

## CONTESTA DEMANDA

### SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”

**PABLO MUÑOZ AGURTO**, Abogado, en representación del MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, en autos arbitrales Rol N° 001-2016 del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal “CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA”, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto digo:

Que por este acto y dentro del plazo contemplado en las Normas de Procedimiento y Funcionamiento de esta H. Comisión, vengo en contestar la demanda arbitral interpuesta el 18 de abril de 2016, por don Joaquín del Cerro y por don José de Haro Andreu, ambos en representación de la Sociedad Concesionaria SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A., en adelante “Sociedad Concesionaria” o “demandante”, mediante la cual buscan se fije el pago de UF 177.467,08, más los intereses que corresponderían de conformidad con el artículo 1.12.5 de las Bases de Licitación, por las supuestas inversiones realizadas y necesarias para la prestación del servicio, en el marco del contrato “Concesión Vial Rutas del Loa”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, solicitando desde ya su total rechazo, señalando en primer término que esta parte controvierte todos los hechos contenidos en la demanda, salvo aquellos que expresamente se reconozcan en esta presentación, con expresa condena en costas, atendidas las argumentaciones de hecho y de derecho que a continuación expongo.

Al analizar la demanda deducida, debemos recordar que ella se enmarca dentro de las gestiones a que dió lugar la DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, por la no entrega por parte de la sociedad concesionaria de un instrumento fundamental para el resguardo del interés del Estado de Chile, como lo es en este caso, la Boleta de garantía de construcción, situación que fue conocida por esta misma Comisión Arbitral, cuyo incumplimiento grave se encuentra regulado por las

disposiciones del artículo 28 del Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, modificada por la Ley 20.410; por su reglamento; y por las Bases de Licitación del Contrato "Concesión Vial Rutas del Loa", adjudicado mediante Decreto Supremo MOP N° 249 de 27 de agosto de 2013, publicado en la edición del Diario Oficial del día 28 de abril de 2014.

En este contexto, la Sociedad Concesionaria al referirse en su demanda a los pagos que solicita, sólo se limitó a señalar que *"El artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que el Ministerio de Obras Públicas deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago"*, y a enunciar genéricamente una serie de conceptos que en total ascienden a UF 177.467,08, conceptos que supuestamente corresponderían a inversiones necesarias para la prestación del servicio.

**La concesionaria omite deliberadamente detallar y analizar los conceptos mencionados en su libelo y los fundamentos que permitirían estimarlos como inversiones necesarias para la prestación del servicio**, en los términos y para los objetivos previstos en el artículo 28 inciso 5° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, es decir, **invoca una norma y menciona montos genéricos pero sin expresar los fundamentos facticos y de derecho que son indispensables para determinar la pertinencia, contenido y extensión de su pretensión al tenor de la norma citada**, pesando sobre ella la carga de expresar y probar dichos fundamentos y circunstancias.

Teniendo en consideración que la presente demanda forma parte de las gestiones a que dió lugar la declaración de incumplimiento grave del contrato; que la concesión se extinguió por aplicación de la mayor sanción que el Sistema de Concesiones contempla para el caso de incumplimiento grave del contrato por la Concesionaria; la ausencia de

fundamentos que permitan determinar si los conceptos demandados corresponden a inversiones necesarias para la prestación del servicio; que la Sociedad Concesionaria no llegó a iniciar la construcción de las obras descritas en las Bases de Licitación; no alcanzó ningún hito contractual ni mucho menos una declaración de avance; no entregó información alguna al interventor del contrato, que permitiera acreditar sus inversiones en relación al contrato, solo realizó gastos que responden a obligaciones establecidas en dichas Bases, sin ninguna utilidad para el Ministerio, y de los cuales no se espera si quiera un retorno contable para la Concesionaria; que por sus deficiencias, falta de entrega de las observaciones y bajo estado de avance los proyectos de ingeniería no llegaron a ser aprobados por la Inspección Fiscal, careciendo de toda utilidad para la ejecución del contrato; es posible concluir que **los conceptos y montos solicitados por la Concesionaria no corresponden a inversiones necesarias para la prestación del servicio.**

En conclusión H. Comisión, la presente demanda arbitral no puede prosperar por no existir inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el Concesionario, que hagan procedente lo dispuesto en el artículo 28 inciso 5° de la LCOP. Concluir lo contrario, como se analizará más adelante, nos llevaría al absurdo que modificaríamos uno de los principios básicos del sistema de concesiones, cual es, la distribución del riesgo, por cuanto un concesionario que cumple con su contrato es responsable del caso fortuito, fuerza mayor y cualquier otra causa, pero en cambio, la demandante pretende después de haber incumplido gravemente el contrato y habersele extinguido la concesión, que le sean resarcidos todos sus gastos, es decir, disminuir su riesgo a cero, lo que claramente no corresponde, no sólo en conformidad a la Ley de Concesiones, sino tampoco de acuerdo a las reglas de la lógica.

