

EN LO PRINCIPAL: RECLAMACION POR APLICACIÓN ILEGAL Y ARBITRARIA DE MULTAS QUE INDICA. **PRIMER OTROSI:** SOLICITA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE INDICA. **SEGUNDO OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS, CON CITACIÓN O BAJO APERCIBIMIENTO LEGAL QUE CORRESPONDA. **TERCER OTROSI:** SEÑALA LISTA DE ACREEDORES PRENDARIOS. **CUARTO OTROSI:** ACREDITA PERSONERÍA. **QUINTO OTROSI:** PATROCINIO Y PODER.

SEÑOR PRESIDENTE
H. COMISIÓN ARBITRAL OBRA PÚBLICA FISCAL
“HOSPITAL DE ANTOFAGASTA”

Javier González García, abogado, cédula nacional de identidad número 11.636.313-5, teléfono móvil 77664335, correo electrónico jgonzalez@domeykoycia.cl y **Francisco Domeyko Agüero**, abogado, cédula nacional de identidad número 13.233.219-3, teléfono móvil 92651802, correo electrónico fdomeyko@domeykoycia.cl, ambos en representación convencional según se acreditará de la “**SOCIEDAD CONCESIONARIA SALUD SIGLO XXI S.A.**”, RUT N° 76.317.736-K (en adelante denominada también como la “Sociedad Concesionaria”), titular de la obra pública fiscal denominada “**HOSPITAL DE ANTOFAGASTA**”, todos domiciliados para estos efectos en calle cerro El Plomo N° 5931, oficina N° 1707, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, a la H. Comisión Arbitral con respeto decimos:

Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36° bis del decreto supremo N° 900, 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 Públicas”)-, 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”); y conforme a lo establecido en las Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral y sus modificaciones (en adelante “NFP”), aprobadas con fecha 30 de marzo de 2016, venimos en deducir demanda arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas, R.U.T. N° 61.202.000-0, el que de conformidad con la Ley N°21.044 de 2017 (que creó la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas) y con el DFL N°7 de 2018 (que fijó la fecha de iniciación de actividades de la citada Dirección), actualmente se encuentra representado por

don Hugo Vera Vengoa, en su calidad de Director General de Concesiones de Obras Públicas, ambos con domicilio para estos efectos en calle Merced N° 753, Piso 7, comuna de Santiago, en adelante denominados también como el “MOP” y el “DGCOP”, respectivamente.

La presente demanda arbitral tiene por objeto que la H. Comisión Arbitral deje sin efecto, por improcedentes, las 35 multas de 30 UTM cada una, correspondiente a un total de 1.050 UTM (equivalentes en el mes de agosto de 2018 a la cantidad de \$ 50.115.450 de pesos) que el MOP ha aprobado e impuesto a nuestra representada mediante Resolución DGOP (Exenta) N°2565, de fecha 25 de julio de 2018 (en adelante denominada como la “**Resolución Impugnada**”), notificada a la Sociedad Concesionaria con fecha 2 de agosto de 2018 por medio del oficio ORD N° 4550 de la misma fecha, del Inspector Fiscal.

La Resolución Impugnada aprueba e impone a la Sociedad Concesionaria las 35 multas, por “(..) *el atraso en 35 días en la entrega de información requerida por el Inspector Fiscal por anotación en el Libro de Obras N° 9, folio 43, de 13 de abril de 2017, entre el 29 de abril de 2017 y la fracción de día 2 de junio del mismo año, ambas fechas inclusive, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.8.8.1, letra k), conforme a lo previsto en la letra B.4 de la Tabla N° 1 “Infracciones y Multas” del artículo 1.8.7, ambos de las Bases de Licitación del Contrato de Concesión “Hospital de Antofagasta”.*

Fundamos la presente reclamación en los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

I. Estatuto Jurídico del Contrato de Concesión.

El Contrato de Concesión se encuentra conformado por las Bases de Licitación, sus Circulares Aclaratorias, el Decreto de Adjudicación y las disposiciones pertinentes de los siguientes cuerpos legales:

- Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- Reglamento de la Ley de Concesiones.
- DFL 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 D.F.L. N° 206 de 1960, Ley de Caminos.

Debemos dejar constancia de que este Contrato de Concesión, en virtud de su fecha de apertura de ofertas y de adjudicación, se rige por las disposiciones de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en su versión modificada a través de la Ley N° 20.410.

II. Antecedentes del Contrato de Concesión atinentes a la presente Reclamación.

1. Que mediante Decreto Supremo MOP N° 141, de fecha 26 de febrero de 2013, publicado en el Diario Oficial con fecha 21 de junio del mismo año, se adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Hospital de Antofagasta”, en adelante también indistintamente como el “Contrato de Concesión”.
2. El licitante adjudicatario, en cumplimiento de lo establecido en el número 1.6.3 de las Bases de Licitación del Contrato de Concesión (en adelante también las “BALI”), constituyó la “Sociedad Concesionaria Salud Siglo XXI S.A.”.
3. Mediante Oficio Ordinario N° 307 de fecha 2 de octubre de 2014, el Inspector Fiscal aprobó la totalidad del Proyecto Definitivo del Hospital de Antofagasta.
4. Mediante Resolución DGOP (Exenta) N° 4006 de fecha 16 de octubre de 2017, el Director General de Obras Públicas autorizó la Puesta en Servicio Provisoria del “Hospital de Antofagasta”, a partir de las 00:00 horas del 17 de octubre de 2017.

