RÉPLICA

SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL DE LA OBRA PÚBLICA FISCAL CONCESIONADA
"ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE"

Javier González García, abogado y Francisco Domeyko Agüero, abogado, ambos por la reclamante "**SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A.**", (en adelante denominada también como la "Sociedad Concesionaria"), en causa Rol N° 002-2018, al señor Presidente de la Honorable Comisión Arbitral con respeto decimos:

Que, estando dentro de plazo y en forma, venimos en evacuar el traslado conferido para la réplica por resolución de fecha 3 de enero de 2019, notificada a esta parte con fecha 4 de enero de 2019, solicitando desde ya tener por negados todos los argumentos alegados por el Ministerio de Obras Públicas ("MOP"), por ratificada en todas sus partes la demanda interpuesta y, en consecuencia, solicitar el rechazo de la interpretación efectuada por la defensa fiscal, con costas, en consideración a los argumentos que, en apoyo de la acción entablada, se harán valer en lo sucesivo.

Desde el punto de vista del alcance de la demanda, reiteramos que su objeto persigue que esta H. Comisión Arbitral declare que las 3 pasarelas peatonales con sus respectivos paraderos de buses, indicadas en el párrafo segundo de le letra b) del artículo 1.9.2.14 de las Bases de Licitación, no deben ser ejecutadas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.

Adicionalmente, respecto de los argumentos planteados por el MOP en su contestación, es imprescindible detenerse y precisar ciertas argumentaciones fiscales que no pueden ser pasadas por alto, por cuanto, en lugar de contribuir a una exposición clara de las normas contractuales que resultan aplicables, llevan a confusiones que es necesario desde luego rectificar por equívocas.

I. EL MOP OTORGA UNA DEFINICIÓN ERRADA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Si bien es cierto que el contrato de concesión no se encuentra definido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas ni en su Reglamento, la definición a la cual se refiere el MOP en su escrito de contestación de la demanda ***("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")***, resulta ser equívoca y no reconoce que dicha concepción del Contrato de Concesión ha cambiado.

Sobre el particular debemos precisar que en el mismo libro de Dolores Rufián (Manual de Concesiones de Obras Públicas, Segunda Edición, año 2018), citado por nuestra contraparte fiscal, se hace alusión a la definición referida por el MOP, señalando la autora, al igual que otros autores, que no concuerda con el aspecto que dice relación con que la obra se encarga a riesgo y ventura del concesionario, ya que tanto la Ley de Concesiones de Obras Públicas como las bases de licitación establecen un régimen de riesgos compartidos, de manera que no se pude señalar que la concesión de obra pública sea un contrato celebrado a riesgo y ventura del contratista concesionario, sino que está regido por el principio del equilibrio financiero del contrato.

En tal sentido Dolores Rufián, define el contrato de concesión como "*un contrato administrativo celebrado por el Estado, por intermedio del Ministerio de Obras Públicas, y un particular*

concesionario, en virtud de ello, este asume la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscala cambio del derecho de explotación de la misma, ***con un régimen de riesgos compartidos entre el Estado y el Concesionario*** *establecido en el contrato*."[1]. (Énfasis nuestro).

Es por ello que la idea de que el contrato de concesión se ejecuta a riesgo y ventura del concesionario, ha sido dejada de lado y más bien se asume y reconoce que el contrato de concesión se caracteriza por ser un contrato de larga duración cuyo éxito depende de factores tales como una distribución equilibrada de los riesgos y de los resultados en función de la naturaleza de los proyectos, de su equilibrio económico y financiero y de una relación estable y duradera entre la administración concedente y el concesionario[2].

Concordante con lo anterior, el artículo 1.9.2.14 de las BALI, señala precisamente que las obras adicionales que sean ejecutadas en virtud de dicho artículo, en ningún caso pueden implicar modificaciones en las condiciones económicas del contrato, respetando con ello el equilibrio económico y financiero del Contrato de Concesión.

II. <u>EL MOP CONFUNDE EL ALCANCE DEL ARTÍUCLO 2.3.1.5 DE LAS BALI</u>.

La materia en discusión en estas controversia interpretativa no tiene que ver con la circunstancia de encontrarse la Sociedad Concesionaria obligada a construir las tres pasarelas con sus respectivos paraderos de buses, aquello se desprende del tenor literal del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, sino que tiene que ver con que la construcción de dichas pasarelas y sus respectivos paraderos de buses no son de cargo y costo de la Sociedad Concesionaria, debiendo en consecuencia ser compensada su ejecución en los mismos términos que el resto de las obras adicionales que se indican en la letra b) del referido artículo 1.9.2.14.

