Foyas 1

ALCALDE & CÍA
ABOGADOS

Av. Vitacura 2969
Torre Alto El Golf
Piso 17 y 18, Las Condes
Santiago, Chile

EN LO PRINCIPAL: Presentan demanda; **PRIMER OTROSÍ**: Acompañan documentos, con citación; **SEGUNDO OTROSÍ**: Indican nómina de acreedores prendarios; **TERCER OTROSÍ**: Reserva de derechos; **CUARTO OTROSÍ**: Acreditan personería; **QUINTO OTROSÍ**: Patrocinio y poder.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

SR. PRESIDENTE

HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL

CONTRATO DE CONCESIÓN

"MEJORAMIENTO Y CONSERVACIÓN DE LA RUTA 43 DE LA REGIÓN DE COQUIMBO"

FELIPE VALDÉS GABRIELLI y CAROLINA ALCALDE ROSS, abogados, domiciliados en Avenida Vitacura N° 2.969, piso 17, Las Condes, ciudad de Santiago, número de teléfono 22 530 3600, correo electrónico calcalde@alcalde.cl y fvaldes@alcalde,cl, en representación de **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A.**, (en adelante indistintamente la "**Sociedad Concesionaria**" o la "**Concesionaria**"), ya individualizada, a la Honorable Comisión Arbitral respetuosamente decimos:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 bis del Decreto Supremo MOP Nº 900, (en adelante indistintamente "**Ley de Concesiones**"), y lo dispuesto en el artículo 19 de las Bases del Procedimiento, en relación al Contrato de Concesión denominado **"Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo"** (en adelante indistintamente el **"Contrato de Concesión"** o la **"Concesión"**), interponemos demanda en contra del **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS** (en adelante el "**MOP**" o la "**Autoridad**"), representado para estos efectos por el Director General de Concesiones de Obras Públicas, don **Hugo Vera Vengoa**, ingeniero civil, domiciliado en calle Merced N° 753, quinto piso, tercer piso, Comuna y ciudad de Santiago, para que se le condene en los términos que se desarrollarán en esta presentación, sobre la base de los siguientes antecedentes de hechos y fundamentos de derecho que pasamos a exponer.

Fs 2

Para facilitar la lectura de esta presentación, se inserta un índice de las materias que serán tratadas:

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 2

I. EN EL PRESENTE CASO, SE SOLICITA AMPLIACIÓN CONSECUENCIAL DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN. 3

1. Ampliación del plazo máximo de la Concesión por 646 días. 4

2. Compensación de los costos de cambios de servicios no incluidos en el anteproyecto referencial, para diferencias sustanciales respecto a los mismos. 7

3. En subsidio, exclusión de los cambios de servicios relacionados con servicios de agua potable rural, por escapar de la definición de las BALI. 12

II. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN, EN LOS TÉRMINOS SOLICITADOS, DERIVA DE LAS BALI CON RELACIÓN A LAS REGLAS GENERALES APLICABLES EN LA MATERIA Y, EN PARTICULAR, A LA MANTENCIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. 13

III. ASÍ FUE ENTENDIDO POR EL HONORABLE PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES, QUE RECOMENDÓ AMPLIAR EL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN EN LOS TÉRMINOS SOLICITADOS POR ESTA PARTE. 22

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1. La presente demanda persigue el reconocimiento, por parte del Honorable Tribunal Arbitral, de la ampliación de plazo de la Concesión como consecuencia de obras adicionales mandatadas por el Fisco, eventos constitutivos de fuerza mayor reconocidos por el Fisco, y compensación de cambios de servicios ordenados por el Fisco.

2. En la especie, <u>no existe controversia entre las partes respecto de las referidas obras adicionales, fuerza mayor y cambios de servicios</u>. Por ello, **<u>la presente demanda tiene un carácter más bien consecuencial</u>**, en cuanto persigue el debido reconocimiento de las consecuencias económicas de las situaciones que se expondrán para efectos de la íntegra reparación a la Sociedad Concesionaria.

3. Lo anterior implica, por una parte, que no existe disputa en la especie sobre la efectividad de los hechos a que se hará referencia, y, por la otra, que el fundamento técnico jurídico está dado, además de la normativa aplicable bajo la Ley de Concesiones, por los principios generales que informan el sistema.

4. En el evento de que la Honorable Comisión Arbitral estimara improcedente la compensación derivada de la ejecución de cambios de servicios que resultan imposibles de prever al momento de la licitación respectiva, se solicitará que la obligación de cambios de servicios para efectos del Contrato se limite a aquello que fuere literalmente establecido en las Bases de Licitación.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

5. En este sentido, hacemos presente a la Honorable Comisión que una interpretación literal de las Bases lleva a la conclusión de que los cambios de servicios que resultan exigibles a esta parte no incluyen ciertas partidas que, en los hechos, sí le han sido exigidas. Por ello, solicitamos a los señores Árbitros que hagan exigible el deber de coherencia que resulta inherente al cumplimiento de los contratos, para efectos de que la interpretación literal de las Bases se refiera tanto a aquello que beneficia al Ministerio de Obras Públicas, como a aquello que beneficia a la Sociedad Concesionaria.

6. Finalmente, se hace presente que la presente controversia plantea o solicita a esta Honorable Comisión el uso de la facultad integradora que le resulta inherente para efectos de la debida determinación del aumento del plazo aplicable a la concesión y el debido reconocimiento de los cambios de servicios, de conformidad con los principios que rigen en la materia.

II. EN EL PRESENTE CASO, SE SOLICITA AMPLIACIÓN CONSECUENCIAL DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN.

7. Según se adelantó, en la especie se solicita la ampliación del plazo máximo de la Concesión, como consecuencia de ciertas y determinadas situaciones debidamente reconocidas por el MOP.

8. En este respecto, hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que no se requiere la calificación jurídica de los hechos invocados, en cuanto ello fue debidamente realizado por las partes. En efecto, acá, sola y exclusivamente, se solicita el reconocimiento de las consecuencias inherentes a dichas calificaciones jurídicas. Lo anterior, de conformidad con las Bases de Licitación de la Concesión ("**BALI**") y los principios que informan el sistema de concesiones, según sea el caso.

A continuación, se tratarán las referidas situaciones en detalle:

4

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

1. Ampliación del plazo máximo de la Concesión por 646 días.

9. AMPLIACIÓN DE PLAZO DERIVADA DE OBRAS ADICIONALES. En este respecto, el Ord. N° 2.881, SCRL 1.614, de fecha **22 de diciembre de 2015**, de la Inspección Fiscal, dispuso que la Sociedad Concesionaria debía ejecutar los proyectos de ingeniería definitiva (en adelante los "**PID**") y construcción de las siguientes obras: **(i)** Tratamiento semiurbano del sector de Recoleta; (ii) Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Romeralcillo; **(iii)** Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Higueritas; **(iv)** Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Pejerreyes; **(v)** Retorno a nivel sector Aguas Buenas; **(vi)** Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Aguas Buenas, **(vii)** Atravieso peatonal Plaza de Peaje, sector El Peñón; **(viii)** Calle Local Conectividad Comunidad Santa Filomena; y, **(ix)** Ampliación doble calzada Salida de Ovalle desde Dm. 3.100 al 5.880.

Consistente con las obras adicionales referidas, el Ord. N° 2.881 estableció una ampliación del término para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria (en adelante la "**PSP**") de las BALI, la cual sería exigible 24 meses después de la tramitación de la resolución que, al efecto, se dictare. Lo anterior, según se observa a continuación:

> 4. **El plazo máximo de la Etapa de Construcción, establecido en el artículo 8.1 de las Bases de Licitación y, consecuencialmente, el plazo máximo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la totalidad de la obra, que trata el artículo 8.8 de las Bases de Licitación, será de 24 meses contados desde la total tramitación de la Resolución que al efecto se dicte.**

10. Con fecha **22 de diciembre de 2015**, vía comunicación individualizada SCRDL-IF-1903/15, la Sociedad Concesionaria manifestó su acuerdo con lo anterior, acompañando los presupuestos respectivos, así como el cronograma del desarrollo de los PID y, por cierto, de las obras.

11. Con fecha **29 de enero de 2016**, se dictó la Resolución DGOP (E) N° 303 que modificó, por razones de interés público y urgencia, las características de las obras y servicios que indicó del Contrato de Concesión. El N° 4 del referido acto administrativo estableció que el plazo

Fs 5

para la PSP, del artículo 8.8. de las BALI, sería de 24 meses contados desde la tramitación de dicha resolución.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

En efecto, la Resolución dispuso que:

> 4. **MODIFÍCANSE**, por razones de interés público y urgencia, las características de las obras y servicios del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión para el mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo", en el sentido que el plazo máximo de la Etapa de Construcción, establecido en el artículo 8.1 de las Bases de Licitación y, consecuencialmente, el plazo máximo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de la Obra, que trata el artículo 8.8 de las Bases de Licitación, será de 24 meses contados desde la total tramitación de la presente Resolución.

De las actuaciones anteriores aparece que, con ocasión de las obras adicionales cuya ejecución fue solicitada por la Autoridad, el plazo aplicable a la PSP del Proyecto fue extendido en 24 meses a contar desde la total tramitación de la Resolución DGOP N°303, lo que ocurrió con fecha **18 de marzo de 2016**. En consecuencia, la PSP, que originalmente estaba fijada para el día **30 de septiembre de 2016** quedó para el día **18 de marzo de 2018**. Lo anterior, fue reconocido por Decreto Supremo MOP N° 94, de fecha 17 de agosto de 2017.

12. Así, los actos administrativos referidos dan cuenta de una ampliación de plazo por **534 días** para efectos de la etapa de construcción de la Obra, los que ahora deben ser considerados para la etapa de explotación. Lo anterior, de conformidad con lo solicitado en la presente demanda.

13. AMPLIACIÓN DE PLAZO DERIVADA DE EVENTOS CONSTITUTIVOS DE FUERZA MAYOR.[1] Posteriormente, durante el mes de **mayo de 2017**, el área de la Concesión fue objeto de fuertes lluvias que, considerando la ubicación geográfica, resultaban imprevisibles e imposibles de resistir.

[1] Hacemos presente a la Honorable Comisión que, conforme al artículo 45 del Código Civil, se debe entender que la fuerza mayor y el caso fortuito son, para efectos de esta presentación, conceptos sinónimos.

Fs 6

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Atendido el estado de ciertos y determinados obras a esas fechas, y considerando que de conformidad con la programación de los trabajos no podían estar totalmente terminadas, dichos puntos fueron gravemente afectados por el fenómeno climático.

14. Para efectos de reconocer lo anterior, esto es, el evento de fuerza mayor que había afectado los puntos referidos, con fecha **7 de marzo de 2018** se dictó la Resolución (E) DGOP N° 903. Dicho acto administrativo dispuso, en lo que interesa, que:

> - Que por oficio Ord. N° 7224 DGOP 0043, de fecha 07 de marzo de 2018, el Inspector Fiscal, da respuesta al requerimiento de esta Dirección General relativo a la solicitud de verificación de especificaciones técnicas de las obras afectadas por las lluvias, informando que se revisaron detalladamente todas y cada una de las 347 afectaciones (puntos de conflicto) a las obras producto de las lluvias acaecidas en la Región entre los días 11 y 13 de mayo de 2017 y, *al considerar la programación de ejecución de obras, indica que éstas no podían estar totalmente terminadas al momento en que fueron afectadas por las lluvias por lo que su capacidad de porteo de agua no podía ser la proyectada para las condiciones de operación definitivas, por lo que su nivel de afectación fue mayor que el esperable, por lo que considera que no es de responsabilidad de la concesionaria la magnitud del daño.* En virtud de lo expuesto, señala que ha reconsiderado lo señalado en oficio Ord. N° 6218 DGOP 0038/2017, concluyendo que *es pertinente considerar que los daños producidos en las obras del contrato por las lluvias referidas, se deben a un evento de fuerza mayor y fue necesaria la reformulación del Programa para la Etapa de Construcción (PEC).* Por último, indica que del análisis efectuado, al tener en cuenta los antecedentes de daños y afectaciones provocadas, se dimensiona un requerimiento de plazo superior al de 90 días solicitado por la concesionaria. En consecuencia, teniendo presente los antecedentes que ha citado y el PEC, correspondiente al mes de Marzo de 2018, el que se encuentra visado por esa Inspección Fiscal, *propone a esta Dirección General la aceptación de la solicitud de ampliación de plazo de Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras del contrato, planteada por la Sociedad Concesionaria, en 112 días, quedando el día 08 de julio de 2018, como el nuevo plazo de Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras.*

En este respecto, la Resolución DGOP (E) N° 903 reconoció que las Obras no podían estar, razonablemente, terminadas, de lo que se seguía que no procedía que la Sociedad Concesionaria soportara los efectos de la fuerza mayor anotada. En consecuencia, dispuso una nueva ampliación del plazo de la PSP, esta vez de **112 DÍAS**, tendientes a recoger los eventos de fuerza mayor, cuya responsabilidad no era de la Sociedad Concesionaria, y que afectaron el desarrollo de las Obras.

Lo anterior, fue expresamente establecido en el numeral (1) de la parte resolutiva de la referida resolución, que al efecto mandató:

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Fs 7

RESUELVO:

DGOP N° 903 / (Exento)

TRAMITADA
07 MAR 2018
OFICINA DE PARTES
DIREC. GRAL. DE OBRAS PUBLICAS

1. **AUTORÍZASE** la ampliación del plazo para obtener la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las obras del contrato "Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo", en 112 días, conforme a lo establecido en los artículos 8.3.4.4 de las Bases de Licitación del contrato y 52 N° 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones, quedando, en consecuencia, como nueva fecha para su obtención, el 08 de julio de 2018.

2. **DISPÓNESE** que el aumento del plazo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, autorizado en el resuelvo primero de la presente Resolución, se origina a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, cuyas consecuencias se encuentran expresamente reguladas en el contrato de concesión, respecto del cual no le cabe ninguna responsabilidad ni a la Sociedad Concesionaria ni al MOP, por tanto, no corresponde el pago de indemnizaciones ni compensaciones por este concepto, según lo ratifica

15. Como aparece de los actos administrativos referidos, **las partes calificaron la fuerza mayor ocurrida en la fase de construcción del Proyecto, estableciendo los efectos que se derivarían de ésta**. Por ello, solo se solicita a la Honorable Comisión **el reconocimiento de las consecuencias que se desprenden, para la etapa de explotación, de las calificaciones referidas**.

16. En definitiva, hasta el momento, las ampliaciones de plazos derivados de las obras adicionales (*supra* § 7 y ss), por una parte, y de los eventos constitutivos de fuerza mayor (*supra* § 13 y ss), por la otra, suman un total de **646 DÍAS**.

En consecuencia, se solicita por medio de la presente demanda, que la H. Comisión Arbitral declare y ordene prorrogar el plazo máximo de la concesión en un número de días equivalente a las situaciones referidas, esto es, 646 días.

2. Compensación de los costos de cambios de servicios no incluidos en el anteproyecto referencial, para diferencias sustanciales respecto a los mismos.

17. En adición a lo anterior, en la especie, corresponde compensar a la Sociedad Concesionaria por los costos de aquellos traslados de servicios que difirieron sustancialmente de aquellos contemplados en el anteproyecto referencial y que no se encontraban contenidos en la oferta.

18. En este respecto, la sección 6.4.1.2. de las BALI, en su literal (b), dispone que:

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

"Sin perjuicio de lo establecido en el primer párrafo de la letra a) precedente, se aplicará lo siguiente:

El concesionario asumirá el pago de hasta noventa mil unidades de fomento (UF 90.000).

Cuando el monto total pagado por la sociedad concesionaria a las empresas de servicios, por concepto de cambios de servicios existentes, resulte inferior a las noventa mil unidades de fomento (UF 90.000), el 80% de la diferencia entre el monto total pagado y las noventa mil unidades de fomento (UF 90.000) antes señaladas, será reinvertida íntegramente en la obra de acuerdo a las instrucciones que formule el inspector fiscal, mediante el LDC.

En el evento que los costos asociados a los cambios de servicios existentes superen el monto máximo de noventa mil unidades de fomento (UF 90.000) y hasta por un monto de treinta mil unidades de fomento (UF 30.000) adicionales, la sociedad concesionaria deberá concurrir al pago de dicho excedente. El MOP reembolsará este excedente en un 80%, siendo el otro 20% de entero cargo y costo de la sociedad concesionaria. El MOP reembolsará dicho 80%, dentro de los sesenta (60) días contados desde la fecha en que el inspector fiscal apruebe la correcta ejecución del cambio de servicio existente correspondiente.

En caso que el total de los costos asociados a los cambios de servicios existentes, superen el monto total de ciento veinte mil unidades de fomento (UF 120.000), la sociedad concesionaria deberá concurrir al pago del excedente, que será imputado en el valor del ITC de acuerdo a lo indicado en el artículo 10.5.1 de las presentes Bases de Licitación, siempre y cuando el inspector fiscal hubiere autorizado el pago".

19. Como se observa de la cláusula anterior, el mayor costo en los cambios de servicios para el tramo que va entre las UF 90.000 y las UF 120.000, debe ser cubierto en un 80% por el Ministerio. Posteriormente, para el mayor costo que supere las UF 120.000, el exceso se imputa al ITC del Contrato.

20. Lo anterior, como es de toda lógica, resulta aplicable sólo para aquellos casos en que los traslados de servicios afectados hubieren sido contenidos en el anteproyecto referencial, puesto que resultaría cuantitativa y cualitativamente similares a aquellos considerados en la oferta de la Concesionaria.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

En caso contrario, esto es, en el evento de aquellos cambios no contemplados en el anteproyecto referencial y que involucra un costo sustancial y diverso de aquello informado al licitar, corresponde aplicar las disposiciones que rigen en la materia de conformidad con las cuales no procederá la imputación de la sección 6.4. de las BALI, sino que su tratamiento debe ceñirse a las reglas generales.

21. En este respecto, note el Honorable Tribunal Arbitral que la aplicación de la operación aritmética inherente a la forma de determinar el pago por los traslados de servicios parte del supuesto que necesariamente debe existir una correlación entre los cambios de servicios contenidos en el anteproyecto referencial y aquellos que efectivamente se tuvieron que trasladar para la correcta ejecución de la obra.

22. En el evento de existir una diferencia sustancial, entre lo proyectado y lo ejecutado, como ocurre en la especie, y se detalla más adelante en esta reclamación, la operación aritmética carece de causa, dado que genera un desequilibrio económico del contrato, considerando que hubo que trasladar servicios que no se encontraban contenidos en los anteproyectos referenciales y que supuso un costo que no puede, ni debe ser incorporado para los efectos de la operación aritmética antes descrita, toda vez que ésta solo aplica para suplir la indeterminación del valor de los traslados de servicios contenidos en el anteproyecto referencial.

Lo anterior, conforme a las reglas aplicables a la institución en análisis, supone que, para la correcta aplicación de la operación aritmética contenida en las BALI, la cantidad y entidad de los traslados de servicios debe ser similar a aquella respecto de la cual se licitó la obra y que la Concesionaria tuvo a la vista al momento de proponer su oferta.

23. De esta forma, al existir una diferencia sustancial entre los cambios de servicios en la forma originalmente propuesta con relación a aquellos que terminaron trasladándose, cabe aplicar entonces las reglas generales que rigen en la materia para efectos de mantener el equilibrio económico del Contrato y, consecuentemente, compensar los cambios de servicios que excedan de aquello originalmente contemplado.

Hacemos presente que esta interpretación, además de ser consistente con las reglas aplicables a la institución en análisis, resultan totalmente coherentes con el carácter accesorio de los cambios de servicios y con las variables tenidas a la vista para efectos de ofertar el ITC respectivo.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

24. En el evento de interpretar de una manera distinta la sección 6.4.1.2. de las BALI, en su literal (b), se produciría el efecto adverso que la misma fórmula intenta evitar, esto es, compensar indebidamente a una de las partes. Si se llegase a incorporar los costos de los traslados de aquellos servicios no contenidos en el anteproyecto referencial a la operación aritmética, generaría la ineficacia de su compensación, dado que aumentaría considerablemente el ITC, el cual sería imposible alcanzar, atendido que el plazo máximo impedirá llegar al monto respectivo, provocando un enriquecimiento injusto de una de las partes a expensas de la otra.

Note el Honorable Tribunal Arbitral que ése es precisamente el caso de autos, en cuanto los cambios de servicios -atendidas las particularidades expuestas- equivalen, respecto del **exceso impredecible, al margen de los anteproyectos referenciales y no consentidos por la Sociedad Concesionaria, a casi un año de ingresos de la Concesión**.

25. La interpretación anterior es la única que permite otorgarle utilidad a la cláusula respectiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.562 del Código Civil, en cuanto, en caso contrario, el aumento del ITC resulta indiferente pues la Concesión se extinguirá antes, sin nunca haberse compensado dichos mayores costos conforme corresponde bajo las BALI y el sistema de concesiones.

26. Es del caso que, a la fecha, los costos de los cambios de servicios han superado con creces el límite máximo establecido en las BALI, casi triplicándolos, de lo que se sigue la improcedencia de aplicar la regla de la referida sección 6.4.1.2. a cuestiones que escapan de la regulación establecida.

Tanto así, que cambios de servicios, en el evento de aplicarse la regla referida, terminarían con el equilibrio de económico del Contrato, pasando de tener un carácter accesorio al mismo a convertirse en una **cuestión principal**. Lo anterior implicaría el total quebrantamiento de los principios que informan el sistema y del equilibrio económico contractual que resulta inherente a la lógica aplicable en materia de concesiones.

27. En efecto, las peticiones que se formulan en la especie resultan de toda lógica si se considera que, en la presente Concesión, se informó y consideraron cambios de servicios por un monto

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

11

cercano a las UF 180.000, es decir, que la imputación al ITC propia de la cláusula 6.4.1. 2 de las BALI resultaría aplicable a aproximadamente UF 60.000.

Resulta que, en los hechos, los cambios de servicios han superado las UF 300.000, es decir, han superado en sobre UF 180.000 al umbral tenido a la vista al momento de contratar (se considera, para estos efectos, que el monto máximo está dado por aquello que habría sido informado en los referenciales). Lo anterior, en circunstancias que un año de ingresos bajo de Contrato es cercano a UF 190.000.

28. En este respecto, a continuación, se inserta el detalle de los cambios de servicios que fueron incluidos en los anteproyectos referenciales, y aquellos que no lo fueron, para efectos de graficar la gravedad de la situación con relación al equilibrio económico en el Contrato. En efecto:

Item	IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO	Monto Proyectos [UF]	Observaciones
1	APR Recoleta	1.998,68	Referencial Señala que no se interfiere
2	APR Las Condes	38.360,68	No se considera en el Referencial
3	APR Las Barrancas	47.267,22	No se considera en el Referencial
4	APR Lagunillas	679,31	No se considera en el Referencial
5	APR Nueva Vida	3.399,20	No se considera en el Referencial
6	Minera Teck	12.859,34	No se considera en el Referencial
7	Aguas Del Valle La Cantera	5.265,07	Mencionada en el Referencial
8	Aguas Del Valle Andacollo*	44.731,37	Mencionada en el Referencial, aunque considera una intervención menor, aun no se cuenta con la aprobación del Presupuesto por parte del IF.
9	APR Pan de Azucar	4.134,64	Mencionada en el Referencial
10	APR Pan de Azucar, Atravieso 4	1.582,60	No se considera en el Referencial
11	Transnet	61.895,64	No se considera en el Referencial
12	Conafe Fase 1	40.312,40	Mencionada en el Referencial
13	Movistar	5.184,77	Mencionada en el Referencial
14	Conafe Fase 1 Pasarelas (Modificación Normativa)	13.490,96	Se genera producto del cambio de normativa en la construcción de las pasarelas
15	Entel	3.947,78	Mencionada en el Referencial
16	Transelec	13.082,82	Mencionada en el Referencial
17	Conafe Fase 2	4.578,81	Mencionada en el Referencial
	TOTAL	302.771,29	

TOTAL CCSS SEGÚN REFERENCIAL	121.237,65	Según el Proyecto Referencial los cambios de servicios ejecutados corresponden a un incremento de un 1% por sobre el límite de UF 120.000
TOTAL CCSS ADICIONALES	181.533,64	Total de CCSS ejecutados adicionales a los identificados en el Proyecto Referencial
TOTAL CCSS	302.771,29	El total de CCSS ejecutados por la SC, corresponde a un incremento de un 152% por sobre el límite de UF 120.000

* El monto de los CCSS de Agua del Valle Andacollo, considera un monto máximo referencial a la espera del cierre defintivo del presupuesto

29. Como se observa de lo anterior, **<u>los cambios de servicios adicionales equivalen a UF 181.000, totalizando sobre UF 300.000</u>**. Lo anterior, en circunstancias que, según se dijo, los ingresos anuales de esta Concesión van por las UF 190.000, dando cuenta de la

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

indesmentible importancia relativa de los cambios de servicios no informados y, hasta el momento, no compensados.

30. En consecuencia, se solicita condenar a MOP a compensar a la Sociedad Concesionaria por la suma de UF 181.533,64 a través del pago directo, o el mecanismo que el Honorable Tribunal Arbitral determine, correspondientes al costo de los traslados de servicios que no se encontraban contenidos en el anteproyecto referencial.

3. <u>En subsidio, exclusión de los cambios de servicios relacionados con servicios de agua potable rural, por escapar de la definición de las BALI.</u>

31. En forma subsidiaria a la petición anterior, esta parte sostiene y solicita que se excluya del concepto de cambios de servicios a la totalidad de las obras relacionadas con agua potable rural.