III. Normas del Contrato de Concesión atinentes a la presente reclamación.

1. El Contrato de Concesión considera que la Sociedad Concesionaria desarrolle el Proyecto Definitivo y luego construya y conserve las obras descritas para el Hospital de Antofagasta de acuerdo con dicho Proyecto Definitivo aprobado por el Inspector Fiscal.
2. Respecto de lo que debe entenderse por Proyecto Definitivo, el artículo 2.4 de las Bases de Licitación señala que, *“Se entenderá como Proyecto Definitivo la documentación en la cual se definen y especifican todas las características físicas, espaciales y técnicas que conforman la infraestructura del o de cada Establecimiento de Salud, incluidas las instalaciones, equipamiento, mobiliario y especies vegetales, suficiente y necesaria para la correcta construcción de las obras de la concesión y su operación. Comprende el conjunto de documentos, tales como: memorias de diseño,*

especificaciones técnicas, catálogos, certificados, permisos y documentos gráficos como planos, esquemas, imágenes, entre otros.” (Lo subrayado es nuestro)

3. El Proyecto Definitivo de las obras del Hospital de Antofagasta, comprende el Proyecto de “*Climatización, Central Térmica y Combustible*”, el que de acuerdo con el Anexo Complementario de las Bases Técnicas incorporó los Paneles Solares. En tal sentido el Anexo Complementario de las Bases Técnicas establece expresamente dentro de los requerimientos del proyecto de “*Climatización, Central Térmica y Combustible*”, que éste último deberá incorporar diferentes tipos de equipos, entre los cuales se mencionan los “*Paneles Solares*”.
4. Según explicaremos con mayor detalle en numeral IV siguiente, las multas que se impugnan por medio de la presente Reclamación tienen su origen en la falta de entrega de algunos planos de ingeniería de detalle de los Paneles Solares, en los plazos establecidos por el Inspector Fiscal al margen de la regulación contractual, y es por ello que resulta de la mayor relevancia referirse en este acápite de la Reclamación, a las normas contractuales que se refieren a la obligación de entrega y de acceso a los planos y a los riesgos asociados al desarrollo de dichos planos.
5. El periodo para desarrollar el Proyecto Definitivo, se inició junto con el inicio del plazo de la concesión establecido en el artículo 1.6.5 de las BALI, y éste debió ser realizado de acuerdo a las exigencias, definiciones y requisitos mínimos indicados en el artículo 2.4.1 de las BALI, el cual se remite a su vez, al Anexo Complementario que señala expresamente los diferentes plazos para realizar las entregas parciales del proyecto definitivo y el plazo de entrega definitiva del Proyecto Definitivo.
6. Por su parte el artículo 2.4.1 de las Bases de Licitación establece que, “*En cualquier caso, la Sociedad Concesionaria será la responsable de ejecutar la totalidad del Proyecto Definitivo que sea necesario para la correcta ejecución de las obras (...)*”.

En este orden de ideas los plazos para la obtención de la autorización de Puesta en Servicio Provisoria de las obras estipuladas en el Contrato de Concesión no podrán ser modificados debido a eventuales atrasos del Proyecto Definitivo que deba presentar el Concesionario.

Asimismo, el artículo 2.4.1 de las BALI dispone que, sin perjuicio de la aprobación del Proyecto Definitivo por el Inspector Fiscal, la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria se mantendrá incólume durante toda la duración del Contrato de

Concesión, toda vez que el riesgo de diseño del Proyecto Definitivo recae íntegramente en la Sociedad Concesionaria, de manera que, en todo evento, el desarrollo de la ingeniería definitiva y la construcción de las obras serán de entero cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.

7. Respecto de la elaboración y entrega de los planos de construcción, el artículo 1.9.8 de las BALI, señala al respecto que, *“Dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se otorgue la autorización para la o cada Puesta en Servicio Provisoria, según lo establecido en el artículo 1.10.3 de las Bases de Licitación, el Concesionario presentará al Inspector Fiscal los planos de la obra construida (as built) junto con las memorias explicativas, de la forma indicada en el Anexo Complementario.*

El Inspector Fiscal deberá pronunciarse sobre los documentos indicados en el párrafo anterior dentro del plazo de 45 días contados desde la fecha de su presentación. El incumplimiento de las exigencias establecidas de conformidad al presente artículo, hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación, sin perjuicio de lo cual deberá subsanar las deficiencias dentro de un plazo de 15 días contados desde la fecha de pronunciamiento del Inspector Fiscal.

Asimismo, la no entrega de los planos y/o sus memorias explicativas dentro del plazo señalado en el presente artículo, hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación. Lo anterior, sin perjuicio que la Puesta en Servicio Definitiva no será autorizada sin la aprobación de dichos documentos.”.

