

REPLICA

SEÑOR PRESIDENTE H. COMISION ARBITRAL CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA

MATÍAS DANERI BASCUÑÁN, abogado, en representación de la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A., en los autos arbitrales ROL N°001-2016 al señor Presidente de la H. Comisión Arbitral digo:

Que, encontrándome dentro del plazo contemplado en la Normas de Procedimiento y Funcionamiento de la H. Comisión Arbitral, vengo en evacuar en tiempo y forma el traslado para replicar conferido a mi representada por resolución de fecha 10 de junio de 2016, notificada a la Sociedad Concesionaria con fecha 14 del mismo mes y año, solicitando desde ya el rechazo de las alegaciones formuladas en la contestación a la demanda, por las consideraciones de hecho y derecho que paso a exponer.

I. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA CONTESTACIÓN DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS

Nos enfrentamos a una contestación de la demanda bastante compleja y difícil de entender toda vez que se hacen una serie de alegaciones e interpretaciones sin fundamento legal, pese a estar frente a árbitros de derecho, en algunos casos contradictorias, y lo que es más complejo aun, sin que exista una relación entre la alegación que se formula y la actuación que se ejecuta.

Sólo a modo de ejemplo me permito señalar una alegación formulada por el Ministerio de Obras Públicas que no tiene aparejada la correspondiente actuación procesal. Señala dicha Secretaria de Estado que el deber de pago al concesionario sólo nace en el caso de acreditarse la existencia de inversiones necesarias para la prestación del servicio. Agrega que: “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 deberá conducir a su total rechazo por falta de fundamentos". (la negrilla es nuestra)

El artículo 19 de las Normas de Funcionamiento y de Procedimiento de la Honorable Comisión Arbitral, en su numeral 3, dentro del contenido mínimo que debe contener la demanda, señala: "Una relación clara de los hechos en que se basa la demanda o reclamación y de los fundamentos de derecho en que se apoya".

Claramente de acuerdo a la alegación formulada por el Ministerio de Obras Públicas la demanda presentada por la Sociedad Concesionaria no cumpliría con el requisito mínimo de su contenido exigido en las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la H. Comisión Arbitral, antecedente que la habilitaría¹ para haber presentado la Excepción Dilatoria Ineptitud del Libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda, situación que en la especie no ocurrió.

Frente a esta alegación formulada por el Ministerio de Obras Públicas forzoso es preguntarse ¿Contenía realmente la demanda de la Sociedad Concesionaria un detalle y análisis de los conceptos reclamados? En el caso que la respuesta sea negativa ¿Por qué no interpuso el Ministerio de Obras Públicas la correspondiente excepción dilatoria, cuyo objetivo precisamente es subsanar este tipo de omisiones?

En otro orden de consideraciones, la contestación señala en forma reiterada que el deber de pago al concesionario surge para el Ministerio de Obras Públicas sólo 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 y/o la existencia de costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento que se haga efectivo el pago.

¹ El artículo 9 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral señalan: "En lo no previsto por ellas, se aplicarán las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, las normas del juicio ordinario contenidas en el Libro II y las contenidas en los párrafos 2° y 3° del Título VIII del Liberio III del mismo cuerpo legal"

Por otra parte, la misma contestación señala: *“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”.*

Frente a esta alegación formulada por el Ministerio de Obras Públicas nuevamente forzoso preguntarse ¿Cuáles son en definitiva, los requisitos que hacen procedente el pago establecido en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas? ¿Deben ser sólo las inversiones realizadas sin rentabilidad adicional? ¿Deben ser inversiones necesarias para la prestación del servicio? ¿Deben ser inversiones producto de obligaciones contraídas por el Concesionario con sus Financistas? Si en definitiva se busca proteger al financista ¿Cuál sería la razón de imputarle a él la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria?

Por último, para complejizar aún más la situación, el Ministerio de Obras Públicas agrega otro requisito para los efectos de la procedencia del pago establecido en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas. En efecto, en el acápite denominado “Análisis de los Conceptos y Montos Solicitados”, donde realiza un detalle pormenorizado de las inversiones realizadas por la Sociedad Concesionaria, varios de los ítems son rechazados ya que se tratarían de gastos específicos efectuados en cumplimiento de obligaciones contractuales de los cuales no se esperaría, entendemos la Sociedad Concesionaria, un “retorno contable” o “retorno rentable”, según sea el caso donde se menciona.