32. En este respecto, la sección 1.2. de las BALI, sobre Definiciones, en su numeral 14, dispuso:

> **14. Cambio de servicios existentes o cambio de servicios: corresponde a aquellas labores de traslado, alteración, modificación o reposición de los servicios existentes húmedos y no húmedos y sus respectivos medidores y conexiones domiciliarias construidas por las empresas de servicios, emplazados en el área de concesión y que resultan necesarias para ejecutar las obras del proyecto.**

33. Como se observa de la regla copiada, para que una obra sea considerada cambio de servicio bajo el Contrato de Concesión, debe cumplir 4 requisitos o condiciones copulativas, siendo ellos a saber: **(i)** se trate de labores de traslados, alteración, modificación o reposición de los servicios existentes húmedos y no húmedos y sus respectivos medidores y conexiones domiciliarias; **(ii)** construidas por las empresas de servicios; **(iii)** emplazadas en el área de concesión; y **(iv)** que resulten necesarias para la ejecutar las obras del proyecto.

En el evento de faltar alguno de esos requisitos, entonces la obra en cuestión no pude ni debe ser considerada un cambio de servicio y deberá seguir las reglas generales en la materia, aplicándosele alguna de las otras categorías contractuales disponibles para las partes.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

34. En el presente caso, eso es precisamente lo que ocurre, en cuanto una serie de obras cuya ejecución ha sido mandatada al amparo de la regulación propia de los cambios de servicios, **en realidad no son tales**, en cuanto no cumplen con uno de los requisitos copulativos que harían procedente la referida calificación contractual. En particular, hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que **las obras relativas a agua potable rural** (en adelante los "**APR**") no **califican como cambios de servicios bajo la regulación respectiva al no haber sido construidas por las empresas de servicios, sino que por la Dirección de Obras Hidráulicas que depende del propio licitador, esto es, el Ministerio de Obras Públicas**, que como es de su conocimiento, no tiene la categoría ni de empresa como tampoco de servicio.

35. Habida consideración de lo anterior, esto es, la improcedencia contractual de considerar a los APR como cambios de servicios, solicitamos que, en virtud del principio de coherencia, la Honorable Comisión otorgue a las referidas partidas el tratamiento que les corresponde bajo el Contrato y a ley aplicable.

36. En este respecto, considerando además la magnitud de obras de APR, equivalentes UF 97.422,33, esto es, casi un tercio del total existente en la especie, esta parte estima que, en lo que se refiere a los APR, corresponde que se les otorgue un tratamiento de mayores inversiones bajo el Contrato, en cuanto consisten en partidas que no resultan consistentes con la regulación inherente a los cambios de servicios, mas cuya ejecución ha sido solicitada por la Autoridad y que, por lo tanto, debe ser debidamente compensada.

III. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN, EN LOS TÉRMINOS SOLICITADOS, DERIVA DE LAS BALI CON RELACIÓN A LAS REGLAS GENERALES APLICABLES EN LA MATERIA Y, EN PARTICULAR, A LA MANTENCIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO.

37. A continuación, se desarrollará el fundamento de las peticiones que se formulan a la Honorable Comisión Arbitral, en el entendido de que la calificación jurídica que resulta inherente a cada una de las categorías objeto de la presente reclamación no se encuentra controvertida.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

1. La aceptación de las peticiones formuladas es el único modo de mantener el equilibrio económico del Contrato

38. En cuanto a la importancia de mantener el equilibrio del Contrato, tanto la doctrina como jurisprudencia de las Comisiones Arbitrales han sostenido que la Concesión no se debe entender simplemente como un contrato "a entero riesgo y ventura" del particular.

Así, por ejemplo, Dolores Rufián explica que:

> "... el contrato de concesión es un contrato sui generis caracterizado por ser un contrato de largo plazo en el que el concesionario no solamente construye una obra pública sino que, además, presta directamente un servicio público. Ello hace que el éxito del contrato dependa 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**. En definitiva, el éxito del contrato vendrá en gran medida dado por una adecuada ecuación financiera entre las partes que se comprometen y la que ha de estar necesariamente contenida en el contrato de concesión, ..."[2] (énfasis agregado).

39. En ese orden de ideas se ha fallado que:

> "..., en la labor de interpretación de una convención de la naturaleza jurídica del contrato materia de autos, también deben considerarse las características particulares de esa categoría contractual, entre ellas: (a) el carácter complejo de dicho contrato que es, en parte, acto de autoridad o normativa reglamentaria y, en parte, contrato administrativo; (b) la relación entre las partes que este tipo de contrato implica, que es de largo plazo y de cooperación en prosecución de una finalidad de interés público (sin perjuicio del legítimo interés de lucro de los concesionarios); (c) la circunstancia de que el contrato de concesión de obra pública no es, en un sentido clásico, un contrato a riesgo y ventura del inversionista, sino más bien una convención con riesgos y beneficios acotados, en orden a asegurar la estabilidad en la relación económica; en efecto, el riesgo por parte del contratista asume una característica especial dentro de los contrato de concesión, en los cuales el concepto clásico de riesgo ha sido reemplazado por el principio de equilibrio económico-financiero, conforme al cual las condiciones de explotación de la obra deben permitir al concesionario, en el número de años por el que se otorga la concesión, pagar el financiamiento obtenido, solventar los gastos de conservación y generar un razonable beneficio empresario; dicho principio no sólo es perfectamente compatible con el modelo económico de la Concesión llamado de "Compartición de Ingresos con el Estado", sino que dicho modelo económico debe interpretarse como conducente, precisamente, a preservar el equilibrio económico-financiero y la

[2] Rufián Lizana, Dolores. "*Manual de Concesiones de Obras Públicas*". Segunda Edición. Página 275.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

estabilidad de la relación jurídico-económica de la Concesión; (d) la circunstancia de que no todo lo que, desde una cierta perspectiva, puede parecer ventajoso para el Estado, es necesariamente una cuestión de interés público; (e) la relevancia especial que el principio general de buena fe adquiere en el derecho administrativo y, en particular, en los contrato de concesión de obra pública"[3].

40. Conforme lo señala la doctrina, *"(...) el cumplimiento del contrato por parte del Estado* ***exige mantener durante todo el plazo de la concesión la vigencia de los elementos con los que se contrató****. Dichos elementos tienen tanto la naturaleza económica como política. El elemento económico está referido a la intangibilidad y estabilidad del precio durante el contrato, el elemento político se refiere a la intangibilidad y actualidad del interés público durante el periodo de concesión".*[4]

41. La jurisprudencia ha establecido, adicionalmente, que el contrato de obra pública, que está sujeto a un régimen de derecho público, tiene una estructura sobre la base de cláusulas exorbitantes en favor de la persona jurídica de derecho público, y tal poder, tienen como límite, el equilibrio financiero del contrato. Al efecto, se ha resuelto:

> "Los contratos administrativos de obra pública tienen una doble característica que los particulariza, primero se enmarcan dentro de los contratos administrativos, en los cuales la Administración tiene diferentes potestades, facultades o prerrogativas de las cuales carecen las partes, por lo general, en el derecho privado, por lo que se les denomina exorbitantes, entre las que se mencionan los poderes de dirección, fiscalización, control, interpretación unilateral, revocación, anulación, variación, resolución, terminación sancionatorio y ejecutividad de las decisiones adoptadas, sin perjuicio de la revisión judicial en su caso. Estos poderes se encuentran regidos por el derecho público (...). Si bien a la Administración se le reconocen tales poderes exorbitantes, su ejercicio debe ser motivado en razones de interés público y manteniendo el equilibrio financiero del contrato, sin perjudicar al contratista, de lo contrario, su actuación resulta al mismo tiempo injustificada e ilegal".[5]

42. En este respecto, y aplicando los referidos principios en forma transversal, con relación a la fuerza mayor se solicita a la Honorable Comisión Arbitral la aplicación, *mutatis mutandi*, de lo dispuesto en la sección 8.3.4.4., con relación a los principios que informan el sistema de concesiones. En este sentido, **no se solicita la calificación de la fuerza mayor ni la compensación de los daños ocurridos durante la etapa de construcción**, sino que la debida

---

[3] Considerando 7° de la sentencia definitiva de fecha 4 de julio de 2018, dictada por la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal *"Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago"*, causa Rol N°2-2017.

[4] **RUFIAN LIZANA, DOLORES**, *"Manual de Concesiones de Obras Públicas"*, Segunda Edición, Andros Impresores, 2018, Santiago, P. 284.

[5] E. Corte Suprema. Sentencia causa Rol de Ingreso N° 2525-2006.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

extensión -a título consecuencial- de los plazos correspondientes, para la etapa de explotación.

Lo anterior resulta consistente con los principios que informan la materia, y que buscan recomponer los plazos aplicables a la Concesión para efectos de mantener el equilibrio económico en ésta.

43. En todo caso, se hace presente que, en la especie, al no existir regulación específica, cabe aplicar la reglamentación general, conforme a la cual la Sociedad Concesionaria no asume el riesgo inherente al caso fortuito señalado, de lo que se sigue que aquello que se solicita a la H. Comisión viene simplemente en reestablecer las condiciones que existían al momento de iniciarse la Concesión.

En otras palabras, las solicitudes formuladas en la especie no mejoran en absoluto la situación de la Sociedad Concesionaria, sino que la retrotraen a aquella habida con anterioridad a la situación descrita.

44. En cuanto a obras adicionales y cambios de servicios, se solicita a la Honorable Comisión la aplicación de los principios que informan el sistema de concesiones, así como la naturaleza de las instituciones de imputación y cambios de servicios, para efectos del debido establecimiento de la debida compensación que corresponda por concepto de cambios de servicios.

2. Las solicitudes que se formulan son consistentes con la lógica económica aplicable al Contrato de Concesión y, como tales, buscan recomponer los plazos para efectos de no causar perjuicios a la Sociedad Concesionaria.

45. Hacemos presente a la H. Comisión Arbitral que las BALI aplicables en la especie consideran que el plazo máximo de la Concesión opera desde el inicio de ésta. En consecuencia, cada uno de los días que se concedan durante la etapa de construcción -ya sea por obras adicionales instruidas por el MOP conforme al artículo 19 de la Ley de Concesiones, como ocurrió en la especie, como por eventos de fuerza mayor u otro- **afectan el equilibrio en cuanto constituyen días adicionales para construir, pero un plazo menor -en la misma cantidad de días- para explotar**.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

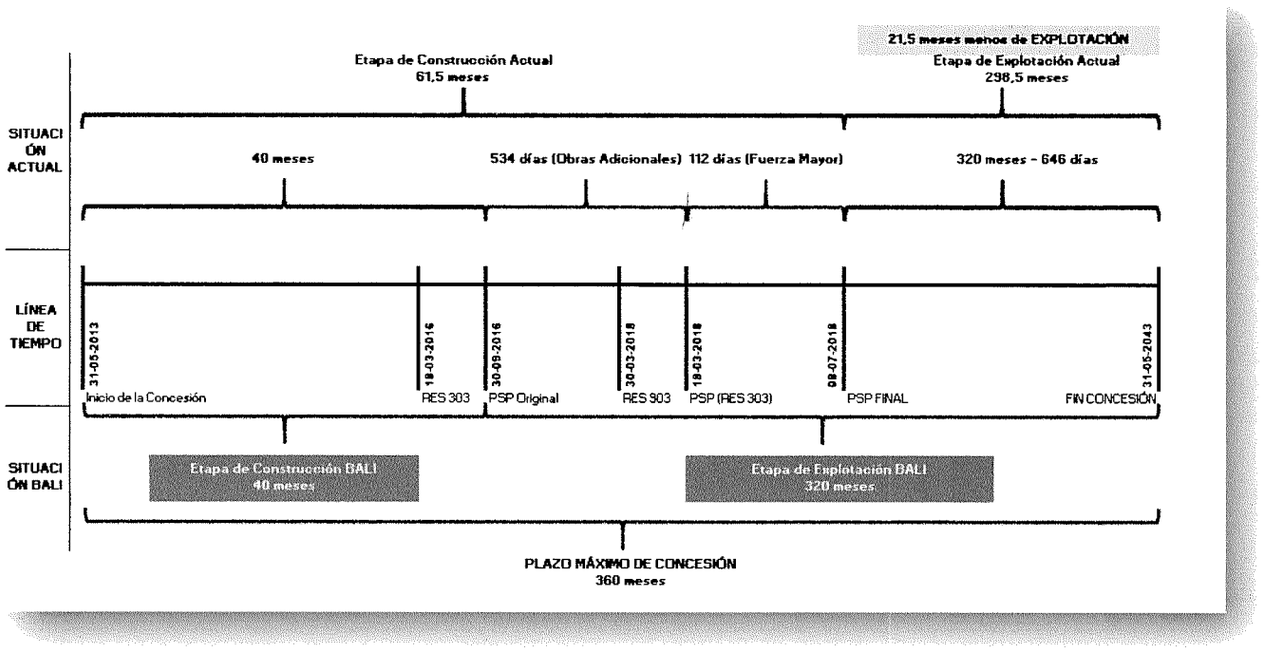
17

Lo anterior, que en sí resulta problemático, se torna en insostenible cuando, en casos como el de autos, **<u>la extensión de plazo durante la etapa de construcción es tal, que implica la imposibilidad de recuperar la inversión</u>**.

46. Lo anterior, asimismo, resulta consistente con la regla del artículo 87 del DFL N° 850, en cuanto establece la conmutatividad que resulta inherente a la concesión, debiendo siempre restablecerse la equivalencia de las prestaciones tanto por las partes como por los órganos llamados a ello, entre estos la Honorable Comisión.

47. La afectación de la referida conmutatividad y ruptura del equilibrio, es precisamente lo que ocurrió en la especie, en que el aumento de plazo derivado de obras adicionales y de eventos constitutivos de fuerza mayor (ambos, debidamente calificados y que no son objeto de controversia) significó una disminución del plazo de explotación de la Concesión de casi dos años lo que, sumado a los cambios de servicios, hace la diferencia entre una concesión que permite la recuperación de la inversión y una que no lo permite o restringe sustancialmente.

48. Para efectos de graficar lo anterior, nótese la línea de tiempo que se inserta a continuación:



MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

49. **La misma lógica se aplica a los cambios de servicios**, en cuanto su entidad (cercana a las UF 300.000) en contraposición a aquello que fuere informado en la etapa respectiva (cercano a las UF 180.000) hacen la diferencia entre una naturaleza jurídica accesoria al Contrato y un ítem de tal relevancia que significa la ruptura del equilibrio económico.

Nótese, en ese respecto, que la entidad de los cambios de servicios no previstos es tal que, en los hechos, equivale a casi un año de ingresos de la Concesión, haciendo la diferencia entre una Concesión que permite recuperar la inversión y una que no lo permite.

50. En definitiva, se solicita a la H. Comisión adoptar o instruir que se adopten aquellas medidas que permitan mantener el equilibrio económico en el presente Contrato, tanto por la debida compensación de los cambios de servicios, como por el aumento del plazo en aquellos casos en que ello sea procedente por obras adicionales y fuerza mayor.

3. **Finalmente, la solicitud subsidiaria formulada en la especie resulta consistente con las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil**.

51. Adicionalmente a los principios que regulan la materia, expuestos en la sección anterior, hacemos presente que la interpretación de esta parte, expuesta en la petición subsidiaria formulada, es consistente con las reglas de interpretación de los contratos, en particular, las reglas de los artículos 1.560 y 1.566 del Código Civil.

En este respecto, según dispone el artículo 1.560 del Código Civil, el Contrato debe interpretarse conforme a su tenor literal, en cuanto se entiende que dicha literalidad es el modo en que, en este caso, el MOP quiso plasmar sus intenciones.

52. Dicho tenor literal, conforme se ha venido explicando, excluye expresamente los APR de la definición de cambios de servicios, en cuanto dichas obras no son ejecutadas ni construidas por las empresas de servicios. En este respecto, la sección 1.2. de las BALI, sobre Definiciones, en su numeral 14, dispuso:

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

14. **Cambio de servicios existentes o cambio de servicios: corresponde a aquellas labores de traslado, alteración, modificación o reposición de los servicios existentes húmedos y no húmedos y sus respectivos medidores y conexiones domiciliarias construidas por las empresas de servicios, emplazados en el área de concesión y que resultan necesarias para ejecutar las obras del proyecto.**

53. Conforme se señaló, para que una obra sea considerada cambio de servicio bajo el Contrato de Concesión, debe cumplir 4 requisitos o condiciones copulativas. En el evento de faltar alguno de esos requisitos, entonces la obra en cuestión no podrá ser considerada un cambio de servicio y deberá seguir las reglas generales en la materia, aplicándosele alguna de las otras categorías contractuales disponibles para las partes.

54. La exclusión anotada, como se observa, es voluntaria. En efecto, considerando que los APR son ejecutados por la Dirección de Obras Hidráulicas, que corresponde a una repartición del propio MOP, la definición que las excluye mal puede atribuirse a algún error.

En consecuencia, aplicando el tenor literal de las Bases, cabe excluir de los cambios de servicios la totalidad de obras que, al efecto, guarden relación con APR.

55. En un sentido similar, tiene aplicación en la especie la norma residual del artículo 1566 del Código Civil, que establece: *"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas en favor del deudor"*. Esta regla, ha sido aplicada por tribunales arbitrales, con anterioridad y posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20.140. Así, se ha resuelto:

> "Que, en relación con lo señalado en el considerando precedente, esta Comisión estima que el riesgo de una insuficiente claridad en las BALI recae razonablemente, por su propia naturaleza, mayormente sobre quien las elabora y es una precisa obligación de diligencia, que recae sobre el Estado, representado en este caso por el MOP, la de establecer bases de licitación claras y objetivas. 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 se podrían asimilar a contratos de adhesión)".[6]

[6] Considerando Cuadragésimo Tercero de la Sentencia dictada con fecha 04 de julio de 2018 en autos 2-2017 por la H. Comisión Arbitral de la Obra Pública Aeropuerto AMB.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

56. En el caso sublite, quien redactó las Bases de Licitación fue el MOP, por lo que si existiere discrepancia respecto de los términos respecto de los cuales fueron redactados, entonces deben interpretarse en contra del licitador. Así las cosas, note la Honorable Comisión que la totalidad de los APR constituirían mayores inversiones que, por lo tanto, deben seguir el régimen respectivo.

57. En este sentido, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el *Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello,* ***deberá compensar económicamente al concesionario*** *cuando corresponda, por costos adicionales que éste incurriere por tal concepto*" (lo destacado es nuestro).

58. En los hechos, las instrucciones del MOP, que mandató la ejecución de los APR como cambios de servicios, constituyen una modificación de las obras y servicios contratados, de lo que se sigue el derecho de la Sociedad Concesionaria de ser íntegramente resarcida de los sobrecostos asociados a ello, lo que se solicita sea así declarado por esta H. Comisión Arbitral.

59. Al respecto, el enriquecimiento sin causa por parte de la Administración contraviene el sistema normativo chileno. En este sentido, la Contraloría General de la República, en varias ocasiones ha señalado que la Administración no debe beneficiarse a costa del Administrado y que su actuar no debe implicar un enriquecimiento injustificado.

60. Así, por ejemplo, la CGR ha resuelto:

> "Precisado lo anterior, es necesario considerar que en las situaciones en que no se ha formalizado legalmente una contratación en los términos anotados, si bien la Administración se encuentra en la obligación de dar curso a los pagos correspondientes a servicios en la medida en que estos se hayan efectivamente prestado y se haya manifestado formalmente la decisión de reconocerlos, ello no implica la validación de dichos servicios, sino que solo evita para la respectiva repartición pública, un enriquecimiento sin causa (aplica dictamen N° 42.311, de 2010, de este origen).
>
> En este orden de ideas, cabe indicar que, en la especie, si bien los servicios prestados al municipio sin haber sido contratados a través de los procedimientos

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

legales respectivos adolecen de ilegalidad y, por lo tanto, las opiniones que en ese sentido haya expresado el director de control resultan acertadas, dicha jefatura se encontraba en el deber de dar curso a los actos administrativos que disponían los pagos correspondientes, siempre que, por cierto, se haya encontrado debidamente formalizada la decisión de reconocer los servicios prestados y acreditada la efectiva ejecución de los mismos".[7]

61. En este mismo sentido la Contraloría ha indicado:

> "Del mismo modo, debe anotarse, que en caso que la empresa adjudicataria haya prestado todo o parte de los servicios pactados en el convenio, el Ministerio de Relaciones Exteriores deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación de la referida contratación, sino que solamente evita; para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de la procedencia de hacer efectivas las responsabilidades que pudieren derivar de las irregularidades antes mencionadas, en tanto no se subsanen éstas ajustando el contrato a lo señalado en el presente oficio".[8]

62. En consecuencia, en el evento de no accederse a la petición formulada con relación a los cambios de servicios, procedería otorgar a los APR el carácter de mayores inversiones bajo el Contrato. Lo anterior, por no corresponder a cambios de servicios atendidos los requisitos copulativos exigidos para éstos en el Contrato y, por ello, aplicárseles las reglas generales, todo lo cual es consistente con las BALI y con las reglas de interpretación de los contratos.

---

[7] Contraloría General de la República, Dictamen N° 70.465, de fecha 14 de noviembre de 2012.

En este mismo sentido, "Ahora bien, según los antecedentes tenidos a la vista y considerando que, en la especie, el proyecto presentado por la FECHE dio cumplimiento a la finalidad del programa y se ajustó el proyecto a los términos requeridos por el IND, subsanado las observaciones inicialmente objetadas, dicho instituto podrá en forma excepcional financiar con cargo a su presupuesto vigente las actividades descritas, pues de lo contrario ello significaría un enriquecimiento sin causa. Véase Dictamen N° 8015-20, de fecha 17 de abril de 2020.

En Dictamen N° 9731 la CGR indica: "Siendo ello así, y teniendo presente, además, que según lo expresado por la DV tales trabajos eran necesarios para el adecuado funcionamiento del camino y que fueron recepcionados provisionalmente por esa repartición, se ha estimado menester, atendidas las circunstancias concurrentes en la especie, que ese ministerio, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa para la Administración, adopte las medidas tendientes a regularizar su ejecución y a disponer su pago." Dictamen N° 9.731 de fecha 09 de junio de 2020.

En Dictamen N° 9.549 la CGR indicó: "Sobre el particular, es del caso recordar que la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 5.957, de 2011 y 76.722, de 2015, ha sostenido que procede excepcionalmente el pago por los trabajos extraordinarios dispuestos por la autoridad sin cumplir con los requisitos contemplados en la norma pertinente, cuando estos han sido realizados efectivamente por los funcionarios, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración. Dictamen N° 9.549, de fecha 01 de junio de 2020.

[8] Contraloría General de la República, Dictamen N° 23.616, de fecha 22 de mayo de 2008.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

IV. ASÍ FUE ENTENDIDO POR EL HONORABLE PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES, QUE RECOMENDÓ AMPLIAR EL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN EN LOS TÉRMINOS SOLICITADOS POR ESTA PARTE.

63. En efecto, el Panel Técnico de Concesiones recomendó ampliar el plazo máximo de la concesión por un término de días equivalente a aquél que hubiere afectado la fase de construcción de las obras. En este sentido, señala el Panel que en el evento de no accederse a la ampliación de plazo, en los hechos se produciría una modificación sustancial a las características, términos y condiciones del Contrato, que comprometería el régimen económico acordado por las partes.

64. Así, se señaló que:

> Este mecanismo de ajuste automático, propio de un contrato a plazo variable, no está pensado para cubrir otro tipo de riesgos. Por tanto, una ampliación del plazo para obtener la PSP, por causas ajenas a la SC, debe ser compensado con una ampliación equivalente en la fase de explotación, de manera que el plazo efectivo contemplado originalmente para esa etapa permanezca sin variaciones. Si esa ampliación no se otorgara, los términos y condiciones del contrato para la etapa de explotación estarían experimentando modificaciones sustanciales y comprometiendo el régimen económico acordado por las partes.

65. A lo anterior se suma que, conforme reconoce el propio Panel Técnico, es en extremo difícil que la Sociedad Concesionaria pueda revertir malos resultados derivados de un acortamiento de la etapa de explotación, en cuanto los flujos proyectados dependen de circunstancias ajenas a su voluntad. En particular, señala el Panel que, si se posterga la Puesta en Servicio Provisoria, se disminuye la probabilidad de que la Concesionaria pueda obtener los ingresos proyectados, lo que, a su vez, tiene otras importantes consecuencias:

> En todo caso, si se posterga la PSP, es claro que disminuye la probabilidad de que la SC pueda obtener todos los ingresos proyectados. Ello tiene efectos relevantes: a) reduce el valor del contrato para la SC; y b) reduce su calidad crediticia, con el consiguiente efecto sobre las condiciones financieras que la SC presentará ante el sistema bancario y el mercado de capitales, para la obtención de empréstitos y garantías.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

66. En cuanto a los cambios de servicios, el Honorable Panel estuvo por recomendar que su compensación se realizare conforme dispone la sección respectiva de las BALI, haciendo extensivo a los APR la regla respectiva. Hacemos presente que esta parte está en desacuerdo con la regla referida, en cuanto supone hacer extensiva la regla de las BALI -contra el tenor del Contrato- en aquellos casos que conviene al MOP, pero restringirla en otros casos en que, también, beneficia al MOP.

67. Sin perjuicio de ello, el Honorable Panel **(i)** Reconoció que los APR no se encuentran regidos por el sistema de servicios sanitarios y **(ii)** Estimó que, atendida su magnitud (sobre UF 90.000) debieron necesariamente haber sido incluidos en los Estudios Referenciales.