8. Por otra parte, durante la Etapa de Construcción, la Sociedad Concesionario debía entregar al Ministerio de Obras Públicas, a través del Inspector Fiscal, diferentes tipos de información, entre las cuales se consideraba expresamente en la letra i) del artículo 1.8.8.1, la siguiente *“Otorgar libre acceso al Inspector Fiscal en horarios de oficina, a los antecedentes del proyecto, planos, memorias de cálculo, especificaciones, y toda información, archivo o documento relacionado con el Proyecto Definitivo de las obras, documentación y registros relacionados con la construcción de la concesión y, en general, a todos los antecedentes que sean necesarios para su labor de Fiscalización y Control del cumplimiento de las obligaciones emanadas del Contrato de Concesión. En particular, deberá otorgar libre acceso al sistema BIM solicitado en los artículos 1.9 y 2.4.1 de las Bases de Licitación. El Inspector Fiscal*

fundadamente podrá requerir dicha información en horarios distintos al señalado.”
(Lo subrayado es nuestro).

9. A su vez, durante la Etapa de Construcción la Sociedad Concesionaria, de conformidad con lo establecido en la letra d) del artículo 1.9 letra de las BALI, debió diseñar e implementar un sistema de modelación BIM o un sistema similar, aprobado por el Inspector Fiscal, de acuerdo a las condiciones establecidas en el Anexo Complementario, que permitían al Inspector Fiscal visualizar en tiempo real, el desarrollo y avance del Proyecto Definitivo, el correcto avance de la construcción y equipamiento de todas las obras de la concesión, y que permitía alertar y anticipar eventuales conflictos o interferencias. Este sistema debió considerar el acceso a monitoreo permanente y la entrega de un reporte detallado en la oportunidad en que lo solicitara el Inspector Fiscal.

IV. Antecedentes de la Controversia.

La controversia que se somete al conocimiento y resolución de esta H. Comisión Arbitral es la total improcedencia jurídica de la aplicación de las 35 multas por el incumplimiento de una instrucción impartida a través del Libro de Obras, las cuales conforme se desprende de una correcta interpretación y aplicación del Contrato de Concesión, fueron impuestas ilegal y arbitrariamente y en contravención a la normativa contractual y legal aplicable.

Lo cierto es que los antecedentes citados en la Resolución Impugnada no reflejan fielmente las circunstancias por las cuales se está aplicando la multa, sino que por el contrario pretende asimilar la entrega de los planos actualizados de los Paneles Solares, con la obligación de entregar información a que se refiere la letra k) del artículo 1.8.8.1 de las Bases de Licitación, la que corresponde a “*Cualquier otra información que el Inspector Fiscal requiera por escrito para fiscalizar el adecuado cumplimiento del contrato (...)*”.

La Resolución Impugnada omitió señalar que la “información” requerida, correspondía a la entrega de los planos de los **Paneles Solares**, los cuales tienen plazos de entrega previamente establecidos en las Bases de Licitación, ya sea que se trate de los planos de ingeniería de detalle definitivo (los cuales debían ser entregados de acuerdo a las exigencias, definiciones y requisitos indicados en el artículo 2.4.1 de las BALI), o bien, de los planos de construcción (Los cuales debían ser entregados de acuerdo a lo señalado en el artículo 1.9.8 de las BALI), por lo que en ningún caso correspondía al Inspector Fiscal exigir la entrega de los referidos planos en un plazo distinto al indicado en las BALI para dichos efectos, lo cual desde ya,

desvirtúa y exime de toda responsabilidad a la Sociedad Concesionaria en los atrasos que se le imputan, cuestión que acreditaremos en la oportunidad procesal correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque se pretenda aplicar una multa por el incumplimiento de una instrucción impartida por Libro de Obras, resulta del todo arbitrario sancionar dicho incumplimiento con una multa diaria, toda vez que la sanción establecida para esos casos es por “Cada vez”, tal como se señala expresamente en el numeral B.15 de la Tabla N° 1 “Infracciones y Multas” del artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación.