#### **I.- OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN**

Según el referido artículo 28 inciso quinto de la Ley de Concesiones, es:

*“Si se determinare no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste, el Ministerio de Obras Públicas, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de*

*este artículo, deberá pagar al concesionario el valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago. El monto del pago será fijado por acuerdo entre el Ministerio de Obras públicas y el concesionario, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se haya determinado la no relicitación del contrato. A falta de acuerdo, total o parcial, la determinación del monto controvertido del pago será llevado a la recomendación del Panel Técnico establecido en el artículo 36, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo establecido para fijar el monto por mutuo acuerdo. Si la recomendación no fuese acogida por las partes, el monto será fijado por la Comisión Arbitral, conforme al procedimiento del artículo 36 bis, siempre que el concesionario requiera por escrito su intervención dentro de un plazo de 10 días contados desde la notificación de la recomendación del Panel Técnico. (...)" (énfasis añadido)*

Del tenor de la norma expuesta, se desprende que **el deber de pago al Concesionario surge para el Ministerio de Obras Públicas sólo en el caso de acreditarse la existencia de:**

**1°.-** Inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, y

**2°.-** Costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

En cuanto a los “costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento en que se haga efectivo el pago”, la Sociedad Concesionaria en el numeral V de su presentación reconoce expresamente: “En materia de contratos de financiamientos, “Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A.” no celebró ningún

contrato de esta naturaleza, siendo absorbida toda la inversión con recursos propios" (el subrayado es nuestro), situación por la cual este concepto **NO DEBE CONSIDERARSE** en la tramitación de la presente demanda.

Recordemos que para el caso de declararse el incumplimiento grave del contrato, la *"determinación del Ministerio de Obras Públicas, de no licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste"* es una de las alternativas introducidas por la Ley 20.410 a la Ley de Concesiones de Obras Públicas. **El pago al concesionario que esta alternativa contempla, parece contradictorio con la causa que le da su origen, el incumplimiento grave del contrato por parte de la Sociedad Concesionaria.**

El profesor José Antonio Ramírez Arrayas, en su libro "Concesiones de Obras Públicas, Análisis de la institucionalidad chilena", analiza el fundamento de este pago al Concesionario de la manera siguiente: *"Con respecto a la fórmula de este pago, nuevamente debemos tener presente que nos encontramos ante un incumplimiento grave que debería dar lugar a indemnizaciones del concesionario a favor del Fisco pero, en consideración a las exigencias de los financistas, ha sido necesario establecer una forma de reembolso de las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional, de manera que cubran las obligaciones contraídas por el concesionario con sus financistas y no se dañe la posibilidad que estos últimos puedan financiar a otros operadores"*. El autor formula dicha conclusión luego de analizar los principios y objetivos de la modificación a la Ley de Concesiones de Obras Públicas en este punto, discutidos durante la tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de ley que concluyó con la dictación de la Ley 20.410.

Teniendo presente los fundamentos para proceder al pago del Concesionario y que dicho pago forma parte de las gestiones a que dio origen la declaración de incumplimiento grave del contrato, **en este caso la determinación de la pertinencia, contenido y extensión de los conceptos solicitados debe ponderarse de una manera restrictiva.**

## **II.- ANTECEDENTES DE LAS GESTIONES A QUE DIO LUGAR LA DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO GRAVE DEL CONTRATO**

El **23 de marzo de 2015** ante H. Comisión Arbitral del presente contrato, el Ministerio de Obras Públicas presentó demanda por incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario establecidas en el Contrato de Concesión y declaración de extinción de la Concesión. En la referida demanda, se expresó que las Bases de Licitación establecen en su artículo 1.8.1 la obligación de la Sociedad Concesionaria de constituir las garantías del contrato durante las etapas de construcción y explotación de las obras entregadas en concesión, agregando que la sociedad concesionaria no cumplió con su obligación de entregar la garantía de construcción por cada uno de los sectores del proyecto definidos en el artículo 1.3 de dichas Bases, dentro del plazo prescrito, lo que es causal de incumplimiento grave conforme el artículo 1.8.1, en relación con el artículo 1.11.2.3, letra f), de las señaladas Bases. Se mencionan en la demanda otras causales de incumplimiento, consistentes en el no pago al Estado del ítem Administración y Control, así como el no pago de multas aplicadas a la concesionaria, y se Expresa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.8.1.1 de las Bases de Licitación, la Sociedad Concesionaria debió entregar la Garantía de Construcción dentro del plazo de 90 días contados desde el inicio del plazo de la concesión y de la etapa de construcción, el que comenzó a correr el 28 de abril de 2014, fecha de publicación del Decreto Supremo MOP N°249 en el Diario Oficial (decreto de adjudicación), sin que se haya cumplido con esa obligación.

Con fecha **23 de abril de 2015**, la Sociedad Concesionaria evacuó su contestación a la Demanda interpuesta por el MOP por incumplimiento grave de las obligaciones del Contrato de Concesión ante H. Comisión Arbitral. En dicha presentación **la Concesionaria reconoce explícitamente el incumplimiento grave del contrato de concesión** sin controvertir los hechos sustanciales, ALLANÁNDOSE a la pretensión de la demanda. Lo anterior, sin perjuicio de expresar hechos y antecedentes que, en su opinión, justificarían su conducta, los que ya fueron considerados ajenos a esta litis por la H. Comisión Arbitral.

El **5 de mayo de 2015**, la H. Comisión Arbitral resuelve citar a las partes involucradas a oír sentencia.

Con fecha **22 de Junio de 2015**, la H. Comisión Arbitral dictó sentencia resolviendo:

*“1.- Declárase que la Sociedad Concesionaria Sanjosé Rutas del Loa S.A. incurrió en incumplimiento grave del contrato de concesión de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”;*

*2.- Declárase que el incumplimiento grave del contrato, establecido en el numerando anterior, produce la consecuente extinción de la concesión antes nombrada, otorgada a la Sociedad Concesionaria Sanjosé Rutas del Loa S.A., conforme a lo dispuesto en el artículo 27 N° 3 de la Ley de Concesiones, en relación con los preceptos de las Bases de Licitación, especialmente su artículo 1.11.2.3, letra f), siendo esta declaración suficiente para tenerla por extinguida y dar curso al procedimiento administrativo que resulte pertinente;*

*3.- Recházase la petición de la demandante MOP en cuanto a reservarle el derecho a demandar en otro juicio diverso el monto de las eventuales perjuicios, fundado en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, solo en cuanto se estima no ser procedente dicha petición en el caso sublite, en la forma y con el fundamento expresado;*

*4.- Condénase al total de las de las costas a la parte demandada.”*

El **23 de junio del año 2015**, la referida sentencia fue notificada a las partes.