> **b) Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención en este caso que los cambios relacionados con el agua potable rural (APR) no hayan sido identificados ni mencionados en los ER como habría sido más eficiente y transparente hacerlo, considerando que el MOP contaba con dicha información y se trata de interferencias relevantes en el trazado de la ruta. Ahora bien, a pesar que se trata de servicios básicos no regidos por el sistema de Servicios Sanitarios[29] y su naturaleza de servicio público es evidente y por ello su situación debe ser abordada como cambios de servicios. Así se desprende, por lo demás, de la mención del APR Recoleta en el ER, en el cual se señala que este no será afectado.**

68. Por las consideraciones anteriores, el Panel recomendó:

> **11.4 Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la compensación por los servicios relacionados con el agua potable rural debe incluir adicionalmente una ampliación del plazo máximo del contrato, en los términos que las partes acuerden, con el objeto de preservar el equilibrio económico financiero del contrato.**

69. Así las cosas, y aplicando los principios que informan el sistema, el Panel de Concesiones recomendó ampliar el plazo máximo de la Concesión en 534 días, y compensar los servicios referidos a los APR con una ampliación adicional del plazo máximo. Todo ello, con el objeto de preservar el equilibrio económico del Contrato.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

V. CONCLUSIONES.

70. La presente demanda solicita a la Honorable Comisión que declare la ampliación del plazo máximo de la concesión, de tipo consecuencial, por un total de 646 días, derivadas de las ampliaciones de plazo ocurridas durante la etapa de construcción. La solicitud anterior tiene como fundamento el carácter indisputado de obras adicionales y eventos de fuerza mayor, que afectan el equilibrio económico del Contrato.

71. En forma adicional, la presente demanda solicita a la Honorable Comisión que declare la procedencia de compensar a esta parte por los cambios de servicios, de carácter imprevisibles, ajenos de los estudios referenciales, que fueron ejecutados durante el Contrato y que exceden de las UF 300.000.

72. Los referidos cambios de servicios, que no fueron informados en los estudios referenciales, rompen el equilibrio económico del Contrato y afectan la lógica inherente al Contrato de Concesión, transformando una materia que es naturalmente accesoria, en una cuestión principal.

73. En subsidio de lo anterior, se solicita a la Honorable Comisión que declare que los APR no corresponden a cambios de servicios bajo el Contrato, en cuanto no cumplen con las condiciones para ello al no haber sido construidos por las empresas de servicios, sino que por el propio MOP, y que, como tales, ordene su compensación conforme disponen las reglas generales. Lo anterior, exige su consideración como mayores inversiones, por aplicación de la Ley de Concesiones.

74. Finalmente, el Honorable Panel Técnico de Concesiones estuvo de acuerdo con la reclamación formulada por esta parte, ordenando la ampliación de plazo en un total de 534 días y, asimismo, la compensación de las obras relacionadas con APR, con las condiciones establecidas en la recomendación respectiva.

POR TANTO,

AL SR. PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesta la presente demanda en contra del Ministerio de Obras Públicas, representado

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

por el Director General de Concesiones de Obras Públicas, admitirla a tramitación y, en definitiva, acogerla, resolviendo:

1) Que se amplía el plazo máximo de la concesión en 646 días, por las razones expuestas en el cuerpo de esta presentación, el plazo mayor o menor que la H. Comisión Arbitral estime conforme a derecho y al mérito del proceso;
2) Que se declara que, producto de los traslados de servicios que exceden de aquello a lo cual se consintió, debe compensarse a la Sociedad Concesionaria por la suma de UF 181.533,64[9], o la suma que la H. Comisión Arbitral estime conforme a derecho y al mérito del proceso, correspondiente al costo de los traslados de servicios que no se encontraban contenidos en el estudio referencial, a través de un pago directo o el mecanismo que la Honorable Comisión determine.
3) Que, en subsidio de la petición formulada en el numeral (2) anterior, y para el improbable caso que la Honorable Comisión no estuviere de acuerdo con ésta, se declara que las obras relativas a agua potable rural no corresponden a cambios de servicios bajo el Contrato, y, consecuencialmente, se ordena su compensación por aplicación de las reglas generales relativas a mayores inversiones, por el monto de UF 97.422,33[10], o la suma que la H. Comisión Arbitral estime conforme a derecho y al mérito del proceso.
4) Que se condena al MOP a reconocer el IVA que se devengue en las operaciones afectas asociadas a la ejecución de aquellas nuevas inversiones u obras adicionales reclamadas, que sean determinadas conforme lo establezca esta H. Comisión en su sentencia;
5) Que todas las sumas referidas devengan intereses a favor de la Sociedad Concesionaria, los cuales deben computarse desde el momento en que se realizó la actuación respectiva que da origen a la obligación de pago
6) Que se condena al MOP a pagar las costas de la causa.

PRIMER OTROSÍ: Al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos tener por acompañados, con citación, copia simple de la Recomendación dictada por el Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas en discrepancia D10-2020-2, de fecha 29 de octubre de 2020.

---

[9] Netas de IVA
[10] Netas de IVA.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

SEGUNDO OTROSÍ: Al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos tener presente la siguiente nómina de Acreedores Prendarios:

1. Itaú Corpbanca, RUT 97.023.000-9.
2. Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A., RUT 99.012.000-5.
3. Banco Consorcio, RUT 99.500.410-0

TERCER OTROSÍ: Al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos tener presente que esta parte hace expresa reserva de todos y cualquier derecho, emanado de los hechos relatados en esta presentación, que no se encuentre expresamente establecido en la demanda de autos.

CUARTO OTROSÍ: Al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos tener por acompañada, copia de nuestra personería para actuar en representación de Sociedad Concesionaria Ruta del Limarí S.A., con citación.

QUINTO OTROSÍ: Al Sr. Presidente de la H. Comisión Arbitral respetuosamente pedimos tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumiremos personalmente el patrocinio y poder en esta causa. Asimismo, designamos abogados patrocinantes y conferimos poder a **MAURICIO SEGOVIA ARAYA, HORACIO DEL VALLE FRAGA Y MARÍA JOSÉ ALCALDE ROSS** , todos domiciliados para estos efectos en Avenida Vitacura, N°2969, piso 17, Comuna de Las Condes y ciudad de Santiago, número de teléfono 2 - 25303600, y correos electrónicos msegovia@alcalde.cl, hdelvalle@alcalde.cl y mjalcalde@alcalde.cl, quienes podrán obrar, indistintamente, de manera conjunta o separada en representación Sociedad Concesionaria Sociedad Concesionaria Ruta del Limarí S.A.

FELIPE VALDES GABRIELLI — Firmado digitalmente por FELIPE VALDES GABRIELLI Fecha: 2020.12.21 18:41:46 -03'00'

MARIA CAROLINA ALCALDE ROSS — Firmado digitalmente por MARIA CAROLINA ALCALDE ROSS Fecha: 2020.12.21 18:33:14 -03'00'

Horacio Andrés Orlando Del Valle Fraga — Firmado digitalmente por Horacio Andrés Orlando Del Valle Fraga Fecha: 2020.12.21 18:46:39 -03'00'

Mauricio Segovia Araya — Firmado digitalmente por Mauricio Segovia Araya Fecha: 2020.12.21 18:46:52 -03'00'

MARIA JOSE ALCALDE ROSS — Firmado digitalmente por MARIA JOSE ALCALDE ROSS Fecha: 2020.12.21 19:19:17 -03'00'

27

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

PANEL TÉCNICO
CONCESIONES

DISCREPANCIA D10-2020-8

S.C. RUTA DEL LIMARÍ S.A.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

"Discrepancia por ampliación de plazo máximo y por cambios de servicios no incluidos en el estudio referencial"

Santiago, 29 de octubre de 2020

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

1. LA DISCREPANCIA 4
2. COMPETENCIA DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES 4
3. TRABAJO DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES 5
3.1. PRIMERAS DILIGENCIAS 5
3.2. PROGRAMA DE TRABAJO 5
3.3. AUDIENCIA PÚBLICA 6
4. SOLICITUD REALIZADA POR LA SC RUTA DEL LIMARÍ S.A. 6
4.1. AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN POR 646 DÍAS 6
4.1.1 Ampliación de plazo derivada de obras adicionales 6
4.1.2 Ampliación de plazo derivada de eventos constitutivos de fuerza mayor 7
4.2. COMPENSACIÓN DE LOS COSTOS DE CAMBIOS DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL ESTUDIO REFERENCIAL 8
4.3. LO SOLICITADO DERIVA DE LAS BALI CON RELACIÓN A LAS REGLAS GENERALES Y A LA MANTENCIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO 9
4.4. LA SOLICITUD 10
4.5. PETICIONES 10
5. OBSERVACIONES DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 11
5.1. ANTECEDENTES 11
5.2. PRIMERA CONTROVERSIA: AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN POR 646 DÍAS 12
5.2.1 Primera modificación de plazos 12
5.2.2 Segunda modificación de plazo 14
5.2.3 Razones para rechazar la primera controversia 15
5.3. SEGUNDA CONTROVERSIA: COSTOS DE LOS CAMBIOS DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE EN EL ESTUDIO REFERENCIAL 17
5.3.1 Razones para rechazar la segunda controversia 20
5.3.2 Observaciones a la indemnización solicitada 22
5.4. PETITORIO 23
6. OBSERVACIONES FINALES DE LAS PARTES 23
6.1. OBSERVACIONES SC RUTA DEL LIMARÍ S.A. 23
6.2. OBSERVACIONES MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS 24
7. OBJETO DE LA DISCREPANCIA 27
8. ANTECEDENTES TENIDOS A LA VISTA 27
9. ESQUEMA DE ANÁLISIS Y METODOLOGÍA 27
10. ANALISIS DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES 28
10.1. ANTECEDENTES GENERALES 28

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

28

10.2. Sobre las normas generales aplicables 28

10.3. SOBRE LOS CONTRATOS DE PLAZO VARIABLE 30

10.4. Sobre las ampliaciones de plazo para obtener la PSP 32

10.4.1 Contenido de la reclamación 32

10.4.2 Naturaleza de los efectos alegados 32

10.4.3 La primera ampliación de plazo (2016) 33

10.4.4 La segunda ampliación de plazo (2018) 35

10.4.5 Contenido y alcances del artículo 22 N°3 de la LC 37

Cuadro N°1 38

10.4.6 El régimen económico del contrato 38

10.5. Sobre los cambios de servicios existentes 41

10.5.1. Los argumentos de las partes 42

10.5.2 Sobre la regla para la distribución de los costos por los cambios de servicios existentes 44

10.5.3 Análisis del PTC de los antecedentes y argumentos proporcionados por las partes 45

10.6. SOBRE LA RENUNCIA A LA PRETENSIóN CONTENIDA EN ESTA DISCREPANCIA INVOCADA POR EL MOP 46

10.7. OTRAS CONSIDERACIONES. 47

11. RECOMENDACIÓN 48

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

1. LA DISCREPANCIA

El 01/09/20, la **Sociedad Concesionaria Ruta del Limarí S.A.**, indistintamente Sociedad Concesionaria, SC o Concesionaria del Contrato **"Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D-43, Región de Coquimbo"** ingresó ante el Panel Técnico de Concesiones, indistintamente Panel Técnico, Panel o PTC, un escrito mediante el cual "Somete discrepancias que indican a consideración del Honorable Panel Técnico y solicita recomendación", requiriendo su pronunciamiento en las Discrepancias que han surgido entre su representada y el Ministerio de Obras Públicas, en adelante e indistintamente el Ministerio, MOP, Secretaría de Estado o Cartera Ministerial, en relación al contrato de concesión.

La cuestión sometida al Panel dice relación con la solicitud de reconocer: i) una ampliación del plazo máximo de la concesión en 646 días; y ii) una compensación por los costos por cambios de servicios no contenidos en el estudio referencial, los cuales pide sean pagados mediante un pago directo o el mecanismo que el Panel determine, haciendo presente que la cifra es neta de IVA y requiriendo que sean pagadas con intereses.

2. COMPETENCIA DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

El artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el Decreto MOP N°900 de 1996, en adelante la Ley de Concesiones o la Ley, creó el Panel Técnico de Concesiones señalando que *"Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del Contrato de Concesión, podrán someterse a consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. Asimismo, el Ministerio de Obras Públicas y una o más sociedades concesionarias, en forma conjunta o separada, podrán realizar consultas al Panel Técnico sobre las materias mencionadas anteriormente".* Por su parte, el inciso cuarto del mismo precepto, numerales 1 y 2, establecen que:

> *"Podrán someterse a la consideración del Panel Técnico las discrepancias y consultas que se produzcan en relación con:*
>
> *1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.*
>
> *2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción".*

Adicionalmente, el artículo 36 bis de la Ley en su inciso primero señala que:

> *"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."*

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

En consecuencia, todos los aspectos técnicos y económicos de una controversia entre una Sociedad Concesionaria y el Ministerio de Obras Públicas deben ser sometidos al Panel Técnico de Concesiones, si alguna de ellas desea recurrir a la instancia jurisdiccional para obtener una decisión sobre dichas materias.

3. TRABAJO DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

3.1. PRIMERAS DILIGENCIAS

Conforme establece el procedimiento para la tramitación de discrepancias ante el Panel Técnico de Concesiones contemplado en el artículo 108 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, aprobado por el Decreto MOP N°956, de 1997, modificado en lo que interesa por el Decreto MOP N°215, de 2010 –en adelante el Reglamento de la Ley de Concesiones o el Reglamento–, y las Normas de Funcionamiento de Panel, las que se encuentran disponibles en www.panelconcesiones.cl, una vez recibida la presentación de la SC Ruta del Limarí S.A., ésta se puso en conocimiento de los miembros del Panel dentro de 24 horas y se creó el expediente respectivo, al que se asignó el **Rol D10-2020-8.** Asimismo, se puso en conocimiento del Director General de Concesiones de Obras Públicas, dentro del plazo contemplado para ello. Por último, se citó a Sesión Especial para tratar esta Discrepancia para el día 03/09/20, mediante mecanismo de videoconferencia de conformidad al "Protocolo COVID-19".

3.2. PROGRAMA DE TRABAJO

En la Sesión Especial destinada a la presentación, se revisó primeramente la admisibilidad de la solicitud de la SC, para lo cual la Secretaria Abogado hizo una relación sumaria de las materias sobre las cuales recae, refiriéndose a los aspectos técnicos y económicos que ella incorpora. Luego, informó sobre los aspectos formales de la misma.

Revisado este informe, el Panel declaró la presentación admisible, acordando aceptar la Discrepancia a tramitación. A continuación, se procedió a elaborar y acordar el Programa de Trabajo. Éste consideró:

- El mecanismo para recibir antecedentes, incluida la fecha para recibir observaciones del MOP, la cual se fijó para el **22/09/20.**
- La realización de la Audiencia Pública para el día **01/10/20 a las 9:30 horas**.
- La fecha máxima para formular observaciones a las presentaciones efectuadas en la Audiencia Pública, hasta el **05/10/20.**
- La forma que emplearía para poner en conocimiento de las partes y/o notificar las resoluciones o decisiones que adoptare y las demás diligencias y actividades que pudiese determinar el Panel.

La resolución respectiva de fecha 03/09/20 fue notificada a las partes e informada al público mediante la publicación de un comunicado en la página web www.panelconcesiones.cl.

Con fecha 22/09/20, el Ministerio de Obras Públicas ingresó dos escritos; uno haciendo presente su patrocinio y poder, y otro formulando sus observaciones a la Discrepancia, dentro de plazo y vía correo electrónico. Ambos se tuvieron presente mediante una resolución de fecha 23/09/20.

CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

3.3. AUDIENCIA PÚBLICA

Conforme el Programa de Trabajo, la Audiencia Pública –en adelante e indistintamente AP– tuvo lugar el día jueves 01/10/20, a las 9:30 horas, mediante mecanismo de videoconferencia, transmitida en vivo al canal de Youtube del Panel.

Hicieron uso de la palabra en primer lugar los representantes de la SC, el abogado señor Felipe Valdés Gabrielli, la abogada señora Carolina Alcalde Ross y el ingeniero Cristián Encalada Vidal, Director de Operaciones Sacyr Concesiones Chile. Al término de su exposición, los miembros del Panel formularon consultas.

Luego de un receso, se presentaron los representantes del MOP, el abogado señor Marco Antonio Rosas Zambrano, jefe del Departamento de Defensa Judicial de la DGC, la abogada señora Luz María Gálvez, y el ingeniero civil, señor Luis Barrera Tejada, Inspector Fiscal de Explotación del Contrato. Los miembros del Panel también formularon preguntas al término de su exposición.

Después de un nuevo receso, se dio inicio a la segunda ronda de exposiciones, cuyo propósito fue que las partes complementaran sus dichos y pudieran hacerse cargo de las aseveraciones y observaciones de la contraria. Finalizado este bloque, los miembros del Panel formularon nuevas consultas.

Se deja constancia que las partes hicieron entrega de copia de sus presentaciones en medios digitales, y que éstos se publicaron en el expediente correspondiente a la Discrepancia, junto con el registro audiovisual de la Audiencia Pública.

4. SOLICITUD REALIZADA POR LA SC RUTA DEL LIMARÍ S.A.

Con fecha 01/09/20 la citada SC presentó una Discrepancia a conocimiento del Panel, que persigue el reconocimiento de la ampliación del plazo máximo de la concesión como consecuencia de **(i)** obras adicionales mandatadas por el Fisco conforme al artículo 19 de la Ley de Concesiones, y **(ii)** eventos constitutivos de fuerza mayor reconocidos por el Fisco. Asimismo, solicita compensación por los costos de cambios de servicios no contenidos en el estudio referencial y que fueron ordenados por el Fisco.

Señala que en la especie no existe controversia entre las partes respecto de las referidas obras adicionales, fuerza mayor y cambios de servicios, por lo que la reclamación tiene un carácter consecuencial, en cuanto persigue el debido reconocimiento de las consecuencias económicas de las situaciones antedichas.

4.1. AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN POR 646 DÍAS

4.1.1 Ampliación de plazo derivada de obras adicionales

La SC señala que el Ordinario N°2881 SCRL 1614, de fecha 22/12/15, dispuso que debía ejecutar los proyectos de ingeniería definitiva -en adelante e indistintamente PID- y la construcción de las obras que dicho oficio indica[1].

[1] (i) Tratamiento semiurbano del sector de Recoleta; (ii) Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Romeralcillo; (iii) Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Higueritas; (iv) Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Pejerreyes; (v) Retorno a nivel sector Aguas Buenas; (vi) Atravieso vehicular con conexión a la ruta, sector Aguas Buenas,

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

30

Consistente con las obras adicionales incluidas en el citado ordinario, se estableció una ampliación del plazo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria -en adelante e indistintamente PSP-, la cual sería exigible 24 meses después de la tramitación de la resolución que al efecto se dictare.

Señala que con fecha 22/12/15 por carta SCRDL-IF-1903/15, manifestó su acuerdo con lo anterior, acompañando los presupuestos respectivos, así como el cronograma del desarrollo de los PID y de las obras. De tal forma, el 29/01/16 se dictó la Resolución DGOP (E) N°303 que modificó, por razones de interés público y urgencia, las características de las obras y servicios del contrato de concesión[2], indicando en su N°4 que el plazo máximo para la obtención de la PSP de que trata el artículo 8.8 de las BALI, será de 24 meses *"contados desde la total tramitación de la presente Resolución"*, lo que ocurrió con fecha 18/03/16.

En consecuencia, la SC expresa que con ocasión de obras adicionales cuya ejecución fue instruida de conformidad al artículo 19 de la Ley de Concesiones, el plazo aplicable a la PSP del proyecto fue extendido en 24 meses, por lo que de estar originalmente fijada para el 30/09/16, quedó para el día 18/03/18. Por tanto, argumenta que los actos administrativos referidos dan cuenta de una ampliación de plazo por 534 días para efectos de la etapa de construcción de la obra, los que ahora deben ser considerados para la etapa de explotación.

4.1.2 Ampliación de plazo derivada de eventos constitutivos de fuerza mayor

Por otro lado, la SC señala que durante el mes de mayo de 2017 el área de concesión fue objeto de fuertes lluvias que, considerando la ubicación geográfica, resultaban imprevisibles e imposibles de resistir. Añade que, atendido el estado de ciertas y determinadas obras a esa fecha, y considerando que de conformidad con la programación no podían estar totalmente terminadas, dichos puntos fueron gravemente afectados por el fenómeno climático.

Hace presente que, para reconocer el evento de fuerza mayor señalado, con fecha 07/03/18 se dictó la Resolución DGOP (E) N°903, que dispuso una nueva ampliación del plazo de la PSP, esta vez de 112 días, tendientes a recoger los eventos de fuerza mayor, cuya responsabilidad no era de la SC y que afectaron el desarrollo de las obras.

RESUELVO:

DGOP N° 903 / (Exento)

TRAMITADA
07 MAR 2018
OFICINA DE PARTES
DIREC. GRAL. DE OBRAS PUBLICAS

1. **AUTORÍZASE** la ampliación del plazo para obtener la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las obras del contrato "Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo", en 112 días, conforme a lo establecido en los articulos 8.3.4.4 de las Bases de Licitación del contrato y 52 N° 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones, quedando, en consecuencia, como nueva fecha para su obtención, el 08 de julio de 2018.

2. **DISPÓNESE** que el aumento del plazo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de las Obras, autorizado en el resuelvo primero de la presente Resolución, se origina a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, cuyas consecuencias se encuentran expresamente reguladas en el contrato de concesión, respecto del cual no le cabe ninguna responsabilidad ni a la Sociedad Concesionaria ni al MOP, por tanto, no corresponde el pago de indemnizaciones ni compensaciones por este concepto, según lo ratifica

(vii) Atravieso peatonal Plaza de Peaje, sector El Peñón; (viii) Calle Local Conectividad Comunidad Santa Filomena; y, (ix) Ampliación doble calzada Salida de Ovalle desde Dm. 3.100 al 5.880.

[2] Lo anterior, fue sancionado por Decreto Supremo MOP N°178, de fecha 29/04/16.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

La Concesionaria indica que las partes calificaron la fuerza mayor ocurrida en la fase de construcción del proyecto, estableciendo los efectos que se derivarían de ésta, por ello, solicita al Panel el reconocimiento de las consecuencias que se desprenden para la etapa de explotación.

4.2. COMPENSACIÓN DE LOS COSTOS DE CAMBIOS DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL ESTUDIO REFERENCIAL

Asimismo, la SC sostiene que corresponde que se le compense por los costos de aquellos traslados de servicios que difieran sustancialmente de lo contemplado en el estudio referencial -en adelante ER- y que no se encontraban contenidos en la oferta. Señala que, en este respecto, el artículo 6.4.1.2 literal b) de las BALI dispone reglas referidas a distribución de riesgos entre el MOP y la SC. Agrega que de dicha cláusula se desprende que el mayor costo en los cambios de servicios para el tramo que va entre las UF 90.000 y las UF 120.000, debe ser cubierto en un 80% por el Ministerio. Posteriormente, para el mayor costo que supere las UF 120.000, el exceso se imputa al ITC del contrato.

Para la SC, lo anterior resulta aplicable solo para aquellos casos en que los traslados de servicios afectados hubieren sido contenidos en el ER, puesto que resultarían cuantitativa y cualitativamente similares a aquellos considerados en su oferta. Arguye que a los no contemplados en el ER, no corresponde aplicar la disposición señalada, sino que su tratamiento debe ser conforme a las reglas generales.

En tal sentido, la Concesionaria sostiene que la operación aritmética del mecanismo contemplado en las BALI parte del supuesto que necesariamente debe existir una correlación entre los cambios de servicios contenidos en el ER y aquellos que efectivamente se tuvieron que trasladar para la correcta ejecución de la obra. Así, en el evento de existir una diferencia sustancial entre lo proyectado y lo ejecutado, como ocurre en la especie, la operación aritmética carece de causa, dado que genera un desequilibrio económico del contrato. De esta forma, al existir una diferencia sustancial entre los cambios de servicios en la forma originalmente propuesta con relación a aquellos que terminaron trasladándose, cabe aplicar entonces las reglas generales que rigen en la materia para efectos de mantener el equilibrio económico del contrato. Argumenta que esta interpretación resulta coherente con el carácter accesorio de los cambios de servicios y con las variables tenidas a la vista para efectos de ofertar el ITC respectivo[3].

La SC advierte que, si se llegase a incorporar los costos de los traslados de aquellos servicios no contenidos en el ER a la operación aritmética, generaría la ineficacia de su compensación, dado que aumentaría considerablemente el ITC, el cual sería imposible alcanzar atendido que el plazo máximo impedirá llegar al monto respectivo, provocando un enriquecimiento injusto de una de las partes a expensas de la otra. Puntualiza que los cambios de servicios equivalen a casi un año de ingresos de la concesión.

Añade que, para la presente concesión, se informó y consideraron cambios de servicios por un monto cercano a las UF 180.000, por lo que la imputación al ITC propia del artículo

[3] En ese sentido, arguye que en el evento de aplicarse la regla referida terminaría con el equilibrio de económico del contrato, pasando de tener un carácter accesorio al mismo a convertirse en una cuestión principal.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

6.4.1.2 de las BALI resultaría aplicable a aproximadamente UF 60.000. No obstante, en los hechos, los cambios de servicios han superado las UF 300.000, en circunstancias que un año de ingresos bajo el contrato es cercano a las UF 190.000.