V. Los Hechos que originan la controversia.

1. Mediante Oficio Ordinario N° 307 de fecha 2 de octubre de 2014, el Inspector Fiscal aprobó la totalidad del Proyecto de Ingeniería definitivo del Hospital de Antofagasta.
2. Durante la ejecución de las obras, se instalaron Paneles Solares correspondientes a un equivalente técnico de mayor superficie a los considerados en los planos originales, con lo cual se requirieron solo 65 Paneles Solares de los 75 que se consideraban originalmente, situación que no modificó el proyecto de ingeniería de detalle original, sino que solo debió ser actualizado de acuerdo a los paneles instalados, todo lo cual siempre estuvo informado a través del Sistema BIM, al que el Inspector Fiscal tiene libre acceso de conformidad con lo señalado en las BALI.
3. Mediante anotación en el Libro de Obras N° 9, folio 36, de fecha 6 de abril de 2017, el Inspector Fiscal instruyó a la Sociedad Concesionaria la entrega de los planos actualizados de los Paneles Solares, señalando como único argumento para dicha solicitud que, “(..) *dado el nivel de avance de las obras (..)*”, se debían entregar dichos planos dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la misma instrucción.
4. Luego mediante anotación en libro de Obras N°9, folio 42, de fecha 13 de abril de 2017, la Sociedad Concesionaria le aclara al Inspector Fiscal que los planos no habían sido requeridos con anterioridad, por lo que le solicita al Inspector Fiscal un plazo adicional de 15 días para poder entregar el plano modificado de la ingeniería de detalle de los Paneles Solares, mismo plano que luego entregaría en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 1.9.4 de las BALI.
5. En atención a lo solicitado por la Sociedad Concesionaria, el Inspector Fiscal mediante anotación en el Libro de Obras N°9, folio 43, de fecha 13 de abril de 2017, fijó como nuevo plazo para ingresar el plano modificado de la ingeniería de detalle de los Paneles Solares, el día 28 de abril de 2017.

6. Finalmente, la sociedad Concesionaria entrega al Inspector Fiscal los planos actualizados de ingeniería de detalle de los Paneles Solares ubicados en el nivel + 4 del CDT, mediante Carta GG-IF N° 2587 de 2 de junio de 2017, dejando constancia de ello mediante anotación en el Libro de Obras N°10, folio 26, de fecha 2 de junio de 2017.
7. Luego mediante Oficio Ord. N° 3204, de fecha 8 de septiembre de 2017, el Inspector Fiscal notificó a la Sociedad Concesionaria que propondría al Director General de Obras Públicas la aplicación de 35 multas por el atraso de 35 días en la entrega del plano modificado de la ingeniería de detalle de los Paneles Solares, equivalentes a 30 UTM por cada uno de los días de atraso, de acuerdo a lo dispuesto en la letra B.4 de la Tabla N° 1 “Infracciones y Multas” del artículo 1.8.7 de las Bases de Licitación, el cual se refiere a las infracción de la obligación de entrega de información establecida en la letra k) del artículo 1.8.8.1 de las Bases de Licitación el cual señala expresamente que “ *Durante la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá entregar al Ministerio de Obras Públicas, a través del Inspector Fiscal, la siguiente información: (...) k) Cualquier otra información que el Inspector Fiscal requiera por escrito para fiscalizar el adecuado cumplimiento del contrato o bien aquella que se establece en el Anexo Complementario*”.
8. Finalmente, con fecha 25 de julio de 2018, el Director General de Obras Publicas por medio de Resolución DGOP N° 2565 (Exento) aprobó e impuso a la Sociedad Concesionaria 35 multas de 30 UTM cada una, por 35 días de atraso en la entrega del plano modificado de la ingeniería de detalle de los Paneles Solares, asimilando dicho atraso al incumplimiento de la obligación de entregar información establecida en la letra k) del artículo 1.8.8.1 de las Bases de Licitación, notificada finalmente a esta Sociedad Concesionaria mediante Oficio Ordinario del Inspector Fiscal N° 4550, de fecha 2 de agosto de 2018.

VI. La instrucción del Inspector Fiscal que le estableció un plazo a la Sociedad Concesionaria para que pudiese entregar el proyecto de ingeniería de detalle de los Paneles Solares, no se ajusta a la regulación establecida en el Contrato de Concesión y, en cuanto tal, es arbitraria.

1. De acuerdo con lo dispuestos en el artículo 2.4.1 de las Bases de Licitación, el desarrollo del Proyecto Definitivo y de todos los documentos que lo componen incluyendo los planos, es de exclusiva responsabilidad de la Sociedad Concesionaria y en consecuencia el plazo para la obtención de la PSP de las obras estipulado en el

Contrato de Concesión, no puede ser modificado debido a eventuales atrasos en el desarrollo del Proyecto Definitivo que debe desarrollar la Sociedad Concesionaria, razón por la cual el riesgo de atraso en la ejecución del Proyecto Definitivo se limita a la aplicación de multas por incumplimiento del plazo establecido para la obtención de la PSP, o bien, la aplicación de multas por atrasos en los plazos de entrega parciales o entrega definitiva del Proyecto Definitivo que se han establecido expresamente en el Contrato de Concesión y su Anexo Complementario, pero en ningún caso la Sociedad Concesionaria se encuentra obligada a entregar planos dentro de los plazos que el Inspector Fiscal arbitrariamente pueda establecer.

En efecto, son las mismas Bases de Licitación las que señalan expresamente los plazos de entrega de los planos, ya sea que se trate de los planos de ingeniería de detalle definitiva, o bien, de los planos de construcción, y en ninguna parte de dicha regulación se considera un plazo semejante al instruido por el Inspector Fiscal. De hecho, los mismos planos que debieron ser entregados por la Sociedad Concesionaria en virtud de la instrucción otorgada por el Inspector Fiscal durante la ejecución de las obras, fueron entregados nuevamente como planos *as built* después de la autorización de PSP, en cumplimiento de lo dispuesto en el referido artículo 1.9.8 de las BALI, el que señala al efecto que estos planos deben ser entregados dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se otorga la autorización para Puesta en Servicio Provisoria.