Con fecha **22 de septiembre de 2015**, mediante Decreto Supremo (exento) N° 858 el MOP designó como Interventor del Contrato “Concesión Vial Rutas del Loa” a don Oscar Lira Valdés, de profesión abogado. Establece que el Interventor tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión y, además deberá: imponerse de los libros, documentos y operaciones de la Sociedad Concesionaria; llevar cuenta de las entradas y gastos de los negocios de la Sociedad Concesionaria; visar en su caso los pagos a los acreedores; rendir trimestralmente las cuentas de su actuación como Interventor y de los negocios de la Sociedad Concesionaria; y presentar las observaciones pertinentes. Sin embargo, a pesar de ser un procedimiento que se

encuentra reglado en la Ley de Concesiones, la Sociedad Concesionaria se negó reiteradamente a entregar cualquier tipo de información al Interventor, pese a que su designación se realizó de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 28, no permitiendo de esta forma establecer una mesa de trabajo que acercara a las partes.

**El 30 de Octubre de 2015**, la Sociedad Concesionaria solicitó por carta al Director General de Obras Públicas instruir a quien corresponda con el objeto de establecer una mesa de trabajo para determinar, de común acuerdo entre el MOP y la Sociedad Concesionaria, el monto del pago en conformidad con lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Con fecha **09 de Noviembre de 2015**, por medio de Resolución (Exenta) D.G.O.P. N° 4764, el MOP determinó que el contrato de Concesión de la obra pública fiscal denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" no se licitará públicamente por el plazo que resta y se deja constancia que para la determinación de los eventuales pagos que procedan conforme a la Ley, se aplicará lo establecido en el inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones y el procedimiento regulado en los números 2 a 11 del artículo 104 de su Reglamento.

**El 18 de Enero de 2016**, la Sociedad Concesionaria presentó Discrepancia ante este Panel Técnico de Concesiones, expediente número D01-2016-12, solicitando se formule recomendación acerca del valor a pagar por las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por la Concesionaria.

Con fecha **22 de enero de 2016**, el Panel Técnico de Concesiones resolvió tener por no presentada la Discrepancia expediente número D01-2016-12, por estimar que el plazo de 60 días para fijar el monto por mutuo acuerdo vencía el 12 de febrero del presente año, agregando que podrá solicitarse nuevamente la intervención del Panel en la oportunidad correspondiente.

**El 28 de Enero de 2016**, la Sociedad Concesionaria SanJosé envió carta dirigida al Sr. Juan Manuel Sánchez Medioli, Director General de Obras Públicas, en la cual solicita



instruir a quien corresponda con el objeto de establecer una mesa de trabajo dirigida a acordar los pagos establecidos en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Al respecto, debemos precisar que la Sociedad Concesionaria no presentó en tiempo y forma la Oferta de Negociación que da inicio al procedimiento expresamente regulado en el artículo 104 del Reglamento de la Ley de Concesiones, relativo al pago al concesionario en caso de incumplimiento grave.

El **22 de Febrero de 2016**, la Sociedad Concesionaria presentó Discrepancia ante este Panel Técnico de Concesiones, expediente número D02-2016-12, solicitando se formule recomendación acerca del valor a pagar por las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por la Concesionaria.

Con fecha **03 de marzo de 2016**, mediante Ordinario N° 251 el señor Director General de Obras Públicas da respuesta a la carta de la Sociedad Concesionaria de 28 de enero de 2016, manifestando desacuerdo con el monto señalado.

El **07 de abril de 2016**, el Panel Técnico de Concesiones emite su recomendación en Discrepancia expediente número D02-2016-12.

### **III.- CONSIDERACIONES RESPECTO A LA RECOMENDACIÓN DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES**

Con fecha 07 de abril de 2016, el Panel Técnico de Concesiones se pronunció sobre las peticiones de la Sociedad Concesionaria y emitió su recomendación para resolver la discrepancia que versó sobre la determinación del monto del eventual pago a la SC SanJosé Rutas del Loa S.A.

La Sociedad Concesionaria en las consideraciones preliminares de su presentación ante el Panel, señaló que *“venimos en presentar solicitud para que Panel Técnico de Concesiones formule una recomendación acerca del valor que el Ministerio de Obras Públicas... deberá pagar a la Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A. por las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido*

*realizadas por la Concesionaria, y que no hayan sido amortizadas, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.”*

Sin perjuicio del grave error cometido por la Sociedad Concesionaria al solicitar la intervención del Panel Técnico, pues parte del supuesto que han existido inversiones necesarias para la prestación del servicio que efectivamente hayan sido realizadas por el Concesionario, según el criterio del Panel Técnico expresado en el numeral 8 de su recomendación, la discrepancia rol D02-2016-12 quedó enmarcada en **la determinación del monto del eventual pago a la SC SanJosé rutas del Loa S.A. por el Ministerio de Obras Públicas de acuerdo al inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones.**

El Panel Técnico al iniciar su análisis, parte de supuestos errados pues distingue las consecuencias de carácter sancionatorio que tienen el incumplimiento grave del contrato de concesión, de la compensación al concesionario por su extinción como resultado del mismo.

