Rutas del Desierto

Alternativas de Acceso a Iquique
en etapa de Explotación
31 AGO 2016
Inspección Fiscal
INGRESADO

Iquique, 31 de Agosto de 2016
GG-IFEXP-0860-16

Señor
Rodolfo Carrillo Araya
Inspector Fiscal de Explotación
Concesión Proyecto Alternativas de Acceso a Iquique
Presente

ANT: Obra Pública Fiscal: "Alternativas de Acceso a Iquique".
LDE N° 109, de 24 de agosto de 2016.

MAT: - Interpone Recurso de Reposición.

INCL: -

De nuestra Consideración:

Por medio del presente, y en ejercicio de los derechos contemplados en el contrato de concesión de la Obra Pública Fiscal Denominada "Alternativas de Acceso a Iquique" (en lo sucesivo el "Contrato de Concesión"), particularmente, lo establecido en el artículo 42° del Reglamento de la Ley de Concesiones, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 956, de 1997 y en el artículo 1.8.4 de las Bases de Licitación del Contrato de Concesión (BALI), por medio de la presente, interpongo **Recurso de Reposición** en contra de la instrucción contenida en LDE N° 109, de 24 de agosto de 2016, notificado a mi representada con igual fecha, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación expongo:

I) Consideraciones en virtud de las cuales el Inspector Fiscal fundamenta equívocamente la instrucción.

Por medio de anotación en el Libro de Explotación LDE N° 109, de 24 de agosto d 2016, se nos ha instruido construir a nuestro **entero cargo y costo** una pasarela peatonal que permita a los visitantes acceder al Parque Parapente en Alto Hospicio con sus respectivos paraderos de Buses, otorgando para estos efectos un plazo de 60 días para entregar el proyecto completo, incluyendo diseño estructural y obras viales, proyectos de expropiaciones y cambios de servicio, junto con cualquier otra materia necesaria para la completa definición de la obra.

La referida Instrucción ha tenido como fundamento el memorándum N° 1362/2, de 8 de agosto de 2016, del Jefe de la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones del Ministerio de

Rutas del Desierto

Obras Públicas, el cual concluye ilegal y arbitrariamente que la elaboración de las ingenierías y ejecución de las obras solicitadas por el Inspector Fiscal deben ser de cargo y costo de mi representada, en bases a consideraciones equívocas desde todo punto de vista.

Lo cierto es que el Jefe de la División Jurídica mediante un acotado y erróneo análisis de las diferencias existentes entre las obras adicionales que se ejecutan en virtud del párrafo primero y las que se ejecutan en virtud del párrafo segundo, ambas de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI, realiza un ejercicio forzado de hermenéutica para concluir, sin argumento normativo ni jurisprudencial alguno sino más bien apelando a argumentos de índole voluntaristas, que las obras ejecutadas en virtud del referido párrafo segundo serían de cargo y costo de la Sociedad Concesionaria, otorgándole arbitrariamente efectos supererogatorios a la referida disposición contractual.

El hecho de que el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI exija la ejecución de obras adicionales (pasarelas y paraderos), a través de un procedimiento diferente al establecido en el párrafo primero, en ningún caso significa que aquellas sean de cargo y costo de la Sociedad Concesionaria, tal como lo concluye equívocamente el Jefe de la División Jurídica.

II) <u>Sentido y Alcance de la Letra b) del artículo 1.9.2.14 de las BALI.</u>

El artículo 1.9.2.14 de las BALI trata de la sustitución de obras y de la realización de obras adicionales, estableciendo en su primer párrafo, cuatro requisitos que deben concurrir para que el MOP pueda sustituir obras o realizar obras adicionales:

1- Pueden ser propuestas por el Director General de Obras Públicas (DGOP) o por la Sociedad Concesionaria.
2- Deben ser ejecutadas durante la Etapa de Construcción.
3- No pueden implicar una modificación en las condiciones económicas del Contrato de Concesión.
4- Se deben utilizar los procedimientos establecidos en las letras a) y b) del mismo artículo.

Rutas del Desierto

Pues bien, la letra a) se refiere al procedimiento que debe seguirse para sustituir obras y la letra b) se refiere al procedimiento que debe seguirse para realizar obras adicionales. A su vez, la letra b) considera un primer párrafo en el que se establecen reglas generales y un segundo párrafo que efectivamente establece algunas excepciones, pero que en ningún caso implican alterar o modificar el carácter de obras adicionales de estas obras, las que deben siempre ser pagadas a la Sociedad Concesionaria a fin de no modificar las condiciones económicas del Contrato de Concesión tal como lo establece el mismo artículo 1.9.2.14.