A continuación, inserta el detalle de los cambios de servicios que a su juicio fueron incluidos en los ER y aquellos que no lo fueron:

Item	IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO	Monto Proyectos [UF]	Observaciones
1	APR Recoleta	1.998,68	Referencial Señala que no se interfiere
2	APR Las Cardas	38.360,68	No se considera en el Referencial
3	APR Las Barrancas	47.267,22	No se considera en el Referencial
4	APR Lagunillas	679,31	No se considera en el Referencial
5	APR Nueva Vida	3.399,20	No se considera en el Referencial
6	Minera Teck	12.859,34	No se considera en el Referencial
7	Aguas Del Valle La Cantera	5.265,07	Mencionada en el Referencial
8	Aguas Del Valle Andacollo*	44.731,37	Mencionada en el Referencial, aunque considera una intervención menor, aun no se cuenta con la aprobación del Presupuesto por parte del IF.
9	APR Pan de Azucar	4.134,64	Mencionada en el Referencial
10	APR Pan de Azucar, Atravieso 4	1.582,60	No se considera en el Referencial
11	Transnet	61.895,64	No se considera en el Referencial
12	Conafe Fase 1	40.312,40	Mencionada en el Referencial
13	Movistar	5.184,77	Mencionada en el Referencial
14	Conafe Fase 1 Pasarelas (Modificacion Normativo)	13.490,96	Se genera producto del cambio de normativa en la construcción de las pasarelas
15	Entel	3.947,78	Mencionada en el Referencial
16	Transelec	13.082,82	Mencionada en el Referencial
17	Conafe Fase 2	4.578,81	Mencionada en el Referencial
	TOTAL	302.771,29	

TOTAL CCSS SEGÚN REFERENCIAL	121.237,65	Según el Proyecto Referencial los cambios de servicios ejecutados corresponden a un incremento de un 1% por sobre el límite de UF 120.000
TOTAL CCSS ADICIONALES	181.533,64	Total de CCSS ejecutados adicionales a los identificados en el Proyecto Referencial
TOTAL CCSS	302.771,29	El total de CCSS ejecutados por la SC, corresponde a un incremento de un 152% por sobre el límite de UF 120.000

* El monto de los CCSS de Agua del Valle Andacollo, considera un monto máximo referencial a la espera del cierre definitivo del presupuesto

En consecuencia, la SC solicita al Panel compensar a la SC por la suma de UF 181.533,64 a través del pago directo, o el mecanismo que el Panel determine, correspondientes al costo de los traslados de servicios que no se encontraban contenidos en el ER.

4.3. LO SOLICITADO DERIVA DE LAS BALI CON RELACIÓN A LAS REGLAS GENERALES Y A LA MANTENCIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

La SC argumenta que la aceptación de las peticiones formuladas es el único modo de mantener el equilibrio económico del contrato, cuya importancia se ha sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las Comisiones Arbitrales, que han señalado que la concesión no se debe entender simplemente como un contrato *"a entero riesgo y ventura"* del particular.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

En relación a la fuerza mayor, hace presente al Panel que solicita la aplicación, *mutatis mutandi*, de lo dispuesto en el artículo 8.3.4.4 de las BALI, con relación a los principios que informan el sistema de concesiones. En este sentido, puntualiza que no se solicita la calificación de la fuerza mayor ni la compensación de los daños ocurridos durante la etapa de construcción y/u obras adicionales, sino que la extensión -a título consecuencial- de los plazos correspondientes para la etapa de explotación, lo que resultaría consistente con los principios que informan la materia y que buscan recomponer los plazos aplicables a la concesión para efectos de mantener el equilibrio económico en ésta. Añade que, en la especie, al no existir regulación específica, cabe aplicar la reglamentación general, conforme a la cual la SC no asume el riesgo inherente al caso fortuito señalado, de lo que se sigue que aquello que se solicita viene en reestablecer las condiciones que existían al momento de iniciarse la concesión, no mejorando la situación de la SC.

Por otro lado, la SC argumenta que las solicitudes formuladas son consistentes con la lógica económica aplicable al contrato de concesión. Indica que cada uno de los días que se concedan durante la etapa de construcción -ya sea por obras adicionales mandatadas como por eventos de fuerza mayor u otro- afectan el equilibrio en cuanto constituyen días adicionales para construir, pero un plazo menor para explotar. Hace presente que lo anterior se torna en insostenible cuando la extensión de plazo durante la etapa de construcción es tal, que implica la imposibilidad de recuperar la inversión. En tal sentido, afirma que el aumento de plazo derivado de obras adicionales y de eventos constitutivos de fuerza mayor significó una disminución del plazo de explotación de la concesión de casi dos años, lo que, sumado a los cambios de servicios, hace la diferencia entre una concesión que permite la recuperación de la inversión y una que no lo permite[4].

4.4. LA SOLICITUD

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se solicita que el Panel recomiende ampliar el plazo máximo de la concesión establecido en el artículo 2.5.2 de las BALI en lo que respecta a **(i)** obras adicionales en 534 días, **(ii)** eventos constitutivos de fuerza mayor en 112 días y **(iii)** compensar a la SC por la suma de UF 181.533,64, correspondiente al costo de los traslado de servicios que no se encontraban contenidos en el ER, a través de un pago directo o el mecanismo que el Panel determine.

4.5. PETICIONES

De conformidad a lo anteriormente señalado, la SC solicita recomendar que, producto de las obras adicionales y la fuerza mayor referidas, debe ampliarse el plazo máximo de la concesión en 646 días. Asimismo, que, producto de los traslados de servicios que exceden de aquello a lo cual se consintió, se debe compensar a la SC por la suma de UF 181.533,64, correspondiente al costo de los traslados de servicios que no se encontraban contenidos en el ER, a través de la un pago directo o el mecanismo que el Honorable Panel determine.

Todas estas cifras son netas de IVA, y solicita sean pagadas con los intereses correspondientes.

Acompaña antecedentes fundantes de su presentación.

---

[4] Para efectos de graficar lo anterior, inserta una línea de tiempo en la página 14 de su Discrepancia.

32
MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

5. OBSERVACIONES DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

El MOP presentó observaciones a la Discrepancia mediante escrito ingresado dentro de plazo electrónicamente, el 22/09/20, solicitando su rechazo por las siguientes consideraciones.

5.1. ANTECEDENTES

En primer lugar, el MOP se refiere a las partes del conflicto y al contrato de concesión, para luego reseñar el proceso de precalificación, licitación y adjudicación del contrato, destacando que, de las 172 consultas formuladas por los licitantes y grupos licitantes, cabe destacar las siguientes:

> 31. Se solicita el plano as-built de la tubería ejecutada por la Minera Carmen que atraviesa la Ruta 43, y su solución de refuerzo para el nuevo perfil de la ruta.
>
> **Respuesta:** El MOP no cuenta con el antecedente solicitado.
>
> 50. BALI, Artículo 6.2.4 En el Artículo 6.2.4 de las BALI, relativo a los terrenos necesarios para ejecutar las obras, se solicita que, en caso de retardo del MOP en la entrega de terrenos expropiados, además de ampliarse el plazo máximo de la concesión, producto del retraso en el término del período de construcción y de la Puesta en Servicio Provisoria de la obra, se modifique la fecha del descuento del VPI, según lo señalado en el Artículo 10.5.1 de las BALI, manteniéndola, con el objeto de que se produzca una compensación efectiva a la concesionaria. Lo anterior, por cuanto cualquier compensación basada en aumento de plazo de construcción o retraso de la Puesta en Servicio Provisoria, no es necesariamente una compensación efectiva, sino que en la práctica sólo consiste en una exención de multas a la concesionaria.
>
> **Respuesta:** Se mantiene lo previsto en las Bases de Licitación.
>
> 55. BALI, Artículo 10.5.1. En el Artículo 10.5.1 de las BALI, relativo a la determinación del plazo de la concesión y la distribución de los riesgos, se solicita que se complemente dicho Artículo con un párrafo final que establezca lo siguiente:
>
> *"El MOP compensará a la Sociedad Concesionaria en caso que no puedan ser efectivas por cumplimiento de plazo máximo las compensaciones por modificaciones de servicios y canales, por impactos acústicos y por sobrecostos ambientales que deban ser imputados a los Ingresos Totales de la Concesión (ITC) de acuerdo con los artículos 6.4, 5.9.8 y 5.9.1. Esta compensación se realizará por la parte no compensada efectivamente por haber ocurrido el cumplimiento de plazo".*
>
> **Respuesta:** Se mantiene lo previsto en las Bases de Licitación.

Por otro lado, el Ministerio cita los literales g), h) e i) de la declaración jurada presentada durante la licitación[5] y lo señalado en el Documento N°6, denominado aceptación del estudio referencial[6].

- **Características del contrato de concesión y normas que lo rigen**

El MOP procede a reseñar el objeto del contrato de concesión y las normas que lo rigen. Señala que la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra (PSP) se autorizó por Resolución

[5] Donde declara, en resumen, que *"conoce y acepta que los estudios referenciales entregados por el MOP constituyen meras indicaciones o pautas y que en ningún caso podrán ser considerados determinantes, absolutos ni suficientes para formular la oferta..."*; que *"libera al MOP de toda responsabilidad por eventuales errores, omisiones, contradicciones o ambigüedades que puedan tener los estudios referenciales..."*; y que *"ha verificado conforme a estándares de alta calidad las condiciones... existencia e interferencia de instalaciones correspondientes a los servicios húmedos y no húmedos"*.

[6] Donde señala *"...que habiendo considerado en nuestra oferta económica los riesgos asociados a dichos errores, omisiones y deficiencias, y asumiendo la obligación de proyectar y ejecutar con cargo a nosotros..."*.

MARIANA CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

DGOP (E) N°2350 de 06/07/18, iniciando a las 00:00 del día siguiente. Por su parte la Puesta en Servicio Definitiva (PSD) fue autorizada mediante Resolución DGC (E) N°8 de 04/01/19.

Añade que la concesión es de plazo variable y termina en el mes que se cumpla la siguiente relación:

$$VPI_m + \Delta AP \geq ITC + \Delta MS + \Delta BA + \Delta MA$$ [7]

El plazo máximo de la concesión no podrá ser superior a 360 meses contados desde la fecha de inicio de la concesión, venciendo en consecuencia el 31/05/2043. Por tanto, si vencido el plazo máximo, no se hubiese cumplido la relación antes indicada, la concesión se extinguirá por cumplimiento del plazo máximo, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.1.2 de las BALI.

- **Naturaleza y riesgo del contrato de concesión de obra pública**

El MOP señala que el contrato de concesión no se encuentra definido, pero que las disposiciones contenidas en la normativa que lo regula permiten conceptualizarlo como *"el acto mediante el cual el Estado encarga al concesionario la ejecución, conservación o reparación de una obra pública, por cuenta y riesgo de éste, a cambio de la facultad de explotar la obra en su beneficio por un tiempo determinado, de acuerdo con las condiciones legales y reglamentarias pertinentes"*. Añade que la doctrina lo ha considerado como una categoría autónoma del contrato de obra pública tradicional y que se distingue porque el riesgo durante la etapa de construcción queda radicado en la SC.

5.2. PRIMERA CONTROVERSIA: AMPLIACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE LA CONCESIÓN POR 646 DÍAS

El MOP indica que, de conformidad a lo establecido en los artículos 8.1 y 8.2.1 de las BALI, el plazo original para obtener la PSP vencía el 30/09/16. Expresa que la SC además se encontraba obligada a cumplir con determinados hitos de avance físico:

% de avance	plazo máx. desde Puesta a Punto (PaP) (días)	vencimiento
10	300	26-05-2015
50	510	22-12-2015
75	600	21-03-2016

5.2.1 Primera modificación de plazos

El MOP señala que con fecha 22/12/15 el IF por Ordinario 2881 SCRL 1614, informó formalmente a la Concesionaria que se modificaría el contrato de concesión *"de acuerdo al mérito del trabajo de coordinación que se ha venido realizando sobre esta materia"*. Lo anterior, dice relación con la incorporación de 9 obras al contrato, las que serían requisito

[7] Es decir, el mes en que el Valor Presente de los Ingresos obtenidos por concepto de recaudación de peajes (expresados en UF) más el monto determinado por el MOP por concepto de ahorros por modificaciones al anteproyecto, sea mayor o igual a la sumatoria entre los Ingresos Totales de la Concesión ofertados por el adjudicatario calculado en valor presente y expresado en UF sin decimales, los sobrecostos por modificaciones de servicios y canales, los sobrecostos por impactos acústicos y los sobrecostos ambientales, en la medida que concurran los requisitos establecidos en los artículos 6.4, 5.9.8 y 5.9.1, respectivamente, de las BALI, todos ellos convertidos en UF a la fecha de facturación.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

para la obtención de la PSP, ampliándose así el plazo máximo para la PSP en 24 meses, además de ampliar los plazos para los hitos constructivos correspondientes al 50% y 75% de avance físico de las obras. Todos ellos contados desde la total tramitación de la resolución que se dicte al efecto.

Añade que el mismo día, mediante SCRDL-IF-1903/15 la Concesionaria ratificó su acuerdo, solicitando expresamente *"(...) postergar el plazo máximo de la Etapa de Construcción, establecido en el artículo 8.1 de las Bases de Licitación y, consecuencialmente, el plazo máximo para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de la Obra, (...) fijándose en 24 meses (...)"*, al igual que los hitos de avance del 50% y 75%, en 15 y 19 meses respectivamente. Señala que, junto con la mentada carta, la SC acompañó presupuesto y cronograma de las obras adicionales. El MOP manifiesta que en este último es posible observar que el término de obras estaba programado para el día 20/10/17, y que consideró no solo las actividades asociadas a las obras adicionales, sino que también la ejecución de las obras del contrato principal.

Puntualiza que, si se analiza en detalle la programación para la "ejecución de obras de contrato principal" en el sector Recoleta, se requerían de 399 días, en circunstancias que el plazo máximo de la etapa de construcción vencía el 30/09/16, es decir, en 283 días. Indica que lo anterior evidenciaría un retraso para la ejecución de las obras del contrato principal en dicho sector. De esta manera, argumenta que las ampliaciones a los plazos para los hitos de avance físico de las obras y para la dictación de la resolución que otorga la PSP, iban en directo beneficio de la SC. Finalmente, arguye que en dicha carta la SC renunció a efectuar reclamaciones, otorgando un finiquito en los siguientes términos:

> 3. En virtud de las indemnizaciones que se acuerden en el Convenio que se suscriba al efecto, y bajo la condición que ellas se cumplan totalmente, la Sociedad Concesionaria otorgará al MOP el más amplio, completo y total finiquito y renunciará a efectuar cualquier reclamación que pudiera haberle correspondido, exclusivamente respecto de las mayores inversiones, costos, gastos, procedimientos y plazos asociados únicamente a la elaboración de los proyectos y ejecución, conservación, mantenimiento, operación y explotación de las obras adicionales, y a su impacto en los plazos de la Etapa de Construcción que sean materia de la Resolución que al efecto se dicte, según se indica en el Oficio Ord. N° 2881 SCRL 1614, excluyéndose expresamente de ese finiquito y renuncia cualquier otro perjuicio ocasionado con anterioridad a la total tramitación de la Resolución que al efecto se dicte

Señala que, contando con el consentimiento expreso de la SC, se materializó la modificación indicada el 29/01/16 mediante la Resolución DGOP (E) N°303, que modificó el contrato en el sentido antedicho. El Ministerio expresa que, entre los vistos y los considerandos de la resolución, se hace expresa referencia a la citada carta SCRDL-IF-1903/15. Además, el MOP hace presente que el informe mensual N°29 correspondiente al mes de diciembre de 2015, presentado por la SC por carta SCRDL-IF-1960/16 de 15/01/16, informó un avance acumulado solo del 18,78%. Por su parte, el informe mensual N°30, correspondiente al mes de enero de 2016, presentado el 15/02/16, indicó un avance solo del 20,10%. Lo anterior para el MOP vuelve a ratificar que la SC llevaba un retraso

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

significativo en la ejecución de las obras establecidas en las BALI[8]. Asimismo, el MOP informa que mediante Decreto Supremo MOP N°178 de 29/04/16, publicado en el Diario Oficial de 04/11/16, se sanciona la resolución, dejando constancia en los vistos y considerandos la carta SCRDL-IF-1903/15.

Por último, con fecha 28/04/17 la Concesionaria y el MOP suscribieron el Convenio Ad Referéndum N°1[9], en el que acordaron las indemnizaciones asociadas a la modificación del contrato de concesión, acordándose de forma vinculante en su cláusula sexta lo siguiente:

> **SEXTO:** En virtud de las indemnizaciones acordadas en el presente Convenio, y bajo la condición que ellas se cumplan totalmente, la Sociedad Concesionaria otorga al MOP el más amplio, completo y total finiquito y renuncia a efectuar cualquier reclamación que pudiera haberle correspondido, exclusivamente respecto de las mayores inversiones, costos y gastos asociados a la elaboración de los proyectos y ejecución, conservación, mantenimiento, operación y explotación de las obras adicionales materia de la Resolución DGOP (Exenta) N° 303, de fecha 29 de enero de 2016, sancionada por Decreto Supremo MOP N° 178 de fecha 29 de abril de 2016.

5.2.2 Segunda modificación de plazo

El Ministerio indica que por carta SCRDL-IF-4183/17 de 09/06/17 la SC solicitó la ampliación del plazo máximo para la obtención de la PSP, en razón de haber existido razones de fuerza mayor o caso fortuito, referidas a lluvias fuertes e inusuales en la zona durante los días 11 y 13 de mayo de 2017, las que habían impactado gravemente en las obras en ejecución. En dicha carta, la SC señala que *"... no existe ninguna responsabilidad de la SC o del MOP, por lo que no corresponden indemnizaciones o compensaciones referidas exclusivamente a dicho aumento de plazo".*

El MOP indica que frente a ello el IF remite al Director General de Obras Públicas (DGOP)[10] la solicitud de la SC, manifestando que si bien ocurrió el evento climatológico descrito en la carta, éste no presentaría las características de caso fortuito o fuerza mayor que permitiesen ampliar el plazo de la PSP, y agrega que los daños que se habrían producido en las obras suponen reparaciones que no debieran impactar el plazo de ejecución vigente, y que la causa de éstos no serían producto del evento climático, sino que obedecerían a la forma en que la SC ha ejecutado las obras. Atendido lo anterior, el IF recomienda no acceder a lo solicitado por la SC.

Luego, el MOP señala que verificó caso a caso las afectaciones a las obras producto de las lluvias antes indicadas, en relación con el programa de ejecución de obras, sobre la base de lo cual el IF concluyó que las obras no podían estar totalmente terminadas dentro de plazo. Además, puntualiza que se declaró como zona afectada por catástrofe a las regiones de Atacama y Coquimbo mediante Decreto Supremo N°716 de 2017 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Por tanto, el IF por Ordinario N°7224 DGOP 0043, de 07/03/18, reconsidera su opinión, señalando que es pertinente considerar los daños producidos en las obras por las citadas lluvias, como causados por fuerza mayor y,

[8] Indica que, de no ser por esta modificación del contrato, se habría configurado una causal de incumplimiento grave en los términos establecidos en el art. 11.1.5.1 letra b) de las BALI.
[9] Aprobado por Decreto Supremo MOP N°94 de 17/08/17.
[10] Por Ordinario N°6128 DGOP 0038, de 29/06/17.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

teniendo a la vista todos los antecedentes y afectaciones, dimensiona un requerimiento de plazo de 112 días.

Así, mediante Resolución DGOP (E) N°903 de 07/03/18 se autorizó la ampliación del plazo máximo para dicho hito en 112 días, quedando como nueva fecha para su obtención el 08/07/18, disponiéndose además que el aumento de plazo autorizado se origina en un caso fortuito o fuerza mayor, *"respecto del cual no le cabe ninguna responsabilidad ni a la Concesionaria ni al MOP, por ende no corresponde el pago de indemnizaciones ni compensaciones por este concepto, según lo ratifica expresamente, la Sociedad Concesionaria en carta SCRDL-IF4183/17, de fecha 09 de junio de 2017, que forma parte de esta Resolución."*

5.2.3 Razones para rechazar la primera controversia

a) Duración de la etapa de explotación

El MOP indica que la etapa de explotación comienza con la autorización de la PSP y termina conjuntamente con la concesión. Así, por regla general, en los contratos de concesión no se establece un plazo de duración de la etapa de explotación, como sí ocurre respecto de la etapa de construcción y de la concesión, por lo que la extensión de la etapa de explotación quedará delimitada por la autorización de la PSP y por el término de la concesión, sea por cumplimiento del plazo variable, plazo máximo de la concesión o bien por la extinción anticipada. Por ello, de producirse un atraso en el término de la construcción que consecuencialmente afecte la duración de la fase de explotación, el contrato establece que la SC sólo tendrá derecho a pedir una indemnización, lo que incluye aumento de plazo de la concesión, cuando ese atraso sea imputable al Fisco (artículo 22 N°2 de la Ley de Concesiones).

b) Distribución del riesgo del contrato de concesión

El MOP sostiene que en la etapa de construcción la titularidad del riesgo queda radicada en la Concesionaria, por expresa disposición legal, contenida en el artículo 22 N°2 de la Ley de Concesiones, destacando que esta norma señala que *"...el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irrogue el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieran las bases de licitación".*

El MOP argumenta que las BALI de este contrato no regulan pago ni compensación económica alguna por parte del Fisco, considerando solamente la posibilidad que la SC solicite la prórroga del plazo máximo de la etapa de construcción y de los plazos máximos para cumplir los hitos de avance de las obras, según los términos y exigencias establecidas en los artículos 8.3.4.4 y 8.3.4.3 de las BALI y el artículo 52 N°2 del Reglamento de la Ley de Concesiones.

Añade que el propio artículo 22 citado, en su número 3, regula una segunda excepción al riesgo durante la etapa de construcción, disponiendo que si los retrasos de la Concesionaria son imputables al Fisco ésta gozará de un aumento del plazo de la construcción igual al periodo de entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan. También cita el artículo 6.2.4 de las BALI, que regula la compensación por los atrasos en la entrega de los terrenos por parte del MOP, estableciendo únicamente un aumento en el plazo de construcción y de PSP, igual al tiempo de atraso efectivo.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Por ende, el MOP señala que considerando que la SC es una experta en esta clase de contratos, es dable sostener que previo a presentar la solicitud de ampliación de plazo, evaluó y valorizó los distintos escenarios que enfrentaba ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, los cuales serían, de acuerdo al MOP, los siguientes:

i. Hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta la total terminación de las obras;
ii. No efectuar inversiones adicionales, asumiendo las consecuencias del incumplimiento de los plazos, pagando las multas respectivas, y que en este caso ascienden a un rango entre UTM 450 y UTM 550, por cada día o fracción de día de atraso;
iii. Solicitar ampliación del plazo máximo para la obtención de la PSP y de esta manera no verse obligada a efectuar cuantos desembolsos fueren necesarios, ni a pagar multas, aun cuando "y a título consecuencial" se postergue el inicio de la explotación y con ello su duración.

Por ello, el MOP argumenta que la SC sabía que, si se acogía su requerimiento de junio de 2017, la extensión de la etapa de explotación se vería reducida. Añade que es importante, en relación a las obras adicionales, hacer presente que de conformidad a lo establecido en los artículos 19 inciso 3° de la Ley de Concesiones y 69 de su Reglamento, las partes ya suscribieron el Convenio Ad Referéndum en el cual valorizaron los perjuicios y establecieron los mecanismos de compensación derivados de la modificación, resultando contrario al principio de buena fe que la SC habiéndose beneficiado directamente del aumento de los plazos para la construcción de las obras que evidenciaban un gran retraso, y habiendo negociado las indemnizaciones respectivas de forma extensa, haya ocultado esta pretensión de aumento de plazo de la concesión, para alegarla después de que el MOP le otorgó diversas concesiones en el entendido de que no existían otras materias.

c) Equilibrio económico del contrato

El MOP arguye que lo que pretende la SC es asegurarse a todo evento una determinada utilidad, por la vía de modificar ilícitamente el contrato, para traspasar al MOP un riesgo que, según el contrato, es de su cargo. Asimismo, se refiere a la fuerza obligatoria de los contratos, agregando que detrás de cada contrato bilateral y oneroso, existe una operación económica, donde cada una de las partes se obligó y asumió determinados riesgos que podía prever, con la expectativa de que el cumplimiento de las obligaciones le genere una ganancia. Si esa ganancia en definitiva no se concreta, la pérdida debe ser soportada por la parte que la sufre, sin que pueda modificar el contrato, porque los contratos deben cumplirse.

En ese sentido, señala que dado que contrato de concesión de obra pública es de tracto sucesivo, implica cuantiosas inversiones, y después de terminada la construcción requiere que el concesionario preste un servicio público por un plazo largo, la tensión entre la fuerza obligatoria del contrato y la adaptación del mismo a las circunstancias imprevistas para permitir que se continúe prestando el servicio, se vuelve relevante. Por ello la Ley de Concesiones en reiteradas ocasiones hace referencia al "régimen económico de la concesión". No obstante, el MOP indica que perseverar el equilibrio económico del contrato no consiste en otorgar en favor del concesionario un negocio sin riesgos y una utilidad garantizada -salvo el caso excepcional del Ingreso Mínimo Garantizado (IMG)-,

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

sino que consiste en distribuir los riesgos entre las partes, cuestión que justamente constituye una de las funciones económicas de los contratos.