2. Desde un punto de vista normativo, no cabe duda de que el Inspector Fiscal del Contrato de Concesión dispone de la atribución de solicitar por escrito cualquier información para fiscalizar el adecuado cumplimiento del Contrato de Concesión, tal como lo señala la letra k) del artículo 1.8.8.1 de las BALI, pero resulta extremadamente grave pretender que el Inspector Fiscal en el uso de su atribución de impartir órdenes e instrucciones para el cumplimiento del Contrato de Concesión pueda alterar o modificar las regulaciones establecidas en el mismo Contrato y peor aún, incorporar riesgos a los cuales la Sociedad Concesionaria no se encontraba sujeta al momento de la adjudicación, haciendo más onerosa la relación contractual.
3. De acuerdo con lo ya señalado, el Proyecto Definitivo del Hospital de Antofagasta incluyendo los planos de los Paneles Solares fue debidamente aprobado por el Inspector Fiscal mediante Ord. N° 307 de fecha 2 de octubre de 2017. El proyecto aprobado, contemplaba la utilización de colectores marca Junkers modelo FCC-1S, que tienen una superficie útil de absorción de 1,940 m² con lo cual se debían instalar 75 paneles para cumplir los requerimientos del Hospital de Antofagasta, sin embargo lo que

finalmente se instaló fue un equivalente técnico de mayor superficie, de la marca Chaffoteaux modelo ZELIOS XP 2.5-1, que posee una superficie de 2,241 m², con lo cual para cubrir las necesidades del hospital se necesitaron instalar solo 65 Paneles Solares, lo que en la práctica no modificó el resto del proyecto y luego fue plasmado en los planos as built entregados después que el DGOP autorizó la obtención de la PSP de las obras mediante Resolución DGOP Exenta N° 4006 de fecha 16 de octubre de 2017.

Además, es necesario tener presente, que de acuerdo con el modelo BIM (Building Information Modeling) implementado en este Contrato de Concesión, la secuencia constructiva, los avances logrados, así como la coordinación integral del proyecto en construcción se encontraban a disposición del Inspector Fiscal, en cualquier momento que este lo hubiese requerido.

4. Se colige de lo anterior, que la justificación otorgada por el Inspector Fiscal para instruir la entrega de los referidos planos en el plazo determinado por el mismo, basado exclusivamente en “(...) *el nivel de avance de la obra (...)*”, constituye una justificación que carece absolutamente de una razón legal o contractual, y por lo tanto solo se trata de la imposición de un plazo inexistente en el Contrato de Concesión, cuestión que transforma la instrucción en una simple arbitrariedad.

Podemos precisar al respecto que, en doctrina “*Se dice arbitrario de aquello que depende del arbitrio, o de aquello que procede con arbitrariedad. Arbitrio no es sino –se dice– que la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho, es decir por un impulso instintivo (apetito), o por una idea o propósito sin motivación aparente, por un antojo, o puro deseo, y fuera de las reglas ordinarias y comunes. Si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carentes de razonabilidad*” (“El Recurso de Protección”, Eduardo Soto Kloss, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 188).

VII. Las multas aplicadas por medio de la Resolución DGOP N° 2565 no se ajustan a las sanciones establecidas en las Bases de Licitación, y por lo tanto son ilegales.

1. La arbitrariedad del plazo instruido para entregar los planos actualizados de los Paneles Solares, que hemos constatado en el numeral VI anterior, ya es razón suficiente para rechazar la multa aplicada en todas sus partes, sin embargo, en el hipotético caso que

esta H. Comisión Arbitral considerase que la referida instrucción impartida por medio del Libro de Obras fue válida y que por tanto si existió un incumplimiento por parte de la Sociedad Concesionaria, la sanción establecida en las BALI para dicha situación, en ningún caso es la multa diaria impuesta en la Resolución Impugnada.

En efecto, la Resolución Impugnada aprueba e impone a la Sociedad Concesionaria 35 multas, conforme a lo previsto en la letra B.4 de la Tabla N° 1 “Infracciones y Multas” del artículo 1.8.7, ambos de las Bases de Licitación del Contrato de Concesión “Hospital de Antofagasta”, sin embargo, de acuerdo a lo señalado expresamente en el artículo 1.9.4 de las BALI, la multa por incumplimiento de las instrucciones impartidas a través del Libro de Obras hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa establecida en la letra B.15 de la referida Tabla N° 1, esto es, una multa con un rango entre 30-100 UTM por “Cada vez”, lo que necesariamente implica que el monto total de la multa no debió en ningún caso superar las 100 UTM, sin embargo la multas impuestas por la Resolución Impugnada suman un total de 1.050 UTM, monto que excede con creces el rango antes indicado.

2. Lo anterior es de suma relevancia para los efectos de esta presentación, ya que la actividad sancionatoria administrativa es de derecho estricto, por lo que debe ajustarse con especial rigurosidad a los requerimientos de tipicidad y a los principios generales del derecho administrativo que regulan la acción de los agentes públicos, pudiendo constatar que en el caso de la especie se han vulnerado dichos principios, según se señala a continuación.

a. Infracción al principio de Tipicidad.