**TAL DISTINCIÓN NO PUEDE TENER LUGAR** según lo expuesto en el numeral uno de esta presentación, pues resulta contraria a toda lógica y principio de justicia. Siendo el Concesionario el que ha incumplido gravemente el contrato, desembocando dicho actuar en la extinción del mismo, **no puede considerarse el pago contemplado en el inciso 5° del artículo 28 de la LCOP como un beneficio para la parte incumplidora**, sino más bien, **dicho pago corresponde a una forma de reembolso** de las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional, **de manera que cubran las obligaciones contraídas por el concesionario con sus financistas y no se dañe la posibilidad que estos últimos puedan financiar a otros operadores**, conclusión que nos entrega el profesor José Antonio Ramírez Arrayas basado en la discusión parlamentaria que dio origen a la presente norma.

Teniendo en vista **el fundamento que el legislador tuvo para incorporar esta norma** y considerando que **la Sociedad Concesionaria ha reconocido expresamente en su demanda que en materia de contratos de financiamientos no celebró ningún contrato de esta naturaleza**, siendo absorbida toda la inversión con recursos propios,

**existe mérito suficiente** para que esta H. Comisión Arbitral **deseche la presente demanda en todas sus partes.**

A continuación el Panel reitera que *“Incumbe a este Panel determinar el valor del pago al concesionario, que, como consecuencia de la extinción de la concesión, eventualmente deba realizarse por el Ministerio de Obras Públicas a la Sociedad concesionaria, **conforme regula el Artículo 28 inciso 5° de la Ley**, cuando no ha habido acuerdo en el monto de este pago, entre las partes”* (énfasis añadido).

Del mismo modo, el Panel sostiene que para la determinación del monto debe analizar cada uno de los componentes de la norma, **resultando esencial definir qué se entiende por “Inversiones necesarias para la prestación del servicio”**, anunciando el análisis técnico y económico de la Solicitud de la SC y las alegaciones del MOP a la luz del Artículo 28 inciso 5° de la Ley, de las demás disposiciones de la Ley de Concesiones, del Artículo 104 número 3) del reglamento, y de las Bases de Licitación. Concluye esta parte dejando constancia que *“en el presente caso no se dio cumplimiento al procedimiento que el Reglamento contempla en su artículo 104 para llegar a un acuerdo entre las partes por el monto que ahora debe determinar el Panel, por lo que éste carece de los antecedentes que dicha etapa pudo haber proporcionado para este análisis”*, procedimiento que según ya lo mencionamos, **no se produjo por la inactividad de la Sociedad Concesionaria al no presentar en tiempo y forma la Oferta de Negociación a que se refiere el artículo 104** del Reglamento de la Ley de Concesiones.

El Panel al analizar el concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio” contenido en el Artículo 28 inciso 5° de la Ley, se refiere al concepto de costo de construcción utilizado en los contratos de construcción de obras públicas, a la definición de costo total de la obra contenida en las Bases de Licitación, reflexiona acerca de si un gasto puede o no entenderse como una inversión para la prestación del servicio y que desde el punto de vista financiero la Sociedad Concesionaria tiene un objeto exclusivo. **El Panel Técnico, de manera equivocada, confunde o identifica los conceptos de costo, gasto e inversiones necesarias para la prestación del servicio.**

Al parecer, para intentar atenuar el alcance sus reflexiones y dar un límite al concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”, el Panel agrega:

*“Ahora bien, la pregunta es si toda inversión realizada debe ser compensada por el MOP, sin ulterior análisis respecto de su necesidad, origen o cuantía. La ley señala que sólo las inversiones necesarias para la prestación del servicio efectivamente realizadas deben ser pagadas al Concesionario, por lo que no incluye aquellas inversiones ineficientes que costaron más de lo necesario, o aquellas que son excesivas por haber incurrido la empresa en errores.*

*La SC no puede tener la certeza de recibir el reembolso de la totalidad de sus gastos en el escenario de extinción anticipada. De otra forma, se transferiría el riesgo de construcción desde el concesionario al mandante. El costo recae sobre el concesionario si los desembolsos corresponden a costos ineficientes.*

*Ello es consecuente con un principio fundamental del sistema de concesiones chileno, cual es que se trate de costos eficientemente incurridos por el concesionario. En otras palabras, costos incurridos que, permitiendo satisfacer la normativa aplicable, sean los estrictamente necesarios para construir la obra y prestar el servicio, o bien correspondan a la alternativa de menor costo. Al respecto, resulta pertinente el Artículo 22 número 2) de la Ley de Concesiones, que establece: (...)”*

**EL PANEL NUEVAMENTE INCURRE EN SUPUESTOS ERRADOS**, toda vez que atribuye una interpretación absolutamente amplia al concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”, **confundiéndolo o identificándolo con los conceptos de gastos y costos, lo que implica un absoluto desconocimiento del fundamento que el legislador tuvo para incorporar esta norma aplicable al caso de extinción de la concesión por incumplimiento grave del Concesionario.**

**No responden a ninguna lógica las circunstancias que el Panel a utilizado como limite de su interpretación del concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”, que consisten en no incluir aquellas inversiones ineficientes que costaron más de lo necesario, o aquellas que son excesivas por haber incurrido la empresa en errores, dichas circunstancias ni en el presente caso y ni en**

ningún otro pueden atribuirse válidamente al MOP por ser de exclusiva responsabilidad de la Concesionaria. **Sus reflexiones resultan contradictorias**, pues por un lado, **señala que no puede transferirse el riesgo de construcción desde el concesionario al mandante**, y por otro, **interpreta de manera extremadamente amplia el concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”**, interpretación que en los hechos implica reembolsar prácticamente la totalidad de los gastos realizados por la Concesionaria, criterio que a todas luces pugna con el espíritu de la norma contenida en el inciso 5° del artículo 28 de la Ley de Concesiones.