5.3. SEGUNDA CONTROVERSIA: COSTOS DE LOS CAMBIOS DE SERVICIOS NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE EN EL ESTUDIO REFERENCIAL

El Ministerio indica que el ER en el apartado "Aspectos generales y prevenciones acerca del estudio", señala expresamente que *"Estos antecedentes constituyen sólo una base de análisis que el licitante deberá revisar, actualizar y corregir para la elaboración de su oferta y, luego, para el desarrollo del proyecto de ingeniería definitiva".*

A continuación, el MOP analiza cada uno de los cambios de servicios que la SC alega que no habrían sido considerados:

1. *Minera Teck*

El MOP señala que no es efectivo que no estuviera considerado. El ER en su capítulo 1, "Mejoramientos", correspondiente al Tramo 1, sección 1.8 Servicios, tópico 1.8.2 agua potable, señala:

> Además, actualmente se encuentra en construcción el emplazamiento de una tubería correspondiente a un acero de 22 ", perteneciente a la minera Carmen. Esta tubería se emplaza paralela a la línea férrea y se proyecta hacer el atravieso de la Ruta 43 en sentido poniente - oriente en el Dm 62.000 aproximadamente, a través de un refuerzo con una tubería de mayor diámetro la que se instalará mediante el hincado de ésta.

Añade que durante el proceso de consultas durante la licitación se solicitó al MOP la entrega de los planos *as built* del servicio en cuestión. Por su parte, destaca que el ER, capítulo 0, "Aspectos Generales", correspondiente al Tramo 2, sección 0.1 Descripción del Tramo, tópico 0.1.1 Situación actual de la ruta, numeral 0.1.1.9 Servicios, indica:

> C.- Tuberías:
>
> En la zona en análisis se encuentra un pozo de agua, que abastece a la Minera el Carmen, la que mediante tuberías realiza su distribución.
>
>
>
> Foto 14: Tubería de agua

2. *Transnet*

El MOP hace presente que el ER, capítulo 1 "Mejoramientos" correspondiente al Tramo 1, sección 1.8 Servicios, señala:

> A lo largo de toda la ruta en estudio, existe postación eléctrica de alta y baja tensión. Esta postación se verá afectada por el emplazamiento de la segunda calzada, por lo tanto se verificará y trasladarán todos aquellos postes que interfieran con el nuevo trazado. Estas postaciones transportan líneas de media y baja tensión.

MARISOL CAMBRIA ROZAS
22 DIC 2019
SECRETARIA ABOGADA

Dicho acápite señala que la empresa propietaria del servicio eléctrico es la Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica (CONAFE S.A.). Asimismo, indica que:

> En el sector de Ruta 43, la empresa tiene postaciones por el borde del camino, en ambos lados de la calzada y en la intersección del By Pass Pan de Azúcar con La Cantera.

Hace presente que la empresa CONAFE S.A. y Transnet pertenecían al grupo CGE, siendo la Compañía General de Electricidad S.A. su controladora directa, agregando que Transnet fue absorbida por CGE a fines del año 2016.

Por su parte, el MOP indica que el ER, capítulo 1 "Mejoramientos", correspondiente al Tramo 2, en el tópico 1.8.1 Tendido eléctrico, nombra torres pertenecientes a Transelec y a CGE. A su vez, en el capítulo 0 "Aspectos Generales", sección 0.1 Descripción del Tramo, tópico 0.1.1 Situación actual de la ruta, numeral 0.1.1.9 Servicios, destaca la existencia de torres de alta tensión *"... para las cuales se deberá verificar la interferencia que produzcan con respecto al camino a proyectar"* y de baja tensión, expresando que *"existen varios sectores con postación de baja tensión, sobre todo en sectores donde existen edificaciones de tipo habitacional, encontradas en el sector"*.

3. *APR Las Cardas, APR Las Barrancas, APR Lagunillas, APR Nueva Vida y APR Pan de Azúcar Atravieso 4*

El MOP hace presente que la ruta en la mayor parte de su trazado se emplaza en sectores no urbanos, sea atravesando o bordeando sectores poblados o comunidades. Así, sostiene que ante la existencia de habitantes en sectores aledaños a la ruta es lógico y previsible al contratar que éstos requieren de agua potable para su subsistencia.

De tal forma, por tratarse de un área no urbana, el servicio básico de agua potable no es provisto por concesionarias de servicios sanitarios, sino que por servicios sanitarios particulares también conocidos como APR[11], cuya administración, operación y conservación de la infraestructura asociada, corresponde a comités o cooperativas. Por ello, el MOP sostiene que basta una simple consulta en los registros de dicha repartición para verificar la existencia o no de APR en un sector determinado.

Agrega que tratándose del servicio APR Pan de Azúcar, éste sí fue individualizado en el ER, de hecho, entre su emplazamiento y el atravieso 4 correspondiente al Tramo 2, solo hay 1,3 km aproximadamente. No obstante, argumenta que independientemente de lo anterior, todas las APR cuestionadas por la SC fueron construidas con anterioridad a la fecha de licitación de la concesión, de manera que a su juicio no existe justificación válida alguna para no considerarlas durante el estudio y elaboración de la oferta, siendo irrelevante que algunas de ellas pudiesen no encontrarse individualizadas de forma expresa en el ER.

Luego, respecto de los 10 servicios restantes que de acuerdo a la SC se encontrarían individualizados en el ER, ésta formula precisiones a 3 de ellos, que el MOP observa y aclara.

[11] Gestionadas por la DOH.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

1. *Aguas del Valle de Andacollo*

El ER consideraba en el Km 61,900 de la Ruta 43 un paso a nivel para cruzar la línea de FFCC, sin embargo, en el anexo 4 de las BALI establecía que la solución a adoptar correspondía a un paso superior sobre la misma línea. Atendido lo anterior, la SC desarrolló un proyecto que modificaba el diseño geométrico del Tramo 2 indicado en el ER. Consultada por el IF del porqué de la modificación, la SC en carta SCRDL-IF-231/14, de 17/03/14, reconoce, en palabras del MOP que:

i. El ER constituye sólo una base de análisis para la elaboración de su oferta y luego, para el desarrollo del PID.
ii. Todos los cambios a los ER que tengan por causa u objeto adecuarse a las exigencias establecidas en las BALI, serán consideradas, para todos los efectos legales y contractuales, como ajustes técnicos propios de la adaptación de los estudios referenciales al nivel de PID, y que tales ajustes técnicos no podrán ser considerados como modificaciones aun cuando signifiquen mayores desembolsos, no teniendo la SC derecho a compensación o indemnización alguna.
iii. El ajuste técnico al cruce de FFCC, obligó a ajustar el trazado geométrico al comienzo del Tramo 2, toda vez que había que realizar el terraplén de entrada y salida a la estructura. Consecuentemente se redefinieron los Dm de término del Tramo 1 e inicio del Tramo 2, producto de ajustes de trazado en planta y alzado.

En las imágenes que consigna en las páginas 24 y 25 de sus Observaciones, el MOP señala que es posible visualizar los ajustes que la SC efectuó. Con todo, indica que de conformidad con lo establecido en la letra a) del artículo 6.4.1.2 de las BALI, los costos derivados o asociados, directa o indirectamente a los cambios de servicios existentes en áreas no consideradas en los ER y que pasen a formar parte del proyecto con motivo de modificaciones al PID, propuestas por la SC, serán de su entero y total cargo y responsabilidad, excluyéndose del mecanismo de distribución de riesgo establecido en la letra b) de dicho artículo.

2. *APR Recoleta*

El MOP hace presente que a pesar de que este servicio sí se encontraba considerado en el ER, la SC incluye el costo del cambio de servicio en el monto cuya indemnización reclama, argumentando que en el citado estudio se indicaría que no se intervendría.

En este caso particular, el MOP expresa que las obras que afectaron servicios correspondían a la calle de servicio y no a las obras asociadas a la construcción de la segunda calzada. Asimismo, consigna que la información relativa a los servicios que podrían verse afectados con la ejecución del proyecto se obtuvo considerando el trazado y características de la ruta definidas en el anteproyecto contenido en el ER.

De esta manera, indica que, atendido el nivel de desarrollo del ER, los ajustes propios requeridos para desarrollar una ingeniería definitiva a partir de un anteproyecto o bien el efectuar modificaciones al anteproyecto, necesariamente pueden afectar servicios que inicialmente no se encontraban considerados, y ambas situaciones se encuentran expresamente reguladas en las BALI, de modo que corresponde aplicar el contrato. En este sentido, el MOP se pregunta por qué los costos asociados al cambio de servicio Aguas del Valle Andacollo no fueron incluidos en el monto cuya indemnización solicita y sí

MARISOL CHAMORRO KRZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

incluyó los costos por el cambio de servicio APR Recoleta, considerando que en ambos casos nos encontramos frente a ajustes técnicos.

3. *Conafe Fase 1 Pasarela*

El MOP expresa que este servicio sí se encontraba considerado en el ER, en el capítulo 1 "Mejoramientos" correspondiente al Tramo 1, sección 1.8 Servicios, por lo que encontrándose individualizado, se pregunta por qué la SC consideró su costo para efectos de calcular la indemnización que solicita.

En otro orden de consideraciones, el MOP precisa que durante el período julio 2018 – junio 2019 los ingresos de la Concesionara por concepto de recaudación de peajes, ascendieron a la suma de UF 203.381,14. Durante el período julio 2019 – junio 2020 los ingresos por concepto de recaudación de peajes ascendieron a la cantidad de UF 181.892,97. Añade que si bien existió una disminución, ello se debió a situaciones excepcionales, como (i) el estallido social durante los meses de octubre y noviembre de 2019; (ii) actos vandálicos ocurridos a mediados de diciembre de 2019, que afectaron las instalaciones de la plaza de peaje; y (iii) crisis sanitaria producto del brote Covid-19.

5.3.1 Razones para rechazar la segunda controversia

El MOP argumenta que la tesis de la SC parte de la base de que existiría una diferencia sustancial entre lo "proyectado" en el ER y lo ejecutado, en circunstancias que el ER, atendido su nivel de desarrollo, no es suficiente por sí mismo para poder establecer ni cuantitativa, ni cualitativamente, los cambios de servicios que requerirá el proyecto. Por otro lado, en relación a lo señalado por la SC, en orden a que sería imposible de alcanzar el ITC toda vez que el contrato terminaría antes por vencimiento del plazo, el MOP señala que esto es especulación pura, ya que no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza hoy que será imposible alcanzar el ITC en 23 años más. Por lo demás, si ese evento ocurriese en el futuro, es un riesgo que por contrato es de cargo de la SC.

a) *Estricta sujeción a las BALI*

El Ministerio señala que la estricta sujeción a las BALI constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato. Añade que el artículo 1.2 de las BALI en su N°14 define "Cambio de servicios existentes o cambio de servicios", señalando que son aquellos *"...emplazados en el área de concesión y que resultan necesarias para ejecutar las obras del proyecto".*

Añade que según lo dispuesto en el artículo 6.4.1.1 de las BALI, la SC es responsable de proyectar, tramitar, gestionar y ejecutar los cambios de servicio que sea necesario trasladar, alterar, modificar o reponer para la realización de las obras que forman parte de la concesión, mientras que el artículo 6.4.1.2 en su letra a) establece la obligación de la Concesionaria de pagar por cuenta y orden del MOP, cualquiera sea su monto, los cambios de servicios existentes, estableciendo tres situaciones en que serán íntegramente de cargo, costo y responsabilidad de la SC. Finalmente, la letra b) del referido artículo, regula un mecanismo tendiente distribuir entre el MOP y la Concesionaria los riesgos económicos asociados a los costos por cambio de servicios.

Para el MOP, basta una simple lectura de las normas antes citadas para constatar que las responsabilidades y obligaciones de la SC se refieren a los servicios existentes emplazados

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

en el área de concesión[12] y cuya modificación o traslado es necesario para ejecutar las obras del proyecto, ya que en ninguna parte figura la distinción señalada por la SC relativa a una "diferencia sustancial", además siendo irrelevante si han sido individualizados en algún documento en particular, al no haberse establecido distinción alguna respecto a si estaban o no considerados en el ER.

El MOP indica que la SC señala que el mecanismo de distribución de riesgo supuestamente exigiría que se trate de costos de servicios existentes incluidos en el ER. Sobre el particular, dicha Cartera Ministerial señala que durante el proceso licitatorio uno de los licitantes solicitó modificar el artículo relativo a la "operación aritmética", en el sentido de adicionar un párrafo tendiente a garantizarle los ingresos, y de esta manera obviar la distribución de los riesgos establecida en las BALI.

> 55. BALI, Artículo 10.5.1. En el Artículo 10.5.1 de las BALI, relativo a la determinación del plazo de la concesión y la distribución de los riesgos, se solicita que se complemente dicho Artículo con un párrafo final que establezca lo siguiente:
>
> *"El MOP compensará a la Sociedad Concesionaria en caso que no puedan ser efectivas por cumplimiento de plazo máximo las compensaciones por modificaciones de servicios y canales, por impactos acústicos y por sobrecostos ambientales que deban ser imputados a los Ingresos Totales de la Concesión (ITC) de acuerdo con los artículos 6.4, 5.9.8 y 5.9.1. Esta compensación se realizará por la parte no compensada efectivamente por haber ocurrido el cumplimiento de plazo".*
>
> **Respuesta:** Se mantiene lo previsto en las Bases de Licitación.

b) Alcance de los ER

El MOP indica que de conformidad a las BALI, el ER comprende estudios de diversa índole realizados por el MOP, los fueron entregados a los licitantes o grupos licitantes en carácter de referenciales, para que éstos se compenetraran con los anteproyectos de cada especialidad. Al efecto, tales estudios entregados contienen los estándares técnicos mínimos que se deben complementar en la elaboración del diseño de los PID, y así lo indicó la SC en el Documento N°5 "Declaración Jurada de Responsabilidad". Esto fue reiterado en la citada carta SCRDL-IF-231/14, de 17/03/14.

c) La SC renunció a la pretensión contenida en la Discrepancia

El MOP manifiesta que durante la fase precontractual se exige a los licitantes que efectúen manifestaciones y garantías que son determinantes para que el MOP consienta en celebrar el contrato de concesión, y que sin ellas jamás se hubiese adjudicado el contrato. Como parte de ellas, se encuentra el Documento N°5 presentado durante la licitación.

Añade que es un hecho que sí se consultó respecto a la distribución de riesgos por costos de cambio de servicios y su imputación al ITC, la SC aceptó la respuesta como un aspecto del negocio que ha evaluado e incorporado antes de ofertar, renunciando válidamente a presentar cualquier reclamo.

---

[12] Definida en el artículo 1.2 N°8 de las BALI, como *"el área requerida para ejecutar las obras y prestar los servicios definidos en el contrato de concesión, que deberán estar ubicados en bienes nacionales de uso público o fiscales. Se incluye dentro del área de concesión los espacios y terrenos ubicados bajo los puentes y viaductos, y los terrenos entregados por el MOP o adquiridos por la sociedad concesionaria, exceptuando aquellos sectores que contienen faja ferroviaria".*

MARISOL CAMBIASO ROMERO
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

5.3.2 Observaciones a la indemnización solicitada

a) Determinación del monto a compensar

El MOP señala que, si se considera el argumento de no haber sido considerados en el ER para efectos de determinar el monto a compensar, necesariamente deben excluirse las cantidades correspondientes a aquellos servicios existentes que sí están señalados en él, según lo indicado por la propia Concesionaria en su presentación:

Ítem	Identificación	Monto UF
1	APR Recoleta	1.998,68
14	Conafe Fase 1 Pasarelas	13.490,96

También deberían excluirse los costos correspondientes a aquellos cambios de servicios que el MOP señala que estaban considerados en el ER:

Ítem	Identificación	Monto UF
6	Minera Teck	12.859,34
10	APR Pan de Azúcar, atravieso 4	1.582,60
11	Transnet	61.859,64

Añade que son los propios argumentos de la SC los que conllevan necesariamente a descontar de cualquier pretensión, la cantidad de UF 91.791,22, toda vez que sí estaban considerados en el ER.

b) Determinación de los costos de cambios de servicios en la oferta

El MOP recuerda que la SC señala que ella habría considerado en su oferta solamente los costos de los cambios de servicios indicados en el ER, *"por un monto cercano a las IF 180.000"*. No obstante, también señaló en su Discrepancia que el monto máximo habría sido el tope de las UF 120.000 más UF 80.000.

En tales circunstancias, el MOP indica que, si la SC ha reconocido que al momento de elaborar su oferta consideró que el monto a imputar al ITC ascendió a UF 80.000 o, al menos, UF 60.000, se pregunta por qué ahora reclama su pago en efectivo.

c) Ingresos por concepto de peaje

El MOP arguye que en la especie la SC no ha sufrido perjuicio alguno. Si bien durante un año no obtuvo las utilidades esperadas, ese es un riesgo que debe asumir cualquier inversionista, independiente del sector en que participe, pues reclamar hoy el pago de una cantidad argumentando que en 23 años más quizás no alcanzará a obtener, es especulación pura. En ese sentido, el MOP sostiene que no corresponde indemnizar por anticipado las supuestas pérdidas que podría sufrir si el plazo máximo de la concesión se cumple antes de que se cumpla la relación establecida en el artículo 11.1.1 de las BALI, más aún cuando el parámetro empleado para ello corresponde a un año excepcionalísimo.

d) Improcedencia de intereses reclamados

El MOP rechaza esta petición, toda vez que el mecanismo de compensación por los costos de cambios de servicios se encuentra específicamente regulados en las BALI y solo consideran la reajustabilidad asociada a la variación de la UF. De tal forma, el MOP indica que con esto se demuestra que la SC no persigue mantener el equilibrio económico, sino obtener beneficios no considerados en el contrato. Así, cualquier otra pretensión de

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

intereses es contraria al derecho y al principio de enriquecimiento sin causa, ya que de lo contrario se estaría haciendo responsable al MOP del retardo de la SC en accionar en su contra, en circunstancias que ese hecho depende exclusivamente de la voluntad de la SC.

5.4. PETITORIO

En consecuencia, el MOP solicita tener por formuladas sus observaciones a la Discrepancia y considerarlas para rechazarla en todas sus partes.

6. OBSERVACIONES FINALES DE LAS PARTES

6.1. OBSERVACIONES SC RUTA DEL LIMARÍ S.A.

La SC en primer lugar resume el objeto de la Discrepancia y del fundamento de su derecho, para luego observar los principales aspectos que fueron discutidos en la Audiencia Pública.

- Expresa que parte de la argumentación del MOP estaría dada por recalificar los términos precisos de los actos administrativos respectivos, a través de la introducción de matices fácticos que no se encuentran recogidos en los mismos y respecto de los cuales no se ha presentado antecedente alguno.
- Sin perjuicio de ello, la SC señala que la argumentación del MOP en ese respecto no es efectiva, ya que los atrasos que afectaron las obras no se debieron a negligencia o impactos atribuibles a la Concesionaria, sino que respondieron a solicitudes de las propias comunidades que se tradujeron en obras nuevas y/o mayores inversiones que fueron requeridas por el MOP en ejercicio de sus potestades.
- Añade que tanto es así, que como se observa de los documentos que acompaña, la SC se encontraba cumpliendo con los plazos requeridos por las BALI. Lo anterior asimismo se observaría en el Programa de Inversión que demostraría que el avance en la obra resulta exponencial, de lo que se sigue que la SC llegaba a los plazos.
- Asimismo, indica que en el Ordinario N°2305, fue la propia IF la que propuso los tiempos de las obras adicionales que fueron requeridas por la Autoridad.
- Por otro lado, la SC arguye que las cláusulas de finiquito y renuncia en los actos administrativos citados no alcanza o no resultan asimilables a la reclamación presentada, siendo de interpretación restrictiva.
- En relación a la carta SCRDL-1903, la cual se citó durante la Audiencia Pública, hace presente que en ella no efectúa declaración alguna de renuncia y/o finiquito, sino que indica que se renunciará y/o finiquitará, según corresponda, en el Convenio Ad Referéndum respectivo. Argumenta que lo anterior, desde una perspectiva jurídica, constituye un ofrecimiento que, en la especie, simplemente no fue aceptado, al no verse reflejado en el acuerdo respectivo y, por lo tanto, caducó. Por otro lado, el acuerdo que consta en el citado Convenio excluye reclamaciones como la presentada.

Ahora bien, en relación a los cambios de servicios, la SC señala que solicita la recomposición de la relación entre las partes para efectos del restablecimiento de las condiciones jurídico-patrimoniales existentes al momento de la contratación. Al respecto, sostiene que:

MARISOL CA[illegible] RUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

- Los antecedentes presentados por el MOP en su exposición no se encontraban disponibles a la fecha de la Licitación, en lo relativo a imágenes de mapas que darían cuenta de la entidad de las labores. Así, indica que dicha información insertada por el MOP fue puesta a disposición del público casi tres años después de la licitación.
- De lo anterior concluye que la única parte que tenía razonable acceso a la referida información era el propio MOP que, por alguna razón, habría fallado en ponerla a disposición de los diversos licitantes. Así, señala que el Ministerio lo estaría haciendo responsable por información con la que no podía razonablemente contar sin la asistencia del Estado, lo que supone una inversión de las cargas que resultan inherentes a las partes para efectos de salvar los obstáculos de la asimetría de información existente en estos procesos.
- Agrega que incluso de entender que la SC se encontraba obligada a suponer la magnitud de los cambios, dicha lógica solo resulta aplicable a una parte de estos más no a la totalidad que en definitiva fue exigida. Expresa que ha acreditado durante el proceso que el exceso respecto de lo contenido en los ER es de más de un 100%. Así, no resultaría hacerla responsable en cuanto excede el "margen de error" que resulta razonable en proyectos de esta naturaleza. Ello, a juicio de la SC, implica una inaceptable ruptura del equilibrio económico.
- Adicionalmente argumenta la SC que incluso de sostenerse la interpretación estricta y restrictiva que el MOP expuso, procede interpretar las BALI conforme a su tenor literal, en cuyo caso quedan fuera los cambios de servicios relativos a los APR (agua potable rural), que en el presente caso corresponden a UF 93.288. Lo anterior, por cuanto las obras de agua potable rural no corresponden a cambios de servicios, en los términos regulados por las BALI.

Finalmente, se deja constancia que la SC acompañó los documentos requeridos por el Panel mediante resolución de fecha 01/10/20.

6.2. OBSERVACIONES MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

El Ministerio de Obras Públicas en primer lugar reseña los antecedentes de la concesión y resume los argumentos planteados en sus observaciones a la Discrepancia.

Luego, en relación al aumento de plazo solicitado por la SC, el MOP señala que durante la AP ésta no refutó el hecho de que fue ella quien solicitó el aumento de los plazos de construcción con respecto a la primera modificación, y en lo referido a la segunda modificación, el Ministerio señala que también se debió a un requerimiento expreso de la Concesionaria que tuvo como fundamento un caso fortuito o fuerza mayor, por lo cual obviamente no es un hecho imputable al MOP. Añade que el Panel ya ha resuelto que la diferencia entre el VPI y el ITC al final de la concesión es riesgo de la Concesionaria, recomendando aumentar el plazo de la Concesión única y exclusivamente porque se estimó que los atrasos en la construcción que motivaron el aumento de plazo eran imputables al Fisco[13], situación que no se cumple en este caso.

Asimismo, el MOP argumenta que la intangibilidad del contrato impide modificar la distribución de riesgo acordada por las partes, al ser ley para los contratantes, de conformidad al principio de fuerza obligatoria de los contratos. Así, la distribución del

[13] Recomendación en Discrepancia D02-2019-2.

39
MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

riesgo en este contrato de concesión está determinada por la Ley de Concesiones, su Reglamento y las BALI, pero la SC pretendería desconocerla bajo una supuesta ruptura del equilibrio económico, esperando se le garantice una ganancia esperada, y una mera expectativa que no constituye derecho. El MOP expresa adicionalmente que el equilibrio económico del contrato no consiste en liberar a la SC de todos los riesgos de su negocio en el evento de que se concreten, sino que de respetar la distribución de riesgos acordada y en virtud de eso, el riesgo de que una vez cumplido el plazo máximo de la concesión en el año 2043 exista una diferencia entre el VPI y el ITC, está radicado en el patrimonio de la SC.

Adicionalmente arguye que la SC ya acordó con el MOP las indemnizaciones derivadas de las modificaciones de plazo, reiterando en síntesis la cronología referida a la modificación efectuada por Resolución DGOP (E) N°303, de 2016, donde la SC renunció a efectuar cualquier reclamación, incluyendo *"... su impacto en los plazos en la Etapa de Construcción".* Por su parte, respecto a la modificación por fuerza mayor dispuesta en Resolución DGOP (E) N°903, de 2018, el MOP señala que fue la SC quien expresamente solicitó la ampliación, reconociendo y declarando que producto del aumento de plazo generado por un caso fortuito o fuerza mayor, no corresponde el pago de indemnización o compensación alguna.

Ahora bien, respecto al reclamo referido a los costos por cambios de servicios, el MOP sostiene que la SC renunció a reclamar por omisiones o errores en el ER en el Documento N°5, además de establecer las BALI la obligación de realizar un estudio exhaustivo de todos los documentos entregados por el MOP y de obtener la información complementaria necesaria, sea que la obtuviese en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes, debiendo además visitar e inspeccionar los terrenos en los cuales se ejecutaría el proyecto. A lo anterior, añade que la SC tenía la posibilidad de haber ofertado sobre la base de Anteproyectos Alternativos desarrollados por ella, pero de forma libre e informada, decidió hacer suyos los ER con lo cual pasaron a formar parte íntegra de su oferta.