El respeto al principio de tipicidad consiste precisamente en entender que frente al incumplimiento del contratante privado solo cabe la aplicación de la multa que está explícitamente establecida en el Contrato de Concesión para dicho incumplimiento, cuestión que en el caso de marras no ocurre, toda vez que el MOP pretende asimilar la obligación de entregar “información” establecida en la letra k) del artículo 1.8.8.1 de las BALI, con la obligación de cumplir las instrucciones del Inspector Fiscal impartidas por medio del Libro de Obras, establecida en el artículo 1.9.4 de las BALI.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes mencionadas constituye una situación reprochable de acuerdo a las disposiciones contractuales, sin embargo tienen asociada la aplicación de una multa diferente en cada caso, por lo que pretender asimilar o confundir ambas sanciones, implica una abierta vulneración del **principio de**

tipicidad que resulta plenamente aplicable en materia de potestad sancionadora de la Administración, incluso en los casos en que esta última actúa como parte de un contrato administrativo, como sucede en la especie.

De esta forma, resulta forzoso pretender hacer extensiva la multa señalada en el referido literal B.4 a los incumplimientos de las instrucciones impartidas por el Inspector Fiscal mediante el Libro de Obras, con lo cual además se advierte que el Director General de Obras Públicas deja sin efecto la aplicación de la multa que se encuentra explícitamente tipificada para dicho incumplimiento en el referido literal B.15, lo que vulnera abiertamente las reglas de interpretación de los contratos, especialmente, la establecida en el artículo 1562 del Código Civil, según la cual *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*.

b. Infracción al principio de legalidad.

El principio de legalidad o juridicidad supone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico. Debemos entender que las partes del Contrato de Concesión no sólo se encuentran obligadas por el tenor del contrato, sino también por la normativa que lo regula, ordenamiento jurídico que se entiende formar parte del contrato.

En tal sentido, el profesor Jorge Bermúdez Soto señala en su libro *“Derecho Administrativo General”*, que *“En el ámbito administrativo sancionador, el principio de legalidad implica que la potestad sancionadora de la Administración Pública se ejerce cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo que prescriben los demás principios que lo rige (...)”*. En el caso de los contratos de concesión, esa norma es el artículo 18 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que dispone *“Tanto en la fase de construcción como en la explotación, el Ministerio de Obras Públicas podrá imponer al concesionario que no cumpla sus obligaciones, las multas previstas en las bases de licitación”*.

En la especie, las multas no han sido aplicadas de acuerdo a las regulaciones establecidas en las Bases de Licitación, ya que como hemos indicado, la autoridad administrativa pretende aplicar una multa diversa a la establecida expresamente para los casos de incumplimiento de instrucciones impartidas por medio del Libro de Obras, las que de haberse aplicado rigurosamente, habrían dado lugar a la aplicación de una

multa cuya cuantía es considerablemente menor a la cuantía de la multa aplicada en definitiva.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República, señalando al respecto en el dictamen N° 2.595, de 26 de enero de 1989, que “(...) conforme al principio de legalidad rector de las actuaciones de los servicios públicos, todo contrato debe ejecutarse con condiciones claras las que deben estar en conocimiento de ambas partes”.

c. *Infracción al principio de ejecución de buena fe del contrato.*

Acorde con la estructura de multas establecidas en el Contrato de Concesión, la conducta que se le reprocha a la Sociedad Concesionaria tiene asociada una multa de un rango entre 30 y 100 UTM, por cada vez, sin embargo, el Director de Obras Públicas procedió a imponer y aplicar 35 multas correspondientes a 1.050 UTM.

El principio de buena fe consagrado el artículo 1546 del Código Civil, tiene absoluta aplicación en materia de contratación administrativa, conforme a lo cual, las partes del contrato deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas y por medio del cual se logre la realización de la finalidad del contrato, es decir, satisfacer el interés general, aportando cada uno de ellos los máximos esfuerzos y diligencias en el cumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido el principio general de la buena fe tiene máxima relevancia en los contratos administrativos ya que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, puesto que le señala reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes y el cumplimiento de las obligaciones.

El Estado no puede pretender utilizar el Contrato de Concesión como una fuente de ganancia en perjuicio del Concesionario, como si se tratara de un negocio lucrativo, considerando que la aplicación ilegal de multas diarias ha conducido en definitiva a que el monto termine excediendo por muy lejos lo expresamente establecido en las Bases de Licitación, transformando la sanción en abierta y claramente injusta, máxime si la entrega de los planos fuera del plazo establecido arbitrariamente por el Inspector Fiscal, no perjudicó en nada al MOP, cuestión que precisamente constituye la falta de buena fe en la ejecución del presente Contrato de Concesión.