Al referirse en particular a los conceptos solicitados por la Concesionaria, el Panel aplica los supuestos errados que hemos venido señalando, confundiendo gastos y costos con el concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”, **en ningún momento se considera la inutilidad de dichos conceptos para el MOP**, dado el incipiente estado de avance de la concesión, y que la Concesionaria no llegó a iniciar la construcción de las obras descritas en las Bases de Licitación, que constituyen la materialización de las inversiones necesarias para la prestación del servicio.

Al igual que en otros pasajes de su recomendación, **en este punto el Panel incurre en importantes contradicciones**, dentro de las que destacaremos las más relevantes.

Al referirse a los “**Estudios de Ingeniería y otros Estudios**”, sostiene que para validar los gastos en el Estudio de Ingeniería que se deben compensar a la Concesionaria es necesario revisar en detalle el Estudio, para lo cual afirma haber revisado las principales objeciones de la Inspección Fiscal al estudio de Ingeniería contrastándolo con el volumen correspondiente del Manual de Carreteras, de cuya revisión **se desprende que el Estudio de Ingeniería entregado no cumplió con los requerimientos mínimos del contrato de concesión, concluyendo que solo existe levantamiento de datos, sin desarrollo de ingeniería** (En este sentido, resultan especialmente descriptivas las observaciones realizadas en el Apéndice 1 de la recomendación del Panel). **No obstante sus conclusiones, erróneamente el Panel consideró gastos de ingeniería por un total de UF 13.883**, de los propios razonamientos del Panel se desprende que este

monto no corresponde a inversiones necesarias para la prestación del servicio, careciendo de utilidad para el MOP y para la prestación del servicio.

Cosa similar ocurre con los **“Gastos de Conservación y Mantenimiento de la Infraestructura Preexistente”**, señala que la información de que dispone el Panel es que **no se entregó la tercera actualización del Plan de Mantenimiento de Infraestructura Preexistente** y que **no se efectuaron los trabajos de bacheo de calzadas en conformidad a las BALL**, la Concesionaria no redujo el desnivel de las bermas lo que representa un peligro para los usuarios. Luego agrega que **no obstante las observaciones del Inspector Fiscal, efectuadas en cumplimiento de sus tareas, la mantención realizada, si bien insuficiente a juicio del MOP, es necesaria para prestar el servicio por lo que debe ser compensada**. Claramente sus conclusiones son contradictorias, por una parte **reconoce expresamente la deficiente labor de la Concesionaria**, y por otro, **reconoce esa deficiente labor como necesaria para la prestación del servicio**.

En materia de **“Gastos Generales”**, que **corresponden a gastos destinados al funcionamiento interno de la Sociedad Concesionaria, que no son regulados ni controlados por el MOP**, son discrecionales y obedecen a las políticas internas de funcionamiento propio de cada organización y, por lo tanto, **constituyen gastos puros y simples que no pueden considerarse como parte del concepto “inversiones necesarias para la prestación del servicio”**, el Panel determinó el valor que según su criterio debe ser pagado **excluyendo los siguientes gastos**: a. Gastos facturados a sociedades distintas de la Sociedad Concesionaria Rutas del Loa; b. Los gastos generales efectuados por casa matriz, por no tener una directa relación demostrable con el proyecto en cuestión; c. Facturas que fueron incluidas en dos oportunidades, facturas que corresponden a gastos no asociados al contrato de concesión, y desembolsos efectuados en forma posterior a la extinción de la concesión. **Agrega que el detalle de las facturas excluidas se encuentra en el Apéndice 2 de la recomendación y reconoce un monto de UF 2.246.**

Finalmente, el Panel Técnico de Concesiones recomendó: “*Que del análisis técnico y económico contenido en los párrafos anteriores y considerando sus fundamentos lógicos y normativos, recomienda que el MOP pague a la Sociedad Concesionaria por concepto de valor de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas, más los costos financieros normales del mercado pertinentes a tales inversiones, debidamente acreditados, la suma de UF 127.865.-, más los intereses correspondientes según lo establecido en el artículo 1.12.5 de las BALI, sin perjuicio del eventual ajuste que proceda de acuerdo al punto 11.3.3 de esta Recomendación*”.

**Sin perjuicio que el Panel Técnico de Concesiones desestimó todos aquellos costos o gastos que resultaron evidentemente impertinentes, emitió su recomendación en base a supuestos errados**, confundiendo gastos y costos con el concepto de “inversiones necesarias para la prestación del servicio”; **y sin considerar**, la inutilidad de dichos conceptos para el MOP dado el incipiente estado de avance de la concesión, que la Concesionaria no llegó a iniciar la construcción de las obras descritas en las Bases de Licitación, y sus propios razonamientos en torno a la deficiente labor realizada por la Concesionaria, como por ejemplo, en materia de estudios de ingeniería y gestiones de mantenimiento y conservación, determinando un monto a pagar en perjuicio de esta parte, excediéndose en sus atribuciones al realizar análisis e interpretaciones jurídicas, que sólo a esta H. Comisión Arbitral corresponde por expreso mandato legal, por cuanto la ley estableció esta instancia jurisdiccional, separándola totalmente de la etapa técnica que corresponde al Panel de Concesiones.