---

[1] Rufián Lizana, Dolores M. Manual de Concesiones de Obras Públicas, Segunda Edición, año 2018, pág. 28.
[2] Véase al respecto a HINOJOSA, S., Concesiones de Infraestructura Vial en Chile. Fundamentos para el Marco Estratégico y Económico", Mimeo, Santiago, 1997.

El hecho de que el artículo 1.9.2.14 de las BALI reconozca la necesidad de ejecutar pasarelas aparte de las identificadas en el Tabla N° 32 del artículo 2.3.1.5 de las BALI, no implica en ningún caso que el costo de dichas pasarelas deba ser asumido por la Sociedad Concesionaria, máxime si la construcción de las pasarelas adicionales fue incorporada en el capítulo de "Realización de Obras Adicionales", las cuales precisamente deben ser compensadas por el MOP.

Según ya señalamos en la demanda de autos, el artículo 2.3.1.5 de las BALI, señala expresamente que la totalidad de las pasarelas identificadas en la Tabla N° 32 contenida en el mismo artículo, debían ser ejecutadas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Concesionaria, entre las cuales incluso se identifican 3 pasarelas cuya ubicación debía ser definida por el Inspector Fiscal, obligación que además fue reiterada por el MOP mediante la Circular Aclaratoria N° 3(3), por medio de la cual se precisa y resalta que esas 3 pasarelas también debían ser diseñadas y construidas a entero cargo, costo y responsabilidad del Concesionario, cuestión que no sucedió respecto de las pasarelas adicionales que se indican en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI.

Si entendemos que esa omisión es una ambigüedad, resulta evidente que la misma se habría superado fácilmente si el MOP hubiese indicado claramente que las pasarelas adicionales del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI debían ser construidas a entero cargo, costo y responsabilidad de la Concesionaria, pero prefirió no hacerlo. Luego, esa ambigüedad -de ser tal- debe ser interpretada en contra del MOP, de conformidad con el artículo 1566 del Código Civil, el cual sanciona a la parte que ha redactado el contrato de un modo poco claro, indeterminado o ambiguo, puesto que prescribe que la interpretación deberá hacerse a favor del deudor, esto es, de la Sociedad Concesionaria, por no haber dado la Administración una adecuada redacción a las BALI, generando ambigüedades en su texto.

[3] Véase numeral 58., de la Circular Aclaratoria N° 3 de fecha 14 de octubre de 2010.

III. EL MOP CONFUNDE LOS CONCEPTOS DE OBRAS ADICIONALES CON EL CONCEPTO DE NUEVAS INVERSIONES.

La defensa fiscal pretende demostrar de manera artificiosa y confusa, que las pasarelas que se indican en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, no son obras adicionales, pues no se trataría de nuevas inversiones que modifiquen las características de las obras y servicios del contrato de concesión.

Para fundamentar la referida conclusión la defensa fiscal caracteriza (página 16 de su presentación) a las obras adicionales confundiéndolas con las nuevas inversiones que modifican las características de las obras y servicios del contrato de concesión, las cuales deben ser indemnizadas por expresa disposición legal, de conformidad con los artículos 19° y 20° de la ley de Concesiones.

Sin embargo, resulta evidente que las obras adicionales indicadas en la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI (primer y segundo párrafo), nada tienen que ver con una modificación de las características de las obras y servicios del contrato de concesión, por el contrario, se trata de obras que a pesar de no estar detalladas, el mismo contrato prevé sus condiciones de ejecución y compensación. De hecho, las obras adicionales que se regulan en el referido artículo 1.9.2.14 de las BALI, deben ser compensadas por el MOP y no cumplen con ninguna de las características señaladas por la defensa fiscal, es decir:

1- Son obras adicionales (pasarelas peatonales, obras de drenaje, paraderos de buses, obras de seguridad o cualquier otro tipo de obras en beneficio de los usuarios o de la comunidad) cuya ejecución eventual fue prevista en el Contrato de Concesión.
2- Son obras adicionales cuya ejecución no puede superar las 100.000 UF y no el 15% del monto total de la inversión;
3- Son obras adicionales que proceden a propuesta del MOP o de la Sociedad Concesionaria, y no por situaciones imprevisibles;

4- La prestación adicional de estas obras adicionales no genera la ampliación de la garantía.

Entonces, la verdad es que no advertimos como puede ser posible asimilar ambas figuras, más bien hace pensar nuevamente que la intensión del MOP es confundir artificiosamente las normas del Contrato de Concesión con el solo fin de justificar que las tres pasarelas adicionales sean de costo de la Sociedad Concesionaria debido a que la Administración no fue capaz de coordinar el financiamiento de dichas pasarelas por parte de los organismos interesados en su ejecución, según explicamos en la demanda de autos.