El MOP manifiesta que es dable aclarar que la renuncia fue una renuncia específica, acotada a las omisiones, errores, contradicciones o ambigüedades del ER. Considerando que el único fundamento que sustenta este reclamo sería que determinados servicios existentes no habrían estado identificados de una manera expresa y detallada en los ER y que la SC renunció expresamente a reclamar los eventuales perjuicios derivados de errores u omisiones de los ER, esta Discrepancia debe ser rechazada.

Añade que en dicho Documento N°5, la SC afirmó haber verificado la existencia de todos los servicios húmedos y no húmedos que podrían interferir con las obras, lo que fue determinante para que su oferta técnica fuera declarada admisible. A mayor abundamiento, expresa que durante la AP, en sus diapositivas 36 a 38, la SC trataría de hacer creer que la información contenida en el ER perteneciente al servicio húmedo de la "Minera Teck" correspondería única y exclusivamente al emplazado en el Km 61,900 del Tramo 1 en que se proyectaba el cruce de FFCC, en circunstancias que la interferencia se produciría en el Tramo 2. Para el MOP, no estamos frente a un "alcance de nombre" como sostuvo la SC en la AP, sino que se trata de una negligencia porque este servicio sí figuraba en el ER, de modo que nada corresponde indemnizar, ya que si en el ER del Tramo 2 se

MARISOL CÁRDENAS KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

exhibe una fotografía en que se muestra a simple vista la existencia de un servicio húmedo, era obligación de la SC en su calidad de licitante verificar su presencia.

Por otro lado, recuerda que la SC alegó en la AP que el servicio existente correspondiente a las líneas de alta tensión pertenecientes a la empresa Transnet no habrían sido considerado en el ER, lo que no se ajustaría a la realidad ya que se menciona en el tópico 1.8.1 del ER Tramo 1. Respecto del Tramo 2, el ER en su capítulo 1 "Mejoramiento", tópico 1.8.1, numeral 1.8.1.2 denominado "Torres de Alta Tensión", también lo menciona. Añade que el ER si cita de manera expresa la existencia de torres de alta tensión, correspondientes a líneas de transmisión debidamente individualizadas, lo mínimo que se puede esperar de un licitante diligente es que verifique en terreno y con las empresas de servicios respectivas, la existencia de tales servicios y las eventuales interferencias que podrían generarse durante la construcción de las obras.

Asimismo, el MOP sostiene nuevamente que la intangibilidad del contrato impide modificar la forma en que se reguló el pago por concepto de cambios de servicios. De esta manera, al encontrarse clara y expresamente regulado en las BALI (contrato) la distribución de riesgo por concepto de cambios de servicios, deberá estarse a lo establecido en ellas (lo pactado en el contrato). Concluye que la distribución de riesgos establecida en la letra b) del artículo 6.4.1.2 de las BALI aplica para todos los cambios de servicios sin distinguir si se encontraban o no indicados en el ER[14], y que las BALI jamás han establecido un monto máximo o tope por concepto de costos de cambios de servicios.

Por otro lado, el MOP asegura que los APR son servicios existentes respecto de los cuales se les aplica íntegramente la regulación de cambios de servicios establecida en el contrato, correspondiendo a servicios existentes húmedos de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2 N°103 de las BALI, que reconoce expresamente entre aquellos a las redes de agua potable, sin distinguir quien es el proveedor del servicio.

Finalmente, el Ministerio se refiere al procedimiento reglado en el artículo 6.4.1.2 de las BALI, debiendo la SC antes de efectuar los pagos, someter a la aprobación del IF los montos asociados, para lo cual debe presentar los planos de ingeniería de detalle de los cambios de servicios existentes, memorias, especificaciones técnicas, presupuesto y cubicaciones detalladas, desglosado por cada ítem, así como cualquier otra información que el IF solicite[15].

Añade que, de los 17 cambios de servicios reclamados en la Discrepancia, 16 cuentan con el respectivo presupuesto aprobado por el IF. El único cambio de servicio cuyo presupuesto ni siquiera ha sido presentado y, por ende, no está aprobado, corresponde al servicio húmedo (SH-T2-04) Impulsión Andacollo de la compañía Sanitaria Aguas del Valle. Agrega que, si bien la SC señaló que consideraba un monto máximo referencial a la espera del cierre del presupuesto, omitió indicar que su calificación es cuestionable, por cuanto algunas de las instalaciones no se encontrarían emplazadas en el área de concesión.

---

[14] La única excepción a la regla general de distribución de riesgo, está contenida en la letra a) del artículo 6.4.1.2, que establece tres ítems que serán íntegramente de cargo, costo y responsabilidad de la SC.

[15] La Concesionaria deberá llevar una contabilidad separada por cada empresa de todos los gastos y costos directos de todos los cambios de servicios existentes, desagregando todas las partidas involucradas y debiendo indicar, además, a qué cargo se imputó el pago en consideración a la distribución de riegos, lo anterior de conformidad a lo establecido en la letra c) del artículo 6.4.1.2 de las BALI.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Por otro lado, el MOP expresa que de los 16 cambios de servicios existentes que sí poseen un presupuesto aprobado, la SC mediante carta 381-2019-SCRDL-IFE de 27/11/19 hizo entrega de 6 expedientes correspondientes a proyectos de Cambio de Servicios asociados instalaciones de Agua Potable Rural (APR). Agrega que, a mediados de este año, la SC presentó los expedientes correspondientes a los siguientes cambios de servicios:

N°	Código Interno	Empresa de Servicio	Carta Ingreso SC	Fecha
1	SS-T1T2-01	CONAFE (CGE) Fase 1	115-2020-SCRDL-IFE	16.06.2020
2	SS-T2T4-01	CONAFE (CGE) Fase 2	112-2020-SCRDL-IFE	16.06.2020
3	SS-T1-01	TRANSNET	114-2020-SCRDL-IFE	16.06.2020
4	SS-T1T2-02	TELEFONICA CHILE (MOVISTAR)	111-2020-SCRDL-IFE	16.06.2020
5	SH-T2-02	Compañía Minera TECK Carmen de Andacollo	113-2020-SCRDL-IFE	16.06.2020

El Ministerio menciona que estos expedientes están en revisión, luego de haberse detectado diferencias entre el presupuesto aprobado y los antecedentes contables acompañados. A la fecha, se encuentra pendiente por parte de la SC la entrega de 5 expedientes de cambios de servicios que cuentan con presupuesto aprobado.

Finaliza sus observaciones haciendo presente que los costos asociados a los cambios de servicios existentes que superen las UF 120.000 solo podrán ser imputadas al ITC, en la medida que el IF hubiere aprobado el presupuesto y, por ende, autorizado el pago.

7. OBJETO DE LA DISCREPANCIA

Revisadas las presentaciones de las partes, el Panel ha estimado que el objeto de la presente discrepancia es:

> ***"Determinación de una eventual ampliación del plazo máximo de la concesión en 646 días y procedencia de compensar mediante pago directo los cambios de servicios no singularizados en el estudio referencial, excluyéndolos del mecanismo contemplado en el artículo 6.4.1.2 letra b) de las BALI".***

8. ANTECEDENTES TENIDOS A LA VISTA

El Panel Técnico ha tenido a la vista los antecedentes entregados por la SC Ruta del Limarí S.A. en su Discrepancia y el MOP en sus Observaciones, así como los aportados a propósito de la Audiencia Pública y con sus respectivos escritos de observaciones a la AP.

Asimismo, se analizó el marco normativo que rige las Concesiones de Obras Públicas, así como toda la documentación que forma parte del Contrato "Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D-43, Región de Coquimbo".

9. ESQUEMA DE ANÁLISIS Y METODOLOGÍA

El análisis del Panel ha abordado los aspectos particulares que se consignan en el punto 10 de la presente Recomendación, lo cual es sin perjuicio de haber revisado todos los

MARISOL CA... ...ANIC
2 2 DIC 2023
SECRETARIA ABOGADO

antecedentes acompañados por las partes en este procedimiento. En lo sucesivo, solo se hará referencia a los argumentos y antecedentes que han sido invocados por las partes en apoyo a sus alegaciones y que a este Panel le han resultado especialmente relevantes para resolver las materias en discrepancia. En este sentido, los antecedentes no expresamente referidos no modifican las conclusiones alcanzadas por este Panel.

10. ANALISIS DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

10.1. ANTECEDENTES GENERALES

Esta Discrepancia está referida al contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta D-43, Región de Coquimbo", el cual fue adjudicado a la Sociedad Concesionario Ruta del Limarí S.A., mediante Decreto Supremo MOP N°151, de 06/03/13, publicado en el Diario Oficial con fecha 31/05/13, lo que marca su fecha de inicio.

La concesión contempla dos fases sucesivas, la primera de construcción, y la segunda de explotación de la ruta, con un plazo máximo para ambas etapas de 360 meses.

La SC formula dos reclamaciones. La primera dice relación con los efectos consecuenciales de las postergaciones en los plazos para obtener la PSP otorgada por el MOP, una por razones que las partes controvierten, y otra por caso fortuito o fuerza mayor. La SC exige que, como resultado de estas demoras, en el inicio de la fase de explotación, el plazo máximo del contrato se postergue para asegurar el entero de los ingresos proyectados y preservar así su equilibrio económico-financiero.

La segunda reclamación se relaciona con el esquema de distribución de los riesgos generados por los cambios de servicio que se materializaron en la fase de construcción de la carretera. La SC sostiene que los costos en que se incurrió por este concepto superaron con creces lo proyectado o contemplado en el contrato y, por tanto, que el "exceso" debe ser compensado por un mecanismo distinto al dispuesto en las BALI.

Por su parte, el MOP sostiene que las ampliaciones de plazo para obtener la PSP no son de su responsabilidad y que responderían, en un caso, a retrasos en las obras de construcción y, en el otro, a causas fortuitas o de fuerza mayor. Sobre la compensación de los cambios de servicio, el MOP sostiene que las BALI proveen una regla de distribución de los riesgos perfectamente clara que debe ser aplicada sin ninguna otra consideración.

10.2. SOBRE LAS NORMAS GENERALES APLICABLES

De conformidad con el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Concesiones, contenido en el Decreto del MOP N°956, el contrato de concesión está regido por la Ley de Concesiones, el Reglamento de esa Ley de Concesiones, la Ley Orgánica del MOP, el contrato de la concesión, las BALI y sus circulares aclaratorias, la oferta técnica y económica presentada por el adjudicatario, más el decreto de adjudicación respectivo, sin perjuicio de otras normas que puedan ser aplicables.

Sin perjuicio de lo señalado, las normas específicas con incidencia en esta reclamación y, por tanto, que deben estar presentes en el análisis son las siguientes:

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

a) El artículo 22 de la Ley de Concesiones (LC) referido al régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra.

b) El artículo 2.5 de las BALI que regula el inicio y el plazo del contrato.

c) El artículo 4.9 de las BALI que regula las responsabilidades del concesionario como proyectista.

d) El artículo 6.4 de las BALI que regula, entre otras materias, los cambios de los servicios existentes.

e) El artículo 8.1 de las BALI que regula el inicio y plazo máximo de la etapa de construcción.

f) El artículo 8.2 de las BALI que regula la cronología, hitos y fechas relevantes de la etapa de construcción.

g) El artículo 9.1.1 de las BALI que regula el inicio y término de la etapa de explotación.

h) El artículo 10.5 que regula el cálculo del plazo de la concesión y del valor presente de los ingresos obtenidos por la sociedad concesionaria, expresados en UF, (VPI), concepto esencial en este contrato, por tratarse de una concesión a plazo variable.

También es importante tener presente, para efectos de análisis, las referencias que hace la LC en varios artículos al concepto de régimen económico del contrato. En ocasiones anteriores, el PTC ha opinado que este concepto jurídico es equivalente al principio del equilibrio económico financiero del contrato y que éste debe estar presente cuando se analizan reclamaciones y se formulan recomendaciones. Es de interés traer a colación la recomendación D02-2019-1, que efectuó una interpretación armónica del principio del equilibrio económico del contrato con las normas contenidas en el artículo 22 N°3 de la LC y, sobre esa base, formuló una recomendación técnico-económica específica.[16]

En lo que se refiere a los cambios de servicio es importante mencionar lo que establecen las BALI sobre los estudios referenciales. En su artículo 4.9, éstas señalan que: *"Los estudios referenciales entregados por el MOP, contienen los estándares técnicos mínimos que se deben cumplir en la elaboración del diseño de los proyectos de ingeniería de detalle a desarrollar por la sociedad concesionaria. Con todo, el concesionario entiende que los estudios referenciales, en su calidad de meras indicaciones o pautas, en conjunto con las demás cláusulas y normas aplicables a la ingeniería del contrato de concesión y a las reglas del arte que regulan la actividad del diseño de ingeniería son suficientes y concordantes para elaborar y desarrollar el diseño del proyecto definitivo, ejecutar la totalidad de las obras y prestar los servicios cumpliendo con los estándares exigidos, no pudiendo en el futuro, como concesionario o a cualquier otro título, alegar perjuicios, indemnizaciones ni compensaciones por eventuales errores, omisiones o deficiencias existentes en todos ellos, toda vez que una de las obligaciones esenciales del contrato de concesión consiste precisamente en desarrollar y diseñar el proyecto de ingeniería definitiva en condiciones tales que sea suficiente, apto y hábil para ser construido de acuerdo a los estándares técnicos y de servicio exigidos en las presentes Bases de*

[16] Ver PTC, Discrepancia D02-2019-2, "Discrepancia por prórroga del plazo máximo de la Concesión", de 09/05/19.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Licitación". Esta referencia es pertinente para en análisis de lo reclamado por concepto de los cambios de servicios.

10.3. SOBRE LOS CONTRATOS DE PLAZO VARIABLE

El contrato de concesión bajo consideración pertenece a la modalidad de los contratos a plazo variable.[17] A propósito de esta discrepancia, referida a una concesión a plazo variable, resulta relevante formular algunas observaciones sobre esta modalidad de contratación en el ámbito de las concesiones de obras públicas.

Los contratos a plazo variable surgieron en respuesta a la experiencia acumulada por la aplicación de contratos a plazo fijo por largos años. Se buscó con ello superar algunos de los problemas que éstos presentaban, como la recurrencia de renegociaciones y la carencia de un marco objetivo para modificar las condiciones originalmente pactadas[18]. Estos problemas se presentaron no solo en Chile, sino también en otros países[19].

Bajo este mecanismo de plazo variable, en oposición al plazo fijo, la concesión se asigna según el menor valor presente de los ingresos generados en la fase de explotación u operación de la concesión. El principal beneficio de un contrato a plazo variable es que permite a la concesionaria mitigar el riesgo de demanda o tráfico que, en lo fundamental, no gestiona ni controla. En este marco, si la demanda es menor a la esperada, el contrato se alarga automáticamente. Por el contrario, si es mayor a lo proyectado, entonces el plazo de acorta. Se preserva así el equilibrio entre el interés de la comunidad, representada por el Estado, que preferiría una concesión más corta y el interés del concesionario que preferiría un contrato más largo. Bajo este esquema, se facilita la formulación de ofertas y queda acordado de antemano un mecanismo objetivo y expedito para introducir modificaciones al contrato, si fuesen necesarias.

En su versión más pura, los mecanismos de plazo variable no consideran limitaciones para que la concesión se pueda extender. Sin embargo, muchos contratos a plazo variable contemplan al mismo tiempo un plazo máximo, que busca limitar la posibilidad de que el contrato de extienda indefinidamente. Los plazos excesivamente largos tienen una contraindicación: tienden a cerrar el mercado y limitar la competencia. Sin embargo, la existencia de un plazo máximo introduce un riesgo, desde la perspectiva del concesionario, porque el contrato, aunque sea de plazo variable, puede terminar antes que se alcance el nivel de los ingresos ofertados.

---

[17] El contrato a plazo variable se denomina se denomina también contrato dinámico. Al respecto ver: Office of Innovative Program Delivery Federal Highway Administration. U.S. Department of Transportation. "Public–Private Partnership Concessions for Highway Projects: A Primer". Washington, DC. October 2010 FHWA-OIPD-10-005. http://www.fhwa.dot.gov/ipd/.

[18] Ver Eduardo Engel, Ronald Fischer y Alexander Galetovic (1997). "¿Cómo licitar una concesión vial urbana?" Revista Estudios Públicos, CEP, 67, invierno 1997. Una presentación de los mismos autores, en la misma línea de argumentación, pero más reciente, está en Eduardo Engel con Ronald Fischer y Alexander Galetovic. "Concesiones de Carreteras: ¿Volver a plazo fijo o seguir con plazo variable? Presentación en la Comisión de Obras Públicas del Senado. Septiembre 11, 2019.

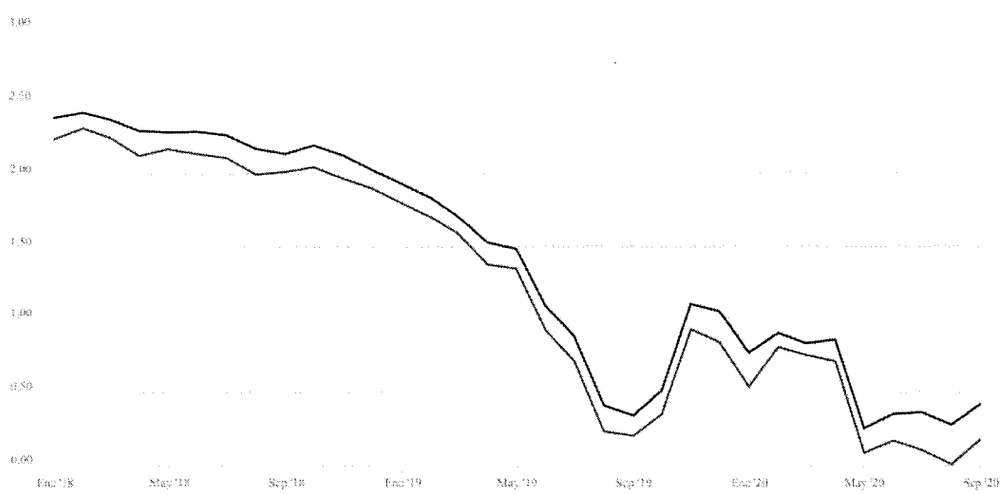
[19] Sobre los problemas de las concesiones en España, ver Eduardo Engel, Ronald Fischer, Alexander Galetovic, y Ginés de Rus. "Colaboración Público-Privada en infraestructuras: Reforma del sistema concesional español de autopistas de peaje". Centro de Economía Aplicada. Ingeniería Industrial. Universidad de Chile. Documento de Trabajo, Serie Economía, N°323. Octubre de 2015.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

La definición del plazo máximo es un asunto clave en cualquier modalidad de contratación y que está bien abordado en la literatura especializada[20]. En un modelo de plazo variable, ello adquiere una especial relevancia porque ambas reglas deben interactuar armónicamente, sin generar desequilibrios en uno u otro sentido.

Sin perjuicio de reconocer sus ventajas relativas, el esquema de plazo variable presenta también algunos problemas. El primero tiene que ver con la tasa de descuento que se aplica para estimar el valor presente de los ingresos. Hasta ahora, la práctica predominante en Chile ha sido la de fijar una tasa de descuento única para todo el período. Esta tasa resulta de sumar una tasa libre de riesgo con un componente que compensa el riesgo asumido por el concesionario. Esta modalidad de tasa de descuento fija introduce cierta rigidez, especialmente si se producen cambios significativos en el nivel de las tasas de interés, como ha ocurrido efectivamente en Chile y otras economías en el curso de los últimos años. Valga mencionar, como ejemplo ilustrativo, que la tasa de interés para los títulos en UF del Banco Central y la Tesorería General de la República, que se asocia con una tasa libre de riesgo, ha variado desde niveles en el rango de 2,0%-2,5% en 2018 hasta niveles por debajo del 0,5% este año. Este movimiento tiene elementos coyunturales, pero responde también a tendencias que se vienen observando en todo el mundo en el curso de las últimas dos décadas.

Tasas de interés mercado secundario, bonos, en UF (porcentaje)



Banco Central de Chile

El segundo problema tiene que ver con los efectos consecuenciales de la etapa de construcción sobre la etapa de explotación. El contrato de concesión de obra pública, por regla general, es uno solo y contempla un plazo máximo que se aplica al conjunto de las dos etapas. En ese contexto, un atraso en la fase de construcción genera automáticamente un efecto en la fase de explotación. Si ello no se corrige, entonces el concesionario se ve forzado a iniciar la fase de explotación, cuando busca recuperar la inversión efectuada, bajo condiciones distintas a las ofertadas al momento de la licitación.

[20] Ver, por ejemplo, Zhang, Xueqing & Abourizk, Simaan. (2011). Determining a reasonable concession period for private sector provision of public works and service. Canadian Journal of Civil Engineering. 33. 622-631.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Las preguntas que surgen son ¿bajo qué circunstancias un atraso en la primera fase debe ser "penalizado" con un acortamiento de la fase de explotación?; y ¿bajo qué circunstancias corresponde un aumento de plazo equivalente en la fase de operación?.

Las preguntas anteriores tienen relevancia en perspectiva de preservar la ecuación económica-financiera del contrato. No es extraño, entonces, que algunos autores hayan sugerido la idea de separar los contratos de construcción y de explotación o, por lo menos, la de fijar plazos separados para cada uno de ellos.[21] Esta fórmula permitiría que los sobrecostos o ampliaciones de plazo durante la fase de construcción se resuelvan al término de ésta. Y, luego, que la fase de explotación se inicie con una ecuación económica-financiera no afectada por lo ocurrido en la fase de construcción.

10.4. SOBRE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO PARA OBTENER LA PSP

10.4.1 Contenido de la reclamación

La SC reclama efectos consecuenciales sobre la etapa de explotación. Lo que solicita no son compensaciones propiamente monetarias, sino una ampliación del plazo de la fase de explotación por un total de 646 días, equivalente a la ampliación otorgada para la fase de construcción. Funda su pretensión en que, al haberse reducido el plazo máximo para la etapa de explotación, la SC corre el riesgo de que el contrato termine, por vencimiento del plazo máximo de la concesión (360 meses), antes que se hubiesen enterado los ingresos equivalentes al ITC ofertado. Por tanto, la ampliación del plazo máximo para la etapa de explotación o, lo que es equivalente, la ampliación del plazo máximo del contrato sería, en su opinión, la única forma de preservar su equilibrio económico.

10.4.2 Naturaleza de los efectos alegados

En la Discrepancia D01-2020-16, el PTC señaló que la literatura especializada distingue tres tipos de costos asociados al requerimiento de una obra adicional en un proyecto de construcción[22]. Si bien el texto hace referencia a una obra adicional, se puede aplicar también a otras circunstancias. La taxonomía sugerida incluye tres grandes categorías de costos:

a) **Los costos directos** que son normalmente los más fáciles de identificar, calcular y asignar a las distintas partes o componentes de la obra. Entre ellos están, por ejemplo, los gastos por concepto de cemento, fierro y mano de obra involucrada en la ejecución de los trabajos.

b) **Los costos indirectos**, que son aquellos que se relacionan con la obra, pero que no se pueden asignar con facilidad a sus distintos componentes o partes. Entre ellos están la remuneración de los supervisores, el arriendo de maquinarias y otros. Es bastante normal que se los asigne como un porcentaje sobre los costos directos.

c) **Los costos consecuenciales**, que son normalmente los más complejos de identificar y calcular porque se refieren a los efectos o impactos en otros componentes de la obra

[21] Ver Sudong Ye and Robert L.K. Tiong. Centre for Advanced Construction Studies, School of Civil and Environmental Engineering, Nanyang Technological University, Singapore. "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects". Construction Management and Economics 21(5):471-482. July, 2003.

[22] Ver PTC, Discrepancia D01-2020-16, "Discrepancia por compensaciones derivadas de aumento de plazo por inversiones adicionales solicitadas por el MOP", 15/05/20.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

en construcción y/o en el proyecto en su conjunto. Efectos o costos consecuenciales serían los derivados de una mayor permanencia en obra, los daños provocados por hechos fortuitos o fuerza mayor, como una lluvia imprevisible que genera socavamientos y destrucción del pavimento ya instalado, los perjuicios ocasionados a los potenciales usuarios de la ruta por atrasos en su puesta en servicio, y el acortamiento de la fase de explotación de la concesión, que es aquella donde se generan los ingresos.

Con este marco de análisis, se puede señalar que esta discrepancia no versa sobre los costos directos o indirectos de las obras adicionales ordenadas por el MOP, ni tampoco se asocia con los efectos provocadas por las lluvias inesperadas que cayeron sobre la región mientras se construía la ruta. Esos efectos o costos no son materia de esta discrepancia. Lo que reclama la SC son los efectos consecuenciales de los hechos que consigna, ocurridos durante la fase de construcción, sobre la fase de explotación de la concesión. Este tipo de efectos consecuenciales han sido reconocidos por el PTC en discrepancias anteriores.[23]

10.4.3 La primera ampliación de plazo (2016)

La SC se refiere a dos ampliaciones de plazo otorgadas para obtener la PSP y lo que reclama son los efectos de estas ampliaciones, no en la fase de construcción, sino en la fase de explotación, que se inicia justamente con la obtención de la PSP.

La primera de estas ampliaciones fue autorizada mediante Resolución DGOP (Ex) N°303 de 2016. Con ello, el plazo para obtener la PSP se extendió en 24 meses a contar de esa fecha. Sin embargo, la ampliación fue de 534 días si consideramos el desplazamiento efectivo que tuvo el plazo máximo para obtener la PSP. En los hechos, la fecha para obtener la PSP se desplazó desde el 30/09/16 al 18/03/18, lo que da ese total de días.