**IV.- LOS CONCEPTOS Y MONTOS SOLICITADOS POR LA SOCIEDAD CONCESIONARIA NO CORRESPONDEN A “INVERSIONES NECESARIAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO”, NO EXISTE UTILIDAD, NO HAY AVANCE EN EL PROYECTO NI EN LAS OBRAS**

## CONCEPTOS Y MONTOS SOLICITADOS POR LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

<b>Concepto</b>	<b>Monto (UF)</b>
Pagos realizados por la Sociedad Concesionaria al Ministerio de Obras Publicas de acuerdo a lo establecido en las Bases de Licitación.	122.758,00
Gastos realizados por la Sociedad Concesionaria con motivo del desarrollo y ejecución del Contrato de Concesión.	40.254,07
Gastos Generales.	14.455,01
<b>TOTAL (UF)</b>	<b>177.467,08</b>

### ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS Y MONTOS SOLICITADOS

Según lo expuesto con anterioridad, el deber de pago al Concesionario **surge solo en el caso de acreditarse la existencia de inversiones necesarias para la prestación del servicio**, que efectivamente hayan sido realizadas por el concesionario, y que no hayan sido amortizadas. En el presente caso, **la demanda deducida omite detallar y analizar los conceptos solicitados y los fundamentos que permitirían estimarlos como inversiones necesarias para la prestación del servicio**, indeterminación que debiera conducir a su total rechazo por falta de fundamentos.

En este punto, no debemos olvidar que siendo el Concesionario el que ha incumplido gravemente el contrato, desembocando dicho actuar en la extinción del mismo, **no puede considerarse el pago contemplado en el inciso 5° del artículo 28 de la LCOP como un beneficio para la parte incumplidora**, sino más bien, **dicho pago debe entenderse como una forma de reembolso** de las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional, de manera que cubran las obligaciones contraídas por el concesionario con sus financistas y no se dañe la posibilidad que estos últimos puedan financiar a otros operadores. Conclusión que se fundamenta, entre otros aspectos, en la relación de las disposiciones de los incisos 5° y 6° del artículo 28 de la Ley de Concesiones, cuya redacción actual fue incorporada por la Ley 20.410.



Se debe recordar que el objeto general del presente contrato de concesión es la **ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal** denominada "Concesión Vial Rutas del Loa" por el sistema establecido en el artículo 87 del DFL MOP N° 850 de 1997.

En el numeral 1.3 de las Bases de Licitación se realiza la Descripción del Proyecto, de la siguiente manera:

*"El proyecto plantea realizar el mejoramiento y la ampliación a doble calzada de la Ruta 25 en el tramo comprendido entre el Enlace Carmen Alto, al final de la Concesión Vial Autopistas de la Región de Antofagasta, y el empalme con el proyecto de mejoramiento de la Avenida Balmaceda, al norte de la rotonda de acceso sur a Calama, incluyendo las obras de conexión que den continuidad de las citadas vías, las que se precisarán en el Proyecto de Ingeniería de Detalle. Además, se incluye la construcción de un enlace a desnivel que reemplace la actual Rotando Acceso Sur a Calama y que conecte con la vía de acceso al Aeropuerto El Loa de Calama, incluyendo las obras de conexión que den continuidad a las citadas vías, las que se precisarán en el Proyecto de Ingeniería de Detalle.*

*Además, se construirá la Circunvalación Oriente a Calama, que conectará las Rutas 24 (Oriente y Poniente), Ruta 21, Ruta 23 y Ruta 25, incluyendo las obras de conexión que den continuidad a las citadas vías, las que se definirán con exactitud en el Proyecto de Ingeniería de Detalle.*

*Además, se consideran obras tales como: construcción de intersecciones a desnivel, construcción de pasos superiores de ferrocarril, construcción de puntos de retornos a nivel en la mediana, recuperación y cambio del estándar de la calzada preexistente, obras de saneamiento, señalización y seguridad vial, iluminación, pasarelas peatonales, paraderos de buses, calles de servicio y otras obras que permitirán mitigar las principales deficiencias que presenta actualmente la Ruta 25."*

El proyecto planteaba la ejecución de una serie de obras destinadas al mejoramiento y ampliación de la infraestructura vial entre Carmen Alto y la ciudad de Calama, comunas de Sierra Gorda y Calama, de la Región de Antofagasta.

En los hechos, la Sociedad Concesionaria no llegó a iniciar la construcción de las obras descritas en las Bases de Licitación, solo realizó gastos que responden a obligaciones establecidas en dichas Bases, de los cuales no se espera un retorno contable, e inició el desarrollo de los proyectos de ingeniería, los que por sus deficiencias y bajo estado de avance no llegaron a ser aprobados por la Inspección Fiscal, careciendo de utilidad para la ejecución del contrato. Lo cierto es, que no existe declaración de avance alguno en el contrato, situación expresamente reconocida en la demanda.

**NO CONSTITUYEN “INVERSIONES NECESARIAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO”,** los gastos realizados por la Concesionaria, estudios o proyectos de ingeniería deficientes o con bajo estado de avance **que han resultado inútiles para el MOP, puesto que no se han traducido en obras que pueda aprovechar para la prestación del servicio.**

Las Comisiones Arbitrales ya se han pronunciado más de una vez en estas materias. Resulta oportuno citar el fallo de 29 de enero de 2014 de la H. Comisión Arbitral de la Concesión “Conexión Vial Melipilla – Camino de la Fruta”, que se pronunció respecto a lo invertido por la respectiva Sociedad Concesionaria en dicha obra.