Ignoramos el alcance de estas terminologías, desconociendo, en definitiva, lo que se pretende señalar con dichos conceptos. ¿Entiende el Ministerio de Obras

Públicas que los pagos que realiza la Sociedad Concesionaria en virtud del contrato de concesión son una especie de “costo hundido” sin retorno?

Estaríamos en presencia de gastos destinados al cumplimiento de obligaciones contractuales, no obstante, respecto de ellos el concesionario no esperaría un retorno, vale decir, serían desembolsos que los realiza a “perdida”.

La verdad cuesta entender esta línea argumental. De acuerdo a las alegaciones del Ministerio de Obras Públicas existirían gastos destinados al cumplimiento de obligaciones contractuales, como son los pagos establecidos en las Bases de Licitación, que se efectuarían a pérdida, toda vez que no se esperaría un retorno de ellos; en cambio, existirían otros gastos, también destinados al cumplimiento de obligaciones contractuales, como es el desarrollo del Proyecto de Ingeniería, respecto del cual sí se esperaría un retorno.

¿Cuál sería la razón para esta distinción? ¿A caso el pago al Postulante por concepto de reembolso de los estudios de ingeniería necesarios para licitar el proyecto no son una inversión?

Si ello es así, conviene que quede claro para que los inversionistas extranjeros tengan certeza en que estas inversiones, según el Ministerio de Obras Públicas, no serán jamás recuperadas.

II.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

Efectuada la precisión del acápite anterior, entendemos que las alegaciones del Ministerio de Obras Públicas apuntan a que el deber de pago al concesionario surge para el Ministerio de Obras Públicas sólo 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 y/o la existencia de costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados incluidos los reajustes e intereses devengados hasta el momento que se haga efectivo el pago.

Respecto de los conceptos y montos reclamados por la Sociedad Concesionaria, estos son rechazados por no constituir inversiones necesarias para

la prestación del servicio, ya sea porque se trata de desembolsos “que han resultado inútiles para el MOP, puesto que no se han traducido en obras que pueda aprovechar para la prestación del servicio”, o bien se trata de “gastos que responden a obligaciones establecidas en dichas Bases, de los cuales no se espera un retorno contable”.

Para una mejor comprensión de las alegaciones formuladas por el Ministerio de Obras Públicas, se adjunta la siguiente Tabla:

| Concepto | Objeción |
|---|--|
| Pago al Estado por Administración y Control | “No resulta atendible el considerarlo 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” |
| Pago al Postulante por Reembolso de los 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”. |
| Gastos del Desarrollo del Proyecto de Ingeniería | “Los gastos de prospecciones, laboratorio, auscultaciones 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, sólo existe levantamiento de datos, sin desarrollo de ingeniería, por lo que jamás fueron aprobados por la Inspección Fiscal”. |
| Gastos de Conservación de la Infraestructura Preexistente | “No resulta procedente considerar estos gastos como una inversión, ya que se trataba de una infraestructura de la cual no esperable retorno toda vez que ella iba a ser reemplazada por una nueva ruta concesionada, respecto de la cual la Sociedad Concesionaria si tenía derecho a esperar una contrapartida rentable” |
| Seguros de Responsabilidad Civil y Catástrofe | “No existe duda alguna que los seguros no son inversiones, los seguros constituyen gastos puros y simples” |

| | |
|--|---|
| <p>Instalación de Faenas y Equipamiento de Oficina Inspección Fiscal</p> | <p>“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”.</p> |
|--|---|

III.- NORMATIVA APLICABLE A LA CONTROVERSIA DE AUTOS

Frente a tantas alegaciones formuladas por el Ministerio de Obras Públicas creemos conveniente recordar la normativa aplicable a la situación de la especie.

El artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, modificado por la Ley N°20.410 del año 2010, establece que la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral.

Declarado el Incumplimiento Grave del Contrato de Concesión por la Comisión Arbitral, el Ministerio de Obras Públicas, dentro del plazo de 120 días contados desde dicha declaración, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, determinará si procederá a licitar públicamente el contrato de concesión por el plazo que le reste.

El proceso de licitación, en caso que se optare por ella, deberá efectuarse dentro del plazo de 90 días desde que se determine que se relicitará el contrato, **y el monto recaudado producto de ella será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio del derecho de los acreedores prendarios.** Las bases de la licitación deberán establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original, salvo que, mediante pronunciamiento del Consejo de Concesiones, y en virtud de nuevos antecedentes, dichos requisitos se revelen insuficientes para acometer la obra. En el primer llamado a licitación, el mínimo de

las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario. A falta de interesados se efectuará una segunda licitación, sin mínimo, en un plazo de 90 días desde que se haya declarado desierta la primera licitación.

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 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, 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 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, 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. Si se produjere acuerdo en un monto parcial, la forma de pago de ese monto podrá ser acordada inmediatamente por escrito, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, reservándose el conocimiento de lo disputado para la Comisión Arbitral. No habiéndose alcanzado acuerdo, si el concesionario no recurriere al Panel Técnico, o a la Comisión Arbitral, dentro de los plazos establecidos, se entenderá aceptado por el concesionario el monto más alto que el Ministerio de Obras Públicas le hubiere ofrecido en la forma contemplada en el reglamento durante el curso de la negociación.

Con el objeto de aclarar cualquiera duda, es conveniente tener presente que la norma en cuestión supone como requisito de procedencia que la concesión haya terminado por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria. Vale decir, es la propia Ley de Concesiones de Obras Públicas la que establece un pago a la Sociedad Concesionaria cuya concesión terminó por incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales. El Ministerio de Obras Públicas pareciera desconocer este hecho en su contestación.

En este sentido, cualquier connotación que pretenda otorgarse al incumplimiento carece de fundamento legal. Se trata de un hecho objetivo que el legislador ha establecido, sin hacer distinción alguna, no siendo lícito al Ministerio de Obras Públicas hacerlo tampoco, so pena de violentar la disposición legal señalada e infringir el principio de legalidad que rige las actuaciones del Estado.

Hacemos presente a la H. Comisión que nadie invierte en esta clase de proyectos con la intención de no cumplir el Contrato de Concesión. El Grupo San Jose no escapa a esta regla general y su objetivo al momento de formular la oferta era construir y explotar la obra pública fiscal objeto de la concesión. Tal como se lo hemos hecho presente en las causas que conoce actualmente la H. Comisión, y que no viene al caso reseñar, por causas no imputables a mi representada nos vimos en la imposibilidad de cumplir nuestras obligaciones contractuales. Esta situación ha tenido enormes costos para el Grupo San Jose, basta señalar a este respecto que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva la garantía del Contrato de Concesión en el mes de marzo del año 2015, por un valor de UF 175.000. Adicionalmente, la Sociedad Concesionaria está expuesta al pago de cuantiosas multas, cuya procedencia se discute actualmente en esta misma H. Comisión.

Lo que se está reclamando por medio de esta acción es un pago establecido en la propia Ley de Concesiones de Obras Públicas, que tal como se señaló precedentemente supone el término anticipado de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, razón por la cual no existe ninguna razón o fundamento, legal o contractual, por el cual se pretenda traspasar esa responsabilidad al pago reclamado.

IV.- RECOMENDACIÓN DEL PANEL TECNICO

El artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que “La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. **En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia**” (La negrilla es nuestra). Por su parte el artículo 36 bis del mismo cuerpo legal señala: “Los aspectos técnicos y económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidas previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico”.

En virtud de lo anteriormente señalado, y lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, venimos en reiterar a la H. Comisión Arbitral que la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A. recurrió al Panel Técnico de Concesiones, quien con fecha 7 de abril de 2016, emitió la siguiente recomendación²: *“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 pertinente a tales inversiones, debidamente acreditadas, 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”*³.

² Discrepancia DO2-2016-12

³ La Recomendación fue emitida por el Panel Técnico de Concesiones conformado por: Sr. Erwin Stagno Rojas, Presidente, Sra. Marcela Hernández Meza, Sra. Catalina Binder Tapia, Sr. Ronald Fischer Barkam y el Sr. Rodrigo Yáñez Benítez.

Hacemos presente a la H. Comisión, que las alegaciones formuladas por el Ministerio de Obras Públicas en dicha instancia, en general, son las mismas que se formularon en el escrito de contestación de la especie.

Para llegar a esta recomendación, el Panel Técnico de Concesiones efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones:

- *“Se debe responder si un gasto requerido para llevar a cabo el proyecto puede o no entenderse como una inversión para la prestación del servicio. Para responder esta pregunta se debe observar que analizar la rentabilidad de un proyecto de inversión, como por ejemplo una concesión de carretera, el inversionista no puede hacer caso omiso de todos los costos en los que debe incurrir para desarrollar el proyecto. Si el inversionista sólo considerara como inversiones las obras civiles, pavimentación y otros que sólo se ejecutan en el proceso de construcción, tendría una visión errada de la rentabilidad del proyecto. El error se debe a que no consideraría que la concesión requiere los gastos previos en estudios, pagos a postulantes privados, gastos generales y otros sin los cuales no podría llevarse a cabo el proyecto”.*
- *“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”*

Tal como se señaló precedentemente, las alegaciones del Ministerio de Obras Públicas destinadas a rechazar el pago establecido en el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas básicamente apuntan a que se trataría de gastos destinados al cumplimiento de obligaciones contractuales, respecto de los cuales no se esperarían retorno, e inversiones realizadas por el Concesionario en estudios o proyectos que habrían resultado inútiles para dicha Secretaría de Estado.

No existe ninguna alegación del Ministerio de Obras Públicas en orden a señalar que los gastos e inversiones realizadas por la Sociedad Concesionaria serían ineficientes, que costaran más de lo necesario o que fueran excesivos producto de errores imputables a ella.

Respecto del Estudio de Ingeniería, desde ya hacemos presente a la H. Comisión que se trata de un Estudio que no alcanzó aprobarse por el Inspector Fiscal, razón por la cual sólo se está solicitando el pago proporcional al trabajo realizado.

En relación a lo señalado por el Ministerio de Obras Públicas respecto a la recomendación del Panel Técnico, estimamos que una cosa es que a una parte no le agrade la recomendación de expertos altamente calificados, de acuerdo a la ley, y otra muy diferente es que sus recomendaciones carezcan del fundamento técnico para plantearlas. Por lo demás, se debe considerar, que es el Estado quien ha creado por ley este ente y no la Sociedad Concesionaria, quien está obligada a recurrir en forma previa al mismo.

Tenemos entendido, además, que ninguna de las recomendaciones hechas por este Panel hasta la fecha han sido aceptadas por el Ministerio de Obras Públicas, lo que claramente pone en duda cual fue la finalidad de crearlo por ley y hacer obligatorio para los privados recurrir a él.

V.- CONTENIDO DE LA OFERTA DE NEGOCIACIÓN DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

El artículo 104 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas señala que dentro de los 20 días siguientes a la publicación en el Diario Oficial de

la resolución que determine la no relicitación del Contrato de Concesión, el concesionario presentará por escrito al Ministerio de Obras Públicas una oferta de negociación que indique el valor de las inversiones u obras necesarias para la prestación del servicio que efectivamente hayan sido realizadas por él y que no hayan sido amortizadas financieramente, más los costos financieros normales del mercado pertinente a tales inversiones, debidamente acreditados, incluidos los reajustes e intereses devengados, acompañando todos los documentos fundantes contractuales.

Para la preparación de dicha oferta, agrega el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la Sociedad Concesionaria deberá tener en consideración lo siguiente:

- a) Presupuesto oficial de la obra.
- b) Porcentaje de avance de la obra aprobado por el Inspector Fiscal.
- c) Los contratos de financiamiento que haya suscrito el concesionario.
- d) Los costos promedios de financiamiento en sectores de riesgo similar.
- e) El valor de las inversiones efectivamente realizadas que no hayan sido amortizadas financieramente.
- f) Los pagos que el concesionario hubiere realizado al Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación.
- g) Los otros estudios de ingeniería y otros antecedentes que formen parte del contrato de concesión.

Dentro del plazo de 20 días contado desde la presentación de la oferta del concesionario, el Ministerio de Obras Públicas, previa aprobación del Ministerio de Hacienda, podrá aceptarla o formular una contrapropuesta, pudiendo solicitar para tales efectos, antecedentes adicionales o aclaraciones dentro de dicho plazo. La aceptación o contrapropuesta deberá contemplar la forma y plazo del pago de los montos involucrados.

De lo anterior se colige inequívocamente que el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, instrumento destinado a operativizar la norma legal, señala dentro de las materias que debe considerar la Sociedad Concesionaria

para los efectos de formular su oferta de negociación para determinar el valor de las inversiones efectivamente realizadas que no hayan sido amortizadas financieramente, **los pagos que hubiere ejecutado al Ministerio de Obras Públicas en virtud del contrato de concesión.**

Contrariamente a lo sostenido por el Ministerio de Obras Públicas, que señala que no procede el reembolso de los pagos efectuados por la Sociedad Concesionaria en virtud del Contrato de Concesión, es el propio Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas quien se encarga de precisar que dichos pagos forman parte de las inversiones y desembolsos que deben compensadas por el Ministerio de Obras Públicas en el evento que se produzca la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.

Si se analiza los montos a reembolsar, nos encontramos que son todos gastos exigidos por el contrato, cuya falta de pago oportuno trae aparejado caer en incumplimiento grave y por ende la extinción del contrato. En otras palabras, sin realizar estos pagos, el contrato no puede seguir adelante y el servicio no podrá prestarse jamás.

Hacemos presente a la H. Comisión Arbitral que en esta situación se encuentra el pago realizado por la Sociedad Concesionaria al Ministerio de Obras Públicas por concepto de Administración y Control del Contrato de Concesión⁴, cuyo valor ascendió a la suma UF 43.000, y el pago efectuado al postulante de la Iniciativa Privada por reembolso de los estudios⁵ necesarios para la licitación del proyecto, cuyo valor ascendió a la suma UF 79.758.

La alegación del Ministerio de Obras Públicas **en este punto no dice relación con la cuantía de los pagos**, sino con la naturaleza de los mismos, ya que en su concepto no se tratarían de una inversión sino de “un gasto específico en

⁴ Numeral 1.12.2.1.1 de las Bases de Licitación

⁵ Numeral 1.12.2.1.2 de las Bases de Licitación

cumplimiento de una obligación establecida en las Bases de Licitación de la cual no se espera un retorno rentable”.

De acuerdo a la tesis planteada por el Ministerio de Obras Públicas, 4,7 millones de dólares aproximadamente⁶ no serían inversión sino gastos específicos efectuados por la Sociedad Concesionaria, en virtud del Contrato de Concesión, respecto de los cuales no “espera un retorno rentable”. Esta situación se vuelve bastante más compleja e irracional si consideramos además el pago por concepto de expropiaciones que debe efectuar la Sociedad Concesionaria al Estado, cuyo valor asciende a la suma de UF 300.000, valor que tampoco se consideraría inversión por ser un gasto específico efectuado por la Sociedad Concesionaria al Estado en virtud el Contrato de Concesión.

Así las cosas, el monto no reembolsable por el Estado por no ser inversión, superaría los 15 millones dólares aproximadamente.

Respecto del Reembolso de los Estudios al Postulante de la Iniciativa Privada llama la atención la alegación del Ministerio de Obras Públicas, ya que mientras por una parte le reconoce al Estudio de Ingeniería el carácter de una inversión “susceptible de ser activada”, no obstante desechar en este caso particular su reembolso por no cumplir con los requerimientos mínimos exigidos en las Bases de Licitación, tratándose del reembolso de los Estudios al Postulante, que no son otra cosa que Estudios de Ingeniería desarrollados por el Postulante y aprobados por el Ministerio de Obras Públicas, rechaza su pago.

En efecto, el numeral 1.4.3 de las Bases de licitación, señala que el Ministerio de Obras Públicas puso a disposición de los licitantes los siguientes “Antecedentes Referenciales”: “Estudio de Ingeniería a Nivel de Anteproyecto Concesión Vial Rutas del Loa, II Región” y “Estudio de Ingeniería a Nivel Conceptual Circunvalación Oriente a Calama”.

⁶ El valor total de los pagos asciende a la suma de UF 122.758. Se utilizó un valor de la UF de \$26.000 y un tipo de cambio de \$680 por Dólar US\$.

Ambos Estudios de Ingeniería fueron desarrollados por el Postulante de la Iniciativa Privada, y dan origen al pago establecido en el numeral 1.12.2.2 de las Bases de licitación.

Nuevamente forzoso es preguntarse ¿Cuál sería la razón del Ministerio de Obras Públicas para negar este pago? Se trataría del pago de un Estudio de Ingeniería, desembolso que de acuerdo al propio Ministerio de Obras Públicas tendría el carácter de inversión, que cumple a cabalidad con los requisitos exigidos para esta clase de proyectos, desde el momento de dicha Secretaria de Estado los aprobó y puso a disposición de los licitantes.

VI.- TRATAMIENTO DESIGUAL Y ARBITRARIO

Tal como se señaló precedentemente, frente a la extinción de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, le nace al Ministerio de Obras Públicas la obligación de determinar, previa consulta al Ministerio de Hacienda si licitará públicamente el contrato de concesión por el período que reste.

En el evento que se optare por esta vía, licitar públicamente el contrato de concesión por el periodo que reste, el monto recaudado producto de dicha licitación será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio del derecho de los acreedores prendarios.

Por el contrario, en el caso que se optare por no licitar públicamente el contrato de concesión por periodo que reste, la Ley de Concesiones 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.

Cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en la norma en comento, en caso que el Ministerio decidiera relicitar el contrato, el monto recaudado producto

de ella será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio de los acreedores prendarios, sin establecerse condición alguna o exigencia adicional.

En caso que el Ministerio de Obras Públicas determinare no relícitar el contrato, la obligación de pago al concesionario recae sobre él, según señala la norma, debiendo pagar 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.

La posición planteada en su defensa por el Ministerio, además de carecer de sustento legal, implica una discriminación arbitraria en el tratamiento al concesionario, como consecuencia del ejercicio discrecional de la facultad de opción que la ley entrega al Ministerio, toda vez que de optar por relícitar, el monto total de lo recaudado producto de ella es de propiedad del concesionario, pero en caso de optar discrecionalmente por no relícitar, será el mismo Ministerio quien discrecionalmente además, determinará qué es lo que corresponde pagar al concesionario y qué no, estableciendo exigencias o condiciones adicionales a lo contemplado en la norma legal.

Así las cosas, resulta que por una decisión que corresponde en forma exclusiva al Ministerio de Obras Públicas, la situación de la Sociedad Concesionaria se ve absolutamente perjudicada. En efecto, si el Ministerio de Obras Públicas, adopta la decisión de relícitar la concesión está obligado a transferir el producto de la misma a la Sociedad Concesionaria, sin hacer distinción alguno, en cambio, si no relícita, la Sociedad Concesionaria no tendría derecho a los mismos pagos. Esta interpretación, aparte de carecer de fundamento legal, es del todo ilógica y hace depender los derechos de un privado de una decisión que depende de la sola voluntad de quien debería reembolsar los gastos.

POR TANTO

AL PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITO: tener por evacuado en tiempo y forma el trámite de la réplica, en los términos expuestos, desechando en definitiva las alegaciones formuladas por el Ministerio de Obras Públicas en su escrito de contestación, y condenar a éste al pago de la suma de UF 177.467,08 por concepto de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, que efectivamente fueron realizadas por el concesionario, y que no han sido amortizadas, todo ello de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, más los intereses que correspondan, con expresa condenación en costas, pagos que deberán ser realizados en un plazo de 60 días contados desde que quede ejecutoriado la sentencia de autos, o el plazo prudencial que H. Comisión determine.