La SC señala que esta ampliación se relaciona directamente con obras adicionales ordenadas por el MOP, las que implicaron postergaciones en el curso de los trabajos. Sobre esa base, sostiene que la responsabilidad por la modificación del plazo es del MOP y por tanto que sus efectos consecuenciales deben ser compensados.

La SC argumenta que no existían atrasos en la ejecución de las obras cuando se autorizó la ampliación de este plazo. Sostiene que los avances en la obra siguen una curva de tipo exponencial, de manera que no resulta procedente extraer conclusiones a partir de un diagnóstico completamente estático en fases iniciales o intermedias de la construcción. La SC afirma que nunca estuvo en incumplimiento de los plazos contemplados en las BALI y, además, que podía concluir las obras en las fechas que estaban establecidas en el contrato. Por tanto, en su opinión, la ampliación del plazo para obtener la PSP obedece única y exclusivamente a las nuevas obras ordenadas por el MOP. En ningún caso, agrega la SC, esa ampliación constituyó un beneficio que se le pueda adjudicar.

El MOP reconoce que instruyó obras adicionales. Sin embargo, sostiene que la ampliación del plazo para obtener la PSP fue solicitada por la SC para cumplir los porcentajes mínimos de avance correspondientes al 50% y 75% de las obras originales. Es decir, se originó por

[23] Ver PTC, Discrepancia D02-2019-2, "Discrepancia por prórroga del plazo máximo de la Concesión", de 09/05/19.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

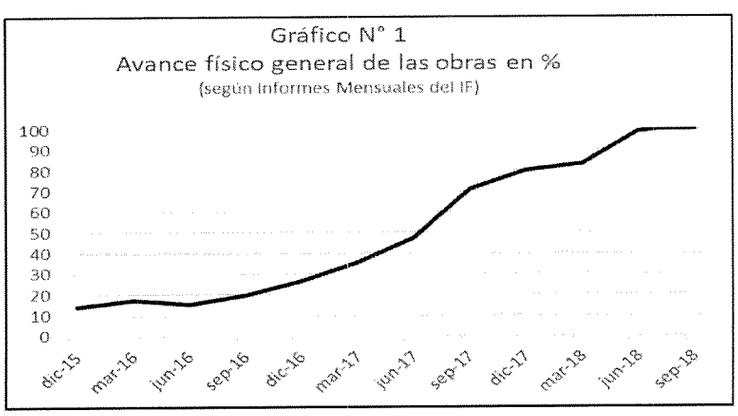
los atrasos que se observaban en las obras cuando se dictó la respectiva resolución. Colige de ello que el acto administrativo benefició a la SC, en la medida que permitió regularizar el cronograma de las obras y previno la aplicación de sanciones administrativas.

De los antecedentes proporcionados por las partes, el PTC extrae las siguientes conclusiones sobre el tema en análisis en este numeral:

a) El MOP ordenó efectivamente obras adicionales. Estos trabajos estaban localizados en el trazado de la ruta y, por tanto, con una alta probabilidad, afectaban el curso constructivo, independiente de que hubiese o no atrasos imputables a la SC a esas alturas. Es cierto que las obras no siempre imponen atrasos para el conjunto de un proyecto de construcción. Ello depende mucho de la naturaleza del proyecto y de las obras adicionales encomendadas. Sin embargo, en la construcción de una ruta, es bastante probable que las obras adicionales produzcan interferencias.

b) Según la Resolución DGOP N°303 de enero de 2016, sancionada luego por el D.S. MOP N°178 de 2016, las obras encomendadas eran 9 y tenían un presupuesto asignado de UF 20.614 para los trabajos de ingeniería y uno de UF 508.171 para la construcción. Son cifras significativas si se tiene presente que el presupuesto oficial de la concesión era de UF 5.100.000. Los plazos para la construcción de estas obras, asignados por el MOP, estuvieron entre 4 y 10 meses, dependiendo de su complejidad. Si se agregan los plazos para los trabajos de ingeniería, que llegaban hasta los 60 días, y los necesarios para tramitar la autorización del IF, entonces, la extensión otorgada por el MOP a la SC de 18 meses parece funcional a las necesidades que surgían de las nuevas obras.

c) Los antecedentes conocidos tienden a avalar la idea de que las obras, en su versión original, registraban atrasos. Los avances informados por el IF en sus Informes Mensuales[24] mostraban progresos moderados al segundo semestre de 2016, cuando se suponía que la PSP debía ser obtenida. Además, los avances fueron acotados durante buena parte del 2017. Según el Informe Mensual de noviembre de 2016, el avance general de las obras llegaba solo al 23,8%. En realidad, la obra avanzó con mayor rapidez recién a partir del segundo semestre de 2017. El Gráfico N°1, construido con datos obtenidos de los Informes Mensuales, muestra visualmente lo señalado precedentemente.



[24] http://www.concesiones.cl/proyectos/Paginas/detalleExplotacion.aspx?item=141

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

d) La SC ha mencionado que el avance de una obra de esta envergadura sigue normalmente una curva de tipo exponencial, dejando entrever o admitiendo con ello que se observaban efectivamente atrasos intermedios, pero sugiriendo, al mismo tiempo, que era posible cumplir con las fechas contempladas en el contrato, si no se hubiesen ordenados obras adicionales. Desafortunadamente, el contrafactual no está disponible para hacer una verificación rigurosa de ello. El gráfico que se presentó anteriormente avala la idea de una curva exponencial en la fase de construcción. Sin embargo, considerando el grado de avance que se observaba hasta 2016, no resulta plausible pensar que se podían cumplir con las fechas comprometidas en el cronograma original, aunque las obras se aceleraran hacia el final de la construcción. La carta N° SCRDL-IF-1903/15 de la SC al IF de fecha 22 de diciembre de 2015 da cuenta del interés de la SC en orden a modificar el cronograma de las obras y conseguir no solo ampliar el plazo para obtener la PSP, sino también regularizar el cumplimiento de ciertos hitos intermedios.

e) El plazo que otorgó el MOP para obtener la PSP se extendió en 24 meses desde la fecha de la autorización y, con ello, el plazo para la fase de construcción se movió en 534 días (de algo menos de 18 meses). Este era un plazo funcional para ambas partes. Lo era para el MOP que había instruido nuevas obras; y lo era para la SC, que registraba atrasos y que requería de un nuevo cronograma para completar las obras.

f) La resolución dictada por el MOP, ampliando el plazo para obtener la PSP, respondió entonces a una evaluación de las circunstancias, donde ambas partes coincidieron en la conveniencia de dicha ampliación de plazo. Resulta razonable suponer, entonces, que esta primera ampliación de plazo se dictó en el interés de ambos contratantes. Por lo tanto, el acuerdo suscrito por ambas partes hace innecesario verificar si efectivamente existían o no atrasos de la SC agregándose además la imposibilidad de medirlos, por lo que el Panel considera que dicho acuerdo refleja la voluntad de las partes de otorgar los plazos de ampliación para la PSP.

g) Las indemnizaciones derivadas de esta ampliación de plazo sobre la fase de construcción ya fueron acordadas por las partes y no están en discusión. Todos los efectos de esa ampliación de plazo sobre la construcción de la ruta, sea por concepto de costos directos, indirectos o por permanencia extendida en obra, quedaron zanjados, cuando las partes, libre y voluntariamente, suscribieron el Convenio Ad Referéndum N°1 fechado el 28 de abril de 2017. Lo que se discute en este caso es una materia distinta: son los efectos consecuenciales de esa ampliación de plazo sobre la fase de explotación del contrato. Volveremos sobre ello más adelante.

10.4.4 La segunda ampliación de plazo (2018)

La segunda ampliación de plazo fue autorizada mediante la Resolución DGOP (Ex) N°903 de fecha 07/03/18, la que dispuso un plazo adicional de 112 días para obtener la PSP. Esta postergación fue el resultado del acuerdo entre las partes frente a fuertes lluvias que afectaron a la región y forzaron a paralizar las faenas. Se trataría, indiscutiblemente, del efecto de una causa fortuita o de fuerza mayor, que no es responsabilidad de ninguno de los contratantes.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

El MOP sostiene que, como la causa de la paralización no le es imputable, no correspondería ninguna compensación adicional o consecuencial por este concepto. Es importante dejar en claro, una vez más, que la reclamación de la SC no está referida a los sobrecostos que pudo originar la lluvia sobre la fase de construcción, sino a los efectos de una ampliación de plazo sobre la fase de explotación.

Con esta segunda ampliación, el desplazamiento acumulado para la obtención de la PSP alcanzó a los 646 días. La fecha máxima para su obtención quedó fijada para el 08/07/18. Con ello, el plazo para la fase de construcción aumentó en 18 meses y, consecuentemente, el plazo para la fase de explotación se redujo en ese mismo lapso.

Con respecto a este aumento de plazo, las partes formalmente han reconocido que se trató de un caso fortuito o fuerza mayor y así lo han calificado en el resuelvo N°2 de la Resolución DGOP N°903. De acuerdo con el artículo 45 del Código Civil y del numeral 50 del artículo 1.2. de las BALI, se trata de un imprevisto imposible de resistir y libera a la parte obligada de cumplir con su obligación en el tiempo y la forma prevista. Sin embargo, también es posible que las partes, por acuerdo contractual, modifiquen el efecto previsto en la ley y establezcan que en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor no se libere de responsabilidad o incluso se asuma responsabilidad por estos hechos imprevistos.

En el caso que nos ocupa, precisamente el artículo 22 N°2 de la Ley de Concesiones es claro en señalar que el riesgo del caso fortuito o fuerza mayor le corresponde a la SC, lo que también corrobora el numeral 1 del artículo 3.7 de las BALI y en particular el numeral 2, que señala que es responsabilidad de la SC, *"construir las obras de acuerdo a las normas, especificaciones técnicas y plazos establecidos en estas Bases, en especial en su artículo 8 y artículos subordinados y en los proyectos de ingeniería definitiva, a su entero cargo y costo, hasta su total terminación, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos para ello, ya procedan de caso fortuito o fuerza mayor"*.

Por su parte el artículo 5.4.1 de las BALI son explícitas en orden a señalar que *"todos los riesgos que se deriven de caso fortuito o fuerza mayor, sobrecosto por causa de condiciones geológicas, geográficas o geognósticas no previstas, hechos de la naturaleza o del hombre o cualquier otro imprevisto que dificulte o encarezca la ejecución de la obra contratada, son de cargo, costo, riesgo y responsabilidad exclusiva de la sociedad concesionaria"*.

No obstante lo indicado, también las BALI, en el artículo 8.3.4.3, regulan que puedan prorrogarse los plazos para los hitos obligados y en el artículo 8.3.4.4 las posibles prórrogas por fuerza mayor en la etapa de construcción. Fueron precisamente dichas normas las invocadas por la autoridad para aumentar el plazo para la construcción y obtención de la PSP.

En consecuencia, la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor producido por las lluvias señaladas fue reconocida por el MOP, concediéndole a la SC un mayor plazo para obtener la PSP, liberándola con ello de su responsabilidad en relación al cumplimiento de dicho plazo. No obstante lo anterior, el riesgo del caso fortuito en la etapa de construcción concierne contractualmente a la SC y no al MOP, de manera que no corresponde que los efectos de dicha exoneración sean trasladados a la etapa de explotación. Ello no solo vulneraría el texto expreso de la ley y de las BALI, sino que contravendría el principio del equilibrio económico-financiero del contrato, por cuanto dicho principio rige no sólo para

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

la SC sino también para el MOP. Este último, en caso de ampliarse el plazo de la concesión, vería afectado su patrimonio desde que no podría explotar o relicitar el activo en el plazo previsto en el contrato, y así sería el MOP quien se estaría haciendo cargo de los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor.

A continuación, se revisarán los efectos de la ampliación del plazo de la etapa de construcción conforme la responsabilidad de cada parte.

10.4.5 Contenido y alcances del artículo 22 N°3 de la LC

El PTC se ha referido en ocasiones anteriores a las normas de la LC que regulan los atrasos en la fase de construcción. Esas normas están contenidas en el Capítulo IV de dicho cuerpo legal, que lleva por título *"Derechos y obligaciones del concesionario"* y, particularmente, el artículo 22 que se inicia con el enunciado *"El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente"*, pasando luego a explicitar cinco numerales que describen los detalles de este régimen[25].

El tercer numeral del artículo 22 señala que *"3.- Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan".*

La norma en análisis se refiere a la fase de construcción, que es el período en el cual se producen principalmente los atrasos. Sin embargo, en este caso, los atrasos en esa fase tienen implicancias no solo sobre el período de construcción, sino también para el período de explotación que viene a continuación. Según las BALI, el período de explotación se inicia con la PSP y se extiende hasta que se gatilla algunas de causales de término del contrato, sea por cumplimiento del plazo máximo o por cumplimiento de la regla de generación de ingresos. Al postergarse la obtención de la PSP, consecuencialmente se acorta el período de explotación, considerando que el contrato contempla para ambas etapas un máximo de 360 meses.

Consecuente con ello, el PTC ha señalado que, si bien el artículo 22 N°3 regula los atrasos imputables al MOP, durante la fase de construcción, los efectos de estos hechos no se circunscriben necesariamente a esa etapa, sino que también pueden producirse durante la etapa de explotación. Por tanto, los aumentos de plazos y compensaciones a que se refiere la norma no se aplican exclusivamente a la etapa de construcción, aun cuando las causas que lo originen se produzcan en dicha etapa.

Esta interpretación que ha efectuado el PTC se funda en una aplicación armónica del artículo 22 N°3 con el principio del equilibrio económico financiero del contrato, pero supone siempre que el atraso en la fase de construcción sea imputable al MOP.

Por cierto, si los atrasos son imputables a la SC, no corresponde ningún tipo de compensación, ni en la fase de construcción ni tampoco en la de explotación. Se supone normalmente que los riesgos de construcción, incluidos entre ellos los asociados al cumplimiento de plazos, son propios de la SC. No correspondería que esos riesgos, evaluados y asumidos por esta última, sean traspasados posteriormente al mandante.

[25] Ver Panel Técnico de Concesiones, Discrepancia D02-2019-2 de fecha 22/05/19.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

El Cuadro N°1 presenta los distintos escenarios que pueden identificar para efectos de este análisis. Se trata de un cuadro de doble entrada que presenta, por un lado, la causa de los atrasos, distinguiendo si es responsabilidad del MOP, de la SC o de ninguno de ellos. Por otro lado, presenta los efectos, distinguiendo si éstos se producen en la fase de construcción o en la fase de explotación. Esto da origen a seis posibles combinaciones. En cada cuadrante se señala si corresponde o no una compensación para la SC y se consigna, además, el fundamento normativo o conceptual que sustenta esa recomendación (artículo 22 N°3 y/o principio del equilibrio del contrato).

Pues bien, varios de los cuadrantes ya han sido objeto de análisis. Si la responsabilidad en los atrasos es del MOP, entonces es claro que tanto los efectos directos como los consecuenciales deben ser compensados. También es claro que, si los atrasos son imputables a la SC, no correspondería ninguna compensación, en ninguna de las dos fases contempladas por la concesión.

En este caso, los atrasos están asociados a acciones u omisiones de ambas partes, lo que torna más complejo el análisis. Sin embargo, como se ha señalado, las nuevas obras ordenadas por el MOP tuvieron una magnitud y un presupuesto que resulta funcional o coherente con el plazo adicional otorgado. Por ello, el PTC considera que corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 22 N°3 de la LC, en armonía con el principio del equilibrio económico del contrato.

Procedencia de un reclamo por efectos consecuenciales originados en atrasos durante la fase de construcción		
Imputación de los atrasos	Por efectos producidos en la misma fase de construcción	Por efectos consecuenciales producidos en la fase de explotación
MOP	SI (i)	Si (ii)
SC	NO (i)	NO (i)
AMBOS (MOP y SC)	ANALISIS CASO A CASO	ANALISIS CASO A CASO
(i) Por aplicación del Art. 22 N°3 (ii) Por aplicación armónica del Art. 22 N°3 de la LC y del principio del equilibrio económico financiero de los contratos administrativos.		

Cuadro N°1

10.4.6 El régimen económico del contrato

La Ley de Concesiones utiliza el concepto de régimen económico, pero lo debemos entender como equivalente al de equilibrio económico-financiero, reconocido en la literatura. Este principio, como lo sostienen diversos autores, debe estar presente durante toda la vigencia del contrato[26]. Por ello, la ecuación económica-financiera debe

[26] Entre otros, Juan Eduardo Figueroa y María Illanes, "Notas sobre la ecuación económica financiera del contrato de concesiones de obra pública en Chile", en Cuadernos de Extensión Jurídica N° 31, 2018, U Andes, pp. 41 y ss. Agregan estos autores: *"... todo contrato bilateral y conmutativo se estructura sobre la base de una ecuación obligacional, donde la equivalencia de las prestaciones ha sido determinada por las mismas partes en el propio contrato, como resultado del consenso entre sus participantes. Cuando estos contratos se pactan y desarrollan a largo plazo, la ecuación sigue estando presente durante todo el tiempo que dure la concesión...".* También, Dolores Rufián "Manual de Concesiones de Obras Públicas", segunda edición, 2018, pp 282 y ss. Agrega: *"...el cumplimiento del contrato por parte del Estado exige mantener durante todo el plazo de la concesión la vigencia de los elementos con los que contrató".*

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
2 2 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

manifestarse no sólo en la etapa de formación del contrato, sino también durante su ejecución y se extiende tanto a la etapa de construcción como a la de explotación.

En este caso, el régimen económico está definido por varias cláusulas contenidas en el decreto de adjudicación y en las BALI. Un componente esencial, por ejemplo, es la oferta económica de adjudicación y, particularmente, el ITC ofrecido por la SC durante el proceso de licitación.

En lo que se refiere a los términos y condiciones que rigen para la fase de explotación, merecen atención dos cláusulas:

a) La primera es el plazo contemplado para esta fase de la concesión. Originalmente este plazo era de 320 meses. En realidad, las BALI no explicitaban un plazo para esta fase, pero ello se deducía, en forma muy simple tomando el plazo total del contrato (para ambas fases), que era y sigue siendo de 360 meses, y restando el plazo máximo consignado para obtener la PSP, que era originalmente de 40 meses.[27] Se colige de ello, inequívocamente, que el plazo máximo para la fase de explotación era de 320 meses. Esta es una definición implícita y relevante. Las BALI señalan con claridad que la PSP marca el inicio de la explotación de la concesión. Pues bien, como resultado de la ampliación del plazo para obtener la PSP, la extensión de las dos etapas de la concesión fue modificada. En efecto, la fase de construcción se alargó en 646 días (en más de 21 meses) y, consiguientemente, el plazo de la fase de explotación se acortó en esos mismos 646 días.

b) La segunda cláusula es la que define el cómputo de los ingresos que se generan en la fase de explotación y que, eventualmente, puede gatillar el término anticipado del contrato. Esta regla, que es un componente esencial del contrato, define a esta concesión como una de plazo variable. Descrita en el artículo 10.5.1. de las BALI, esta cláusula señala, específicamente, lo siguiente: "La concesión se terminará el mes "m" en que se cumpla la siguiente relación":

$$VPI_m + \Delta AP \geq ITC + \Delta MS + \Delta BA + \Delta MA \qquad (1)$$

La definición de cada uno de los términos de esta ecuación se encuentra en el artículo 10.5.1 de las BALI.

Si nos atenemos a lo esencial, esta regla señala que, si el valor presente de los ingresos que se generen en la fase de explotación alcanza el nivel del ITC ofertado por la SC, entonces se gatilla el término anticipado del contrato, aunque no se haya completado el plazo total de la concesión que se mencionó en la letra (a) de más arriba.

Por otro lado, como el contrato está sujeto, al mismo tiempo, a un plazo máximo total, entonces, si ese plazo máximo vence, el contrato de concesión se extingue,

[27] El plazo máximo del contrato como un todo está contenido en el artículo 2.5.2 de las BALI. Por su parte, el plazo máximo para la etapa de construcción está definido en el artículo 8.1 de las BALI. Finalmente, el plazo de la etapa de explotación está definido en el artículo 1.2, numeral 47, y en el artículo 9.1.1 de las BALI

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

independientemente de que se haya o no cumplido la regla establecida en la letra (b) de más arriba.

Como vemos, el contrato tiene un mecanismo automático de ajuste del plazo para la fase de explotación y un plazo máximo total. La consideración de un plazo variable permite acotar el riesgo de tráfico y generación de ingresos que asume la SC durante la fase de explotación. Si los ingresos se ubican por sobre las proyecciones, este plazo se anticipa. Por el contrario, si los ingresos se sitúan por debajo de las proyecciones, entonces el plazo se posterga hasta el límite máximo contemplado en el Contrato. En este marco, el plazo máximo puede parecer un tanto redundante, pero no lo es porque, bajo circunstancias adversas, puede terminar gatillando el término del contrato antes que se hubiesen enterado los ingresos proyectados.

Este mecanismo de ajuste automático, propio de un contrato a plazo variable, no está pensado para cubrir otro tipo de riesgos. Por tanto, una ampliación del plazo para obtener la PSP, por causas ajenas a la SC, debe ser compensado con una ampliación equivalente en la fase de explotación, de manera que el plazo efectivo contemplado originalmente para esa etapa permanezca sin variaciones. Si esa ampliación no se otorgara, los términos y condiciones del contrato para la etapa de explotación estarían experimentando modificaciones sustanciales y comprometiendo el régimen económico acordado por las partes.

Si bien el contrato es uno solo, a pesar de que contempla dos fases sucesivas de distinta naturaleza, su equilibrio exige que los términos y condiciones acordados para la fase de explotación permanezcan en los términos pactados. Si se acorta el período de explotación, como resultado de una postergación del plazo máximo para obtener la PSP, el período disponible para generar ingresos durante la fase de explotación se reduce y, con ello, se altera el equilibro económico financiero del contrato.

La SC tiene una reducida capacidad para revertir los efectos económicos adversos de un acortamiento del período de explotación. Los ingresos generados en esa fase están determinados principalmente por variables relacionadas con la macroeconomía nacional o regional. La gestión de la SC tiene una incidencia acotada en esta etapa. Ello marca una diferencia importante respecto de la fase de construcción, donde la gestión de la SC es clave y puede efectivamente revertir situaciones adversas, como atrasos por causa fortuita u otros.

En muchos casos, la capacidad de generación de ingresos por parte de la SC no se verá limitada, porque el umbral definido por el ITC se alcanzará antes del cumplimiento del plazo total de la concesión. Lo lógico es que el plazo máximo esté definido con la holgura necesaria para que ello sea así. Pero también puede ocurrir que, como resultado de la confluencia de múltiples factores adversos, el plazo máximo se alcance antes que se hayan generado todos los ingresos esperados.

En todo caso, si se posterga la PSP, es claro que disminuye la probabilidad de que la SC pueda obtener todos los ingresos proyectados. Ello tiene efectos relevantes: a) reduce el valor del contrato para la SC; y b) reduce su calidad crediticia, con el consiguiente efecto sobre las condiciones financieras que la SC presentará ante el sistema bancario y el mercado de capitales, para la obtención de empréstitos y garantías.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Para ilustrar los efectos de cambios en la extensión del plazo de la fase de explotación simulamos el valor del VPI para varios escenarios plausibles, combinando el plazo y el nivel de ingresos anuales. Para el cálculo de los VPI se utilizó una tasa de descuento del 7%, como lo establecen las BALI en este caso. Este es un ejercicio de simulación que no persigue anticipar o proyectar resultados. Solo busca mostrar la sensibilidad del VPI frente a variaciones en ciertos factores o parámetros clave. Los resultados se presentan en el Cuadro N°2. Como se visualiza, el VPI reduce su valor al acortarse el plazo de la fase de explotación y/o al reducirse los ingresos anuales. Las variaciones más significativas se producen cuando la reducción de plazos se combina con una caída del nivel de ingresos. La SC, en su presentación, deja entrever que ésta es la situación a la que se ve enfrenta en estos momentos.

Simulación de VPI para varias combinaciones de ingreso anual y plazo (valores en UF)				
	Ingreso anual en UF			
Plazo etapa explotación	350.000	300.000	250.000	3 primeros años 200.000 y luego 350.000
320 meses	4.309.370	3.693.745	3.078.121	3.903.285
298 meses	4.197.237	3.597.632	2.998.027	3.791.152

Cuadro N°2

En virtud de los antecedentes presentados en este numeral, el PTC estima que la ampliación de 534 días para obtener la PSP, por obras adicionales encargadas por el MOP, debe ser compensada con una ampliación equivalente del plazo máximo del contrato. Sin ello, la ecuación económica del contrato se ve alterada sustancialmente. En cambio, la ampliación de 112 días otorgadas para obtener la PSP, no puede agregarse al plazo máximo de la concesión, por tener por causa una fuerza mayor que, de conformidad a la ley y al Contrato, es de cargo de la SC, la cual además fue reconocida como fuerza mayor por el MOP, de manera que la SC quedó liberada de cumplir con los plazos contractuales originales, de acuerdo con el artículo 52 N°2 del Reglamento de la Ley de Concesiones y en los artículos 8.3.4.4 y 8.3.4.3 de las BALI.

10.5. SOBRE LOS CAMBIOS DE SERVICIOS EXISTENTES

Como se señaló, la segunda reclamación se relaciona con el esquema de distribución de los costos generados por los cambios de servicio que se materializaron en la fase de construcción de la carretera. La SC sostiene que estos costos superaron con creces lo proyectado o contemplado en el contrato y, por tanto, que el "exceso" de costos, ascendente a UF 181.533,64 debe ser compensado por un mecanismo distinto al dispuesto en las BALI, que consiste en sumarlos al ITC ofertado. En sus alegaciones, la SC sostiene que, considerando los montos involucrados, este mecanismo puede conducir a que finalmente no se produzca la compensación debido a que el plazo del contrato venza antes de que se hayan enterado los ingresos proyectados.