A continuación transcribimos los considerandos 125° y 126° de la sentencia. Lo subrayado es nuestro:

*“125° Que, a la cifra referida habrá de deducirse la cantidad de 18.816,53 UF que estima el informe de IDIEM de fecha 8 de enero de 2013 y titulado “Análisis de la procedencia del descuento realizado por la Inspección Fiscal a las obras ejecutadas correspondientes a la Concesión Ruta G-60.” En efecto y también por encargo de esta Comisión en el cuaderno N° 9, ordenado traer a la vista, rola a fojas 76 y siguientes del*

mismo, un informe cuyo objetivo fue analizar y evaluar las obras ejecutadas por la Sociedad Concesionaria que cabría descontar del valor total de la obra por considerarse que no respondía a las especificaciones técnicas del proyecto, las obras que presentaban, a esa fecha, deterioros que obligan a su demolición o reemplazo y a las que presentan probables deterioros futuros en un periodo inferior a un año, a contar del 30 de septiembre de 2012. Estiman estos sentenciadores la procedencia de efectuar el descuento así avaluado por un perito independiente por entender que el MOP no se enriquecerá de obras que deba reemplazar en razón de no haberse construido en conformidad a sus especificaciones técnicas o que deban reemplazarse o repararse en razón de su deterioro.

126° Que esta Comisión no calculará otros costos que pueda haber tenido la sociedad Concesionaria para producir la obra que ahora ha entregado sin lugar a indemnización por incumplimiento contractual; por cuanto lo que el MOP aprovechará es la obra misma construida, al margen de lo que su construcción haya costado a la Sociedad Concesionaria por conceptos que no se reflejan en su valor, calculado del modo que ya se ha indicado.”

Teniendo presente lo expuesto y no obstante que los conceptos y montos solicitados en la demanda se han individualizado de una manera absolutamente genérica, **es posible sostener que ellos corresponden a gastos realizados por la Concesionaria, estudios o proyectos de ingeniería deficientes o con bajo estado de avance que han resultado inútiles para el MOP**, según veremos a continuación:

#### PAGOS REALIZADOS POR LA SOCIEDAD CONCESIONARIA AL MOP

##### a. PAGOS AL ESTADO POR ADMINISTRACION Y CONTROL

No resulta atendible el considerarlos una inversión, toda vez que se trata de un gasto específico en cumplimiento de una obligación establecida en las Bases de Licitación, de la cual no se espera un retorno rentable. En efecto el Estado de Chile contrató una empresa de asesoría a la inspección fiscal y designó un Inspector Fiscal y un equipo de trabajo,

que controló y administró el contrato durante el periodo que existió la concesión, por tanto, el servicio fue prestado y cuyo pago debe considerarse un gasto y no una inversión.

Este pago se efectúa en conformidad al artículo 1.12.2.1.1 de las Bases de Licitación que establece expresamente:

***“1.12.2.1.1 PAGOS AL ESTADO POR CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN***

*El Concesionario deberá pagar durante la Etapa de Construcción definida en el artículo 1.9.2 de las presentes Bases de Licitación, la suma de UF 129.000 (ciento veintinueve mil Unidades de Fomento) en tres cuotas iguales de UF 43.000 (cuarenta y tres mil Unidades de Fomento). La primera cuota deberá pagarse dentro del plazo de 120 (ciento veinte) días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación del Contrato de Concesión, mediante Vale Vista emitido a nombre del DGOP. Las dos cuotas restantes deberán pagarse anual y sucesivamente, el último día hábil del mes de enero siguiente al pago de la cuota anterior.”*

El no cumplimiento de esta obligación está sujeto a multa en conformidad a las bases del contrato. Desde esta perspectiva es legítimo entender que, en primer término, **no se trata de una inversión y menos necesaria para la prestación del servicio objeto del contrato, el cual no es otro que la construcción y explotación de una nueva autopista que uniría las ciudades de Calama y Antofagasta.**

**b. PAGO AL POSTULANTE POR REEMBOLSO DE ESTUDIOS**

No resulta procedente considerarlo como una inversión, ya que es un gasto específico realizado en cumplimiento de una obligación establecida en las Bases de Licitación, de la cual no se espera un retorno rentable y no sería susceptible de activarse como tal. Este pago se efectúa en conformidad al artículo 1.12.2.2 de las Bases de Licitación que establece expresamente:

***“1.12.2.2 PAGO AL POSTULANTE POR REEMBOLSO DE ESTUDIOS***

*El Licitante Adjudicatario de la Concesión o la Sociedad Concesionaria, en su caso, deberá efectuar un pago al Postulante individualizado en el artículo 1.2.3 de las presentes Bases de Licitación por la cantidad de UF 79.758 (setenta y nueve mil setecientas cincuenta y ocho Unidades de Fomento) por concepto de reembolso de los estudios realizados por él para el proyecto. Dicha cantidad deberá ser pagada por el Adjudicatario al Postulante mediante vale vista bancario en el plazo de 60 (sesenta) días contados desde la fecha de publicación, en el Diario Oficial, del Decreto Supremo de Adjudicación de la Concesión y ciñéndose en lo demás a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Concesiones.*

*En caso de incumplimiento en tiempo y forma de la obligación establecida en el párrafo anterior, el MOP hará efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta indicada en 1.5.5, Documento N° 4 o la Garantía de Construcción establecida en 1.8.1.1, según corresponda, ambos artículos de las presentes Bases de Licitación, efectuándose el referido pago al Postulante, con cargo a su monto.”*

De lo señalado, es evidente que este gasto no puede tener por objeto esperar una rentabilidad derivada de él y menos puede considerarse como necesario para la prestación del servicio objeto del contrato.