POR TANTO,

En consideración de lo expuesto, de las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales invocadas, del artículo 36° bis del decreto supremo N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas y a lo dispuesto en las Normas de Funcionamiento de la Comisión Arbitral y sus modificaciones, asistiendo a nuestra representada el legítimo derecho de reclamar por la ilegal y arbitraria aplicación de las multas expuestas en lo principal,

RESPETUOSAMENTE SOLICITAMOS A ESTA H. COMISION ARBITRAL: tener por presentada esta demanda arbitral en contra del Ministerio de Obras Públicas, debidamente representado por su Director General de Concesiones de Obras Públicas, antes individualizados, someterla a tramitación y, en definitiva, acogerla y resolver lo siguiente:

1. Que las multas impuestas por el Director General de Obras Públicas a través de la Resolución DGOP (exenta) N° 2565, de fecha 25 de julio de 2018, notificada a esta parte con fecha 2 de agosto de 2018 por medio del oficio ORD N° 4550, son jurídicamente improcedentes y, en consecuencia, que se las deje sin efecto en todas sus partes.
2. En subsidio de lo anterior, que se rebaje el número de multas aplicadas, por el monto y en la forma que esta H. Comisión Arbitral estime procedente, de acuerdo a la multa establecida en el literal B.15 de de la Tabla N° 1 “Infracciones y Multas” del artículo 1.8.7, de las Bases de Licitación del Contrato de Concesión.
3. Que se condene al MOP a pagar, reembolsar y/o restituir a la Sociedad Concesionaria los demás gastos y las costas generadas con motivo de la tramitación de la presente causa.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a la H. Comisión Arbitral, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 36° ter de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, declare la suspensión de los efectos de la Resolución DGOP (exenta) N° 2565, de fecha 25 de julio de 2018, notificada a esta parte con fecha 2 de agosto de 2018 por medio del oficio ORD N° 4550, con audiencia del Ministerio de Obras Públicas.

Fundamos esta solicitud en las razones y argumentos expuestos en lo principal -los que damos por expresa e íntegramente reproducidos- y en las siguientes consideraciones, todos los cuales constituyen motivos graves y calificados para decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado. Asimismo, hacemos presente que en el Segundo Otrosí se

acompañan documentos que reúnen la calidad de ser comprobantes que constituyen, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama:

1. Que, el riesgo financiero a que se expone nuestra representada de tener que pagar las millonarias multas en pesos por el equivalente a la cantidad de 1.050 UTM, sin que previamente esta H. Comisión Arbitral haya determinado que su aplicación se encuentra ajustada a derecho, no se justifica en caso alguno y constituye un perjuicio innecesario para la Sociedad Concesionaria. Dicho de otro modo, el cobro inmediato de las multas genera perjuicios financieros que resultan desproporcionadamente gravosos para la Sociedad Concesionaria.

En caso de que la H. Comisión Arbitral resuelva el carácter ilegal y arbitrario de las multas impugnadas por medio de esta reclamación, la devolución de los dineros que hubiesen sido pagados por concepto de dichas multas debe ser aprobados por diferentes organismos del Estado lo que demora más el proceso de devolución, por lo que el perjuicio financiero en dicho caso resulta ser aún mayor.

En tal sentido podemos precisar que la función del MOP durante el desarrollo del Contrato de Concesión, no es buscar la mayor rentabilidad económica a costa de la aplicación de multas arbitrarias que no hacen más que dañar el patrimonio de la Sociedad Concesionaria, sino que buscar que el Contrato de Concesión se desarrolle de la mejor forma posible de manera que las obras y servicios sean ejecutados, mantenidos, conservados y operados cumpliendo con los estándares definidos, respetando siempre el equilibrio económico del contrato.

2. Que, mediante la Resolución Impugnada, el MOP pretende la aplicación de multas a la Sociedad Concesionaria por un monto total de 1.050 UTM, equivalentes al mes de agosto de 2018 a la cantidad de \$50.115.450 de pesos, en circunstancias que la multa expresamente estipulada para los casos de incumplimientos de instrucciones del Inspector Fiscal instruidas por medio del Libro de Obras, tienen asociada la aplicación de una multa que no excede de las 100 UTM, las que equivalen a la cantidad de \$ 4.772.900 de pesos, lo que evidentemente resulta ser recaudatorio y evidentemente desproporcionado.
3. Que, de acuerdo a los expuesto en lo principal, la aplicación equívoca de estas multas constituye una vulneración grave de principios esenciales del ordenamiento jurídico que resultan plenamente aplicables al Contrato de Concesión, tales como el principio de tipicidad, legalidad y de la buena fe en la ejecución de los contratos.

4. Por último, debemos destacar como motivo grave y calificado que justifica la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado por medio de la presente Reclamación, el hecho de que de acuerdo a lo dispuesto en la letra p) del artículo 1.11.2.2 (*EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LA SOCIEDAD CONCESIONARIA*), se considera como incumplimiento grave de la Sociedad Concesionaria, la “*Acumulación de multas pagadas por la Sociedad Concesionaria, por un monto superior a UTM 5.000, en el periodo de un año calendario durante la Etapa de Explotación (...)*”. Atendida la cuantía de las multas aplicadas (1.050 UTM), el pago inmediato de las mismas, sin que previamente esta H. Comisión Arbitral haya determinado que su aplicación se encuentra ajustada a derecho, implica desde ya la acumulación de aproximadamente un 20% del monto máximo permitido para no caer en incumplimiento grave, situación que reviste la mayor gravedad considerando que en caso de incurrir en dicho incumplimiento grave se puede generar la extinción del Contrato de Concesión.