IV. EL MOP SE REFIERE DE MANERA EQUÍVOCA A ALGUNAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES PARA TRATAR DE JUSTIFICAR QUE LAS PASARELAS DEL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LETRA B) DEL REFERIDO ARTÍCULO NO CONSTITUIRÍAN "OBRAS ADICIONALES".

La defensa fiscal sostiene que la construcción de las tres pasarelas indicadas en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 no deben ser consideradas como obras adicionales, tratando de justificar aquella afirmación haciendo las siguientes referencias equivocas a las BALI:

1. El MOP señala (página 14 de su presentación), que "*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*". Lo cierto es que la expresión "aparte" que utiliza el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, en ningún caso significa que las obras deban ser ejecutadas "de forma independiente o separada", por el contrario, de acuerdo con la definición otorgada por el Diccionario de la Real Academia Española, la expresión "aparte" significa, algo "diferente" o "distinto", y en tal sentido, es posible entender entonces, que **a diferencia** o **de manera distinta** de las pasarelas identificadas en la Tabla N° 32, las pasarelas del

párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, no deben ser ejecutada a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.

2. El MOP señala (página 15 de su presentación) 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 (...)"*. Lo cierto es que el valor de las UF 60.000 no constituye el presupuesto para ejecutar obras adicionales, sino que solo define el monto por sobre el cual se requerirá el V°B° del Ministro de Hacienda, y por ende, los valores de las pasarelas del párrafo segundo no deben ser considerados para el cumplimiento de dicha formalidad, debiendo ser ejecutadas con prescindencia del referido V°B°.

Es decir, al contrario de lo que señala la defensa fiscal, las normas antes referidas en ningún caso permiten concluir que las pasarelas adicionales que deben ser ejecutadas en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, deban ser construidas a entero cargo y costo de la Sociedad Concesionaria, sino que por el contrario, las mismas normas, justifican su condición de obras adicionales y la necesidad de compensar la construcción de estas.

Las BALI y la intención del MOP (manifestada en la circular Aclaratoria N° 3), son claras en diferenciar las pasarelas de la Tabla N° 32 del artículo 2.3.1.5 de las pasarelas de la letra b) del artículo 1.2.14, en el sentido de entender que las primeras son de cargo y costo de la concesionaria, no así las segundas, las cuales han sido reguladas en el artículo denominado como "Realización de Obras Adicionales", de manera intencional y no por una mera casualidad, o por error, como pretende sostener el MOP.

V. LA POSIBILIDAD DE PODER UTILIZAR LOS MONTOS DE LAS PASARELAS NO EJECUTADAS, EN OTRAS OBRAS NECESARIAS PARA EL PROYECTO, NO SIGNIFICA QUE DICHAS OBRAS DEBAN SER EJECUTADAS A ENTERO CARGO Y COSTO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA.

El hecho de que las BALI señalen que en caso de no ejecutarse total o parcialmente las referidas pasarelas, su valor pueda ser utilizado en otras obras necesarias para el proyecto, no implica en ningún caso que dichas obras deban ser ejecutadas a entero cargo y costo de la Sociedad Concesionaria.

No vemos como puede llegar a concluirse que las obras adicionales indicadas en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, constituyen un "*fondo disponible*" que deba ser financiado a entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria. Una cosa es que la Sociedad Concesionaria se encuentre obligada a ejecutar otras obras en reemplazo de las tres pasarelas en caso de que estas no sean ejecutadas total o parcialmente durante los primeros 5 años de la Etapa de Explotación, pero otra muy distinta, es suponer que a partir de esa obligación la Sociedad Concesionaria deba asumir el costo de todas las obras, tanto de las pasarelas como de las obras de reemplazo.

Lo cierto es que la defensa fiscal no aporta ningún antecedente concreto o algún criterio interpretativo que permita la conclusión que pretende, la cual más bien se basa en insistir en el absurdo de que la construcción de las tres pasarelas en cuestión no serían obras adicionales, cuestión que como ya indicamos quedó absolutamente desacreditada.

La presente controversia tal como ya se discutió y resolvió por este H. Comisión Arbitral tiene por objeto la adecuada interpretación del artículo 1.9.2.14 de las BALI, para lo cual ya hemos señalado que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República[4], ha

[4] Ver Dictamen N° 18.985 de Contraloría General de la República, de 16 de junio de 1982.

resuelto que por no existir reglas propias de interpretación para contratos administrativos, como es el caso de autos, corresponde aplicar supletoriamente las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil.