## GASTOS REALIZADOS POR LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

### a. GASTOS DEL DESARROLLO DEL PROYECTO DE INGENIERIA

Los gastos de prospecciones, laboratorio, auscultación de pavimentos, topografía, elaboración de proyectos de ingeniería, podrían considerarse inversiones susceptibles de ser activadas. Sin embargo, **se debe considerar que los proyectos de ingeniería entregados no cumplieron con los requerimientos mínimos del contrato de concesión, solo existe levantamiento de datos, sin desarrollo de ingeniería, por lo que jamás fueron aprobados por la Inspección Fiscal.**

En este sentido, no existió un proyecto de ingeniería que tuviera una aptitud para servir a los efectos de la prestación del servicio objeto de la concesión.

b. GASTOS DE CONSERVACION DE LA INFRAESTRURA PREEXISTENTE

No resulta procedente considerar estos gastos como una inversión, ya que se trataba de una infraestructura de la cual no es esperable retorno toda vez que ella iba a ser reemplazada por una nueva ruta concesionada, respecto de la cual la Sociedad Concesionaria sí tenía derecho a esperar una contrapartida rentable.

c. SEGUROS RESPONSABILIDAD CIVIL Y CATASTROFE

No existe discusión alguna que los seguros no son inversiones, los seguros constituyen gastos puros y simples.

d. INSTALACIÓN DE FAENAS Y EQUIPAMIENTO DE OFICINA INSPECCIÓN FISCAL

No es inversión, los arriendos constituyen gastos puros y simples, al igual que los pagos de las cuentas de servicios básicos. Los equipamientos en este caso tampoco serían inversiones, ya que la Sociedad Concesionaria no estaría en condiciones de esperar retornos sobre este gasto. Adicionalmente, se trata de obligaciones establecidas en las Bases de Licitación que constituyen un gasto para la Sociedad Concesionaria. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante precisar que todo el equipamiento de la oficina de la Inspección Fiscal fue devuelto a la Sociedad Concesionaria, por lo que este concepto ni siquiera debe ser considerado como gasto.

A mayor abundamiento, el MOP no tiene control respecto de los gastos de oficina de la concesionaria, por cuanto, esta última informa pero el Ministerio no tiene ninguna atribución respecto del monto que se les pagara a los gerentes, secretarías y funcionarios, por lo que malamente podría pretenderse transferir este gasto al MOP.

#### e. GASTOS DE AUDITORIA

No es inversión, es un gasto propio de la Sociedad Concesionaria en cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales, por cuanto corresponde a una sociedad anónima regulada por la Superintendencia de Valores y Seguros. Esta obligación dice relación con las obligaciones contempladas en los artículos 1.8.6 y 1.8.6.1, letra c), de las BALI (Estados Financieros trimestrales, semestrales y anuales de la Sociedad Concesionaria).

#### GASTOS GENERALES

Corresponden a gastos destinados al funcionamiento interno de la Sociedad Concesionaria, que no son regulados ni controlados por el MOP, son discrecionales y obedecen a las políticas internas de funcionamiento propio de cada organización y, por lo tanto, constituyen gastos puros y simples que no pueden considerarse como parte del concepto "inversiones necesarias para la prestación del servicio".

#### **V.- IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE LOS INTERESES DEMANDADOS**

Reiterando las mismas alegaciones expuestas por esta parte respecto de los demás conceptos reclamados por la concesionaria, y que en definitiva importan la improcedencia de los mismos, siendo los intereses una consecuencia de lo anterior, obviamente deben correr igual suerte y por ende deben ser rechazados.

No obstante, para el improbable caso que la H Comisión Arbitral no acogiere nuestras defensas, alego la improcedencia del pago de los intereses demandados.

El interés solicitado en la parte petitoria de la demanda es absolutamente improcedente, ya que los intereses a que se refiere el numeral 1.12.5 de las Bases de Licitación, corresponden a aquellos que se devengarán por los pagos que tengan que realizar el Estado o el Concesionario en virtud del contrato de concesión.

Dichos intereses no son aplicables a los montos y conceptos solicitados, por cuanto estos montos y conceptos no constituyen pagos que tengan que realizar el Estado o el Concesionario en virtud del contrato de concesión, sino que forman parte del

procedimiento de incumplimiento grave del contrato regulado en el artículo 28 de la Ley de Concesiones.

Por otro lado, no existiendo una norma especial al respecto, corresponde aplicar supletoriamente, las reglas generales del Código Civil, las que nos informa que para que proceda la obligación de pagar intereses, a título de indemnización por la mora, evidentemente, es necesario que el deudor esté en mora; o sea, sólo proceden desde que se produce la interpelación en alguna de las formas señaladas en el artículo 1551 del Código Civil, agregando que sólo pueden cobrarse los intereses desde que se haya establecido el crédito adeudado de manera indubitada, es decir el crédito debe ser exigible y líquido, ya que antes no hay mora.

Recordemos a este respecto que el artículo 647 del Código Civil, dispone que son frutos civiles los intereses de capitales exigibles. De acuerdo a esta norma no hay fruto civil en los capitales no exigibles.

De esta manera, en el caso de autos, no estamos en presencia de una prestación pactada e indubitada, sino que ante una pretensión que es discutida, y que mientras no se precise, no puede estimarse que hay mora, de modo que, conforme a las normas citadas y siguiendo los criterios jurisprudenciales nacionales y doctrinales, casi unánimes en la materia, los intereses moratorios se deberían desde que se determine si existe alguna deuda de cargo del MOP y a cuánto asciende, es decir, desde la sentencia ejecutoriada.

**POR TANTO,**

**RUEGO A LA H. COMISIÓN ARBITRAL,** tener por contestada la demanda deducida por la Sociedad Concesionaria SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A., en tiempo y forma, y en razón de los fundamentos esgrimidos rechazarla en toda sus partes, con expresa condena al pago de las costas y de los gastos de funcionamiento de esta H. Comisión Arbitral.



**Pablo Muñoz Agurto**  
**ABOGADO**