SEGUNDO OTROSI: Solicitamos a la H. Comisión Arbitral tener por acompañados los siguientes documentos, con citación o apercibimiento legal que corresponda:

1. Copia simple de Mandato Judicial que consta en escritura pública otorgada en la Notaría de Antofagasta de don Tomás Alberto Fernández Gómez, con fecha 21 de agosto de 2018.
2. Copia simple del Oficio Ordinario N° 307, de fecha 2 de octubre de 2017, del Inspector Fiscal.
3. Copia simple de la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obras N° 9, folio 36, de fecha 6 de abril de 2017.
4. Copia simple de la anotación de la Sociedad Concesionaria en el Libro de Obras N° 9, folio 42, de fecha 13 de abril de 2017.
5. Copia simple de la anotación del Inspector Fiscal en el Libro de Obras N° 9, folio 43, de fecha 13 de abril de 2017.
6. Copia simple de la Carta GG-IF N° 2587, de fecha 2 de junio de 2017, de la Sociedad Concesionaria.
7. Copia simple de la anotación de la Sociedad Concesionaria en el Libro de Obras N° 10, folio 26, de fecha 2 de junio de 2017.

8. Copia simple del Oficio Ordinario N° 3204, de fecha 8 de septiembre de 2017, del Inspector Fiscal.
9. Copia simple de la Resolución DGOP N° 4.006 (Exento), de fecha 17 de octubre de 2017, del Director General de Obras Públicas.
10. Copia simple de la Resolución DGOP N° 2565 (Exento), de fecha 25 de julio de 2018, del Director General de Obras Públicas.
11. Copia simple del Oficio Ordinario N° 4550, de fecha 2 de agosto de 2018, del Inspector Fiscal.
12. Copia simple de la Resolución DGOP N° 265, que aprueba formato tipo de Bases de Licitación para “Concesiones de Establecimientos de Salud”, a ejecutar a través del sistema de concesiones de obras públicas.
13. Copia simple del Texto Refundido del formato tipo de Bases de Licitación para “Concesiones de Establecimientos de Salud”, a ejecutar a través del sistema de concesiones de obras públicas.
14. Copia simple de la Resolución DGOP N° 307 que aprueba los Anexos Complementarios de Bases Administrativas, Técnicas y Económicas y de los Anexos que se indican, del formato tipo de Bases de Licitación para “Concesiones de Establecimientos de Salud”, correspondientes a la concesión de la obra pública fiscal denominada “Hospital de Antofagasta”.
15. Copia simple del Texto Refundido de los Anexos Complementarios de Bases Administrativas, Técnicas y Económicas y de los Anexos que se indican, del formato tipo de Bases de Licitación para “Concesiones de Establecimientos de Salud”, correspondientes a la concesión de la obra pública fiscal denominada “Hospital de Antofagasta”.

TERCER OTROSI: Conforme a lo establecido en el numeral 5° del artículo 19 de las Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Comisión Arbitral de la “**Concesión Hospital de Antofagasta**”, venimos en informar a vuestra H. Comisión que, a la fecha, los acreedores prendarios de la Concesión son los siguientes:

1. Banco Itaú Corpbanca, Rol Único Tributario número 97.023.000-9, domiciliado en Rosario Norte número 660, comuna de Las Condes, Región Metropolitana;

2. Banco Santander – Chile, Rol Único Tributario número 97.036.000-K, domiciliado en calle Bandera número 140, comuna de Santiago, Región Metropolitana
3. Banco de Crédito e Inversiones, Rol Único Tributario número 97.006.000-6, domiciliado en Av. El Golf número 125, piso 17, comuna de Las Condes, Región Metropolitana;
4. Banco Consorcio, Rol Único Tributario número 99.500.410-0, domiciliado en Av. El Bosque Sur número 130, piso 7, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase la H. Comisión Arbitral, tener por acreditada nuestra personería para actuar en representación de “**SOCIEDAD CONCESIONARIA SALUD SIGLO XXI S.A.**”, mediante copia de escritura pública de fecha 21 de agosto de 2018, otorgada en la Notaría de Antofagasta de don Tomás Alberto Fernández Gómez, que se acompaña en el Segundo Otrosí de esta Reclamación.

QUINTO OTROSÍ: Solicitamos a la H. Comisión Arbitral tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, patrocinaremos personalmente esta causa y ejerceremos el poder que nos fuera conferido en el mandato judicial acompañado en el Segundo Otrosí de esta Reclamación, con las facultades de ambos incisos del artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, designando domicilio para los efectos del artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, en Calle Cerro El Plomo N° 5931, oficina 1707, Comuna de Las Condes, Región Metropolitana.