En tal sentido, no vemos que las conclusiones a las cuales arriba la defensa fiscal, tengan por fundamento dichas reglas de interpretación, sino que más bien obedecen a conclusiones forzadas que carecen de sustento legal y contractual, por lo que desde ya solicitamos sean desestimadas en todas sus partes.

VI. QUE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS PASARELAS INDICADAS EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LETRA B) DEL ARTÍCULO 1.9.2.14 DEBAN REALIZARSE CON ALGUNAS EXCEPCIONES A LAS CONDICIONES INDICADAS EN EL PÁRRAFO PRIMERO, NO SIGNIFICA QUE PIERDAN SU CALIDAD DE OBRAS ADICIONALES.

En la demanda principal, hemos señalado que el hecho de que el párrafo 2° de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, establezca algunas consideraciones especiales respecto de la ejecución de las 3 pasarelas y sus respectivos paraderos de buses, en ningún caso ello implica que la ejecución de dichas obras no deba ser compensada al igual que el resto de las obras ejecutadas en virtud del artículo 1.9.2.14 de las BALI.

Es importante precisar que uno de los supuestos básicos que establece el primer párrafo del referido artículo, aplicable a todo el artículo sin que existan excepciones al respecto, es que las obras que sean ejecutadas en virtud del artículo 1.9.2.14 de las BALI, no pueden implicar una modificación en las condiciones económicas del Contrato de Concesión.

Las condiciones de ejecución establecidas de manera excepcional en el párrafo segundo de la referida letra b) debe interpretarse en sentido estricto, no dando lugar a su aplicación extensiva o analógica a otras situaciones no reguladas explícitamente en aquél. En ese sentido, la referida

disposición en ningún caso establece otras excepciones o diferencias que las ya analizadas en la demanda de autos, pudiendo advertirse en consecuencia, que dichas obras deben ser compensadas al igual que el resto de las obras adicionales que sean ejecutadas en virtud de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI.

Desde ya aclaramos que, a diferencia de lo concluido por la defensa fiscal (página 16 de su presentación), el hecho de reconocer que el párrafo segundo de la letra b) dispone algunas condiciones de ejecución que resultan excepcionales en relación con el resto de las obras indicadas el mismo literal b), no permite concluir que las tres pasarelas y sus respectivos paraderos de buses no sean obras adicionales al igual que el resto de las obras indicadas en el mismo literal b).

Por lo mismo también resulta infundado que la defensa fiscal argumente (página 17 de su presentación) que, "*El solo hecho que la obligación contractual de construir tres pasarelas, este especificado, como una excepción a la calificación de dobra 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 (...)*".

Nuevamente debemos señalar que no se advierte ninguna norma de interpretación contractual, de las que resultan aplicables en este caso, que permita concluir que las tres pasarelas sean una excepción a la calificación de obras adicionales a las cuales se refiere el artículo 1.9.2.14 de las BALI, y por otra parte, tampoco es efectivo que la norma disponga que el valor por su ejecución no está considerado en el monto que la norma dispone para encargar obras adicionales. Tal como ya aclaramos anteriormente el valor de las UF 60.000 no constituye el presupuesto para ejecutar obras adicionales, sino que solo define el monto por sobre el cual se requerirá el V°B° del Ministro de Hacienda, y por ende, los valores de las pasarelas del párrafo segundo no deben ser considerados para el cumplimiento de dicha formalidad, debiendo ser ejecutadas con prescindencia del referido V°B°, pero en ningún caso eso significa que el valor de ejecución de

las pasarelas con sus respectivos paraderos no esté considerado en el monto que la norma dispone para encargar obras adicionales (UF 100.000).

Si el MOP interpreta que las obras identificadas en el párrafo segundo no se contabilizan en el monto que la norma dispone para encargar obras adicionales (UF 100.000), la norma contractual debió excepcionarlas específicamente tal como lo hizo respecto de las UF 60.000, cuestión que por supuesto no sucedió.

En síntesis, coincidimos con el demandado en cuanto a que la ejecución de las tres pasarelas y sus respectivos paraderos debe ser realizada bajo ciertas condiciones especiales que no aplican al resto de las obras adicionales del literal b) del artículo 1.9.2.14, sin embargo ello no implica ni permite concluir de manera alguna, que se trate de obras que no tengan el carácter de obras adicionales, ni mucho menos, que su ejecución no deba ser compensadas al igual que el resto de las obras.

POR TANTO, en atención al mérito de lo expuesto,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL SOLICITAMOS: Se sirva tener por evacuado el trámite de la réplica, por ratificada en todos sus términos la demanda interpuesta y, dar traslado para la dúplica.