La SC agrega que ese "exceso" era imprevisible al momento de celebrarse el contrato y que, en los hechos, ha conducido a una alteración de su equilibrio. Consecuentemente, exige la recomposición de la relación entre las partes o, lo que sería equivalente, el restablecimiento del equilibrio del contrato.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

La suma reclamada es neta de IVA y, de acuerdo con la presentación de la SC, corresponde agregar a ella los intereses por pago diferido.

10.5.1. Los argumentos de las partes

Para sostener su pretensión, la SC invoca varios argumentos, de distinta naturaleza, que se resumen así:

a) La información contenida en los AR y las BALI era insuficiente o imprecisa para proyectar los cambios de servicio, estimar sus costos y formular una oferta asumiendo riesgos proporcionales y razonables.

b) Entre los cambios no bien explicitados estaban los relacionados con la Compañía Minera Teck Carmen de Andacollo y con la empresa Transnet del Grupo CGE, que es una empresa de servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica.

c) Los servicios de agua potable rural tampoco estaban explicitados en los estudios referenciales. Pero, quizá lo más importante, según la SC, estos servicios serían de otra naturaleza y, por tanto, no estarían comprendidas en la definición de servicios de las BALI. La SC fundamenta esto último afirmando que el agua potable rural es un servicio provisto por vehículos legales y mecanismos diferentes a los que se aplican habitualmente para los servicios públicos de agua potable o electricidad. Los costos relacionados con el agua potable rural llegan a UF 93.288, cifra que representa cerca del 50% del total reclamado que asciende a UF 181.534.

d) Los costos de los cambios de servicio habrían superado con creces los montos contemplados en la BALI y/o los niveles previsibles al momento de la firma del contrato. La regla de las BALI define tres tramos, que establecen valores muy inferiores a los efectivamente alcanzados. En efecto, el primer tramo llega hasta las UF 90.000; el segundo, va entre las UF 90.000 y las UF 120.000; y el tercero incluye valores por sobre las UF 120.000. Los costos totales, según la SC, habrían llegado a las UF 302.771,29, cifra que equivaldría a dos y media veces el umbral para entrar al tercer tramo. Por su parte, el exceso reclamado sería de UF 181.533,64, guarismo que supera dicho umbral en algo más del 50%. Considerando la magnitud del exceso que se generó, la SC pretende que éste sea compensado a través de un medio distinto al contemplado en el artículo 6.4.1.2 de las BALI.

e) Para reafirmar su posición, la SC agrega que el exceso de costos se asemeja al total de ingresos generados durante el primer año de la fase de explotación y entrega antecedentes para acreditarlo, lo que mostraría su magnitud y el impacto económico que estaría generando. En línea con ello, la SC sostiene que este nivel de costos habría conducido a una alteración del equilibrio económico financiero del contrato. En virtud de ello, solicita que este último sea restablecido o, reproduciendo los conceptos que ella misma utiliza, que se proceda a una recomposición de la relación entre las partes.

f) La SC indica, además, que la aplicación de la regla contemplada en las BALI, consistente en agregar los montos de cargo del MOP al ITC del contrato, implicaría aumentar significativamente la probabilidad de que el contrato termine por vencimiento del plazo máximo antes de completar los ingresos proyectados. Si ello

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

ocurre, la compensación que recibiría la SC sería parcial o simplemente nula. Refuerza con ello su pretensión de restablecer el régimen económico del contrato.

Por su parte, el MOP sostiene que los estudios referenciales proveen suficiente información sobre los cambios de servicio; que el sentido de estos estudios es proveer los antecedentes básicos y los contenidos mínimos para que se elaboren posteriormente las ingenierías definitivas o de detalle; que los riesgos constructivos asumidos por la SC no pueden ser traspasados posteriormente al MOP; y que las BALI definen con claridad el mecanismo de distribución de los riesgos asociados con los cambios de servicios y, junto con ello, el mecanismo de compensación. Por ello, según el MOP, la reclamación no tendría fundamentos.

Los planteamientos de ambas partes se resumen en el Cuadro N°3. Este identifica los cambios de servicios efectuados por la SC y los costos en que ésta incurrió, distinguiendo aquellos sobre los cuales existe controversia y aquellos que están aceptados por ambas partes. Para cada uno de los cambios se menciona resumidamente el argumento de la SC y la posición del MOP. Es importante advertir que, al menos, respecto de uno de ellos, el presupuesto todavía no está autorizado por el IF.[28]

CAMBIOS DE SERVICIOS RECLAMADOS POR LA SC

				Si existía o no mención en ER	
		Item	**Monto en UF**	**Observaciones SC**	**Observaciones MOP**
1	*	APR Recoleta	1.998,68	ER señala que no se producia interferencia	Las obras sí afectaron servicios en calle de servicio
2	*	APR Las Cardas	38.360,68	No	Serivicos preexistentes: debieron considerarse a pesar de no estar explicitados.
3	*	APR Las Barrancas	47.267,22	No	
4	*	APR Lagunillas	679,31	No	
5	*	APR Nueva Vida	3.399,20	No	
6	*	Minera Teck Carmen de Andacollo	12.859,34	No	Si (se menciona con distintos nombres)
7		Aguas del Valle La Cantera	5.265,07	Si	--
8		Aguas del Valle Andacollo (i)	44.731,37	Mencionada como intervención menor	Cambio por ajuste de trazado y por tanto de cargo de la SC (ii)
9		APR Pan de Azucar	4.134,64	Si	--
10	*	APR Pan de Azucar	1.582,60	No	Cambios existentes: debieron considerarse a pesar de no estar explicitados.
11	*	Transnet	61.895,64	No	Si
12		Conafe Fase 1	40.312,40	Si	--
13		Movistar	5.184,77	Si	--
14	*	Conafe Fase 1 Pasarelas (modificación normativa)	13.490,96	A raíz de cambio de normativa* en pasarelas	Si
15		Entel	3.947,78	Si	--
16		Transelec	13.082,82	Si	--
17		Conafe Fase 2	4.578,81	Si	--

Cambios mencionados en ER (según la SC)	**121.237,66**	
Cambios reclamados	**181.533,63**	
Total cambios (según la SC)	**302.771,29**	

Notas:
* Corresponde a un cambio de servicio reclamado por la SC.
(i) Cambio producto de ajustes al trazado geométrico, los cuales causaron intervención en Aguas del Valle. Por tanto, es un cambio de cargo y responsabilidad de la SC. Aún sin aprobación por parte del IF.

Cuadro N°3

[28] El presupuesto que aún no ha sido autorizado es el correspondiente a los servicios del Valle de Andacollo.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

10.5.2 Sobre la regla para la distribución de los costos por los cambios de servicios existentes

Las BALI, en su artículo 6.4, regulan los cambios de servicio que se deban efectuar con motivo de la ejecución de las obras a lo largo de la ruta. Es importante notar que el concepto de cambio de servicio que usan las BALI es genérico, sin distinciones en cuanto a su naturaleza específica ni en cuanto a las características del proveedor de los servicios.

El artículo 6.4.1.2, letra b), establece con detalle la distribución de los riesgos que asumen las partes en lo referido a los pagos a los que den origen estos cambios de servicio. Para ello define tres tramos, cada uno de los cuales contiene definiciones detalladas sobre cómo se asignarán los costos que deban ser asumidos. Los detalles se incluyen en el siguiente cuadro tomado directamente de las BALI.

Recuadro N°1

b) Distribución de riesgos entre el MOP y la sociedad concesionaria

Sin perjuicio de lo establecido en el primer párrafo de la letra a) precedente, se aplicará lo siguiente:

- El concesionario asumirá el pago de hasta noventa mil unidades de fomento (UF 90.000).
- Cuando el monto total pagado por la sociedad concesionaria a las empresas de servicios, por concepto de cambios de servicios existentes, resulte inferior a las noventa mil unidades de fomento (UF 90.000), el 80% de la diferencia entre el monto total pagado y las noventa mil unidades de fomento (UF 90.000) antes señaladas, será reinvertida íntegramente en la obra de acuerdo a las instrucciones que formule el inspector fiscal, mediante el LDC.
- En el evento que los costos asociados a los cambios de servicios existentes superen el monto máximo de noventa mil unidades de fomento (UF 90.000) y hasta por un monto de treinta mil unidades de fomento (UF 30.000) adicionales, la sociedad concesionaria deberá concurrir al pago de dicho excedente. El MOP reembolsará este excedente en un 80%, siendo el otro 20% de entero cargo y costo de la sociedad concesionaria. El MOP reembolsará dicho 80%, dentro de los sesenta (60) días contados desde la fecha en que el inspector fiscal apruebe la correcta ejecución del cambio de servicio existente correspondiente.
- En caso que el total de los costos asociados a los cambios de servicios existentes, superen el monto total de ciento veinte mil unidades de fomento (UF 120.000), la sociedad concesionaria deberá concurrir al pago del excedente, que será imputado en el valor del ITC de acuerdo a lo indicado en el artículo 10.5.1 de las presentes Bases de Licitación, siempre y cuando el inspector fiscal hubiere autorizado el pago.

Como vemos, la regla contempla que el excedente por sobre las UF 120.000 será imputado al ITC y, en consecuencia, quedará incorporada en la ecuación definida en el artículo 10.5.1 de las BALI y reproducida con anterioridad. Se trata de la ecuación que define el eventual término anticipado del plazo del contrato. Para efectos de análisis, la volvemos a presentar.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

$$VPI_{m} + \Delta AP \geq ITC + \Delta MS + \Delta BA + \Delta MA \qquad (1)$$

El término ΔMS corresponde a los montos que el MOP debe imputar al ITC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.4, por concepto de sobrecostos por modificaciones de servicios y canales. En suma, estamos en presencia de una regla clara y precisa, que no establece límites al monto de los sobrecostos. También es importante subrayar que los sobrecostos aludidos, al agregarse al ITC de adjudicación, pasan a ser pagados por los ingresos generados en la fase de explotación, que es lo habitual en un contrato de esta naturaleza. Existe el riesgo, asumido por la SC, de que el contrato termine por vencimiento del plazo máximo antes que se haya cumplido lo dispuesto en la ecuación (1) antes mencionada.

10.5.3 Análisis del PTC de los antecedentes y argumentos proporcionados por las partes

Sobre los argumentos esgrimidos por las partes, el PTC estima lo siguiente:

a) Los estudios referenciales definen las exigencias "mínimas", pero deben ser perfeccionados por la SC al preparar y presentar los proyectos de ingeniería de detalle. Según el artículo 6.4.1.4., "*La SC será será responsable de proyectar, tramitar, gestionar y/o ejecutar, según sea el caso, los cambios de servicios existentes. Para tal efecto, deberá desarrollar, por sí o a través de terceros, los proyectos de ingeniería a nivel de detalle de todos los cambios de servicios requeridos para la construcción de las obras de la concesión*".

b) Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención en este caso que los cambios relacionados con el agua potable rural (APR) no hayan sido identificados ni mencionados en los ER como habría sido más eficiente y transparente hacerlo, considerando que el MOP contaba con dicha información y se trata de interferencias relevantes en el trazado de la ruta. Ahora bien, a pesar que se trata de servicios básicos no regidos por el sistema de Servicios Sanitarios[29] y su naturaleza de servicio público es evidente y por ello su situación debe ser abordada como cambios de servicios. Así se desprende, por lo demás, de la mención del APR Recoleta en el ER, en el cual se señala que este no será afectado.

c) Los cambios de servicios relacionados con la Minera Teck Carmen de Andacollo y con las empresas eléctricas están mencionados en los ER. La información respectiva estaba contenida en los estudios referenciales y en las circulares aclaratorias. Las respectivas referencias se incluyen en el recuadro de más abajo. Es cierto que la magnitud y alcance de los trabajos no podía ser anticipado con precisión, pero éste era un riesgo propio de la etapa de construcción, que asumió la SC y que, por lo demás, estaba mitigado adecuadamente por la existencia de una regla que fijaba mecanismos de compensación si los costos superaban determinados niveles.

[29] DFL N°382 de 1989 MOP, Ley General de Servicios Sanitarios

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Recuadro N°2

Referencias a servicios básicos

- Resolución (Exenta) DGOP N°4191 de fecha 12 de septiembre de 2012.
- ER, Tramo 1, Capítulo 0 (Aspectos Generales), Sección 0.1 (Descripción del Tramo), Tópico 0.1.1. (Situación Actual de la Ruta), Numeral 0.1.1.7 (Servicios). Revisión 01, Marzo 2009.
- ER, Tramo 2, Capítulo 0 (Aspectos Generales), Sección 0.1 (Descripción del Tramo), Tópico 0.1.1. (Situación Actual de la Ruta), Numeral 0.1.1.9 Servicios. Revisión 01, Marzo 2009.
- ER Tramo 1, Sección 1.8 (Servicios). Tópico 1.8.1. (Tendido Eléctrico). Tópico 1.8.2 (Agua Potable). Revisión 01, Marzo 2009.
- ER, Tramo 2, Sección 1.8. (Modificación de Servicios), Tópico 1.8.1 (Tendido Eléctrico) Revisión 01. Marzo 2009.

d) La SC conocía el trazado de la ruta al momento de efectuar su oferta. Por lo tanto, ésta pudo revisar dicho trazado y evaluar los cambios de servicios que se debían efectuar, particularmente en los casos mencionados en la letra c) anterior. Si los costos de esos cambios resultaron superiores a los anticipados, ello sería la materialización de un riesgo que la SC asumió voluntariamente. Parece conveniente recordar que los riesgos de la construcción pertenecen inequívocamente a la SC y que no corresponde que sean traspasados posteriormente al mandante.

e) Las BALI, como se indicó, no establecen un límite para compensar los cambios de servicios. El tercer tramo de las reglas definidas en el artículo 6.4.1.4 de las BALI se aplica a montos por sobre las UF 120.000. Sin lugar a duda, un costo total de UF 302.771,29 cae dentro, y no fuera, de ese tercer tramo.

En virtud de los antecedentes tenidos a la vista, el PTC considera que la regla para compensar los cambios de servicios debe ser aplicada para todos ellos. Sin perjuicio de lo anterior, estima que la compensación de los cambios relacionados con el agua potable rural, por las razones esgrimidas en la b) de este mismo numeral; la magnitud del monto involucrado y por ende la preservación del equilibrio económico financiero del Contrato, debe ser complementada mediante una ampliación del plazo del contrato que las partes deben acordar. Por cierto, está abierta la posibilidad de modificar el contrato de concesión y convenir un mecanismo de compensación distinto al sugerido para los cambios relacionados con los servicios APR.

10.6. SOBRE LA RENUNCIA A LA PRETENSIÓN CONTENIDA EN ESTA DISCREPANCIA INVOCADA POR EL MOP

El MOP argumenta que la SC renunció a la pretensión contenida en esta discrepancia y particularmente, a reclamar por omisiones, errores o deficiencias del Estudio Referencial.

Sin embargo, ello no es óbice para que la SC pueda requerir que este Panel emita recomendaciones de orden técnico económico, en el marco de la normativa que rige sus actuaciones. Por lo demás, a juicio del Panel no se ha producido ninguna renuncia[30], puesto que no se han cumplido los requisitos mínimos a su respecto. En efecto, la

[30] De acuerdo con el artículo 12 del Código Civil, *"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia"*.

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

renuncia de derechos, por su naturaleza debe ser explícita, jamás puede ser presumida, y debe estar referida a un derecho específico y no a situaciones genéricas futuras y desconocidas, como lo ha pretendido el MOP. En línea con lo anterior, el artículo 2462 del Código Civil expresa que cuando la transacción recae sobre objetos específicos, las renuncias generales de todo derecho se deben entender referidas a los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige. Adicionalmente, toda renuncia debe ser interpretada restrictivamente, por lo que este argumento, aun cuando en nada varía la decisión del Panel, debe ser rechazado.

10.7. OTRAS CONSIDERACIONES.

Si bien las normas de la LC y el contrato asignan a la SC la responsabilidad por los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor originados en la fase de construcción, su aplicación práctica, en determinadas circunstancias, puede generar efectos imprevistos y de magnitud sustancial para la SC en la fase de explotación. Por regla general, la evaluación debe ser hecha pormenorizadamente caso a caso y debe considerar tanto costos como beneficios[31]. Si de ese análisis se concluye que existe un impacto adverso significativo, considerando la dimensión económica del contrato y el plazo asignado para la fase de explotación, surgirá la necesidad de restablecer el equilibro económico financiero del contrato. En este caso, este impacto adverso significativo no se advierte.

[31] La postergación del plazo para obtener la PSP conlleva usualmente el beneficio de eximirse del pago de una multa.

11. RECOMENDACIÓN

De acuerdo con el análisis desarrollado en el punto 10 y de los antecedentes presentados al Panel, se ha concluido y se recomienda lo siguiente:

11.1 El plazo máximo de la concesión regulado en el artículo 2.5 de las BALI debe ser extendido en 534 días para preservar el equilibrio económico-financiero del Contrato.

11.2 Se rechaza el aumento de plazo solicitado por 112 días, asociado al caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad al punto 10.4.4 de la presente Recomendación.

11.3 Los costos por cambios de servicios, incluidos los APR, se deben compensar mediante el mecanismo contemplado en el artículo 6.4.1.2 letra b) de las BALI.

11.4 Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la compensación por los servicios relacionados con el agua potable rural debe incluir adicionalmente una ampliación del plazo máximo del contrato, en los términos que las partes acuerden, con el objeto de preservar el equilibrio económico financiero del contrato.

11.5 Las ampliaciones recomendadas del plazo máximo del contrato de concesión, solo serán procedentes en el caso que la SC no hubiere alcanzado el ITC del Contrato, al cumplirse el plazo máximo de la concesión original, y en la medida necesaria para ello.

FERNANDO ABARA ELIAS
Firmado digitalmente por FERNANDO ABARA ELIAS
Fecha: 2020.10.29 17:55:31 -03'00'

Sr. Fernando Abara Elías
Presidente

TEODORO WIGODSKI SIREBRENIK
Firmado digitalmente por TEODORO WIGODSKI SIREBRENIK
Fecha: 2020.10.29 12:28:11 -03'00'

Sr. Teodoro Wigodski Sirebrenik
Vicepresidente

PEDRO ROBERTO AIGNEREN RIOS
Firmado digitalmente por PEDRO ROBERTO AIGNEREN RIOS
Fecha: 2020.10.29 13:16:39 -03'00'

Sr. Roberto Aigneren Ríos

ENRIQUE IGNACIO MARSHALL RIVERA
Firmado digitalmente por ENRIQUE IGNACIO MARSHALL RIVERA
Fecha: 2020.10.29 12:14:05 -03'00'

Sr. Enrique Marshall Rivera

Paula María Silva Barroilhet
Firmado digitalmente por Paula María Silva Barroilhet
Fecha: 2020.10.29 15:39:02 -03'00'

Sra. Paula Silva Barroilhet

Fernanda Blanca Elena Sepúlveda Ojeda
Firmado digitalmente por Fernanda Blanca Elena Sepúlveda Ojeda
Fecha: 2020.10.29 18:11:16 -03'00'

Sra. Fernanda Sepúlveda Ojeda
Secretaria Abogado

51

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Notario La Serena Ruben Reinoso Herrera

Certifico que el presente documento electrónico es copia fiel e íntegra de MANDATO ESPECIAL SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A. A ALCALDE UNDURRAGA, ENRIQUE Y OTROS otorgado el 17 de 12 de 2020 reproducido en las siguientes páginas.

Repertorio Nº: 9971 - 2020.-

La Serena, 17 de Diciembre de 2020.-

Nº Certificado: 123456877922.-
www.fojas.cl

Emito el presente documento con firma electrónica avanzada (ley No19.799, de 2002), conforme al procedimiento establecido por Auto Acordado de 13/10/2006 de la Excma. Corte Suprema.-

Certificado Nº 123456877922.- Verifique validez en www.fojas.cl.-

CUR Nº: F098-123456877922.-

GONZALO ANDRÉS OÑATE MIRANDA

Digitally signed by GONZALO ANDRÉS OÑATE MIRANDA
Date: 2020.12.17 15:55:20 -03:00
Reason: Ruben Reinoso Herrera
Location: La Serena - Chile

Cert N° 123456877922 Verifique validez en http://www.fojas.cl

REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS SEXTO BIMESTRE 2020
REPERTORIO N°9971-2020.-

MANDATO ESPECIAL

SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A.

A

ALCALDE UNDURRAGA, ENRIQUE Y OTROS

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

EN LA SERENA, REPÚBLICA DE CHILE, a diecisiete de diciembre del año dos mil veinte, ante mí, **GONZALO ANDRES OÑATE MIRANDA**, Abogado, Notario Suplente de la Cuarta Notaría de La Serena, del titular don Rubén Reinoso Herrera, designado por Decreto económico número sesenta y tres guión dos mil veinte del Primer Juzgado de Letras de La Serena, protocolizado al final de este Registro con fecha catorce de diciembre de dos mil veinte y bajo el repertorio número **nueve mil ochocientos treinta y nueve guión dos mil veinte,** con oficio en Cordovez cuatrocientos cinco, comparece: Don **CRISTIAN HERNAN GALLARDO CARMONA**, chileno, casado, ingeniero civil, cédula de identidad número ocho millones trescientos treinta y cuatro mil doscientos ochenta y nueve guion siete, actuando en representación –según se acreditará- de **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A.**, sociedad del giro de su denominación, Rol Único Tributario setenta y seis millones trescientos siete mil novecientos cuarenta y cuatro guion nueve, ambos domiciliados en Isidora Goyenechea número dos mil ochocientos, piso veinticuatro, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, en adelante "el mandante"; el compareciente,

GONZALO OÑATE NOTARIO PUBLICO SUPLENTE 4TA. NOTARIA LA SERENA

52

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Cert N° 123456877922 Verifique validez en http://www.fojas.cl

mayor de edad, quien acredita su identidad con la cédula anotada, expone que: **PRIMERO:** Que por este acto y debidamente facultado para ello, designa como mandatarios judiciales y otorga poder especial a los abogados señores **ENRIQUE ALCALDE UNDURRAGA**, cédula nacional de identidad número siete millones cincuenta y dos mil ochocientos setenta y uno guión uno, **FELIPE VALDÉS GABRIELLI**, chileno, abogado, cédula nacional de identidad número trece millones doscientos treinta y tres mil novecientos setenta y dos guión cuatro, **CAROLINA ALCALDE ROSS**, chilena, abogado, cédula nacional de identidad número quince millones seiscientos cuarenta y un mil doscientos ocho guión dos; **MAURICIO DAVID SEGOVIA ARAYA**, chileno, abogado, cédula nacional de identidad número trece millones novecientos ochenta y dos mil ochenta y cinco guión uno;; **HORACIO ANDRÉS DEL VALLE FRAGA**, chileno, abogado, cédula nacional de identidad número dieciséis millones ochenta mil doscientos veinte guión cero; **MARIA JOSE ALCALDE ROSS**, cédula de identidad número dieciséis millones noventa y seis mil ciento setenta y dos guión cuatro; y **FELIPE CAMPOS CORDERO,** chileno, abogado, cédula nacional de identidad número diecisiete millones setecientos cincuenta y dos mil quinientos noventa y siete guión nueve; todos ellos domiciliados en Avenida Vitacura número dos mil novecientos sesenta y nueve, piso diecisiete, comuna de Las Condes, Santiago, en adelante conjuntamente referidos como los "Mandatarios", a fin de que éstos, actuando conjunta o individualmente, representen a **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A.,** ante la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión en las demandas, acciones y recursos derivados de reclamaciones presentadas ante el Honorable Panel Técnico de Concesiones. En el ejercicio de este poder quedan facultados los mandatarios para representar a la mandante con todas las facultades ordinarias o extraordinarias del mandato judicial, tal como se expresan en ambos incisos del artículo séptimo del Código de Procedimiento Civil, con la limitación de que no podrán contestar nuevas demandas si no se ha emplazado previamente a la mandante en forma legal. **SEGUNDO:** La personería de don

52 v/ta

Cert N° 123456877922 Verifique validez en http://www.fojas.cl

Cristian Gallardo Carmona, para actuar en representación de **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A.**, consta en escritura pública otorgada en la Notaría de Santiago de Germán Rousseau del Río de fecha ocho de marzo de dos mil diecinueve, la que no se inserta por ser conocida de los comparecientes y del Notario que autoriza. Minuta redactada por el Abogado Enrique Alcalde Undurraga. Leída, conforme al artículo cuatrocientos siete del Código Orgánico de Tribunales, firma y estampa su impresión digito pulgar derecha.- Se otorga copia.- Doy fe.-

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

Impresión Dactilar

Firma:.....

CRISTIAN HERNAN GALLARDO CARMONA

Cedula: 8 334.389 - 7

P.P **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL LIMARÍ S.A**

ANOTADA EN EL REPERTORIO N°9971-2020.-

Derechos
$ 1.000
58224
Boleta

GONZALO ORATE
NOTARIO PUBLICO SUPLENTE
4TA. NOTARIA LA SERENA

MARISOL CAMBARA KUZMANIC
22 DIC 2020
SECRETARIA ABOGADO

53

Cert N° 123456877922 Verifique validez en http://www.fojas.cl

PAGINA INUTILIZADA

GONZALO ORATE NOTARIO PUBLICO SUPLENTE 4TA. NOTARIA LA SERENA