El párrafo primero de la letra b), establece como regla general para las obras adicionales, que:

- Estas pueden ser de drenaje, paraderos, de seguridad o cualquier otro tipo de obras en beneficio de los usuarios o de la comunidad.
- El valor debe ser determinado con los Precios Unitarios Oficiales contenidos en el Anexo N° 4 de las BALI.
- No pueden afectar el cobro de peajes por parte de la Sociedad Concesionaria.
- Si el monto supera las 60.000 UF, se requiere el visto bueno del Ministerio de Hacienda para poder ejecutarlas.
- El monto nunca puede superar la cantidad de 100.000 UF.
- El monto de las obras será pagado directamente por el MOP a la Sociedad Concesionaria una vez comprobada la correcta ejecución de las mismas y dentro del plazo máximo de 180 días contados desde la recepción de las mismas por el Inspector Fiscal.

Ahora bien, tal como señalamos anteriormente, el párrafo segundo establece ciertas excepciones para la realización de algunas de estas obras adicionales, en el siguiente sentido:

- Se refiere sólo a tres pasarelas y paraderos.

- Se disponen en términos imperativos sin que su ejecución pueda ser propuesta por el DGOP o por la Sociedad Concesionaria.

- El valor de las mismas no debe ser considerado dentro de las 60.000 UF, indicadas en el párrafo primero.

- Pueden ser materializadas dentro del plazo de 5 años desde el inicio de la Etapa de Explotación de la Concesión según consta en el artículo **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**1.10 de las presentes Bases de Licitación.

- Su ubicación debe ser 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 la forma indicada en el mismo artículo 1.9.2.14 de las BALI, de manera de utilizar dicho monto en otras obras necesarias para el proyecto que serán determinadas por el Inspector Fiscal.

Dicho lo anterior, debemos precisar que el párrafo segundo es una norma de excepción y en cuanto tal debe interpretarse en sentido estricto, no dando lugar a su aplicación extensiva o analógica a otras situaciones no reguladas explícitamente en aquél. En dicho sentido, la referida disposición en ningún caso establece otras excepciones que las antes indicadas, pudiendo advertirse en consecuencia, que a la ejecución de estas tres pasarelas y paraderos le son plenamente aplicables el resto de las disposiciones establecidas en el artículo 1.9.2.14 de las BALI, y por ende cabe desatacar por una parte, que su ejecución necesariamente debe cumplir con el requisito relativo a que dichas obras no pueden implicar una modificación en las condiciones económicas del Contrato de Concesión, y por otra parte, la plena aplicación del inciso final del artículo 1.9.2.14 que establece: *"Para estos efectos no se considerarán obras nuevas o adicionales las correcciones, reparaciones u observaciones que formule el Inspector Fiscal para solucionar deficiencias del proyecto en ejecución, según las presentes Bases de Licitación". Esta última* disposición se encargó de dilucidar precisamente qué casos no constituyen "obras nuevas o adicionales" y no incorporó entre dichas hipótesis a las obras en cuestión.

III) Las disposiciones del Contrato de Concesión deben ser interpretadas conforme a las normas de interpretación de los contratos del Código Civil.

Conforme a lo ya resuelto en forma reiterada y uniformemente por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, los contratos administrativos pueden y deben interpretarse supletoriamente de acuerdo a las normas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil. En tal sentido, podemos citar algunas de estas reglas de interpretación que tienen por objeto conducir a un resultado armónico, útil, claro y razonable.

III.1 El artículo 1564 de Código Civil, exige que la interpretación de las normas contractuales produzca un resultado armonioso.

Señala el artículo 1564 del Código Civil que "*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*", por eso para una correcta interpretación no podemos dejar de considerar el resto de las cláusulas de las BALI que tratan también sobre la ejecución de pasarelas y paraderos. En tal sentido las Bases Técnicas de las BALI instruyen también la elaboración de ingenierías y construcción de pasarelas, sin embargo a diferencia de lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, se dispone expresamente que dichas ingenierías y obras si son de entero cargo y costo de la Sociedad Concesionaria. Además, dichas pasarelas dispuestas en las Bases Técnicas, también consideran ejecución de pasarelas cuya ubicación quedó sujeta a la definición del Inspector Fiscal y que ya fueron ejecutadas a entero costo, cargo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria tal como los disponen las Bases Técnicas.

Al respecto, señala el artículo 2.3.1.5 que:

"*Para garantizar la seguridad del tráfico vial y peatonal en sectores poblados aledaños a las rutas, la Sociedad Concesionaria deberá construir a su entero cargo, costo y responsabilidad, las pasarelas peatonales que se indican en la Tabla N° 32*".

