel de detalle en el contrato, como ocurre con las tres pasarelas y los paraderos de buses contemplado en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14. En efecto, el concesionario dice que estas tres pasarelas son obras adicionales, pero olvida que ellas se encuentran claramente definidas en las propias BALI, están determinadas en cuanto a la cantidad, en el plazo de construcción, y además se consideran los efectos en caso que no se construyan. Desafiamos a la demandante a que nos ilustre en que contrato de concesión, las partes pactan desde el comienzo que una obra perfectamente determinada será considerada como adicional el día de mañana.

Solicitamos a la Comisión Arbitral, tener presente lo expuesto al momento de resolver.

POR TANTO,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITAMOS, se sirva tener por contestada la demanda, declarando que:

- 1.- El MOP ha interpretado correctamente el párrafo segundo de la letra
 b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, y en ese sentido la instrucción del Inspector Fiscal se enmarca dentro de sus atribuciones.
- 2.- Que la construcción de tres pasarelas establecidas en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, entre las cuales se encuentra la Pasarela Parapente y los respectivos paraderos de buses, son obras establecidas en el contrato de concesión, por lo tanto no deben ser consideradas adicionales, y como tales deben ser ejecutadas por la Sociedad Concesionaria a su entero cargo, costo y responsabilidad.
- 3.- Se condene a la Sociedad Concesionaria al pago de la costas personales y procesales de la presente causa, los gastos de funcionamiento de esta H. Comisión Arbitral y los honorarios de sus miembros.