Rutas del Desierto

Precisamente es la propia Tabla N° 32 la que hace referencia a las pasarelas peatonales N° 6, 7 y 8 por definir, las cuales debieron ser consideradas por la Sociedad Concesionaria a su entero cargo, costo y responsabilidad, cuyo sector de ubicación fue definido por el Inspector Fiscal.

Por lo tanto, las pasarelas cuya ejecución se dispone en el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 nada tienen que ver con el resto de las pasarelas dispuestas en las BALI conforme a las disposiciones antes transcritas las que ya se encuentran debidamente ejecutadas. De hecho el mismo párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, señala expresamente que "*Sin embargo la Sociedad Concesionaria, aparte de lo establecido en estas Bases de Licitación, deberá construir tres pasarelas con sus respectivos paraderos de buses (...)*", debiendo entenderse en consecuencia que estas pasarelas a diferencia de las pasarelas referidas en las Bases Técnicas, se regulan por las disposiciones del artículo 1.9.2.14 y especialmente porlos requisitos establecidos en el párrafo primero del mismo artículo que no se encuentran excepcionados, entre los cuales se encuentra como ya indicamos el que la ejecución de estas obras no pueden implicar una modificación en las condiciones económicas del Contrato de Concesión.

Por otra parte, el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14, es una disposición que está insertada precisamente en un artículo que trata de la realización de obras adicionales en donde se reconoce expresamente que estas deben ser compensadas a la Sociedad Concesionaria en caso de ser ejecutadas, sin que en ninguna parte de dicha disposición se señale que las pasarelas que trata el párrafo segundo de la letra b) deban ser de cargo y costo de la Sociedad Concesionaria tal como se establece para el resto de las pasarelas dispuestas en las BALI, según ya indicamos.

III.2 El artículo 1566 prescribe que las clausulas ambiguas se interpretan en favor del deudor.

El artículo 1566 del Código Civil 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.

Rutas del Desierto

Al respecto señala el profesor Claudio Mora Klenner en su libro "*Tratado de Derecho Administrativo*", que: "*No pueden atribuirse al contratista los efectos de los riesgos de redacción del Contrato de Concesión ya que el sistema de contratación administrativo impone a sus organismo, y no a los particulares contratantes, el deber de desarrollar los marcos jurídicos aplicables a los distintos contratos que celebra la Administración, básicamente a través de la elaboración de las bases de licitación y circulares aclaratorias, cuyas reglas y estipulaciones sean de tal precisión, de manera que solo baste su lectura para un buen entendimiento*".

En tal sentido, la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión "Terminal de Pasajeros Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta" en sentencia de fecha 22 de diciembre de 2003, considera que "*La obligación de diligencia del Estado se refuerza, además, por la posición de preeminencia que tiene el Estado en la redacción de instrumentos por los cuales fija las condiciones de participación de los privados en una actividad, de acuerdo con un estatuto parcial de derecho público (instrumentos que podrán asimilarse a contratos de adhesión). Se explica asimismo, por los importantísimos montos económicos envueltos en el desarrollo de una actividad como la concesión aeroportuaria, por la larga duración que caracteriza a los contratos en cuestión, y por el carácter de público-privado que los define, aspectos todos que exige la mayor de las certezas al momento de contratar ... (..)*"

Pues bien, en el caso particular, consideramos que el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1.9.2.14 no genera ningún tipo de ambigüedad, sin embargo la Inspección Fiscal ha pretendido interpretarlo atribuyéndole efectos que van más allá de lo literal del texto, vulnerando las reglas de interpretación de contratos que resultan aplicables en la especie y convirtiéndola en consecuencia en una cláusula ambigua. Así las cosas, si la Autoridad Administrativa entiende que la cláusula debe ser interpretada porque le resulta ambigua, dicha interpretación necesariamente debe ser en favor del deudor conforme a los criterios antes expuestos.

Rutas del Desierto

POR TANTO,

En virtud de las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas en el cuerpo del presente escrito, y de conformidad a lo establecido en el artículo 1.8.4 de las Bases de Licitación y artículo 42° del Reglamento de la Ley de Concesiones, solicito a Ud. tener por interpuesto el presente recurso de reposición en contra de lo instruido en LDE N° 109, de 24 de agosto de 2016, acogerlo en todas sus partes y, en su reemplazo, dar estricto cumplimiento a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1.9.2.14 de las BALI, comunicando a la Sociedad Concesionaria la decisión del MOP de realizar y compensar dichas obras, requiriendo la presentación de los respectivos proyectos de ingeniería de detalle valorizados a Precios Unitarios Oficiales según el Anexo N°4, otorgándosele un plazo razonable para ello.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted.

Cristian Encalada Vidal
Gerente General
Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A.

CEV/
Incl.: Lo indicado.
C.c.:
-Archivo
C.P.: