

En Santiago, a veintinueve de enero de dos mil catorce,

**VISTOS:**

**A. ETAPA COMISIÓN CONCILIADORA.**

(24 de Enero de 2012 al 8 de Mayo de 2012).

**Tomo I.**

1.- A fojas 1 rola certificado del Secretario Titular de esta Comisión, señor Daniel Amar Zaninetti, de 24 de Enero de 2012, por el cual deja establecido que con esa fecha fue recibida reclamación de la Sociedad Concesionaria (en adelante también, e indistintamente la Concesionaria o SC) en escrito de 44 fojas y documentos en 47 fojas, por lo que atendido lo dispuesto en el artículo 7 de las Normas de Procedimiento que rigen a ésta Comisión, se procedió a formar nuevo expediente para su resolución.

2.- A fojas 2 rola el Texto Corregido y Refundido de las Normas de Procedimiento de la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Conexión Vial Melipilla - Camino de la Fruta", por las que se habrá de regir este proceso y en las que se deja constancia que ellas fueron fijadas de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 del DS. N°900, del Ministerio de Obras Públicas (en adelante también MOP), del año 1996, que fijo el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL. N°164, MOP, año 1991 y sus normas reglamentarias contenidas en el Título XII del DS. N°956, MOP, año 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones, las que se refieren a las partes y competencia de la Comisión; a las atribuciones del Secretario de la misma; al sistema de reemplazo y sustitución de sus miembros; a la modalidad de notificaciones; al cómputo de plazos; a la confección de actas y expediente; al lugar y horario de funcionamiento; al quórum para sesionar y adoptar acuerdos; a la forma, lugar y fecha para la presentación de escritos; a la presentación de reclamaciones; a los medios de prueba; a la suspensión de los efectos de las resoluciones del Ministerios de Obras Públicas (MOP); a la formalidad de las audiencias; a las propuestas o bases de conciliación y actas de las mismas; sobre opiniones y confidencialidad; al término de funciones como instancia conciliadora; a la constitución como comisión arbitral; a honorarios y gastos; a modificación de normas de procedimiento; a lo referido a abandono de lo obra o interrupción injustificada del servicio; a la extinción del contrato por incumplimiento grave del concesionario; a la suspensión de la concesión y a la aplicación de multas por un monto igual o superior a 500 UTM.



3.- A fojas 16 rola reclamación interpuesta por la **Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A.** (en adelante también Sociedad Concesionaria o SC), representada por don **Joaquín González López** y don **Jaume Serret Gili**, todos con domicilio en Magdalena N°140, oficina 401, comuna de Las Condes, en contra del **Ministerio de Obras Públicas** (en adelante también el Ministerio o MOP) representado por el Director General de Obras Públicas, don **Fernando Prat Ponce**, ambos domiciliados en Morandé N°59, piso 3, comuna y ciudad de Santiago, referida al **Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Conexión Vial Melipilla-Camino de la Fruta"** y en la cual y en lo principal se pide tenerla por interpuesta y que *"se propongan bases de conciliación a las partes, en las cuales se reconozca el mayor valor de las obras ejecutadas por la Sociedad Concesionaria"* -que en su libelo detallan y describen- *"disponiendo que el Ministerio de Obras Públicas proceda a su pago mediante el otorgamiento de los respectivos actos jurídicos que corresponda, de acuerdo con la normativa vigente"*.

En el primer otrosí acompaña, con citación, los siguientes documentos: 1) copia de la escritura pública de constitución de la Sociedad Concesionaria; 2) Acta de la Primera Junta General Extraordinaria de Accionistas, por la que se acordó cambiar su razón social a la de Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A.; 3) Decreto Supremo N° 940, de 28 de noviembre de 2008 del Ministerio de Obras Públicas de adjudicación del contrato de concesión; 4) Anexo A intitulado "Observaciones cambio de trazado Dm 12.720 (Desplazamiento Horizontal); 5) Anexo B intitulado "Observaciones Asociadas al Desplazamiento de trazado en el Dm 23.900 (Desplazamiento Alzado); 6) Anexo C, intitulado "Observaciones Asociadas al Desplazamiento de trazado en el Dm 28.300 (Desplazamiento Alzado). En el segundo otrosí y para los efectos previstos en el art. 11 de las Normas de Procedimiento en relación con el art. 43 de la Ley de Concesiones se señala el acreedor prendario. En el tercer otrosí acreditan personería. Finalmente, en el cuarto otrosí, confieren patrocinio y poder.

4.- A fojas 107 rola resolución de 25 de Enero de 2012, que tuvo por recibida la presentación indicada en el número precedente, y que citó a los miembros de la Comisión a audiencia para el 26 de Enero de 2012, a efecto de tomar conocimiento de la reclamación.

5.- A fojas 108 obra acta de sesión de la Comisión Conciliadora, de fecha 26 de Enero de 2012, en la cual se proveyó la presentación de la SC confirmando traslado de la reclamación al MOP; teniendo por



acompañado los documentos en la forma pedida; requiriendo si era necesaria o no la notificación al acreedor prendario; solicitando se acompañara materialmente la escritura de constitución de la sociedad reclamante (cumplido en fojas 112) y se tuvo presente el patrocinio y poder conferidos.

**6.-** Con fecha 30 de enero de 2012, se notificó a las partes la resolución indicada en el número anterior, según consta a fojas 110 y 111.

**7.-** A fojas 130 consta patrocinio y poder conferido por don Franco Devillaine Gómez, Fiscal Nacional del MOP, subrogante de don Fernando Prat Ponce, el cual fue ratificado a fojas 136 por éste último.

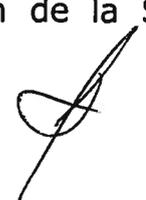
**8.-** A fojas 132 rola presentación de 2 de marzo de 2012, por la cual, la partes de común acuerdo ampliaron el plazo para contestar la reclamación de la SC.

**9.-** A fojas 133 rola objeción planteada por el MOP, respecto de los documentos acompañados por la SC en los números 4, 5 y 6 del primer otrosí del escrito de reclamación de la SC, lo que la Comisión tuvo presente en resolución de 7 de Marzo de 2012, de fojas 134.

**10.-** A fojas 142 obra complementación de la reclamación interpuesta por la SC (a fojas 16) y en que a lo principal solicitan que esta Comisión Conciliadora proponga también bases de arreglo *"destinadas a modificar los hitos del 30, 50 y 70% de avance en la construcción de la obra, de manera tal de recoger, en forma precisa, la nueva realidad de la obra pública adjudicada y que, como se explicó latamente en nuestra presentación, consiste en la ejecución de una obligación diversa de la pactada originalmente"*.

En el primer otrosí de la aludida presentación acompañan los siguientes documentos: 1) Carta remitida por el Gerente General de la SC al Inspector Fiscal, por la cual solicitan tramitar ampliaciones de plazos de construcción y declaraciones de avance, 2) Ordinario N° 2.763 del Inspector Fiscal por el cual se responde la carta anterior, 3) Carta del Gerente General de la SC al Inspector Fiscal, de 9 de marzo de 2012, por la cual se solicita la modificación de la Tabla N° 6 de la sección 1.9.2.6 de las BALI; en el segundo reiteran personería; en el tercero plantean petición subsidiaria para el evento que no se admitiese la complementación que solicitaban y en el cuarto ratifican patrocinio y poder.

**11.-** A fojas 153 rola resolución de 15 de Marzo de 2012, que acogió la petición de complementación de la reclamación de la Sociedad



Concesionaria, se tuvo por acompañados los documentos, y por presente lo solicitado en tal sentido.

**12.-** A fojas 155 obra presentación de la reclamante, SC, de 16 de Marzo de 2012, en que solicita a lo principal, audiencia de conciliación de manera urgente a fin de que la Comisión *"tome conocimiento de los hechos graves e inminentes que afectan la obra concesionada, a fin de instar a las partes a dar una solución que haga viable la ejecución de la misma"*.

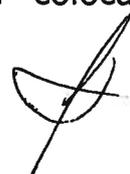
En primer otrosí acompaña los siguientes documentos: 1) Copia de la resolución DGOP N° 2.642 de 30 de agosto de 2005, que modifica los plazos de la concesión que señala, 2) Estado de Inversiones de la SC al mes de marzo de 2012, 3) Saldo de cuenta corriente de la SC al mes de marzo de 2012, 4) Flujo de caja de la SC al 15 de marzo de 2012, y 5) CD que contiene el contrato de financiamiento de la SC. En el segundo otrosí, solicita se oficie al Banco de Chile, *"a objeto de indique las razones por las cuales ha negado el financiamiento a la Sociedad Concesionaria"*.

**13.-** A fojas 168 rola resolución de la Comisión, de 21 de Marzo de 2012 que da cuenta que, previa conversación telefónica con las partes, se les citó a una audiencia para el día viernes 23 de Marzo de 2012, y en cuya acta (que rola a fojas 169) se establece que *"las partes exploraron algunas vías de acuerdo"*.

**14.-** A fojas 173 consta presentación de la SC que da cuenta que el 26 de Marzo no se efectuó la reunión entre ellos y el señor Coordinador de Concesiones del MOP, acordada en la reunión del día 23 de Marzo, por *"así disponerlo la Autoridad"*, pero que se transmitió por carta (fojas 174) a la referida autoridad la posición de la Sociedad. Por resolución de 2 de abril de 2012, la Comisión tuvo presente lo expuesto, y por acompañada la carta.

**15.-** A fojas 178 obra presentación del MOP, por la que solicita prórroga para responder el traslado conferido de la reclamación presentada por la SC y que dio origen a estos autos. Por resolución de 3 de abril de 2012, de fojas 179, la Comisión accedió a la ampliación.

**16.-** A fojas 182 rola presentación de la SC, por la cual solicita tener presente que *"a raíz de la negativa del MOP de acceder al desplazamiento de los hitos contractuales, el Banco de Chile ha negado el financiamiento contratado con nuestra representada, lo que provoca que los fondos propios con que hasta este momento se ha construido la obra, se encuentran agotados"* situación que se habría originado -en su opinión- pues el MOP la ha colocado en la



imposibilidad de cumplir el contrato en la forma estipulada "a consecuencia de la modificación unilateral del contrato de concesión [...] por lo que se ha visto obligada a ejecutar una obra mayor, diversa de la adjudicada, pero en las mismas condiciones originales", lo que le ha impedido cumplir con los plazos pactados.

**17.-** A fojas 184 consta la contestación del MOP a la reclamación de la SC, y su complementación, en la cual y a lo principal, solicitan tener por contestada la reclamación de 24 de Enero de 2012 y la ampliación de 13 de Marzo de 2012 y, en definitiva, rechazarla por completo con expresa condenación en costas.

En el primer otrosí de esa presentación hace reserva de derechos en relación a las materias discutidas en los autos y anuncia demanda reconvenzional de incumplimiento de contrato. En segundo otrosí denuncia graves faltas de respeto que habría cometido la SC en su escrito de reclamación los cuales, estima el MOP, no puede dejar pasar, por lo que solicita ordenar se tarjen las expresiones abusivas que señala. En tercer otrosí acompaña documentos con citación. En cuarto otrosí objeta, por las razones que señala, los documentos acompañados por la SC en su presentación de 16 de Marzo de 2012. En quinto otrosí se pide tener presente observaciones surgidas con motivo del examen de los documentos objetados con fecha 2 de Marzo de 2012.

**18.-** A fojas 246 obra resolución de la Comisión, de 20 de Abril de 2012, por la cual se tuvo por contestada la reclamación y su ampliación y presente la reserva de derechos; se confirió traslado de la petición de tarjar expresiones impropias; se tuvieron por acompañados con citación los documentos y se tuvo también presente la objeción de documentos y las observaciones planteadas.

**19.-** Asimismo, en la resolución citada en número anterior, atendido el mérito del proceso y en conformidad a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 de las Normas de Procedimiento, la Comisión citó separadamente a las partes a sendas audiencias para el día 25 de Abril de 2012, correspondiendo a las 10:00 horas al MOP y a las 15:00 horas a la SC.

**20.-** A fojas 250 consta presentación de la SC de 23 de Abril de 2012, por la cual plantea, en lo principal, que dada la actitud de su contraparte -MOP- en cuanto a no dar lugar a un acercamiento que conduzca eventualmente a una conciliación, representada en su contestación a la reclamación, estima inoficioso mantener esta fase conciliatoria, por lo cual solicita dejar sin efecto la citación a



audiencias separadas y se ordene efectuar la certificación que corresponda al efecto y proceder conforme lo dispone el artículo 36 de la Ley de Concesiones, en relación con el artículo 90 del Reglamento del mismo cuerpo legal, y artículos 19 y 20 de las Normas de Procedimiento que rigen a este procedimiento.

En otrosí evacúan traslado conferido en relación con la solicitud del MOP de tarjar ciertas expresiones de su presentación de 24 de Enero de 2012.

**21.-** A fojas 253, mediante resolución de 24 de Abril de 2012, la Comisión negó lugar a la petición de la SC en orden a dejar sin efecto la citación a audiencias antes referidas y, además, se pidieron los autos para resolver sobre la cuestión relativa a la solicitud de tarjar determinadas expresiones.

**22.-** A fojas 256 y 258 rolan actas de audiencias, ambas de 25 de Abril de 2012, en las cuales esta Comisión escucho por separado a las partes con el objeto de que aclararen aspectos de sus respectivas presentaciones y explorar vías de acuerdo tendientes a lograr una conciliación.

**23.-** A fojas 260 obra la resolución de 25 de Abril de 2012, por la cual, en atención al carácter conciliatorio de ésta gestión, no se dio lugar a la petición de tarjar determinadas expresiones y se citó a las partes, conforme al artículo 15 de las Normas de Procedimiento, a audiencia de conciliación para el día 2 de Mayo de 2012.

**24.-** A fojas 263 rola acta de audiencia de conciliación, en que se deja constancia que el Tribunal propone bases de conciliación, sin que ella se produzca, circunstancia que se pide, por el apoderado de la Concesionaria, sea certificado.

**25.-** A fojas 266 rola certificación de 2 de Mayo de 2012, del señor Secretario Suplente, de conformidad con el artículo 19 de las Normas de Procedimiento, en que deja constancia que, habiendo concurrido las partes a la audiencia de conciliación, ésta no se produjo, lo que fue debidamente notificado a las partes, conforme consta a fojas 267 y 268.

**26.-** A fojas 269 rola citación a los miembros de la Comisión, para una audiencia a celebrarse el miércoles 9 de mayo de 2012, a fin de proveer presentación de la SC por la cual solicita, entre otros, la constitución de Comisión Arbitral.



**27.-** Lo prescrito en artículo 36 del DS. N°900, MOP, año 1996, que fijo el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL. N°164, MOP, año 1991 y sus normas reglamentarias contenidas en el Título XII del DS. N°956, MOP, año 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones, en texto aplicable al contrato de concesión sub-lite.

**B. COMISIÓN ARBITRAL. ETAPA DE DISCUSIÓN Y ALGUNOS INCIDENTES.**

(7 de Mayo de 2012 a la fecha de esta sentencia)

**Tomo II.-**

**28.-** A fojas 271 rola presentación de 7 de Mayo de 2012, por la cual la **Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A.**, representada por don **Joaquín González López**, ambos con domicilio en Magdalena 140, oficina 401, comuna de Las Condes, Santiago, en lo principal, solicita la constitución de Comisión Arbitral prevista en la Ley de Concesiones; en primer otrosí interpone **demanda** por los motivos que señala en contra del **Ministerio de Obras Públicas**, representado legalmente por el señor Director General de Obras Públicas, don **Fernando Prat Ponce**, ambos con domicilio en Morandé N°59, piso 3; comuna y ciudad de Santiago; en segundo otrosí acompaña documentos bajo apercibimiento legal; en tercer otrosí pide se disponga la suspensión de las actuaciones que indica; en cuarto otrosí solicita que el MOP intervenga la Concesión Conexión Vial Melipilla-Camino de la Fruta; en quinto otrosí solicita providencia inmediata de su presentación; en sexto otrosí señala acreedor prendario; en el séptimo otrosí acredita personería; en octavo otrosí hace reserva de derechos y en noveno otrosí confiere patrocinio y poder.

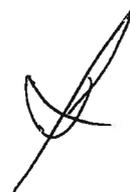
**29.-** En cuanto a la demanda, argumenta que el MOP adjudicó a su representada una determinada obra pública, que luego fue modificada, imponiéndole la ejecución de una obra distinta y mayor a la licitada. Señala que a raíz de esa modificación unilateral, no le fue posible alcanzar los hitos contractuales previstos en las Bases de Licitación; que en ese escenario, solicitó al MOP un desplazamiento de los hitos, lo que fue negado por éste, trayendo como consecuencia que la institución que financiaría la obra (Banco de Chile), entendiéndose que no se habían cumplido las condiciones previstas en el contrato para otorgar los fondos en la forma que había sido convenida. Agrega que el incumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del MOP puso a su parte en la imposibilidad de cumplir con el contrato, sin responsabilidad para ella, causándole perjuicios. Indica que la causa de la inejecución de la obra proviene directa y necesariamente



del cambio del objeto de la concesión y la mantención de los hitos de avance del proyecto, lo que determinó el bloqueo de los fondos por parte del Banco de Chile, luego de que la SC invirtiera más de lo que estaba previsto en el contrato, con sus propios fondos. A partir de esas alegaciones, el objeto de la demanda de autos es que se declare: **a.-** Que ha existido una modificación de hecho del contrato de concesión por parte del MOP, extendiéndose la convención a una obra diferente y de mayor magnitud de aquella adjudicada, lo cual el demandante no está posibilitado de resistir. **b.-** Que a raíz de esa modificación contractual, era menester obtener un desplazamiento de los hitos intermedios establecidos en las BALI, ya que los plazos contemplados en el contrato resultaban inaplicables a la obra que se exigió construir, todo lo cual no fue aceptado por el MOP. **c.-** Que, a consecuencia de lo anterior, el Banco de Chile negó el financiamiento de la obra, lo que colocó a la SC en la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución del contrato en las condiciones previstas. **d.-** Que la SC se vio, contra su voluntad, imposibilitada de continuar con la ejecución del contrato, sin responsabilidad para ella, toda vez que la imposibilidad fue causada por un hecho imputable al MOP. **e.-** Que el MOP debe indemnizar todos los perjuicios causados, tanto respecto de las obras ejecutadas más allá de lo convenido, como de los demás daños causados, los que se evalúan, en conjunto, en la suma de UF 727.181,33 o los que está Comisión determine conforme al mérito del proceso. **f.-** Que el MOP debe proceder a la restitución de las 10 boletas de garantía de construcción, por UF 4.000 cada una, entregadas por la SC en conformidad con las BALI y **g.-** Que el MOP deberá pagar las costas de la causa.

**30.-** A fojas 402, rola resolución de 9 de Mayo de 2012, por la cual la Comisión citó a las partes - para el día 15 de Mayo de 2012- a comparendo de constitución de la Comisión Arbitral y de aprobación de las normas de procedimiento por las cuales se regiría el compromiso, y se tuvo presente el patrocinio y poder conferido, dejando pendiente de resolución los restantes otrosíes, todo lo que fue notificado a las partes.

**31.-** A fojas 406, mediante presentación de 10 de Mayo de 2012, la SC repuso la resolución de 9 de mayo de 201, solicitando dejar sin efecto lo resuelto (fojas 402) respecto del tercer otrosí de su presentación (fojas 271) y, en su lugar acceder derechamente a la suspensión de las actuaciones allí solicitadas, lo que fue denegado por resolución de 14 de Mayo de 2012, de fojas 409.



**32.-** A fojas 413 rola acta de la sesión de 15 de Mayo de 2012, referida a **Constitución de la Comisión Arbitral** del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Conexión Vial Melipilla-Camino de la Fruta, que da cuenta que, con asistencia de los apoderados de las partes, se trató y acordó: **a)** que quedaba constituida ésta como Comisión Arbitral; **b)** que las partes aceptaron las reglas procesales propuestas por la Comisión a objeto de que las mismas rijan ésta etapa.

Por su parte, el MOP dejó constancia que la SC, a esa fecha, no había dado cumplimiento a su obligación contractual consistente en la entrega de la segunda declaración de avance del hito del 30% de la totalidad de la obra, cuyo plazo había vencido el 14 de Marzo de 2012, por la cual dicha cartera ministerial hizo expresa reserva del derecho a solicitar la declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión que los vincula y hacer uso de todos sus derechos y acciones que se derivan de tal declaración.

En tanto, la SC reiteró y ratificó en todas sus partes la demanda interpuesta, solicitando que se confiera traslado al MOP para su contestación. Asimismo, solicitó se resolviera lo pertinente a su solicitud de suspensión de los efectos de las actuaciones del MOP indicadas en tercer otrosí de su demanda y, a continuación, reiteró su planteamiento que el incumplimiento anotado por el MOP no es de su responsabilidad.

El Tribunal tuvo presente lo expresado por las partes, quedando de resolver lo pedido y tuvo por aprobadas las reglas procesales propuestas.

**33.-** A fojas 418 rolan las **Normas de Procedimiento de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Conexión Vial Melipilla-Camino de la Fruta"**, las que, a) fijan el objeto del arbitraje; b) las partes del juicio; c) la sede de la Comisión y lugar de las actuaciones judiciales; d) el procedimiento; e) lo referido a escritos, documentos y expediente; f) el quórum para sesionar y adoptar acuerdos; g) la etapa de discusión y la de prueba; h) lo relativo a gestiones posteriores a esta última; i) lo relativo a conciliación; j) los días y horas hábiles; k) lo pertinente a notificaciones e incidentes; l) las atribuciones del Secretario; m) lo relativo a recursos y abandono del procedimiento; n) los honorarios de la Comisión y pago de peritos.

**34.-** A fojas 429, por resolución de 17 de Mayo de 2012, se tuvo por interpuesta la demanda y se confirió traslado para su contestación;



por acompañados en la forma pedida los documentos adjuntos a la misma; no dio lugar a lo solicitado en tercer otrosí; se confirió traslado respecto de la solicitud de intervenir la concesión solicitada en el cuarto otrosí; se remitió al mérito de autos respecto de la solicitud del quinto otrosí; se tuvo presente lo relativo al acreedor prendario; tuvo por acompañada, con citación, la escritura de personería de la SC y presente el patrocinio y poder conferido, lo que se notificó a las partes.

**35.-** A fojas 435 rola escrito de 28 de Mayo de 2012, por el cual la SC solicita se decrete la inmediata suspensión de los efectos de Resolución DGOP N°2204, de 11 de Mayo de 2012, que acompaña y por la cual el Inspector Fiscal pone en conocimiento de la SC la aplicación de 21 multas de 450 UTM cada una.

**36.-** A fojas 442, por presentación de 29 de Mayo de 2012, el MOP contestó el traslado respecto de la solicitud planteada en el cuarto otrosí de la demanda de la SC y relativo a la intervención de la concesión, solicitando que la misma sea rechazada.

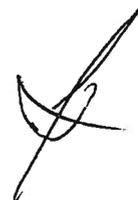
**37.-** A fojas 444, en escrito de 1 de Junio de 2012, la SC solicitó decretar la medida precautoria de retención de las boletas de garantía que en la presentación indica y que en fotocopia acompaña en otrosí, junto con copia de la solicitud de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario que se presentó ante esta sede.

**38.-** A fojas 477 rola resolución de 4 de Junio de 2012, por la cual se deniega lo solicitado en cuarto otrosí de la demanda, ya tantas veces mencionado.

**39.-** A fojas 480 rola resolución de fecha 4 de junio de 2012, por la cual se negó lugar a lo solicitado respecto de suspender los efectos de la Resolución DGOP N°2.204, ya referida.

**40.-** A fojas 486 obra resolución de 7 de Junio de 2012, por la cual se hizo lugar, provisionalmente, a la medida de retención de las boletas de garantías, ordenándose que dichos instrumentos sean mantenidos por la DGOP y se confirió traslado sobre el asunto al MOP. Esta resolución se adoptó por mayoría y con el voto en contra del integrante de la Comisión, señor Juan Diego del Río Montt, quien estuvo por no acoger provisionalmente lo pedido y limitarse a dar traslado al MOP.

**41.-** A fojas 490, mediante escrito de 12 de Junio de 2012, la SC pide reposición de la resolución que negó lugar a su presentación



planteada en el cuarto otrosí de su demanda y en otrosí acompaña tres notas de prensa en apoyo a su solicitud.

**42.-** A fojas 497 rola presentación del MOP de 14 de Mayo de 2012, por la que contesta el traslado conferido respecto de la resolución que acogió, provisionalmente, la retención de las Boletas de Garantías, solicitando que dicha resolución sea dejada sin efecto y en su reemplazo se niegue lugar a la medida precautoria.

**43.-** A fojas 503, mediante resolución de 15 de Junio de 2012, se negó lugar a la reposición relativa a la resolución que no dio lugar a lo solicitado en cuarto otrosí de la demanda y que tuvo por evacuado el traslado por el MOP respecto del otorgamiento provisorio de la medida de retención de las boletas de garantía, decretando se traigan los autos para resolver en definitiva sobre el asunto.

**44.-** A fojas 506, por presentación de 20 de Junio de 2012, la SC hace presente argumentos en favor de su petición respecto de la retención de las boletas de garantía como una medida precautoria.

**45.-** A fojas 508 rola resolución de 21 de Junio de 2012, que dispone mantener lo resuelto respecto de la medida precautoria hasta en tanto no se conteste la demanda, producido lo cual resolverá en definitiva.

**46.-** A fojas 512, mediante presentación de 21 de Junio de 2012, **contesta la demanda arbitral**, el señor **Marcelo Chandía Peña**, Abogado Procurador Fiscal (s) de Santiago del Consejo de Defensa del Estado (CDE) por el **Fisco de Chile, MOP**, por la cual solicita, en lo principal, tener por evacuado el traslado conferido al efecto y que en razón de lo que expone se declare el rechazo de la demanda en todas sus partes, con expresa condenación en costas. Al efecto, comienza su contestación haciendo referencia a los antecedentes generales de ésta, refiriéndose a los documentos que forman parte del contrato de concesión; al régimen jurídico aplicable al contrato de concesión, y en general a los restantes antecedentes que forman parte del contrato. En el capítulo siguiente hace referencia al objeto del contrato, el que señala tenía como finalidad la construcción y operación de una obra vial bajo determinados estándares, entre los cuales se encuentra una velocidad de operación de la ruta de 80km/h. Luego controvierte la afirmación de la SC en cuanto a que el objeto de la concesión consideraba sólo una repavimentación de la ruta en los términos de la Tabla Nº 23 de las BALI. Luego se refiere a la relación existente entre el Estudio Referencial y la Ingeniería de Detalle, señalando que el primero tiene por objeto describir la idea conceptual del MOP respecto



de la obra; en tanto que el segundo tiene por objeto el grado de detalle necesario para convertir en obra la idea general del Estudio Referencial. Luego hace alusión a la labor del Inspector Fiscal de la obra, quién tiene como tarea, entre otras, la de velar por el cumplimiento de los estándares establecidos en el Estudio Referencial y en la Oferta Técnica de la SC. Luego hace referencia a las modificaciones que sufrió el proyecto, propuestas por la SC, las que señala, han causado un atraso inexcusable a la ejecución de la obra. Luego se refiere al Manual de Carreteras, señalando que éste es una regla técnica creada para planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos de la red vial del país, y para resguardar la seguridad vial. Controvierte la afirmación de la SC en cuanto a que el Manual de Carreteras constituiría una mera recomendación. En seguida, analiza la alegación de la SC respecto del enriquecimiento sin causa, sosteniendo que ello no es efectivo, pues el Fisco no ha visto injustificadamente aumentado su patrimonio. En cuanto a la responsabilidad, revisa las diferencias que distinguen a la concesión de obra pública del contrato de ejecución de una obra pública; aduce a continuación que el contrato de concesión de obra pública se rige por normas de derecho público, por lo que la normativa relativa a los contratos amparados por el Derecho Privado no necesariamente tiene cabida en este tipo de relaciones. Luego, efectúa un análisis de las excepciones, defensas y alegaciones de la demandante, en virtud de la cual, en primer término, controvierte los hechos alegados por la SC; en segundo lugar, sostiene que la Comisión Arbitral es incompetente para conocer y fallar respecto de la acción de indemnización de perjuicios entablada por la SC, pues ésta no fue planteada con anterioridad ante la Comisión Conciliadora. En tercer lugar, alega la inexistencia de incumplimiento de contrato por parte del Fisco, argumentando que no es efectivo que el MOP no haya dado cumplimiento al contrato, y que el Inspector Fiscal ha ajustado su actuar a lo establecido en el contrato de concesión y en la ley. En cuarto lugar, se refiere a los incumplimientos de la SC en cuanto al contrato de concesión, oponiendo la excepción de contrato no cumplido. Alega en este sentido que, la SC ha incurrido en retardo en la iniciación de la ejecución de las obras; atrasos y errores en la entrega de proyectos de ingeniería; atrasos injustificados en el inicio de las obras contratadas; errores en la confección del Diseño Definitivo y de la Ingeniería de Detalle, atribuibles a la negligencia de los profesionales asignados por la SC; no contratación del seguro de catástrofe en el tiempo y forma convenida, e incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. Luego analiza la improcedencia de los perjuicios demandados por la SC. Finalmente, argumenta sobre la



improcedencia de la devolución de las boletas de garantía, que solicita la SC en su demanda, puesto que, según indica, no se configuran los presupuestos legales para dar lugar a su devolución.

En primer otrosí de su contestación, el MOP solicita se traiga a la vista expediente seguido en la etapa de conciliación que antecedió al presente juicio arbitral; en segundo otrosí acredita personería; en tercer otrosí señala correo electrónico válido para efecto de notificaciones y en cuarto asume patrocinio y poder.

**47.-** A fojas 599, mediante resolución de 26 de Junio de 2012, se tuvo por contestada la demanda y se confirió traslado para la réplica; se accedió a traer a la vista el expediente solicitado; se tuvo presente la personería, el correo electrónico mencionado y el patrocinio y poder.

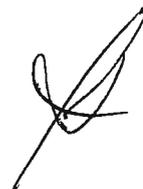
**48.-** De fojas 600 a 602, constan las notificaciones a las partes de la resolución anterior de fojas 599.

**49.-** A fojas 603, mediante presentación de 29 de Junio de 2012, la SC pide tener presente que la solicitud de su parte, referida a la medida precautoria de retención de boletas de garantía, sólo persigue impedir que se cobren las mismas, respecto de aquellas obligaciones de la SC cuyo cumplimiento se debaten en la causa sub-lite.

**50.-** A fojas 605 rola resolución de 3 de Julio de 2012, que confirió traslado al MOP respecto de su escrito de téngase presente referido en número anterior.

El traslado se evacuó el 9 de Julio de 2012, mediante presentación de fojas 637, insistiéndose en la petición de dejar sin efecto la resolución que acogió, provisionalmente, la medida precautoria de retención y decretando su rechazo.

**51.-** A fojas 609, mediante escrito de 9 de Julio de 2012, la SC evacuó la **réplica**, en la que presenta una breve recapitulación de sus alegaciones; hace comentarios a los antecedentes generales expuestos por el MOP en su contestación y presenta respuesta al capítulo de excepciones, defensa y alegaciones, extendiéndose en razones para solicitar el rechazo de la excepción de incompetencia. Acerca del fondo, aduce que solicitó la declaración de incumplimiento del contrato de parte del MOP, por haber éste impuesto a la SC una modificación unilateral del de la obra, manifestada en el uso abusivo de las potestades del Inspector Fiscal, lo que en definitiva importó que los plazos estipulados en el contrato no pudieran cumplirse. Indica, que el MOP se negó a modificar los hitos de construcción, lo



que impidió que se cumpliera con las condiciones necesarias para obtener el financiamiento para continuar ejecutando la obra. Señala que ello constituye un caso típico de incumplimiento culpable del acreedor, que impide al deudor desplegar la conducta debida. Agrega que el CDE, no ha negado los hechos alegados por la SC en la demanda, reconociendo, incluso, que se ha ejecutado una obra mayor, lo que explica el CDE bajo un mejoramiento del estándar de camino. Luego indica que, si el contrato hubiera incluido las mayores obras, no habría sido necesario expropiar una superficie adicional, contratar una nueva póliza de seguros por un valor superior, ni haber superado el valor de la obra un 33% de lo previsto en la licitación. Agrega que su parte no ha afirmado que el estudio referencial sea un instrumento pético, pero que tampoco puede ser considerado como un elemento meramente indicativo, pues éste pasa a formar parte del contrato. Respecto del Inspector Fiscal, señala que este funcionario no puede cambiar el proyecto contratado, ni ordenar obras no incluidas en el contrato; que la SC representó al Inspector Fiscal formalmente que sus iteraciones importaban un cambio en el contrato. En cuanto al Manual de Carreteras, indica que éste corresponde a una recomendación y que su aplicación queda sujeta al criterio técnico. En cuanto al enriquecimiento sin causa, señala que la pretensión del Fisco permite que se verifique un enriquecimiento ilegítimo, desde que al licitar una obra de repavimentación, obtiene a cambio una carretera nueva. En cuanto a la incompetencia alegada por el CDE, indica que la SC no sometió a la Comisión Conciliadora el conocimiento de una única materia, sino que, se pidió la intervención del Tribunal para proponer un mecanismo que permitiese superar las diferencias de las partes, sin necesidad de un pleito. Finalmente, se refiere a lo señalado por el CDE en cuanto a los perjuicios demandados por la SC, reiterando en esa parte, que lo perseguido por el Estado de Chile es hacerse de la Ruta en el Estado en que actualmente se encuentra, sin reconocer la inversión, y por ende gratuitamente.

**52.-** A fojas 642 obra resolución de 11 de Julio de 2012 que tuvo por evacuada la réplica y confirió traslado para la dúplica, y en cuanto a lo referido a la precautoria de retención se tuvo presente lo expresado por el MOP y se decretó autos para resolver.

**53.-** A fojas 646, por resolución de 19 de Julio de 2012, la Comisión hizo lugar a la medida precautoria solicitada sólo en cuanto las 10 boletas de garantía por 4.000 UF. cada una, tomadas por Comsa de Chile SA., en beneficio de la DGOP, y cuyo objeto era garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de



concesión durante su etapa de construcción de la obra pública fiscal sub-lite, ordenando fueran retenidas por el MOP, órgano que debía abstenerse de hacerlas efectivas aduciendo incumplimiento de las obligaciones de la SC que se encuentran alegadas en el expediente N° 4 caratulado "Incumplimiento Grave".

Se dejó constancia en la resolución que la retención en la forma concedida no eximía, de modo alguno, a la SC de mantener vigente los instrumentos que se ordenó retener.

Esta resolución se adoptó con el voto en contra del ex integrante de la Comisión, señor Juan Diego del Río Montt, quien estuvo por rechazar en todas sus partes la medida precautoria solicitada.

### **Tomo III.-**

**54.-** A fojas 668 rola presentación de 27 de Julio de 2012, por la cual el CDE interpone recurso de reposición en contra de la resolución que dio lugar a la medida precautoria de retención de las boletas de garantía, por las razones que en su escrito expone, recurso que fue rechazado con voto de mayoría y oposición del integrante, señor Juan Diego del Río Montt, según consta de resolución de 2 de Agosto de 2012, de fojas 710.

**55.-** A fojas 676, por escrito de 27 de Julio de 2012, se evacuó el trámite de **dúplica** por el CDE, y en el cual el citado órgano sostiene que las primeras cinco páginas del escrito de réplica de la SC se limitan a reproducir los argumentos de la demanda, para luego referirse, en acápite I, a los comentarios presentados por ésta última a los antecedentes generales expuestos en contestación del CDE y, en párrafo II, a la respuesta de la SC a sus excepciones, defensas y alegaciones.

En su presentación, se refiere, en primer término, al mejoramiento del estándar del camino, argumentando que el mejoramiento de la ruta y la recuperación del estándar se encuentran contemplados en las BALI, en diversos capítulos. En cuanto al estudio referencial y la ingeniería de detalle, sostiene que el primero forma parte de las BALI, y que debe aplicarse considerando que define niveles mínimos de obras a considerar, y que la longitud final de pavimento nuevo y de repavimentación debían ser determinadas por la SC en el proyecto de ingeniería definitivo, que el Inspector Fiscal debía aprobar. En cuanto al régimen de responsabilidad y el riesgo, hace ver que se presentó un actuar ineficiente del concesionario, por lo que éste debe asumir las consecuencias que de ello provienen, así



como las que derivan del riesgo asumido. En cuanto a la incompetencia, señala que nada que tenga que ver con los perjuicios alegados por la SC fue conocido por la Comisión en la etapa conciliadora.

La dúplica se tuvo por evacuada con fecha 2 de Agosto de 2012, mediante resolución de fojas 714.

### **C. CONCILIACIÓN ANTE LA COMISIÓN ARBITRAL.**

**56.-** A fojas 720, por resolución de 9 de Agosto de 2012, y atendido el estado procesal de la causa, se citó a las partes a una audiencia de conciliación, para el 16 de Agosto de 2012, la que fue suspendida y fijada para 24 de Agosto de 2012, según consta a fojas 726.

**57.-** A fojas 730, rola constancia de 24 de Agosto de 2012 de haberse efectuado la audiencia de conciliación citada y en la cual el Tribunal propuso a las partes **bases de conciliación**, que éstas acordaron considerarlas por el plazo de una semana, por lo que se estableció nueva reunión al efecto a celebrarse el 31 de Agosto de 2012.

**58.-** A fojas 734, obra acta de sesión de Comisión de 31 de Agosto de 2012 referida a la audiencia de conciliación indicada en número anterior y en la que: a) el Tribunal amplía las bases de conciliación propuestas a objeto de incluir en ellas la propuesta de terminación de todos los juicios vigentes, con excepción del expediente N°1, en que las partes habían presentado a la aprobación del Tribunal un avenimiento; b) el MOP señala su disposición a iniciar un proceso de consulta al interior del Estado y c) ambas partes manifiestan su voluntad de comenzar una negociación directa sobre la base de lo propuesto por el Tribunal.

El Tribunal prestó su consentimiento a lo acordado por las partes y, en atención a ello, resolvió la suspensión por el plazo de 30 días hábiles prorrogables de los juicios que se seguían ante la Comisión, con la sola excepción del expediente N°1, ya citado.

**59.-** A fojas 744 rola acta de sesión celebrada el 18 de Octubre de 2012 (treintavo día hábil), a petición de las partes y en la cual éstas últimas informan al Tribunal del avance de las conversaciones que habían sostenido a la fecha y satisfacen consultas al efecto de los integrantes de la Comisión.

De común acuerdo y en atención al progreso que habían tenido las tratativas, solicitaron de común acuerdo al Tribunal prorrogar la



suspensión de procedimientos decretada en fojas 74, hasta el día 15 de Noviembre de 2012, sin perjuicio de los informes periciales que la Comisión pudiere decretar de oficio o a petición de parte.

**60.-** A fojas 750, por resolución de 30 de Octubre de 2012 se decretó la práctica de un informe pericial cuyo objeto fue evaluar la cantidad de dinero que, a juicio del perito, cabría descontar del valor total de las obras ejecutadas en la Concesión en razón de no responder lo construido a las especificaciones técnicas del proyecto o que por su estado presentan deterioros que obligan u obligarían a su demolición y reemplazo, en relación con las obras que en la misma resolución se indicaron.

El informe pericial se encargó, precisando sus detalles, al Centro de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, IDIEM, los que juraron desempeñar fielmente el cargo y desempeñarlo en el menor tiempo posible, según consta a fojas 760.

El costo del peritaje se estableció de cargo de la SC, sin perjuicio lo que en definitiva se resolvería sobre costas.

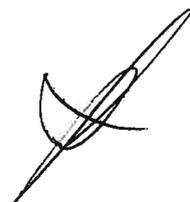
**61.-** A fojas 772 rola resolución de 16 de Noviembre de 2012, por la que, atendido el avance de las conversaciones, se citó a las partes a una audiencia para el día 19 de Noviembre de 2012.

La audiencia de efectuó en la fecha citada y en la misma las partes informan al Tribunal del avance de las conversaciones que han sostenido a la fecha y satisfacen preguntas del Tribunal.

Atendido el avance indicado, las partes solicitaron, de común acuerdo, prorrogar la suspensión de los procedimientos decretada en fojas 746, hasta el lunes 3 de Diciembre de 2012, sin perjuicio de las resoluciones que la Comisión estime del caso dictar.

**62.-** A fojas 778 consta acta de sesión de la Comisión, de 22 de Noviembre de 2012, en la cual se deja constancia de haberse reunido para seguir analizando una propuesta de bases de conciliación y se acuerda citar a las partes para sostener conversaciones, conducentes al mismo propósito, para el 27 de Noviembre de 2012, la que se realizó según acta de misma fecha, conforme consta a fojas 783.

**63.-** A fojas 785 consta la suspensión de oficio de los procedimientos hasta el 10 de Diciembre de 2012, en atención al avance de las conversaciones sostenidas por las partes.



**64.-** A fojas 794 rola resolución de 7 de Diciembre de 2012, por la cual esta Comisión, teniendo presente los antecedentes que se consignan en la misma, propone Bases de Conciliación respecto de todos y cada uno de los procesos que ante ella se desarrollan y que individualiza. No se incluyó expediente N°1, por lo ya indicado.

**65.-** Que la propuesta de Bases de Conciliación estableció, entre otros, que: a) las partes estaban contestes en reconocer y dar por establecido, como hecho cierto y objetivo, la existencia de una demora en la construcción de la obra fiscal; b) que todos los cuadernos objeto de la conciliación decían relación con las mismas partes y con el mismo hecho fundante; c) que las suspensiones de los procedimientos a que se han hecho mención anteriormente han tenido por objeto la búsqueda de bases de conciliación que permitan poner término a la totalidad de las causas, resguardando con ellas el interés de las partes y el bien social buscado con la concesión; d) que las bases que se proponen tienen por objeto esencial extinguir la concesión por mutuo acuerdo y hacer, por consiguiente, entrega de las obras; e) que las bases proponen el deber del MOP de pagar y el derecho de la sociedad concesionaria de recibir un valor de compensación; f) establecer un régimen transitorio en tanto se tramita la aprobación del acuerdo conciliatorio y g) otras estipulaciones, entre las cuales figura que cumplidas las condiciones que las bases de conciliación establecen las partes de desistirían de todas sus respectivas demandas.

**66.-** El numeral 13° de las Bases de Conciliación estableció que transcurridos 7 días de efectuada la propuesta, y siempre que ella haya sido aceptada por la SC, quedarían suspendidos todos los procesos a los que ella se refiere.

Previa su notificación a ambas partes, el acuerdo fue aceptado expresamente por la Sociedad Concesionaria, mediante presentación de 18 de diciembre de 2012, que rola a fojas 47 del expediente N° 9 que se sigue ante esta Comisión.

**67.-** A fojas 833, rola presentación de 9 de Enero de 2013, por la cual la Directora General de Obras Públicas (s), señora **Mariana Concha Mathiesen**, asistida por su abogado, señor Patricio Contador Stanger, en lo principal rechaza la propuesta de conciliación formulada el 7 de Diciembre de 2012, aduciendo que las mismas no resultan conveniente al interés fiscal, en primer otrosí solicita reanudar los juicios pendientes; en segundo otrosí acredita su personería; en tercer otrosí acompaña documentos y en cuarto otrosí confiere poder sin revocar los anteriores.



**68.-** A fojas 840, por resolución de 14 de Enero de 2013, esta Comisión resolvió la presentación del MOP por la cual rechaza las bases de conciliación, disponiendo al efecto que, en consideración que en el largo proceso conciliatorio que concluyó con la presentación de las mismas el interés fiscal estuvo conjuntamente representado por el MOP y por el CDE, resultaba procedente citar a audiencia a ambas instituciones, dejando para resolver lo relativo a la reanudación de los procedimientos.

La audiencia se verificó el día y hora fijada y a ella asistieron los representantes del MOP y del CDE y en la que el representante del primero ratificó las peticiones contenidos en su escrito de 9 de Enero de 2013.

**69.-** A fojas 847, por resolución de 21 de Enero de 2013, la Comisión, resolviendo lo pendiente de la presentación del MOP que se viene refiriendo, tuvo presente el rechazo de las bases de conciliación; se decretó la reanudación de los procedimientos a partir del quinto día hábil; y se solicitó que se aclarare a la Comisión quien tendría la representación del MOP, en atención a que ha actuado tanto éste órgano como el CDE.

**70.-** A fojas 852, rola presentación del MOP del 22 de Enero de 2013 por la cual solicita modificar la resolución indicada en número anterior, en el sentido de disponer que la reanudación de los procesos se efectúe de inmediato y no dentro de quinto día hábil.

**71.-** A fojas 854, por resolución fundada de 23 de Enero de 2013 por no se hizo lugar a lo anterior y se dispuso estar a lo ya resuelto.

**D. ETAPA DE PRUEBA DE LA FASE ARBITRAL. PRUEBA RENDIDA POR LAS PARTES; ALGUNOS INCIDENTES INTERPUESTOS Y RESUELTOS DURANTE ESA ETAPA, CAMBIOS EN LA INTEGRACIÓN DE LA COMISIÓN Y OBSERVACIONES A LA PRUEBA.**

**72.-** A fojas 864, por resolución de 31 de Enero de 2013, se recibió la causa a **prueba** y se fijó los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los que debería recaer, la que fue notificada a las partes, según consta a fojas 866, 867 y 868.

**73.-** A fojas 869 y 871, rolan recursos de reposición a la resolución anterior, deducidos respectivamente, por la SC y el MOP.

**74.-** A fojas 874 rola acta de sesión celebrada el 5 de Marzo de 2013, que da cuenta de la nueva integración de la Comisión por la



incorporación a la misma del señor Franco Brzovic González, designado por el MOP en reemplazo del señor Juan Diego del Río Montt.

**75.-** A fojas 876 rola presentación de la SC, de 11 de Marzo de 2013, por la cual solicita la acumulación de autos referida a los expedientes N°2 sobre modificación de contrato y N°4 sobre incumplimiento grave.

**76.-** A fojas 878 consta presentación de la SC, de la misma fecha, en la cual, en lo principal, señala que según consta en expediente N°4, las partes de este juicio alcanzaron un acuerdo destinado a permitir que la Dirección de Vialidad del MOP ingrese a la Ruta G-60, objeto del contrato de concesión sub-lite, a fin de que el órgano estatal procediese a ejecutar el plan de desvío, la vigilancia, seguridad, mantención conservación y los niveles básicos de servicio, lo que fue autorizado por este Tribunal y materializado el 11 de Febrero de 2013, obrando las partes de consuno, por lo que, en opinión de la SC, se habría producido la extinción del contrato de concesión por mutuo acuerdo de las partes.

En primer otrosí acompaña los documentos respaldatorios y en segundo solicita se ordene que el MOP acompañe a la brevedad el decreto de emergencia que debió dictar para asumir la Ruta G-60.

**77.-** A fojas 896 rola presentación del MOP, de 1 de Febrero de 2013, que da cuenta del acuerdo logrado entre las partes sobre el tema ya referido, el que tuvo por objeto fundamentalmente solucionar la grave situación de seguridad y servicialidad que a la fecha afectaba a la Ruta G-60.

**78.-** A fojas 902, por resolución de 14 de Marzo de 2013 se decidió: a) acoger la resolución de reposición deducida por la SC respecto del auto de prueba; b) acoger parcialmente la reposición en igual sentido planteada por el CDE y c) establecer la redacción íntegra de la interlocutoria de prueba, la que quedó del siguiente tenor:

**1.-** Efectividad de haber incurrido el Ministerio de Obras Públicas en exigencias a la parte concesionaria que alteraron en forma sustancial la obra contratada, derivando con ello en un proyecto a construir diverso y mayor del convenido primitivamente en el Contrato de Concesión que los vincula. Hechos que constituyen las referidas exigencias.

**2.-** En la afirmativa del punto anterior, si las referidas exigencias impidieron a la parte concesionaria cumplir con sus propias obligaciones constructivas en tiempo y forma.

**3.-** Efectividad de que la Sociedad Concesionaria incurrió en incumplimiento de sus obligaciones por su propia inoperancia. Efectividad de los hechos que configurarían esta inoperancia.

**4.-** En la afirmativa del punto primero, efectividad de haber causado ello perjuicios a la parte concesionaria. Monto, naturaleza y cuantía de los perjuicios.

**5.-** Efectividad de que la Sociedad Concesionaria solicitó al Ministerio de Obras Públicas modificar los hitos contractuales; y, en su caso, respuestas recibidas a ese requerimiento.

**79.-** A fojas 906 rola resolución de igual fecha, por la cual se dio traslado a la presentación de la SC (11.03.2013) referida a su solicitud de acumulación de autos y se confirió traslado respecto de lo solicitado por la misma parte, en escrito de igual fecha (fojas 878), en cuanto a tener por constatada la extinción del contrato y se tuvieron por acompañados los documentos a la misma y se confirió traslado a la petición de exhibición de documento.

**80.-** A fojas 913 rola resolución de 18 de Marzo de 2013 que establece y aclara la forma como se debe contar el plazo del término probatorio, resolviendo presentación de la SC de fojas 911.

**81.-** A fojas 918, por presentación de 19 de Marzo de 2013 del CDE, se evacuó traslado referente a la solicitud de la SC de acumulación de autos, solicitando no se dé lugar a la misma por las razones que indica.

**82.-** A fojas 922, rola presentación del CDE de 19 de Marzo de 2013, por la que evacúa, en lo principal, traslado respecto de la solicitud de la SC de declarar la constatación de la extinción del contrato de concesión y, en primer otrosí, hace lo mismo respecto de la solicitud de la SC de exhibir un documento.

**83.-** A fojas 928, por resolución de fecha 27 de Marzo de 2013, se tuvo por evacuados los traslados y se resolvió, en cuanto a la solicitud de constatar la extinción del contrato, que ello no resultaba procedente a propósito de un escrito de téngase presente y considerando, además, que el documento invocado como fundante no contiene un acuerdo inequívoco de extinción, sólo resulta procedente tener presente lo argumentado por las partes.



En cuanto a la solicitud de exhibición de documentos se tuvo por allanado al CDE.

**84.-** A fojas 931, por presentación de la SC de 27 de Marzo de 2013, se solicitó la suspensión del procedimiento, en atención a que su matriz y principal accionista, Comsa de Chile SA., ha solicitado su propia quiebra.

De la solicitud se confirió traslado, según consta a fojas 935, y se decidió, por resolución fundada de 8 de Abril de 2013, de fojas 952, no dando lugar a lo solicitado.

**85.-** A fojas 940, por resolución de 1 de Abril de 2013, la Comisión tuvo por evacuado el traslado y resolvió no dar lugar a la acumulación de autos solicitada por la SC.

**86.-** A fojas 951 rola reposición de la SC respecto de la resolución referida a la fijación del inicio del término probatorio, la que fue resuelta a fojas 954, dando lugar al recurso y decretando, que el término probatorio se iniciaría a partir de la notificación de la resolución en comento, es decir, el 10 de Abril de 2013 según consta a fojas 955, 956 y 957.

**87.-** A fojas 958 y 959 rolan escritos del CDE y a fojas 960 de la SC, respectivamente, sobre lista de testigos, las que se tuvieron por presentadas en resolución de 17 de Abril de 2013, fijándose, además, las fechas correspondientes para recibir la testimonial de ambas partes, según resolución de fojas 962.

#### **Tomo IV.-**

#### **88.- Testimonial de la SC:**

**88.1.-** De fojas 973 a 981, rola declaración de don **Hernán Javier Danzinger Canata**, presentado a los puntos de prueba N°1 y N°2.

**88.2** De fojas 982 a 988 y de fojas 1002 a 1010, rola declaración de don **Joaquín González López**, presentado sólo al punto N°1.

#### **89.- Testimonial del MOP y otras diligencias:**

**89.1.-** De fojas 989 a 1001, rola declaración de don **Jaime Martínez Gioia**, quién depuso al tenor de los puntos 1 y 3 de la interlocutoria.



Respecto de éste testigo las partes acordaron, con la venia del Tribunal, reproducir literalmente la declaración que el mismo prestó en el expediente N°4, sin necesidad de nuevas preguntas de tacha, repreguntas o contra interrogaciones. El testigo ratifica que todas y cada una de sus respuestas a las preguntas 1 y 2 que respondió en el cuaderno N°4, corresponden fielmente a lo que desea responder a los puntos 1 y 3 de autos y que le fueron leídos. Se agregó lo pertinente a estos autos.

**89.2.-** De fojas 1017 a 1023 rola declaración de don **Félix Antonio Maldonado López**, presentado a los puntos 1 y 2.

Al igual que en el caso anterior, las partes acordaron, con la venia del Tribunal, reproducir literalmente la declaración que el testigo prestó en el expediente N°4, sin necesidad de nuevas preguntas de tacha, repreguntas o contra interrogaciones. El testigo ratifica que todas y cada una de sus respuestas a las preguntas 1 y 2 que respondió en el cuaderno N°4, corresponden fielmente a lo que desea responder a los puntos 1 y 3 de autos y que le fueron leídos. Se agregó lo pertinente a estos autos.

**89.3.-** De fojas 1024 a 1030 rola declaración de don **Juan Carlos Cavallini Richani**, presentado al punto 3.

**89.4.-** De fojas 1031 a 1035, rola declaración de don **Rafael Alberto Rodríguez Arancibia**, presentado al punto 3.

La parte demandante, SC, se opuso a la declaración del testigo por cuanto fue presentado al punto 3 y el testigo sería el cuarto que lo haría respecto de éste punto, lo que no resulta posible de acuerdo con lo establecido en las normas de procedimiento.

Se confirió traslado al CDE, quien solicitó se permita la declaración del testigo por las razones que indica.

El Tribunal, por voto de mayoría, y con la oposición del integrante, señor Naudon del Río, resolvió escuchar la declaración del testigo.

La parte de la SC pidió reconsiderar la resolución adoptada, en atención a que resulta injusta una modificación del acta de procedimiento sin el consentimiento de la SC, lo cual no resulta admisible en este tipo de procedimientos arbitrales.

La reposición fue acogida por resolución de 14 de Mayo de 2013 de fojas 1088, negándose lugar a la declaración del señor Rafael Alberto Rodríguez Arancibia, sin perjuicio de lo que se pueda resolver como medida para mejor resolver.



**90.- Documental del CDE-MOP y petición de otras diligencias probatorias:**

**90.1.-** A fojas 1036 acompaña documentos con citación, consistentes en "*cartas de la Sociedad Concesionaria y ordinarios del Inspector Fiscal, que contienen la revisión de proyectos de ingeniería vial, complementaria y de estructuras*", las que en recuadros señala.

**90.2.-** A fojas 1038 acompaña documentos y solicita se fije día y hora para audiencia que indica, consistente en "*Compact Disc que contiene el anteproyecto de ingeniería referencial*". Solicita que el CD, y los documentos que contiene, se tengan por acompañados con citación, y que a su respecto, se fije día y hora para llevar a cabo la audiencia de percepción documental, establecida en el artículo 348 bis del CPC.

**90.3.-** A fojas 1039 acompaña, con citación, "*Registros de Internet*", referida a la grave situación financiera de Comsa España.

**90.4.-** A fojas 1042 acompaña documentos, con citación, consistentes en "*cuatro archivadores*" que contienen los documentos que en recuadros señala. Hace ver que los mismos fueron acompañados al expediente N°4, por lo que solicita se les tenga a la vista y por acompañados también a estos autos.

**90.5.-** A fojas 1045 acompaña documentos con citación, consistentes en "*Acta de recepción de las ofertas y apertura de las ofertas técnicas; acta de apertura de las ofertas económicas y formulario de oferta económica 001*".

**90.6.-** A fojas 1047, acompaña siete documentos con citación, que la misma presentación detalla, los que, indica, fueron acompañados al expediente N°4, por lo que solicita se les tenga a la vista y por acompañados a estos autos.

**90.7.-** A fojas 1049 acompaña con citación y solicita tener a la vista acta de diligencia de inspección personal del Tribunal, realizada el 30 de Mayo de 2012, la que consta en expediente N°3.

**90.8.-** A fojas 1050 pide se ordene a la SC, fijando día y hora al efecto, la exhibición del currículum profesional y contrato de trabajo de don Cristián Eduardo Carreño Venegas, a objeto de acreditar que dicha persona no contaba con la experiencia necesaria para desarrollar las actividades correspondientes a sus funciones.

**90.9.-** A fojas 1052 acompaña documentos, con citación, referentes "*a la declaración de quiebra de COMSA DE CHILE S.A., y la*



*explicación o memoria del mal estado de sus negocios".* Agrega que los documentos fueron acompañados al expediente N°4, por lo que solicita se les tenga a la vista y por acompañados a estos autos.

**90.10.-** A fojas 1054 rola solicitud de inspección personal del Tribunal, fijando día y hora efecto, a fin de acreditar in situ *"los hechos físicos de movimiento de tierra y forma de ejecución de la obra decidida por la Sociedad Concesionaria que causaron o incidieron en que ésta no cumpliera con el cronograma de avance programado".*

**90.11.-** A fojas 1056 acompaña con citación, y solicitando traerlos a la vista, los informes N° 806.750/2013 y 806.751/2013, elaborados por el IDIEM y evacuados en cuaderno N°9.

**90.12.-** A fojas 1058 rola solicitud de exhibición de documentos, fijando día y hora al efecto, consistentes en los balances, estados de cambios en la posición financiera y estados de resultados, entre el periodo comprendido desde el 31 de Diciembre de 2011 al 31 de Diciembre de 2012, a fin de constatar los cambios de flujo y acreditar el deterioro financiero y crediticio de la SC.

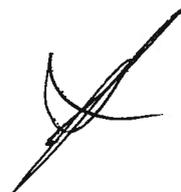
**90.13.-** A fojas 1060 acompaña documentos, con citación, consistentes en Acta Notarial y minuta fotográfica de 23 de Enero de 2013 de la Ruta G-60. Agrega que el documento fue acompañado al expediente N°4, por lo que solicita se le tenga a la vista y por acompañado a estos autos.

**90.14.-** A fojas 1061 acompaña documento con citación, consistente en contrato de apertura de financiamiento, contrato de prenda especial de concesión de obra pública y escritura de terminación de contrato de apertura de financiamiento, todos relativos a la ruta G-60.

**90.15.-** A fojas 1063 acompaña documento con citación, consistente en Ordinario N°0755, de 15 de Septiembre de 2010. Agrega que el documento fue acompañado al expediente N°4, por lo que solicita se le tenga a la vista y por acompañado a estos autos.

**90.16.-** A fojas 1065 acompaña documento con citación, consistente en cartas de la SC y ordinarios del Inspector Fiscal, los que contienen la historia de la confección del programa de ejecución de obras, que en recuadros detalla. Agrega que el documento fue acompañado al expediente N°4, por lo que solicita se le tenga a la vista y por acompañado a estos autos.

**90.17.-** A fojas 1081 rola solicitud de exhibición de documentos, fijando día y hora al efecto, para que a la SC se le ordene presentar



los documentos cuya naturaleza indica y que en cada oportunidad señala, con la frase general "todos los documentos".

Además, solicitud para que el Tribunal oficie al Banco de Chile a fin de que éste exhiba los documentos cuya naturaleza indica y que, al igual que lo anterior, cada vez señala con la frase general "todos los documentos" y pidiendo, en subsidio, se ordene la exhibición de los mismos documentos.

**90.18.-** A fojas 1084 rola solicitud de citar a absolver posiciones en forma personal a doña María Eugenia Martín Alegre, en su calidad de gerente general de la SC., acompañando sobre cerrado con el pliego de preguntas.

**90.19.-** A fojas 1086, rola solicitud, a la SC, de exhibición de todas sus cartolas de cuentas corrientes bancarias correspondientes al Banco de Chile, Santander y demás bancos de la plaza en los cuales las posea fijando día y hora al efecto.

Además, solicitud de oficiar al Banco de Chile y al Banco Santander, para que exhiban todas las cartolas de las cuentas corrientes bancarias de la SC, correspondientes entre el período comprendido desde Mayo de 2011 a Mayo de 2012. En subsidio, se ordene la exhibición de los mismos documentos.

**91.- Documental de la SC y petición de otras diligencias probatorias:**

**91.1.-** A fojas 1067, rola solicitud para que se designe perito, el que debería informar sobre uno de los capítulos indemnizatorios de la reclamación, en específico, el lucro cesante, materia que- en opinión de la SC- atendida su especificidad requiere de la opinión de un experto.

En otrosí se pide que se agregue a este expediente el informe pericial que se evacue en el expediente N°4, referido a la comparación del estudio referencial y el proyecto de ingeniería vial versión 0, todo relativo a la ruta G-60. En subsidio, se solicita se decrete un peritaje en los mismos términos al solicitado en expediente N°4.

**91.2.-** A fojas 1069, rola solicitud, en lo principal, de reiteración como prueba en este expediente de la documental aportada en el expediente N°4.

En primer otrosí se acompañan, respecto del punto de prueba 3, nueve documentos que se indican. Respecto del punto de prueba 4, se acompañan quince documentos que se individualizan y respecto del punto de prueba 5, se acompañan tres documentos que, igualmente,



se detallan. Todos los documentos se acompañan bajo los apercebimientos que se señalan.

En segundo otrosí se solicita traer a la vista los expedientes que se tramitan ante éste Tribunal y signados con los números 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9.

En tercer otrosí, solicita exhibir los seis documentos que detalla.

**92.-** A fojas 1090 obra resolución de 14 de Mayo de 2013, por la cual se proveen diversas presentaciones, a saber: a) se ordenó tener por acompañados con citación los documentos acompañados en fojas 1.036 y 1.039, formando cuaderno separado respecto de éstos últimos; b) se tuvo por acompañado el CD (fojas 1.038) y se ordenó hacer copia digital para ser entregado a la SC; c) se tuvieron por acompañados, con citación, los documentos acompañados (fojas 1.042, 1.045, 1.047, 1.052, 1.060, 1.061, 1.063 y 1.065) y se accedió traer a la vista, cuando correspondiere, por encontrarse en el cuaderno N°4; d) se ordenó traer a la vista lo pedido (fojas 1.049 y 1.056) y por acompañado con citación lo que corresponda; e) se accedió a la exhibición de lo pedido (fojas 1.050 y 1.058); f) se confirió traslado respecto de lo pedido (fojas 1.067); g) se ordenó traer a la vista lo pedido (fojas 1.069); h) se ordenó tener por acompañado en la forma pedida lo presentado (fojas 1.069); i) se accedió a la exhibición de los documentos indicados en números 2 a 6 (fojas 1.069) y en lo referido al indicado con N°1 se pidió especificar por el solicitante el documento que se pide exhibir; j) se dispuso citar a la señora Martín Alegre para que absolviera posiciones (fojas 1.084) y se tuvo por acompañado el sobre que contenía las preguntas, ordenando su custodia; k) habiéndose decretado la misma inspección personal del Tribunal que la solicitada en el cuaderno N°4, se resolvió que era inoficioso efectuarla nuevamente (fojas 1.054), y l) respecto de lo solicitado (fojas 1.081) tanto en lo principal como subsidiariamente, no se dio lugar.

**93.-** A fojas 1097 rola escrito de 23 de Mayo de 2013, por el cual la SC evacúa traslado, solicitando el rechazo de la pretensión del MOP de que los Bancos de Chile, Santander y demás bancos en que existan cuentas corrientes de la SC procedan a exhibir determinada documentación, y de 24 de Mayo de 2013, de fojas 1099, por el cual se solicita se fije nuevo día y hora para la absolución de posiciones decretada, a lo que se accedió por resolución de 27 de Mayo de 2013 de fojas 1104.



**94.-** A fojas 1105 rola escrito del CDE, de 23 de Mayo de 2013, por el cual evacúa traslado respecto de la solicitud de peritaje presentada por la SC, solicitando, tanto en lo principal como en otrosí, negarla.

**95.-** A fojas 1110 rola escrito del CDE, de igual fecha anterior, por el que objeta los documentos acompañados por la SC y que se tuvieron por acompañados en resolución de 14 de Mayo de 2013 (fojas 1.090).

**96.-** A fojas 1111 rola escrito de la SC, por el que da cumplimiento a lo ordenado, en el sentido de especificar el documento que solicita en numeral 1 del tercer otrosí de su escrito (fojas 1.069), señalando que se corresponde a la proposición de iniciativa privada N°223, denominada "Conexión Vial Melipilla-Camino de la Fruta", presentada por Besalco, y que contiene el Estudio o Proyecto Referencial de la obra contratada por SC Ruta G-60 S.A.

**97.-** A fojas 1112 rola escrito de la SC, de 27 de Mayo de 2013, por el cual hace uso de la citación conferida (fojas 1.090) respecto de documentos acompañados por el MOP en diferentes presentaciones (fojas 1.036, 1.039, 1.061, 1.052, 1.060, 1.063, 1.042, 1.045, 1.047 y 1.065).

**98.-** A fojas 1117 rola escrito de 27 de Mayo de 2013, de la SC, por el cual cumple con lo ordenado (fojas 1.090), en el sentido de exhibir documentos pedidos por el MOP (fojas 1.050 y 1.058), consistentes en copia del contrato de trabajo de don Cristián Carreño Venegas y copia de su currículum.

**99.-** A fojas 1176, 1178 y 1181 rolan escritos del CDE, todos de 27 de Mayo de 2013, en virtud de los cuales: a) pide reponer la resolución (fojas 1.090) que ordenó la exhibición de documento solicitada por la SC (fojas 1.069, N°6), referido al documento por el cual se procedió a cambiar al Inspector Fiscal de la Obra Pública Fiscal "Ruta G-60 Camino de la Fruta"; b) solicita reposición de la resolución que no dio lugar a lo solicitado en orden a exhibición de documentos, en poder de la demandada, relacionados con el contrato de financiamiento del Banco de Chile; c) a lo principal, solicita tener presente y reitera objeciones a los documentos que indica, presentados por la SC, y en primer otrosí, objeta documentos, ampliando la anterior objeción, y en segundo otrosí, solicita tener a la vista los documentos individualizados en los números 2 al 5, que fueron acompañados al expediente 4.

**100.-** A fojas 1194 rola presentación del CDE, por la que se desiste de la diligencia de absolución de posiciones que había solicitado respecto de la señora Martín Alegre.



**101.-** A fojas 1196 rola resolución de 10 de Junio de 2013, que no dio lugar a lo pedido por el CDE (fojas 1.086), en orden a que la SC exhibiere las cartolas de cuentas corrientes bancarias que se indicaron, correspondientes al Banco de Chile, Santander y otros de la plaza, ni al oficio al Banco de Chile y Banco Santander en igual sentido, ni a la petición subsidiaria de exhibir dichos documentos.

**102.-** A fojas 1199 rola resolución de igual fecha, por la cual se provee la presentación del CDE (fojas 1.105), teniendo por evacuado los traslados conferidos.

Proveyendo la presentación de la SC (fojas 1.067) relativa a la designación de perito, se resolvió acogerla, dada la convicción del Tribunal que, en la especie, se reúnen los requisitos dispuestos en el numeral primero del artículo 141 del CPC, por lo cual se citó a las partes a una audiencia, con el objeto de determinar las cuestiones a que alude el inciso primero del artículo 414 del cuerpo legal citado.

**103.-** Resolución, igualmente del 10 de Junio de 2013, por la cual: a) se tuvo por objetados por el CDE los documentos indicados en su presentación (fojas 1.110; b) por cumplido lo ordenado a la SC (fojas 1.111) y se decretó la exhibición del documento indicado en el numeral 1 del tercer otrosí de la presentación (fojas 1.069); c) se tuvo por evacuada la citación decretada (fojas 1.112) y respecto de la presentación (fojas 1.117) se tuvo por cumplido lo ordenado y por acompañados con citación los documentos, ordenándose traerlos a la vista y se dejó sin efecto la exhibición ordenada (fojas 1.090); d) se tuvo presente y por reiteradas las objeciones planteadas por el CDE y se ordenó traer a la vista lo solicitado (a fojas 1.181), y e) se tuvo por desistido al CDE, según lo expresado (fojas 1.194).

**104.-** A fojas 1208 rola resolución de 14 de Junio de 2013, por la que se niega lugar a la reposición solicitada por el CDE respecto de lo resuelto (a fojas 1.090), que no dio lugar a la exhibición de documentos solicitada a fojas 1081.

**105.-** A fojas 1210 rola resolución de igual fecha por la que no se da lugar a la reposición solicitada por del CDE y, por consiguiente, se ordena exhibir el documento indicado (fojas 1.069).

**106.-** A fojas 1215 rola acta de 20 de Junio de 2013, que da cuenta que las partes no alcanzaron acuerdo sobre la diligencia pericial, por lo que el Tribunal queda por resolver.



**107.-** A fojas 1217, obra presentación del CDE, por la cual, en lo principal, observa documentos referidos a copia de contrato de trabajo y currículum del señor Carreño Venegas.

En primer otrosí, pide reposición de resolución de 10 de Junio de 2013, por la cual se tuvo por cumplido lo solicitado a la SC, referido a acompañar balances, estados de cambios en la posición financiera y estados de resultados.

En segundo otrosí, solicita se traigan a la vista los autos del expediente N°4 y acompaña documento, a objeto de cumplir con lo que le ha sido ordenado según petición de fojas 1.111

En tercer otrosí, reitera personería.

**108.-** A fojas 1222 rola resolución de 25 de Junio de 2013 que, proveyendo lo principal de presentación referida en el numeral anterior, tiene presente las observaciones planteadas. En cuanto al primer otrosí, se ordena a la SC exhibir los estados de cambio en la posición financiera, a fin de dar cabal cumplimiento a lo ya decretado (fojas 1.090). En cuanto al segundo otrosí, dispuso traer a la vista el documento y tenerlo por acompañado con citación. Al tercero, tuvo presente lo planteado y por acompañado con citación.

**109.-** A fojas 1227 obra presentación de 1 de Julio de 2013, por la cual la SC pide tener presente que ésta sustituyó el llamado "Estado de Cambio en la Posición Financiera" por el "Estado de Flujos Efectivos", conforme lo recomendó el Colegio de Contadores de Chile, el 10 de Octubre de 1995, razón por la cual se la debe tener por cumplida con lo que se le había ordenado al efecto, lo que acredita acompañando en otrosí un ejemplar del Boletín Técnico N°50 del referido colegio.

**110.-** A fojas 1255 rola escrito de 2 de Julio de 2013 del CDE que, cumpliendo lo ordenado, acompaña, con citación, copia de Resolución Exenta N°2.026, DGOP, referida cambio de Inspector Fiscal titular y copia de la Resolución Exenta N°1.395, DGOP, que deja sin efecto resolución anterior y nombra como Inspector Fiscal a don Ricardo Vergara Aguirre.

**111.-** A fojas 1264 consta escrito de 3 de Julio de 2013 de la SC, por el cual hace uso de la citación respecto del documento acompañado por el MOP (fojas 1.217).

**112.-** A fojas 1266 rola resolución de 5 de Julio de 2013, en la que se resolvió decretar dos informes periciales: a) el primero destinado a comparar el estudio referencial y el proyecto de ingeniería



vial aprobado, versión 0, a objeto de señalar sus diferencias y, particularmente, lo relativo a desplazamiento horizontal y vertical del eje, la superficie total que debía expropiarse, el efecto que naturalmente debía tener la modificación de los ejes en los hitos o plazos previstos para la etapa de construcción y sus costos. Este informe se encargó al IDIEM, y b) el segundo destinado a determinar el retorno económico que razonablemente habría tenido la obra en cada año de explotación, una vez descontados los costos de operación y mantenimiento, el pago de la deuda y los intereses mientras existieren obligaciones derivadas de los créditos. Para esta práctica se designó al ingeniero, señor Patricio Arrau Pons.

**113.-** A fojas 1273 rola certificación del Secretario de la Comisión, señor Daniel Amar Zaninetti, en el sentido que el CD acompañado por la SC en expediente N°4, y reiterado como prueba en éste, figuran las carpetas de archivos relativos a "Proyecto Ing. Detalle Rev. O" y "Proyecto Referencial", ambos con subcarpetas.

**114.-** A fojas 1275 rola resolución de 10 de Julio de 2013 que: a) confiere traslado de la presentación de la SC (fojas 1.227) y se tiene por acompañado lo adjunto a la misma; b) tiene por cumplido lo ordenado al CDE y de lo que da cuenta su presentación (fojas 1.255), y c) tiene por evacuada la citación por la SC en su escrito (fojas 1.264).

**115.-** A fojas 1295 rola escrito de 13 de Agosto de 2013 de la SC, por la que se desiste de su petición de informe pericial económico encargado, según se dijo, al ingeniero señor Arrau Pons, de lo que se les tuvo por desistido, en resolución de 20 de Agosto de 2013 de fojas 1299.

**116.-** A fojas 1297 rola resolución de 20 de Agosto de 2013, que da cuenta de la aceptación del cargo por parte del IDIEM.

**117.-** A fojas 1299 rola resolución de 20 de Agosto, ya citada, en la que además se tuvo por cumplido lo ordenado a la SC según lo hace en su escrito (fojas 1.296).

**118.-** A fojas 1315 rola resolución de 5 de Septiembre de 2013, por la que se tuvo por recibida la propuesta técnica y económica del IDIEM, se ordenó ponerla en conocimiento de las partes y tenerla por aprobada, si no era objetada dentro de tercero día, y se dio un plazo de diez días al solicitante de la pericia para consignar los honorarios correspondientes, de lo que hay constancia de haberse efectuado a fojas 1323.



**119.-** A fojas 1329 rola acta de sesión de 8 de Octubre de 2013, que da cuenta de solicitud de antecedentes por parte del IDIEM, lo que se pone en conocimiento de las partes y se les otorga un plazo de cinco días para que éstas los acompañen, lo que deberá ser certificado por el señor Secretario.

**120.-** A fojas 1334 rola escrito de 16 de Octubre de 2013, por el cual la SC da cumplimiento a lo ordenado (fojas 1.329), en orden a adjuntar un CD que contenga el informe con el listado o catastro de expropiaciones y el programa de ejecución de la obra.

**121.-** A fojas 1335 consta escrito de 16 de Octubre de 2013, por el cual el CDE da cumplimiento a lo ordenado (fojas 1.329), referido a acompañar catastro de expropiaciones, programación de la obra, planos topográficos y presupuestos y programaciones.

**122.-** A fojas 1336 obra resolución de 17 de Octubre de 2013, en que se tuvo por cumplido lo ordenado según se dijo en dos numerales anteriores.

**123.-** A fojas 1340 rola presentación del CDE, de 23 de Octubre de 2013, por la cual complementa la información contenida en CD ya acompañado, agregando un nuevo CD que contiene dos documentos que formarían parte del presupuesto de base a la Versión 0, correspondiente a programas de obra y ejecución.

Por resolución de 30 de Octubre de 2013, de fojas 1341, no se dio lugar a lo solicitado, en atención a que los mismos fueron acompañados fuera del plazo conferido por el Tribunal (fojas 1.329), sin que se explicaren razones que justifiquen la extemporaneidad, y teniendo además presente que la aceptación de nuevos antecedentes podrían retrasar el informe pericial al que deben servir.

**124.-** A fojas 1345 y siguientes rola informe N° 854.808/2013, y su Anexo N° 854.808/2013, evacuados por IDIEM, titulado "ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL PROYECTO REFERENCIAL Y EL PROYECTO DE INGENIERÍA VIAL APROBADO, VERSIÓN 0, DE LA RUTA G-60 DENOMINADA CONEXIÓN VIAL MELIPILLA - CAMINO DE LA FRUTA"

Por resolución de 22 de octubre de 2013, de fojas 1417, se puso en conocimiento de las partes el informe indicado, otorgándoles un plazo de cinco días para formular observaciones.

**125.-** A fojas 1421 rola presentación de la Concesionaria, de 29 de Noviembre de 2013, por la cual formuló observaciones al informe pericial evacuado por IDIEM.



**126.-** A fojas 1425 consta presentación del Consejo de Defensa del Estado, de 29 de noviembre de 2013, por la cual formuló observaciones al informe pericial evacuado por IDIEM.

Por resolución de 3 de diciembre de 2013, de fojas 1429, se tuvo por formuladas las observaciones de las partes al informe de IDIEM.

Asimismo, la resolución indicada, confirió traslado a las partes para efectos de formular observaciones a la prueba rendida.

**127.-** A fojas 1431, rola copia del acta de incorporación del miembro señor Miguel Otero Lathrop a la Comisión, que rola a fojas 153 del cuaderno de Normas de Procedimiento de esta Comisión.

**128.-** A fojas 1459 rola presentación de la SC, de 26 de diciembre de 2013, por la cual formula observaciones a la prueba rendida.

**129.-** A fojas 1485 rola presentación de la SC, de 26 de diciembre de 2013, por la cual formula tacha respecto del testigo Félix Maldonado López, de acuerdo a la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por estimar que éste es inhábil para declarar, por haber participado en la preparación de los escritos de discusión presentados por el MOP y trabajar éste en Zañartu Ingenieros Consultores, cuyo principal cliente es el MOP.

En el otrosí, acompaña, para efectos ilustrativos, publicación de la página web de Zañartu Ingenieros Consultores, en la cual se aprecia que sus principales clientes son, entre otros, el MOP, la Coordinación de Concesiones de OOPP del MOP, y la dirección de vialidad del MOP.

**130.-** A fojas 1488, rola presentación del CDE, de 30 de diciembre de 2013, en la que, en lo principal, formula observaciones a la prueba rendida.

En el primer otrosí, opone tacha respecto del testigo Joaquín González López, de acuerdo a la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por estimar que éste es inhábil para declarar, por haber suscrito la demanda de autos y ser responsable de liderar y coordinar las funciones de la planificación estratégica de la empresa que lo presenta.

En el segundo otrosí, solicita se cite a las partes a oír sentencia.

En el tercer otrosí, solicita tener presente personería.



**131.-** A fojas 1519, rola resolución de 2 de enero de 2014, que tuvo por formuladas observaciones a la prueba, y por formuladas tachas a los testigos, confiriendo a las partes traslado por el plazo de tres días para exponer lo que estimaren conveniente.

**132.-** A fojas 1523, mediante presentación de 6 de enero de 2014, el CDE solicita, en lo principal, el rechazo de la tacha deducida respecto de don Félix Maldonado López. Argumenta que el testigo no tiene vínculo laboral alguno con el MOP; que la empresa para la cual trabaja se adjudicó la asesoría a la Inspección en concurso público, de suerte tal, que no existe relación del MOP con el testigo; que éste no recibía bonos, sino únicamente su remuneración mensual, y finalmente, que el testigo señaló no haber participado en las "respuestas" de los escritos de discusión.

En el otrosí, acompaña personería.

**133.-** A fojas 1527, mediante presentación de 8 de enero de 2014, la SC evacua el traslado conferido por resolución de 2 de enero de 2014, y solicita el rechazo de la tacha deducida respecto de don Joaquín González López. Argumenta que no se cumplen los requisitos para acoger la tacha; que no concurren los requisitos copulativos necesarios de tener el testigo interés directo o indirecto en el pleito, que ese interés sea de carácter patrimonial, y que ese interés esté vinculado al resultado pleito. Finalmente, indica que la tacha interpuesta por el Fisco, desconoce la teoría del órgano, pues no fue don Joaquín González López quien interpuso la demanda, sino que fue la Sociedad Concesionaria. Agrega finalmente, que se trata de un testigo necesario, pues ha presenciado directamente los hechos, siendo indispensable para el tribunal.

#### **E. CITACIÓN PARA OIR SENTENCIA.**

**134. -** A fojas 1.533, y por resolución de 13 de enero de 2014, se citó a las partes para oír sentencia.

En la misma resolución, se dejó para definitiva las tachas a los testigos.

#### **F. CONSTANCIA DE ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS.**

**135.-** De acuerdo con el artículo 36 de la Ley de Concesiones y el artículo 90 de su Reglamento, el funcionamiento de esta instancia se verificó en dos etapas: **a)** en su carácter de Comisión Conciliadora para conocer de la reclamación que dio origen a estos autos, se realizó entre el 24 de Enero de 2012 y el 8 de Mayo de 2012; es



decir, durante tres meses y 14 días, a lo que se deben restar los días no hábiles (sábados, domingos y feriados, incluyendo en este último el mes de febrero de 2012) y **b)** la etapa arbitral se verificó entre el 8 de Mayo de 2012 y la fecha de esta sentencia, plazo de un año y nueve meses, a los cuales deben descontarse los días no hábiles (sábados, domingos y feriados, incluyendo en este último el mes de febrero de 2013) y los días en que se encontró suspendido el procedimiento por común acuerdo de las partes o decretado de oficio por el Tribunal, ambas situaciones en razón del mérito del que da cuenta el proceso y en atención a los trámites que se realizaban entre las partes, con el conocimiento del Tribunal, en aras de lograr bases de conciliación, suspensión que abarcó entre el 31 de Agosto de 2012 y el 29 de Enero de 2013, sin perjuicio de las resoluciones dictadas en dicho plazo, según se había acordado por las partes. Constancia de lo anterior se establece en numeral 65, letra c) anterior.

**136.-** La presente causa (expediente N°2) sobre mayores costos, en su tramitación consta de cinco tomos, debidamente foliados, en el que el tomo I (fojas 1 a 270) corresponde a la fase conciliadora y los tomos II, III, IV y V (fojas 271 a 1545, hasta antes de la presente sentencia) corresponden a la fase Arbitral.

**137.-** La Comisión realizó durante este proceso dos inspecciones oculares a la obra Ruta G-60, Conexión Vial Camino de la Fruta. Una de ellas fue solicitada en el expediente N° 3, y la otra en el expediente N° 4, ambos seguidos ante esta Comisión.

**138.-** Se solicitó un informe pericial, evacuado por IDIEM, según consta a fojas 1346, titulado Asesoría Técnica Especialista "Análisis comparativo entre el Proyecto Referencia y el Proyecto de Ingeniería Vial Aprobado, Versión 0", evacuado en el mes de noviembre de 2013. Asimismo, se solicitó traer a la vista dos informes periciales evacuados por IDIEM con fecha 9 de enero de 2013, en el expediente N° 9, seguido ante esta misma Comisión (Informe N° 806750/2013 e Informe N° 806751/2013).

**139.-** Todas las resoluciones dictadas en la causa se encuentran debidamente firmadas por los integrantes de la Comisión según asistencia e, igualmente, autorizadas por el señor Secretario de la Comisión.

**140.-** No hay peticiones o presentaciones de las partes pendientes de resolver, según consta de certificación del señor Secretario, salvo las que se han dejado para definitiva.



**CONSIDERANDO:**

**I. En cuanto a las tachas de los testigos.**

1º. Que, tal como ha quedado expuesto, la Sociedad Concesionaria ha tachado al testigo presentado por el MOP señor Félix Antonio Maldonado López, invocando la causal del número 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil; aduciendo que el testigo carece de la imparcialidad necesaria para declarar, por tener interés directo o indirecto en el juicio. Lo fundamenta en que el testigo reconoció haber intervenido, a través de la preparación de respuestas a los escritos de las partes, en la etapa de discusión del juicio, a instancias de su jefe Eduardo Cereceda. Agrega que el MOP es el principal cliente de la empleadora del testigo, de lo que infiere que es dable entender que su labor pueda ser puesta en entredicho en caso de un resultado adverso en el juicio, de lo que concluye que el testigo tiene un interés actual y pecuniario en el pleito.

Como también ha sido mencionado en la expositiva, la parte del MOP se ha opuesto a esta tacha, por considerar que el testigo no tiene vínculo laboral alguno con el MOP; que la empresa para la cual trabaja se adjudicó la asesoría a la Inspección en concurso público, de suerte tal que no existe relación del MOP con el testigo; que éste no recibía bonos, sino únicamente su remuneración mensual; y finalmente, que el testigo señaló no haber participado en las "respuestas" de los escritos de discusión.

2º. Que el Tribunal habrá de desestimar la tacha del testigo Sr. Maldonado López, por los mismos motivos por los que ya lo hizo en la sentencia dictada en el expediente N°4 de terminación inmediata, en la que se le interpuso por iguales fundamentos, pues no considera acreditado que éste tenga un interés pecuniario o material en los resultados de este juicio. La circunstancia de desempeñarse como empleado dependiente de una empresa privada, entre cuyos clientes principales se encuentra el Ministerio de Obras Públicas, suponiendo que esto último se diera por acreditado, no es suficiente para convencer que los resultados de este juicio o el contenido de sus propios testimonios podrían incidir en su remuneración, en su estabilidad laboral o de algún otro modo material que sea de su interés y le haga perder la imparcialidad necesaria para que su testimonio pueda ser apreciado, máxime si al apreciar su capacidad de producir convicción, la Comisión puede considerar y ponderar su situación laboral y los vínculos entre su empleador y una de las partes en el juicio. Lo que cabe juzgar aquí es la habilidad de los testigos para que sus dichos sean considerados y sopesados en una prueba que



ha de apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica. A su respecto, no se acreditó que el testigo fuera, a la época de su deposición, empleado de la empresa Zañartu Consultores, circunstancia que el mismo negó, afirmando haberse desvinculado de esa empresa. En la especie, el testigo reconoce que en la etapa litigiosa, respondió preguntas verbales de su jefe acerca de curvas horizontales y verticales y haber tenido que recopilar antecedentes útiles para el juicio, lo que tampoco le coloca en posición de interés acerca de sus resultados, máxime si no puede darse por acreditada la subsistencia de la relación laboral del testigo con alguna de las partes o con empresas clientes de ellas.

- 3º. Que, asimismo, la parte del MOP ha tachado como testigo a don Joaquín González López, fundado en la causal establecida en el número 6 del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por estimar que carece de la imparcialidad necesaria para declarar en el pleito, por haber detentado el cargo de gerente general de la Concesionaria y haber suscrito la demanda arbitral en contra del MOP. Para fundarla, como se ha relatado, agrega que dentro de las funciones de un Gerente General, éste es responsable de liderar y coordinar la planificación estratégica de la empresa y su representación en juicio, de lo que concluye que el testigo carece de la imparcialidad necesaria para declarar.

La parte de la Sociedad Concesionaria, como se ha referido en los vistos, se ha opuesto a esta tacha, argumentando, en esencia que no se cumplen los requisitos para acogerla, pues no se verifican los requisitos copulativos necesarios de tener el testigo interés directo o indirecto en el pleito, que ese interés sea de carácter patrimonial y esté vinculado al resultado del pleito. Agrega que la tacha interpuesta por el Fisco, desconoce la teoría del órgano, pues no fue don Joaquín González López quien interpuso la demanda, sino que fue la Sociedad Concesionaria. Aduce, por último, que se trata de un testigo necesario, pues ha presenciado directamente los hechos, siendo indispensable para el tribunal.

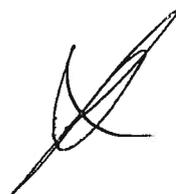
- 4º. Que esta Comisión Arbitral habrá de desestimar esta tacha por los mismos motivos por los que ya lo hizo en la sentencia dictada en el expediente N°4 de terminación inmediata, en la que se le interpuso por iguales fundamentos. Al respecto, y en primer lugar, habrá de tener por acreditado que el testigo Joaquín González López efectivamente ejerció las funciones de gerente general de la parte de la Sociedad Concesionaria, conforme constan las comparecencias de esa sociedad, y el poder que acompaña. En casos similares y análogos, la justicia ordinaria ha resuelto que "el que ha sido apoderado de la parte que lo presenta, pero cuyo



poder ha sido revocado, es hábil para declarar como testigo" (C. de Santiago, 11 de enero de 1916, R. t. 14, secc. 2º, pág. 153) y también es hábil para testificar quien era y dejó de ser socio de la demandada, según sentenció la Corte de Valparaíso, el 29 de mayo de 1915. (G., 1915, 1er semestre N° 926, pág. 726). Al igual como se razonó en los referidos fallos, esta Comisión estima que puede considerar el testimonio del ex Gerente de la Sociedad Concesionaria, sin perjuicio de tener presente la calidad que invistió, al apreciar y sopesar la fuerza probatoria de su testimonio. La circunstancia de haber sido el testigo dependiente, en calidad de Gerente General, de la Sociedad Concesionaria que es demandada en autos y especialmente la de haberlo sido en la etapa en que se generó el conflicto y en la que su parte hubo de desplegar los argumentos que constituyen esta controversia, ciertamente pone al testigo en una determinada perspectiva o posición, congruente con la que ha suscrito o seguramente revisado en los escritos de fondo de la parte a la que prestó servicios, lo que ciertamente esta Comisión puede y debe de tener presente a la hora de sopesar el valor probatorio de lo que depone. Pero esa circunstancia no lo transforma, una vez que ya ha perdido ese vínculo de dependencia con la parte a la que sirvió, en inhábil para atestiguar acerca de hechos concretos en los que pueda haberle correspondido actuar y de los que pueda dar testimonio ante esta Comisión. En virtud de ello habrá de desestimarse la tacha del testigo Joaquín González López.

## **II. En cuanto a las objeciones documentales.**

- 5º. Que, conforme a la presentación del MOP que rola a fojas 133, esa parte, en la fase de conciliación, objetó los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria en los números 4, 5 y 6 del primer otrosí de su escrito de reclamación, de fs. 16 y siguientes. Aduce al respecto que ellos no emanan de la parte en contra de la cual se presentan; es decir, que no son de autoría del MOP. En segundo lugar, indica que ninguno de ellos se encuentra fechado, ni firmado o autorizado por un ministro de fe, y tampoco han sido reconocidos por su autor, incluso desconociéndose su autoría. Finalmente, indica que a su parte no le consta su autenticidad, integridad ni la veracidad del contenido de los documentos. Los documentos así objetados son los denominados: Anexo A "Observaciones cambio de trazado Dm 12.720 (Desplazamiento Horizontal)"; Anexo B "Observaciones Asociadas al Desplazamiento de trazado en el Dm 23.900 (desplazamiento



alzado)"; y Anexo C "Observaciones Asociadas al Desplazamiento de trazado en el Dm 28.300 (Desplazamiento alzado).

Analizados los documentos, ellos contienen una recopilación de lo observado por el Inspector Fiscal y las respuestas de la Sociedad Concesionaria a lo largo del proceso de aprobación de la ingeniería de detalle, respecto de los puntos señalados en los títulos de cada uno de los anexos. La propia objetante acompañó los anexos completos de igual proceso y, en lo que importa a este juicio y será considerado más adelante, hay plena coincidencia entre lo extractado y acompañado por la Sociedad Concesionaria y la versión extensa acompañada por el MOP, por lo que esta objeción será desestimada.

6º. Que, igualmente, la parte del MOP, también en la fase conciliatoria, según, lo planteado en el cuarto otrosí de la presentación de 12 de abril de 2012, que rola a fojas 184, objetó los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria, en los puntos 2, 3, 4 y 5 del primer otrosí de su presentación de 16 de Marzo de 2012, que rola a fs. 142. Los documentos objetados corresponden al titulado "Estado de Inversiones" de la Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A., al mes de marzo de 2012; saldo de cuenta corriente de la Sociedad Concesionaria al día 15 de marzo de 2012; flujo de caja de la Sociedad Concesionaria al día 15 de marzo de 2012; y CD que contiene el contrato de financiamiento de la Sociedad Concesionaria. Funda la objeción, en primer lugar, en que los documentos no emanan de la parte en contra de la cual se presentan, es decir, no son de autoría del MOP. En segundo lugar, indica que ninguno de los documentos presentados se encuentra fechado ni firmado o autorizado por un ministro de fe, y que tampoco han sido reconocidos por su autor, incluso desconociéndose su autoría. Finalmente, indica que a su parte no le consta su autenticidad, integridad ni la veracidad del contenido de los documentos.

La Comisión habrá de desestimar esta objeción, por cuanto ella carece de la suficiente especificidad para dudar acerca de la autenticidad o integridad de documentos que aparecen revestidos de una apariencia de ser auténticos. Si bien se trata de copias, ellos aparecen con las formas y suscripciones con que habitualmente se emiten.

7º. De igual modo, la parte del MOP, representada por el Consejo de Defensa del Estado, conforme a escrito de fecha 23 de mayo de 2013, presentado a fojas 1110, objeta los 27 documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria mediante escrito de fojas 1069, y que se tuvieron por acompañados en resolución de



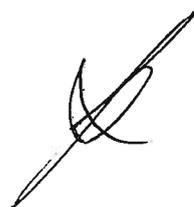
14 de Mayo de 2013, que rola a fojas 1.090. Argumenta, al igual que en el caso anterior, y con idéntica generalidad y abstracción, que se trata de documentos que no emanan de la parte en contra de quien se pretende hacer valer, sino que de la propia parte que los presenta o de terceros, no pudiendo tener valor en su contra. Agrega asimismo, que a su parte no le consta su autenticidad, integridad, fecha cierta ni la veracidad de las declaraciones insertas en ellos.

Los 27 documentos objetados consisten, entre otros, en copias de pólizas de seguro, cartas enviadas por la Sociedad Concesionaria al Inspector Fiscal, Ordinarios que aparecen suscritos por éste, copia de escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria, copias de facturas, copia del Decreto Supremo de adjudicación de la obra y otros análogos. Todos ellos tienen las características propias de los documentos de su especie. Si bien no son originales, aparecen debidamente suscritos y no hay apariencia de que sean adulterados o incompletos. Tampoco la objeción especifica alguna falta de autenticidad o de integridad particular en alguno de ellos. En esas condiciones, y no habiendo prueba o indicio de su falsedad o falta de integridad, se rechazará la objeción de estos documentos.

8º. Que la Sociedad Concesionaria, mediante presentación de fs. 1.112, haciendo uso de la citación conferida a fojas 1.090, respecto de documentos acompañados por el MOP en su presentaciones de fojas 1.036, 1.039, 1.042, 1.045, 1.047, 1.052, 1.060, 1.061, 1.063, y 1.065, formula una serie de observaciones respecto de ellos, aduciendo lo que, en su parecer, puede y no puede deducirse de ellos; pero sin formular ninguna objeción relativa a la autenticidad e integridad de ellos. En consecuencia, y en cuanto pudieren considerarse objetados estos documentos, ello será rechazado.

9º. Que el Consejo de Defensa del Estado, mediante petición formulada en el primer otrosí de su presentación de fojas 1181, de 27 de Mayo de 2013, objetó y observó los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria en su presentación de fojas 1069, como números 12 y 13.

En cuanto al documento Nº 12 (Conjunto de pagos emitidos por COMSA de Chile a la Sociedad Concesionaria), señala que éste no constituye un medio de prueba, por haber sido abiertamente preparado por la Sociedad Concesionaria, lo que se traduce en que el documento no emana de la parte en contra de la cual se presenta, no es de autoría del MOP, y no ha sido reconocido en juicio, por lo que no tiene valor probatorio.



En cuanto al documento N° 13 (Cuadro de facturas pagadas y pendientes de pago por conceptos de servicios afectados de la Ruta G-60, en la cual se dan cuenta de pagos de servicios por un monto de UF. 20.006,61.-), argumenta que no constituye un medio de prueba por haber sido abiertamente preparado por la Sociedad Concesionaria, lo que se traduce en que el documento no emana de la parte en contra de la cual se presenta, no es de autoría del MOP, es una simple hoja, sin firma, sin autor, sin fecha y no reconocida en juicio, de nulo valor probatorio.

La Comisión desestimaré las dos objeciones documentales aludidas, por estimar que el hecho de ser un documento de elaboración de la propia parte que lo presenta no lo priva necesariamente de valor ilustrativo para la decisión; la que ciertamente, en caso de considerarlo, y al ponderar su fuerza de convicción, no podrá sino tener presente su autoría y demás características que la objetante realza. Al efecto, tiene especialmente presente que, en esta materia, la prueba debe sopesarse conforme al método de la sana crítica.

10°. Que, en la misma presentación aludida en el considerando anterior, el Consejo de Defensa del Estado, mediante la ya referida petición formulada en el primer otrosí de su presentación de fojas 1181, de 27 de Mayo de 2013, objetó y observó también los documentos acompañados como números 26 y 27 por la Sociedad Concesionaria en su presentación de fojas 1069.

En cuanto al documento N° 26 (Copia de Resuelvo DGOP N° 2642, de 30 de agosto de 2005, mediante el cual se modificó el hito de avance en una obra pública fiscal), lo objeta por no tener, a su juicio, relación directa, ni indirecta con la cuestión debatida; por no ser atinente a los puntos de prueba establecidos y no ser parte del contrato de concesión de esta obra pública. Añade que el documento es impertinente, pues concierne a otro contrato de concesión "Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 3", por lo que pide a la Comisión excluirlo, por no constituir un medio de prueba.

En cuanto al documento N° 27 (Listado de Proyectos de Ingeniería en los que ha participado la empresa Ingeniería Cuatro, extraída de la página web de dicha compañía y que da cuenta de una vasta trayectoria), señala que no tiene relación directa ni indirecta con la cuestión debatida. Luego, indica que no es atinente a los puntos de prueba, por no encontrarse en discusión la cantidad de proyectos en los cuales haya participado un tercero ajeno al juicio, por lo que pide a la Comisión excluirlos por no constituir un medio de prueba.



Que la Comisión ha de desestimar estas peticiones, en cuanto ellas pudieran ser consideradas como objeciones documentales, sin perjuicio de tener presente lo expuesto respecto de lo que puede y no puede tenerse por acreditado con su mérito. Las cuestiones planteadas y referidas no alegan que los documentos sean falsos o carezcan de integridad, y por lo mismo no cabría acogerlas como objeciones documentales.

11º. Que la parte demandada, en lo principal de su escrito que rola a fojas 1217, observó los documentos exhibidos y acompañados por la Sociedad Concesionaria a fojas 1.117, consistentes en una copia del contrato de trabajo y currículum del señor Carreño Venegas.

Al igual que en el caso anterior, la Comisión desestimaré estas peticiones, en cuanto ellas pudieran ser consideradas como objeciones documentales, sin perjuicio de tener presente lo expuesto respecto de lo que puede y no puede tenerse por acreditado con su mérito; puesto que, al igual que en el caso anterior, las cuestiones planteadas y referidas no alegan que los documentos sean falsos o carezcan de integridad.

12º. Que la Sociedad Concesionaria, mediante escrito de 3 de Julio de 2013, el que rola a fs. 1264, haciendo uso de una citación, observó el documento acompañado por el MOP a fojas 1.217.

Al igual que las objeciones aludidas en los dos considerandos que anteceden, esta presentación no aduce que los documentos carezcan de autenticidad o integridad, sino que observa su contenido, haciendo razonamientos relativos a lo que debe desprenderse de ellos. En consecuencia, y sin perjuicio de tener presente lo expuesto, habrá de desestimarse esta presentación en cuanto pudiere considerársele como objeción documental.

### **III. En cuanto al fondo:**

#### **A. Las peticiones de fondo de las partes.**

13º. Que, tal como ha sido relatado en la sección expositiva, la parte de la Sociedad Concesionaria Ruta G-60, en adelante también e indistintamente la Sociedad Concesionaria, la Concesionaria o SC, ha trabado el presente litigio con el objeto que este Tribunal Arbitral declare cuatro cuestiones vinculadas entre sí y condene al Ministerio de Obras Públicas, en adelante también el Ministerio o MOP a pagarle una indemnización de perjuicios, que más adelante se describirá. Las declaraciones que se piden son: **a)** que ha existido una modificación de hecho del contrato de concesión por parte del MOP, quien lo ha extendido a una obra diferente y de mayor magnitud de aquella adjudicada, lo cual el demandante no estuvo en posibilidades de resistir; **b)** que a raíz de esa



modificación contractual era menester postergar o desplazar los hitos intermedios establecidos en las bases de licitación (BALI), ya que los contemplados en el contrato no resultaban aplicables a la obra que el MOP exigió construir; c) que al negarse el MOP a desplazar los hitos constructivos, el Banco de Chile negó el financiamiento de la obra, colocando a la sociedad Concesionaria en la imposibilidad de ejecutar el contrato en las condiciones previstas; por lo que; d) que la Sociedad Concesionaria se vio, contra su voluntad, en la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, sin responsabilidad para ella, toda vez que la imposibilidad fue causada por un hecho imputable al MOP. La actora pide se condene al MOP a indemnizar los perjuicios causados, los que evalúa en un total de UF 727.181,33 o la suma que esta Comisión determine, a la restitución de las 10 boletas de garantía de construcción y al pago de las costas de la causa.

14º. Que, para fundar su alegación de que el MOP, unilateralmente, le obligó a una obra distinta y mayor a la licitada, aduce, en primer lugar, que la obra licitada y adjudicada tuvo por objeto el mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la Ruta G-60, conforme se lee en sus propios términos, y más precisamente para mejorar, rehabilitar, mediante repavimentación y ensanche de la infraestructura existente, de 22,7 kilómetros, y la construcción de 7,8 kilómetros nuevos de camino, nuevas estructuras y 3,15 kilómetros de terceras pistas. En cuanto a la recuperación del estándar, y al tenor de las BALI, la obra tenía por objeto recuperar su pavimento o sus estructuras, lo que en muchos casos obligaba a rectificaciones de trazado y plataforma, producto de la necesidad de lograr una velocidad de proyecto homogéneo. Hace ver que lo que la sociedad concesionaria debía ejecutar se encontraba precisa y exactamente estipulado en las Bases de Licitación, citando al efecto varias de sus normas, y particularmente su artículo 2.2.11.1 y la tabla N°23, allí contenida, para argumentar que la obra contratada consistió esencialmente en una de repavimentación y mejoramiento de las calzadas existentes, con las excepciones expresas de nueva construcción que se establecieron en diversos artículos de esas mismas Bases de Licitación, particularmente, en su sección 2.2.1.

Enseguida, y para acreditar que el MOP, de manera unilateral, y luego de licitada la obra, le obligó a una obra distinta y mayor a la pactada, deja constancia en primer lugar, que la Concesionaria ejerció el derecho a aceptar los estudios referenciales entregados por el MOP, con lo cual aduce que esos estudios referenciales adquirieron el carácter de obligatorios y le debieron permitir



proceder al estacado del eje y a iniciar las obras, tan pronto le fuera entregado el terreno, sin necesidad de desarrollar nueva ingeniería de trazado, conforme se establece en las secciones 1.2.22. y 1.5.5, letra b), de las BALI y se consignó en el documento N°7, denominado Aceptación de Estudios Referenciales, que forman parte del contrato; agregando que esos términos de referencia fueron además aprobados por el Inspector Fiscal, mediante el Ordinario N° 094, de 6 de agosto de 2009. Añade la actora, como se ha dejado constancia, que, conforme a ello, y a lo dispuesto en la sección 1.9.1.1 y 2.1 de las BALI, presentó para su aprobación al Inspector Fiscal los proyectos de ingeniería de detalle a partir del mes de agosto de 2009, los que resultaron observados en su totalidad por éste, quien le formuló más de mil reparos, fundamentándolos esencialmente en que los proyectos no cumplían con las recomendaciones del Manual de Carreteras y las de las propias Bases de Licitación. Relata a continuación la actora como el Inspector Fiscal fue exigiéndole, en la fase de ingeniería de detalle, y durante el curso de ocho meses, la construcción de una obra distinta y de mayor envergadura a la licitada, concluyendo que, en tal proceso, su parte fue *"víctima de una estratagema ideada con habilidad y refinamiento, por el Inspector Fiscal, consistente en que mediante la formulación de reparos al proyecto de ingeniería de detalle, se procedió por la autoridad a modificar sustancialmente el objeto del contrato de concesión, pasando esta de ser una obra destinada principalmente a la repavimentación de la infraestructura vial existente, a una obra mayor de construcción de una carretera nueva"*.

En cuanto al carácter que tuvieron esos cambios, los que califica de una nueva obra o nueva vía, la actora los hace consistir fundamentalmente en que el MOP requirió de nuevos trazados, manifestados en un desplazamiento horizontal del eje de proyecto aprobado versión 0, con respecto al eje del proyecto referencial, en un 14,01% del total de los tramos de repavimentación, lo cual conlleva obras adicionales de movimiento de tierra y transforma la obra de repavimentación en una nueva carretera. Asegura que algunas de esas diferencias sustanciales consistieron en el mejoramiento del alzado o elevación de la calzada, lo que, en algunos casos, implicó el aumento de hasta 5 veces la altura proyectada; mientras, en otros, esos cambios se manifestaron en la alteración del desplazamiento horizontal y vertical de un mismo trazado, como ocurrió "curva cóncava".

Para demostrar la relevancia y magnitud de los cambios que se fueron exigiendo por el Inspector Fiscal en esta fase, la actora



destaca que ellos conllevaron un aumento en la cantidad de lotes expropiados (más de un 63%) y especialmente en la superficie de los terrenos expropiados, en relación a lo contemplado en el proyecto referencial, en éste último caso de un 36,5%, lo que sólo puede explicarse a partir de un cambio muy significativo en los ejes del trazado, demostrándose así la modificación sustancial y unilateral del proyecto habida en este proceso. De igual modo señala que el aumento significativo del seguro de catástrofes, cuya póliza debió ser aumentada de 654.551 a 851.225,3 Unidades de Fomento, deja también en evidencia el incremento sustancial en el valor final de la obra que fue exigida por el Inspector Fiscal en relación a la obra contratada.

15º. Que, la actora califica estos cambios como una infracción injustificada al contrato. Al efecto, aduce que, al exigir estos cambios, el Inspector Fiscal excedió con creces sus atribuciones, contenidas en los artículos 39 del Reglamento de la Ley de Concesiones y 1.8.2 de las BALI; agregando que, en ningún caso sus exigencias podrían pretender justificarse en los términos de las BALI, en conjunto con el Manual de Carreteras o en que fueran de exclusiva responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, como intentó explicarlas el propio Inspector Fiscal cuando su parte las representó. Al respecto, y en primer lugar, alega que esos cambios no podrían entenderse como una mera aplicación del Manual de Carreteras, pues el mismo, a su juicio, constituye una mera recomendación, conforme lo establecen los artículos 3.001.2 y 3.001.4 del Volumen 3 de ese Manual, máxime cuando las BALI establecieron una clara distinción entre las labores de repavimentación y las nuevas obras, haciéndose expresamente aplicable a estas últimas, aspectos específicos del Manual de Carreteras. Asimismo hace ver que el Inspector infringió el párrafo segundo del artículo 2.3.2.2 de las BALI, al no permitir la existencia de restricciones puntuales de velocidad, exigiendo, sin excepciones, la de 80 kilómetros por hora, y de ese modo las variaciones horizontales y verticales en los ejes del camino. De modo análogo, el actor argumenta que tampoco el hecho de que la ejecución del proyecto fuera de su cargo puede justificar las modificaciones que el MOP introdujo de manera unilateral e injustificada al contrato. Añade que, en las múltiples oportunidades en que su parte expresó al Inspector Fiscal la improcedencia de sus exigencias y las modificaciones que estas entrañaban al contrato, este respondió con un lacónico "conforme".

16º. Que la actora ha alegado asimismo que su parte no pudo resistirse a aceptar las modificaciones unilaterales que el Inspector



Fiscal, de modo abusivo, le introdujo al contrato, lo que, en su parecer, configuró mayores obligaciones para su parte que aquellas previstas en la convención y un enriquecimiento injusto a favor del Fisco, que no puede dejar de compensarse.

17°. Que, la demandante alega que, frente a estos cambios sustanciales de la obra contratada se hacía indispensable que la misma autoridad extendiera los hitos del contrato, pues a lo menos requería de 6 meses adicionales para poder construir la nueva obra que se exigía, lo que su parte solicitó en dos oportunidades al Inspector Fiscal, pero éste denegó mediante los Ordinarios N° 2.763 y 2.857, de 2012, prórroga que también se intentó infructuosamente ante esta Comisión y que su parte solicitó en una última oportunidad, con fecha 27 de marzo de 2012, sin siquiera obtener una respuesta.

18°. Que, como se ha indicado, la actora aduce que los incumplimientos contractuales del MOP, consistentes en las nuevas exigencias y la falta de extensión de los plazos le hicieron imposible continuar con la obra, no obstante sus esfuerzos financieros que relata, pues el Banco de Chile no liberó los fondos que se había comprometido a prestarle, en razón de que no se verificaba la condición suspensiva pactada, de certificarse por el MOP el cumplimiento en los hitos de avance. En razón de ello es que pide a esta Comisión hacer las declaraciones indicadas en el considerando 13°, que antecede, para así dejar establecido que el incumplimiento contractual que ha hecho imposible el contrato es imputable a una conducta culpable del MOP; quien, como acreedor, procedió a exigirle injustificadamente una obra de mayor magnitud a la contratada, sin reconocerle los mayores costos, ni concederle la consiguiente y necesaria extensión en el plazo de su ejecución, y que éste debe, en consecuencia, indemnizar a su parte, la que ha quedado justificadamente exonerada en el cumplimiento de sus propias obligaciones.

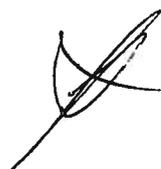
19°. Que, las alegaciones que anteceden llevan al actor a solicitar indemnización de los perjuicios directos, previstos e imprevistos, los que sustenta especialmente en lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil y descompone en daño emergente, que avalúa en la suma de UF 453.143,33 los que a su vez subdivide en cinco sub ítems consistentes en los recursos invertidos hasta la fecha de la demanda en una obra cuya continuación resulta inviable y que quedará a beneficio fiscal, los que avalúa en 291.783,42 UF; la mantención paralizada de una inversión de la misma magnitud, los que avalúa en UF 49.975, al 31 de diciembre de 2011; el valor de la obra ejecutada por el contratista desde el mes de enero de



2012, lo que avalúa en UF 21.662,95; los costos de finiquitar al personal contratado y el pago de facturas con proveedores y empresas de servicio, lo que avalúa en la suma de UF 19.243,95, y finalmente, el costo de las mayores obras exigidas por el Inspector Fiscal y no previstas en el contrato, las que avalúa en UF 70.478. Asimismo el actor demanda, como lucro cesante, la cantidad de UF 244.860, el que calcula sobre la base del retorno esperado cada año de explotación, una vez descontados de los flujos los costos de operación y mantenimiento, el pago de la deuda y los intereses. Por último, y como se ha indicado la actora también reclama daño moral, justificando su procedencia en jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y alegando las consecuencias negativas que el incumplimiento del MOP ha traído a su parte, perjuicios que avalúa en UF 29.178, equivalentes al 10% de capital invertido a la fecha.

20°. Que, no obstante lo relatado en los considerandos que anteceden, el primero de los ítems reclamados como daño emergente por la Sociedad Concesionaria, se ha pedido con un segundo fundamento, para que así le sean compensados los recursos invertidos en la obra por su parte. Al fundar esta petición, en la página 53 de su libelo se lee: *"Los recursos invertidos hasta este momento en una obra cuya continuación resulta inviable y que, en lo que corresponda, quedará a beneficio fiscal en desmedro de nuestra representada, son los siguientes: ..."* A continuación se distinguen el capital inicial y el aporte adicional, concepto por el cual se reclama un total de 291.783 Unidades de Fomento, equivalentes a la suma de \$6.172.194.151. En su escrito de réplica, la Sociedad Concesionaria aduce que *"lo perseguido por el Estado de Chile es hacerse de la ruta en el estado en que actualmente se encuentra, sin reconocer la inversión -daño emergente- que hasta el momento ha efectuado la sociedad concesionaria y, por ende, gratuitamente. Tal forma de proceder ratifica lo que sosteníamos [...], en cuanto a la existencia de un enriquecimiento ilícito."*

21°. Que, como puede apreciarse de lo expuesto en el considerando que antecede, la petición de compensar lo invertido tiene fundamento o causa de pedir no sólo en el incumplimiento contractual que se atribuye al MOP, sino también en el hecho de que se trata de dineros invertidos por la demandante de los que se beneficiará el Estado de Chile, lo que, a juicio de la demandante, de no otorgarse, constituiría un enriquecimiento injusto del Estado. Esta cuestión debe subrayarse por cuanto esta misma Comisión Arbitral ha resuelto, por sentencia definitiva, poner término a la



Concesión, con todos los efectos previstos en la Ley de Concesiones; en otras palabras, ha resuelto que la obra vuelva al Ministerio de Obras Públicas, quien podrá, entre otras cosas, relicitarla.

22º. Que, contestando la demanda, el MOP, actuando por medio del Consejo de Defensa del Estado, solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes y la condena en costas de la actora. Al efecto, opone las excepciones de controvertir todos los hechos expuestos en la demanda; la incompetencia del tribunal, en razón de la materia; la inexistencia de incumplimiento por parte del Fisco; los incumplimientos contractuales de la Concesionaria, la improcedencia de los perjuicios demandados, y la improcedencia de la devolución de las boletas de garantía, de las que se dará cuenta detallada más adelante. Expone, en términos generales, y especialmente para fundar el aserto de la inexistencia de incumplimiento por parte del Fisco y la improcedencia de condenar a su parte a indemnizar perjuicios, una serie de consideraciones destinadas a probar que las exigencias que la actora califica como incumplimiento del contrato no tienen tal carácter. Al efecto, y en primer lugar, enumera los instrumentos que componen el contrato, entre los que destaca las Bases de Licitación; las Normas de Diseño y diversos Manuales, entre los cuales se encuentra el Manual de Carreteras; el estudio referencial, que la sociedad concesionaria acepto expresamente e hizo suyo en su oferta técnica, renunciando expresamente a alegar perjuicios, indemnizaciones o compensaciones por eventuales errores omisiones o deficiencias existentes en ellos, conforme consta en la respectiva oferta técnica y también en el artículo 1.4.4 de las BALI, aceptación que fue formulada teniendo en cuenta exclusivamente la evaluación que la propia SC hizo del contenido de los citados estudios, asumiendo expresamente la responsabilidad por su contenido, conforme expresó en el anexo N°3, del formulario N°5 de las BALI, no obstante haber tenido el derecho a observar ese estudio referencial. Subraya la demandada el carácter referencial de ese estudio el que, reitera en varias ocasiones, solo contenía las obras mínimas que debían ejecutarse, pero no con precisión todas y cada una de ellas, las que quedarían determinadas conforme a un estudio de ingeniería de detalle que debía confeccionar, bajo su entera y única responsabilidad, la propia Sociedad Concesionaria y aprobar el Inspector Fiscal, conforme quedó establecido en la definición número 39 de las BALI. Del carácter y contenido de estas normas deduce el MOP que la Sociedad Concesionaria siempre supo que la ingeniería definitiva que debía desarrollar se



encontraba obligada a satisfacer los niveles de servicio que le fueron exigidos, lo que hace enteramente improcedente que, tres años después de haberse adjudicado la concesión, pretenda desconocer condiciones que quedaron claramente establecidas durante la licitación y que son parte del contrato de concesión.

23º. Que, de ese modo, el demandado controvierte que el objeto de la concesión considerara sólo una repavimentación de la ruta y la confección de pavimento en el sector de variantes, pues el objeto del contrato, conforme a los diversos instrumentos que lo componen, y especialmente conforme a lo dispuesto en el mismo Estudio Referencial (en su punto 3.1.2), en la oferta técnica de la Sociedad Concesionaria y en los artículos 1.1.3; 1.4.4; 1.5.5, 1.91.1 y 1.3 de las BALI fuera el diseño, la construcción y la operación de una obra vial bajo determinados estándares de servicio, los que consideraban parámetros objetivos de seguridad, velocidad y durabilidad de la obra, estaban ya contenidos en las Bases y en los estudios referenciales que la Concesionaria aceptó pura y simplemente. Entre estas exigencias, subraya que el contrato contempló la de subir el estándar de velocidad del camino, lo que conllevaba en varios tramos demoler el camino antiguo y construir uno nuevo, en razón de tener que modificar el radio de las curvas horizontales, rectificando el trazado y la plataforma, tal como reconoce la propia demanda. Para demostrar este aserto reproduce lo dispuesto en los artículos 1.9.1.3 y 2.2.1.1 de las BALI, subrayando, en el caso de esta última, que las obras de repavimentación que se contemplaron en la Tabla N° 23 de las BALI se establecieron como obras mínimas; pero que para asegurar los estándares de velocidad debía diseñarse el camino conforme a lo dispuesto en el Manual de Carreteras, lo que se estableció con entera claridad en la definición número 55 de las mismas BALI, en las que se estipuló que los diseños geométricos que ese efectuaran con una determinada velocidad deberían cumplir con las normas mínimas definidas en el capítulo 3.200 del mismo Manual de Carreteras, lo que necesariamente contemplaba disminuir las pendientes y hacer cambios en las curvas horizontales, lo que, a su vez, implicaba demoler el pavimento existente en muchos tramos de la vía y construir nuevo camino y pavimento en sectores que no eran las variantes establecidas en la Tabla N°14 de las BALI. Respecto de la obligatoriedad del Manual de Carreteras hace ver que, no siendo una norma jurídica, si es una regla técnica creada para planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos, que rige la ingeniería vial en el país, definiendo los parámetros geométricos necesarios



para los diseños de obra de infraestructura vial. Enfatiza que, en razón de ello y de lo establecido en el numeral 2.3.2.2 de las BALI, especialmente en cuanto exigen que para pasar de un camino de 60 a 80 kilómetros por hora como velocidad máxima, la Concesionaria debía y sabía que debía, en el proyecto de ingeniería de detalle, replantearse todos los ejes y obras estructurales, contemplando el diseño de curvas horizontales y verticales, para cumplir con las normas exigidos por el Manual de Carreteras, particularmente las definidas en su capítulo 3.200, conforme a las exigencias establecidas en el acápite 3.102.4 de su volumen III. Admite que ciertos diseños puedan contemplar variaciones respecto de su contenido; pero que ellas requieren ser debidamente justificadas y respaldadas técnicamente.

24°. Que, de ese modo, la parte demandada niega haber hecho exigencias para la ingeniería de detalle que no estuvieran contenidas o implícitas en las Bases de Licitación y en los estudios de referencia, aceptados expresamente por la contraria, particularmente en materia de diseño, conforme se establece en los artículos 1.4.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, y 2.3, así como en las tablas números 17, 19 y 20 de las BALI, que contemplaron expresamente que el estudio referencial contenía las obras mínimas y que en el proyecto de ingeniería de detalle debía quedar definido el diseño geométrico del camino, el que debía considerar una velocidad de 80 kilómetros por hora, sin perjuicio de restricciones puntuales, debidamente justificadas, conforme se estableció en el capítulo 2.3.2.2 de las BALI, norma en la que se consignó expresamente que los elementos que definirán la geometría vial debían describirse de acuerdo a lo indicado en el volumen 2 y 3 del Manual de Carreteras.

25°. Que, en consecuencia, la demandada alega que las exigencias que estableció el Inspector Fiscal en la etapa de ingeniería de detalle se limitaron a las establecidas en el numeral 1.9.1.2 de las BALI, sin que hubiera ordenado obras que cambiaran el proyecto contratado, para lo que no tenía atribuciones. Argumenta que de haber extralimitado sus funciones el Inspector Fiscal, la Concesionaria podría haber reclamado de ellas, conforme a lo previsto en la Ley y Reglamento vigentes, afirmando no haber reclamación alguna de la Sociedad Concesionaria hasta el año 2012.

26°. Que, respecto al enriquecimiento sin causa invocado por la demandante, la contestación enfatiza que es la ausencia de motivo que justifique el enriquecimiento el elemento que marca la injusticia y permite la aplicación del principio; que es la falta de



razón que fundamente el enriquecimiento lo que provoca la inequidad que conviene corregir. Alega que, en este caso, el Fisco no ha visto injustificadamente aumentado su patrimonio, como lo sería si hubiera efectivamente recibido la obra comprometida y se negare a pagar por ella. A mayor abundamiento, añade que esta institución tiene el límite necesario de la inexistencia de un contrato que explique el desplazamiento patrimonial, no pudiendo ser enmendadas por la vía de la actio in rem verso las consecuencias que se derivan del contrato celebrado entre demandante y demandado.

27º. Que, asimismo, la demandada argumenta que, conforme a lo establecido en el contrato (particularmente los artículos 1.9.2.1 y 2.3 BALI) la función de modificar el proyecto y realizar la ingeniería de detalle radican enteramente en la Sociedad Concesionaria. Detalla la demandada las cuatro modificaciones que efectúa la Sociedad Concesionaria, reiterando que fueron de su entera responsabilidad y en ciertos casos producto de su impericia. En base a ello niega rotundamente que el MOP se haya enriquecido injustamente con cambios en la obra y menos podría haberlo hecho con una que ha sido abandonada.

28º. Que la demandada aduce asimismo que este tribunal arbitral carece de competencia para pronunciarse acerca de una eventual responsabilidad extracontractual de la Administración; y que, en materia de responsabilidad contractual, el derecho aplicable, régimen de derecho público, no contempla una indemnización por riesgos, sino una mera revisión contractual de las tarifas, su fórmula de indexación o el plazo. Niega así la demandada que puedan prosperar las acciones o demandas indemnizatorias que encubren transferencias indebidas de riesgo, pues todos estos deben ser soportados por el contratista particular, salva las excepciones reconocidas por la doctrina, que no se verifican en la especie. Al efecto, invoca especialmente lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, el que hace responsable al concesionario incluso del caso fortuito o la fuerza mayor, salvo expresa estipulación en contrario. En este marco, hace ver que la ingeniería de detalle y la ejecución de las obras es una actividad propia del Concesionario, respecto de la cual éste asume el riesgo respectivo, con las solas excepciones expresamente contempladas en la ley o en el contrato, siendo de su cargo, en la etapa constructiva, hacer todos los desembolsos que fueren precisos hasta la completa terminación de la obra. Así, concluye que los errores de cálculo en los que haya incurrido la Sociedad Concesionaria en la elaboración de su oferta son de su



exclusivo cargo, debiendo hacerse responsable de sus efectos. Así, si el costo real de la obra resultare inferior al estimado por la Sociedad Concesionaria, el Ministerio carece de facultades para disminuir el precio (plazo) del contrato, y si el costo de la obra resulta superior al ofertado, la Sociedad Concesionaria no tiene el derecho a alzar su precio (plazo).

29º. Que, al replicar, la Sociedad Concesionaria, luego de resumir su posición, destaca que la relación jurídica entre las partes fue de subordinación; por lo que la Sociedad Concesionaria no estuvo en condiciones de resistir las exigencias de una nueva obra que formuló el MOP, por medio de su Inspector Fiscal. Resalta de la contestación el reconocimiento que, a su juicio, hace el MOP de haber exigido una obra mayor a la licitada, rebatiendo la tesis de que tal obra mayor se encontraba ya implícita o anunciada en el contrato y sus anexos; tesis que, a su juicio, resulta contradictoria con el hecho de que haya resultado necesario expropiar una superficie superior en un 35% de aquella prevista originalmente, hecho que a su juicio manifiesta inequívocamente la circunstancia de haberse exigido, durante la etapa de ingeniería de detalle, una obra distinta y de mayor magnitud a aquella contratada, y la necesidad de contratar una nueva póliza de seguros superior en UF 250 mil a la originalmente contratada, lo que, a su juicio, demuestra también la modificación sustancial en la obra contratada; modificaciones que también quedan manifiestas en el hecho que los costos de la obra hayan superado en más de un 33% a aquellos previstos en la licitación.

Argumenta la réplica que si el mejoramiento del estándar del camino hubiese efectivamente implicado la adecuación de todo el trazado de la carretera a los parámetros propios del Manual de Carreteras, tal adecuación debió quedar comprendida en el numeral 2.2 de las BALI, que establecieron las obras a realizar y dejarlo como un parámetro técnico, como si fuese una cuestión menor.

En lo que corresponde a la relación entre el estudio referencial y la ingeniería de detalle, el demandante replica que la última estaba llamada a detallar, pero no a modificar la primera; por lo que debe entenderse que las obras de repavimentación y mejoramiento no debían, en la fase de la ingeniería de detalle, modificar lo que quedó establecido en la tabla N°23 de las BALI.

Aduce también esta parte al replicar que las variaciones fueron impuestas por el Inspector Fiscal, quien estaba en situación de alterar la obra contratada, pues tenía capacidad de dictaminar de modo vinculante y aplicar sanciones en caso que la Sociedad



Concesionaria incumpliera sus dictámenes. Rebate a este respecto que la Sociedad Concesionaria no haya representado tales instrucciones, haciendo ver que señaló que ellas implicaban un cambio del contrato, a lo que el Inspector Fiscal respondió con un lacónico "conforme".

Reitera, asimismo, que el Manual de Carreteras constituye una recomendación, y que lo alegado por su parte no puede ser rebatido con las normas relativas al riesgo del contrato, pues lo que se invoca es el incumplimiento del mismo por parte del MOP.

30°. Que en su réplica, la parte de la Sociedad Concesionaria alega también que la contestación de la demanda es extemporánea, por lo que debe considerarse al demandado como rebelde; responde también la excepción de incompetencia opuesta por ella, en términos que habrán de ser considerados más adelante, e invoca el enriquecimiento ilícito, en los términos descritos en el considerando 23°, que antecede.

31°. Que, al duplicar, la parte del MOP niega haber reconocido en su contestación haber exigido una obra distinta y mayor a la contratada, insistiendo en que, conforme a las BALI, que constituyen el contrato, especialmente en sus numerales 1.2.2, 1.2.3, 1.9.1.3 y 2.2.11, quedó claramente establecido que los términos de referencia constituían las obras mínimas de repavimentación y nuevo pavimento a realizar, mientras la ingeniería de detalle debía determinar precisamente las obras a construir, las que debían especificarse para una ruta bidireccional de un estándar superior, que permitiera transitar a una velocidad de 80 kilómetros por hora, lo que implicaba que el diseño definitivo quedaría establecido en ese proyecto de ingeniería y podía conllevar variaciones en relación al estudio referencial en materia de trazado del eje de la ruta, plataforma, longitud y ubicación de repavimentación y nuevo pavimento, lo que podía también implicar disminuir pendientes, hasta cumplir con los parámetros que se definieron para el camino a construir, especialmente su velocidad. Insiste la demandada en su dúplica que fue conforme a estos requerimientos del contrato que el Inspector Fiscal hizo todas sus exigencias en la fase de ingeniería de detalle, proyecto que debía aprobar por contrato, sin que contara con atribuciones para modificar el contrato al hacerlo, y que la Sociedad Concesionaria elaboró tal ingeniería de detalle a su entera responsabilidad y riesgo, sin acudir, como era su derecho, a instancias superiores si es que se le hubieran hecho exigencias indebidas. Insiste, asimismo, que la Sociedad Concesionaria aceptó y se hizo responsable del Estudio Referencial, renunciando a alegar



perjuicios o pedir compensaciones por los eventuales errores u omisiones contenidas en él.

En cuanto a las exigencias que se desprendían de la obligación de atenerse a las definiciones que el Manual de Carreteras establece para un camino de 80 kilómetros por hora, la demandada hace ver en su dúplica que la Sociedad Concesionaria no efectuó presentación alguna que señalara restricciones de velocidad de operación en algunos puntos de la ruta.

Reitera asimismo que, en materia de concesiones de obra pública, la sociedad concesionaria asume el riesgo y que no hay enriquecimiento injusto de su parte.

32º. Que el MOP también argumenta en su dúplica la oportunidad de su contestación, insiste en la incompetencia del Tribunal en razón de la materia, y en su excepción de inexistencia de incumplimiento contractual de su parte, aduciendo a este respecto que las variaciones en los terrenos expropiados constituyen un hecho habitual en este tipo de operaciones, al pasar del proyecto referencial a la ingeniería de detalle, y que tampoco la variación del seguro demuestra un cambio extraordinario en la obra, pues su valor puede variar entre el estudio referencial y el de detalle definitivo, que elabora -insiste- la propia Sociedad Concesionaria. Reitera, asimismo la demandada, su excepción de incumplimiento por parte de la Sociedad Concesionaria, manifestada en el retardo en la iniciación de la obra y errores y atrasos en la entrega de proyectos de ingeniería, las cuales derivaron en multas. Insiste, igualmente en la improcedencia de los perjuicios demandados y de la devolución de las boletas de garantía, insistiendo en los argumentos de su contestación.

#### **B. Excepción de incompetencia del Tribunal.**

33º. Que, antes de entrar al fondo del asunto, resulta necesario resolver previamente la excepción de incompetencia del Tribunal, que ha sido interpuesta por la demandada, pues mal podría un tribunal incompetente resolver las cuestiones de fondo planteadas en la presente causa.

34º. Que, tal como ha quedado relatado en la parte expositiva, y referido en los considerandos que anteceden, la parte demandada, en su escrito de contestación, ha planteado la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral para resolver el fondo del litigio, en razón de que lo pedido en la demanda no fue previamente conocido por la Comisión en etapa de conciliación, lo que, en su parecer, constituye un requisito necesario para la competencia del Tribunal Arbitral, al tenor de lo dispuesto en el



artículo 36° de la Ley de Concesiones y en sus disposiciones reglamentarias, contenidas en el Decreto Supremo N° 956, del Ministerio de Obras Públicas de 1999. En síntesis, la excepción de la parte del MOP se funda en el aserto de que de esas normas fluye con claridad que toda reclamación deducida ante este Tribunal Arbitral debe ser previamente conocida por este mismo organismo, en su calidad de Comisión Conciliadora y sólo a falta de acuerdo ante esta instancia, la Comisión puede conocer de la disputa en su calidad de Comisión Arbitral. A su juicio, y comparando lo pedido ante la Comisión que actuó en su calidad de Conciliadora y lo que ahora se demanda ante esta sede, constituida en arbitral, este requisito no se verifica, pues ante la Comisión Conciliadora se solicitó únicamente el reconocimiento del mayor valor de las obras ejecutadas, a fin de que el MOP sufragara los costos originados por este motivo, mientras que lo que ahora se solicita, en esta sede, es una serie de declaraciones diversas y la indemnización de perjuicios por daño emergente, lucro cesante y daño moral, peticiones que nunca estuvieron comprendidas en la única materia sometida al conocimiento de la Comisión Conciliadora, y que además, exceden en un 291% la cuantía de lo solicitado en aquella sede. Alega que no habiendo conocido la Comisión Conciliadora de las acciones indemnizatorias solicitadas, resulta incompetente para conocerlas ahora, en calidad arbitral. Aduce la demandada que es el acto de constitución de la Comisión Conciliadora y de aceptación, cuando se pide su intervención, la que delimita su competencia en sus dos etapas o fases, primero la de conciliación, y luego y sólo si ella fracasa, en su fase arbitral; continuidad que, por lo demás quedó de manifiesto al constituirse esta Comisión Arbitral, quien declaró lo hacía para resolver las diferencias respecto de las cuales las partes no llegaron a acuerdo en el proceso de conciliación. Concluye entonces que, en su carácter arbitral, esta Comisión es absolutamente incompetente para conocer de la acción de indemnización de perjuicios, por no haber pasado antes por el conocimiento de ella, en su calidad de Comisión Conciliadora y haber fracasado un acuerdo entre las partes a ese respecto.

35°. Que la actora, en su escrito de réplica ha solicitado el rechazo de la excepción de incompetencia, alegando que en la etapa de conciliación no se sometió una única materia al conocimiento de esta Comisión, pues el requerimiento inicial fue complementado, agregando nuevos hechos y circunstancias, los que constituyen el fundamento de la demanda impetrada en esta fase arbitral; que, además, y tal como consta en la presentación ante la Comisión Conciliadora, que no es una instancia propiamente jurisdiccional, a



ella no se le sometió una demanda que contuviera peticiones concretas, sino requerimientos destinados a que ella propusiera bases de conciliación. Agrega que las demandas indemnizatorias que se intentan en esta sede no son más que la concreción material del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones que se reclamaron en la etapa conciliatoria; por lo que si esta Comisión conoció, en su fase conciliatoria de los reclamos por exigencias que incumplían el contrato, ahora lo es para conocer de las acciones indemnizatorias que se derivan de esos mismos actos. Concluye así destacando la estrecha vinculación y continuidad entre lo pedido en ambas fases, haciendo ver que los hechos que causan las peticiones, y así la causa de pedir en ambos procesos es fundamentalmente la misma (aumento indebido de obras requeridas no compensadas ni económicamente ni en plazos). Argumenta también que la forma de reclamar la incompetencia es por la vía dilatoria, conforme lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, lo que también obliga a su rechazo.

36°. Que, en su escrito de réplica, la demandada insiste en su petición, reiterando sus argumentos, enfatizando que para convencerse de su posición basta la lectura comparada de la parte petitoria de ambos requerimientos, haciendo ver que la complementación del reclamo, hecho por la demandante en la fase conciliadora, sólo planteó extender los plazos para cumplir con los hitos constructivos, pero nunca se pidió en esa fase una indemnización de perjuicios como ahora se pretende en sede arbitral. En condiciones que las pretensiones que ahora se reclaman no fueron conciliadas previamente, esta Comisión carece de competencia para resolverlas como árbitro, pues sólo a falta de acuerdo en la primera etapa puede pasarse a la siguiente, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Concesiones, cuyo sentido y finalidad es evitar litigios allí donde las pretensiones no han sido previamente conciliadas. La parte rebate asimismo que haya tenido la obligación de interponer esta acción como dilatoria, dado su carácter de fondo.

37°. Que, en primer lugar, corresponde dilucidar la naturaleza de la incompetencia que podría declararse. Como se ha consignado, ella ha sido pedida como una incompetencia absoluta en razón de la materia, por lo que ésta es la primera hipótesis que habrá de examinarse. Las materias de que puede conocer esta Comisión Arbitral se encuentran determinadas en la Ley, y específicamente en el inciso primero del artículo 36° de la Ley de Concesiones que literalmente establece:



**"las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevaran al conocimiento de una comisión conciliadora que estará integrada..."**

- 38º. Que, como puede apreciarse de la sola lectura del precepto legal que, desde un punto de vista orgánico -que es el plano en el que cabe examinar una cuestión de competencia, como se la ha planteado- esta Comisión tiene, en razón de la materia, una competencia amplia: es competente para conocer todas las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión, cuyo es ciertamente el caso de la controversia planteada en estos autos. En consecuencia debe desestimarse la alegación del Ministerio de Obras Públicas, en cuanto la misma se plantea como una excepción de incompetencia en razón de la materia, toda vez que esta Comisión es plenamente competente para conocer y resolver la diferencia de autos, conforme al claro e inequívoco tenor de la disposición legal que se ha transcrito.
- 39º. Que, sin embargo, lo alegado por el MOP, consistente, en esencia, como se ha dicho, en que el conflicto y pretensiones de la Concesionaria no habrían sido conocidos por esta Comisión en su fase conciliadora, pues en ella la Sociedad Concesionaria habría planteado otra pretensión, si bien no hace incompetente a esta Comisión en razón de la materia, como ya se ha concluido, representa la alegación de faltar, en la especie, un requisito de procesabilidad de la acción deducida, cual es el de no haber sido esa misma pretensión (cuyo conocimiento inequívocamente es de competencia de esta Comisión) previamente conocido por ella misma, actuando como conciliadora.
- 40º. Que, la ausencia de un requisito de procesabilidad de la acción constituye un vicio procesal que puede ser declarado de oficio por este Tribunal, conforme lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, lo que obliga entonces a dilucidar la plausibilidad de lo alegado por la parte del MOP como un vicio de procesabilidad que acarrea la nulidad procesal.
- 41º. Que, planteado así como un posible vicio de procesabilidad, capaz de acarrear la nulidad procesal de lo obrado, en razón de su incumplimiento, y encontrándose el tribunal facultado a declararla, incluso de oficio, al tenor del precepto del Código de Procedimiento Civil recién referido, carece de toda importancia la alegación de la Sociedad Concesionaria consistente en que la excepción no se opuso como excepción dilatoria, sino perentoria; pues si el tribunal



puede declarar de oficio la nulidad de lo obrado en razón de un vicio de procesabilidad, resulta indiferente que el mismo le haya sido advertido como una excepción perentoria o como dilatoria.

42º. Que, entrando al fondo de la cuestión planteada como excepción de incompetencia, pero que debe examinarse como vicio de procesabilidad, conforme se ha razonado, resulta fundamental transcribir lo dispuesto en el primero párrafo del inciso tercero del artículo 36 de la Ley de Concesiones, que precisamente prescribe la necesidad del trámite previo que la parte del MOP echa en falta:

**“Solicitada la intervención de la Comisión, ella buscará la conciliación entre las partes. Si esta no se produce en el plazo de 30 días, el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago”**

43º. Que, como puede apreciarse, la disposición legal citada efectivamente establece un requisito de procesabilidad de la acción, cuya omisión podría llegar a constituir un vicio procesal de aquellos que conducen a la nulidad de lo obrado, todo lo cual puede ser declarado de oficio, en condiciones que se verifiquen los demás requisitos legales, conforme lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, ya referido. La nulidad procesal, conforme la ha entendido invariablemente nuestra jurisprudencia es precisamente la sanción de ineficacia con que la ley castiga los actos de procedimiento (como es el de haber entrado al conocimiento y pretender resolver la presente disputa) cuando se ha faltado a tramites esenciales, para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente de la sanción de nulidad.

En la especie, lo que se alega, es que esta Comisión habría procedido a tramitar y entrado el conocimiento de un reclamo, en fase arbitral, en condiciones que no se había cumplido con el trámite previo, establecido en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley de Concesiones, ya transcrito en el considerando anterior, de someter igual pretensión a conciliación entre las partes.

44º. Que, conforme a lo razonado en los considerandos agrupados en esta letra B, para resolver si esta Comisión Arbitral pudo seguir conociendo y ahora resolver la presente reclamación y controversia, o en cambio, debe declarar la nulidad de todo lo obrado, corresponde examinar y resolver si, al entrar al conocimiento de las pretensiones de la reclamante en calidad de Comisión Arbitral, esta lo hizo con infracción de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley de Concesiones, ya



transcrito; y de ser así, si se reúnen los demás requisitos legales para declarar la nulidad de todo lo obrado.

45°. Que, como puede apreciarse de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley de Concesiones, ya citado, la norma legal no exige, en su tenor literal, que haya una perfecta identidad entre la cosa pedida y la causa de pedir que se verifican, la una en la etapa conciliatoria, y la otra en la fase arbitral. Con todo, es igualmente cierto que el sentido y finalidad del precepto en cuestión es que una controversia o reclamación no sea conocida en sede arbitral sin que antes haya sido mediada (resulta más propio usar este concepto que el de conciliación, el que supone ocurrir en fase jurisdiccional) ante y por la misma Comisión que luego queda habilitada para actuar arbitrariamente.

46°. Que, en consecuencia, y para ser fieles al sentido y finalidad de la ley, base del juicio equitativo en una circunstancia como ésta, habrá de resolverse si esta Comisión Arbitral tuvo y sigue teniendo la aptitud para haber conocido y ahora resolver las pretensiones de la demanda, interpuesta en sede arbitral, atendidas las diferencias que ella presenta con las cuestiones que fueron sometidas a esta Comisión para que actuara en calidad de mediadora o conciliadora.

47°. Que, existiendo diferencias, aunque también semejanzas entre ambos requerimientos, todas las cuales se analizaran más detenidamente en los considerandos que siguen, parece necesario dilucidar si basta con que no haya completa identidad entre las cuestiones planteadas a la Comisión en su fase mediadora o conciliadora y aquellas que se demandan en sede arbitral para estimar incumplido el requisito de procesabilidad, pues si así fuere, en razón de ser exigible una completa identidad, no sería necesario analizar la naturaleza y magnitud de las diferencias, bastando tan solo con detectar alguna en la cosa pedida o causa de pedir para concluir en la necesidad de declarar nulo todo lo obrado y omitir el pronunciamiento de fondo en esta sentencia.

48°. Que, desde luego, y como ya se ha anotado, la norma legal en análisis no dispone expresamente que la Comisión Arbitral deba constituirse para conocer idéntica controversia o reclamación o las mismas peticiones y causa de pedir que las reclamadas con anterioridad y respecto de las cuales no se llegó a un acuerdo. A la razón literal que antecede debe añadirse una de carácter lógico para descartar que la exigencia legal sea la absoluta identidad de lo pedido y causa de pedir entre las dos fases ya referidas. Esta consiste en que si el legislador y las partes hubieran entendido que la exigencia consiste en la total y completa identidad de las pretensiones y causas de pedir de ambas fases, resultaría



innecesario y absurdo que la fase arbitral se iniciara mediante la presentación de una nueva demanda, pues la misma se haría enteramente innecesaria si ella estuviera obligada a reproducir lo requerido en la fase de mediación o conciliación. En la especie, las partes, en la etapa mediadora o conciliadora, procedieron, la una a interponer una reclamación de más de 40 carillas y la otra a contestarla en escrito de 59 carillas. A continuación, y en la fase arbitral, luego de interpuesta una demanda, convinieron reglas de procedimiento que establecieron plazos futuros y posteriores para contestarla, conducta que demuestra que incluso las partes, ambas partes y el Tribunal, dieron a lo dispuesto en el artículo 36, inciso tercero de la Ley de Concesiones el sentido y alcance que este Tribunal ahora estima haber demostrado y asume para resolver; cual es el de que el mismo no exige que ambas reclamaciones sean enteramente idénticas, entendimiento que no aparece de manifiesto en lo literal de la norma, ni se compadece con la exigencia de entrar a la fase arbitral por medio de una nueva demanda.

49º. Que, habiéndose descartado que la norma decisiva en esta materia requiera una completa y total identidad entre lo pedido y la causa de pedir de ambas fases, el grado de semejanza o identidad exigible entre ellas debe entonces examinarse a la luz del sentido o finalidad del precepto; el que como ya se ha dicho, tiene por objeto asegurar una fase mediadora, previa al inicio de un juicio o controversia, lo que sólo cabe atribuir a razones de economía procesal y de evidente preferencia del legislador por los acuerdos entre las partes, antes que por las soluciones de heterotutela, razones que también obligan en este y otros juicios a los jueces a llamar a las partes a conciliación

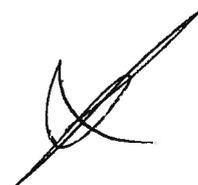
50º. Que, apreciadas las diferencias entre lo que la reclamante planteó en la etapa de mediación o conciliación y aquella que demandó en la etapa arbitral, puede afirmarse que, esencialmente, la causa de pedir es idéntica en ambas fases y que estas presentan diferencias sustantivas en lo pedido en cada una de ellas.

En efecto, la **causa de pedir** no difiere en nada sustantivo entre la reclamación presentada por la Sociedad Concesionaria en la etapa conciliatoria o de mediación y en su demanda presentada en la fase arbitral. En una y otra, la misma Sociedad Concesionaria parte por identificar unas mismas obligaciones como las que emanaron del contrato de concesión, las que describe en términos casi idénticos en una y otra presentación; explicando, en ambas presentaciones, como ellas se derivan de iguales contratos y cláusulas que desataca y analiza en ambas presentaciones; para



luego aseverar en ambas presentaciones que el Inspector Fiscal, en la etapa de elaboración de la ingeniería de detalle procedió a exigir a su parte la realización de nuevos trazados y obras, especialmente de alzada, las que, en una y otra presentación describe de igual manera y en ambas califica como modificaciones unilaterales e injustificadas, a la luz del contrato, deteniéndose, además, en ambos casos a explicar como tales nuevas exigencias tampoco podrían justificarse a la luz de lo dispuesto en el Manual de Carreteras o en el hecho que la ingeniería de detalle haya sido de su responsabilidad. En una y otra presentación igualmente pretende demostrar la magnitud e imprevisibilidad de estas nuevas exigencias comparando la superficie y número de terrenos a expropiar habidos entre las BALI y Estudios Referenciales y los que hubo que expropiar una vez determinada la ingeniería de detalle, sometida a las exigencias del Inspector Fiscal; así como del valor del seguro por catástrofe de la obra.

De igual modo, resulta fácil advertir las diferencias de **lo pedido** en una otra presentación. En la oportunidad en que la Sociedad Concesionaria hizo su reclamación para que la Comisión mediara en ella, señaló que ello le había irrogado mayores costos, los que avaluó en la suma de UF 249.699, solicitando que ellas fueran reconocidas y compensadas; para luego complementar esta reclamación, por escrito de 13 de marzo de 2012, en el cual solicitó se prorrogaran los hitos constructivos intermedios. En cambio, en la demanda que se plantea ante esta Comisión, constituida ya como arbitral se pidió, tal como se ha expuesto en los vistos y referido en los considerandos 13° a 21°, que anteceden, declara la existencia de una modificación de hecho del contrato de concesión por parte del MOP, de mayor magnitud de aquella adjudicada, lo cual el demandante no estuvo en posibilidades de resistir; que a raíz de esa modificación contractual era menester postergar los hitos intermedios establecidos en las bases de licitación (BALI); que en razón de la negativa del MOP a desplazar los hitos constructivos, la Sociedad Concesionaria quedó en la imposibilidad de ejecutar el contrato en las condiciones previstas y que, así la sociedad concesionaria se vio, contra su voluntad, en la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato, sin responsabilidad para ella, y solicitó se condenara al MOP a indemnizar los perjuicios causados a su parte, los que evaluó en un total de UF 727.181,33 y a restituir a su parte las 10 boletas de garantía de construcción y al pago de las costas de la causa.



51º. Que procede determinar entonces si las diferencias entre lo planteado en una y otra fase, que radican en lo pedido y no en la causa de pedir, como se ha demostrado en el considerando que antecede, son suficientes o no para decidir que el conocimiento de la causa arbitral se ha verificado en ausencia de un requisito de procesabilidad para haberse entrado a su conocimiento y procede declarar nulo todo lo obrado. Al respecto, cabe considerar que la demandante ha hecho ver, tal como se ha consignado, que existe una especie de continuidad lógica entre lo pedido en ambas etapas, aduciendo que, al no haberse verificado un acuerdo respecto a que el MOP procediera a pagar las mayores obras que, a su juicio, había exigido más allá de lo contratado, y a extender los plazos intermedios de cumplimiento necesarios en razón de haberse exigido las mismas obras, entonces aparecía como una secuencia lógica haber reclamado en sede arbitral posterior que se declarara el incumplimiento del contrato por parte del MOP, lo que motivó su paralización y una indemnización de perjuicios, en razón del incumplimiento de las mismas obligaciones.

52º. Que cabe dar razón a lo alegado por la demandante en cuanto a la existencia de un vínculo secuencial entre su primera reclamación y su demanda. Desde luego, en cuanto a las declaraciones que la sociedad concesionaria pide en su demanda en sede arbitral, la primera, relativa al carácter excesivo e indebido de las exigencias de mayores obras, ello no es más que pedir al Tribunal declare una situación de hecho que constituía uno de los principales fundamentos de su reclamación en fase de conciliación. La segunda declaración que se pide formular, consistente en que la parte del MOP se había negado a extender los hitos constructivos, debiendo hacerlo, en razón de sus mayores exigencias, no es otra cosa que declarar que la contraria no había concedido lo pedido en la etapa de conciliación, unido a la misma petición de declarar nuevas e indebidas exigencias por parte del MOP. En cuanto a la petición de declarar que ello le impidió a su parte dar continuidad a la obra, y así declarar que careció de responsabilidad en la inejecución de la misma, ello igualmente constituye la petición de declarar que la parte contraria se había negado a conceder lo que le había solicitado en la fase conciliatoria, unido a la declaración de legitimidad de esa misma pretensión. En cuanto al impedimento de continuar la obra en esas condiciones, cabe consignar que en la fase conciliatoria la misma sociedad concesionaria había afirmado que, en caso de no accederse a la prolongación de los plazos de los hitos constructivos, resultaría imposible continuar con la construcción de la obra, tal como consta en su presentación de



fecha 16 de marzo de 2012, hecha en la fase conciliatoria, en la cual se expusieron una serie de situaciones que, según afirmó la propia reclamante **"han hecho inviable el contrato de concesión, al no contar la sociedad concesionaria con el plazo necesario para ejecutarla, lo que a su vez imposibilita disponer del financiamiento previo."**

En cuanto a las sumas solicitadas, puede apreciarse que en la reclamación, de la fase conciliatoria la sociedad concesionaria pidió al MOP le pagara el mayor valor de las obras ejecutadas; mientras que en la demanda arbitral, una vez que ya se pidió reconocer el impedimento para proseguir con el contrato, por incumplimiento culpable del mismo por el MOP, en parte ocurrido por circunstancias que se verificaron en la propia etapa de conciliación, pidió se le indemnizara en una cifra, la que resulta tres veces superior al mayor valor de las obras que solicitó en la etapa de conciliación.

53°. Que, tal como queda demostrado, la diferencia que debe estimarse como suficiente o insuficiente para considerar si se cumplió o no el requisito de procesabilidad ya analizado, puede caracterizarse como una diferencia limitada a la cosa pedida, aunque la misma se encuentra lógica y secuencialmente vinculada con aquella solicitada en la fase de conciliación, aunque ciertamente no es idéntica y ni siquiera similar en su magnitud o naturaleza.

54°. Que, tal como se desprende de las consideraciones anteriores esta específica **"reclamación o controversia"**, que es el término que el inciso primero de artículo 36 emplea para referirse a aquello que puede conocer la Comisión Arbitral, y somete luego a la condición de procesabilidad de que haya previamente sometido a una fase conciliatoria, sufrió durante la etapa conciliatoria una evolución, producto de los hechos que ocurrieron durante su desarrollo, y particularmente a partir de la negativa del MOP, justificada o no, lo que resulta indiferente para estos efectos, a acceder a las peticiones formuladas en dicha fase por la Sociedad Concesionaria, y al producirse el hecho de no continuar la Concesionaria con las obras, circunstancia que ella advirtió con fundamento, en la fase conciliatoria se verificaría en caso de no concederse su petición de conceder prorrogas en materia de hitos contractuales. Ciertamente el MOP no estaba obligado a conceder en la etapa de conciliación. Lo que se discute es si la controversia en esa etapa fue esencialmente la misma que se planteó en la fase arbitral.



- 55°. Que, de ese modo, una vez concluida la etapa conciliatoria, quedo establecida, en ella misma, la versión de la Sociedad Concesionaria de que, de no alcanzarse acuerdo se haría imposible la continuidad del proyecto. De ese modo las diferencias en lo pedido en una y otra etapa son consecuencia de hechos anunciados por la propia demandante en la fase de conciliación, aunque ciertamente, en ella no se intentó mediar una suma determinada como producto de una indemnización de perjuicios, originada en la terminación de una obra que aún se mantenía vigente.
- 56°. Que, en esas condiciones, esta Comisión Arbitral estima que no haría sentido jurídico ni práctico la exigencia de una nueva fase conciliatoria para intentar la mediación respecto de pretensiones nuevas y mayores, en condiciones que lo que las partes controvirtieron o la causa de pedir resultaba idéntica y en que la terminación del contrato, que funda las indemnizaciones en la fase arbitral, fue advertido por la Sociedad Concesionaria y hecho radicar, en su versión, en una circunstancia que se encontraba entre las que debían considerarse en esa etapa conciliatoria.
- 57°. Que, en tales condiciones, haber sometido las nuevas pretensiones de indemnización a una nueva etapa conciliatoria previa, habría frustrado el propósito legal, pues ya se había intentado infructuosamente mediar en la misma controversia, aunque con distintas pretensiones, y con la explícita advertencia de una de las partes acerca de las condiciones en que quedaría la obra si es que no se logaba un acuerdo.
- 58°. Que, de ese modo, lo que de la controversia arbitral no apareció previsible en la fase conciliatoria y tampoco resultó mediado en esa fase previa, fue la naturaleza y cuantía de lo que pretendería la Sociedad Concesionaria como indemnización o compensación, al hacerse imposible la continuación del contrato. La naturaleza y el monto de los daños y perjuicios es el único elemento de la actual controversia arbitral que no formó parte sustantiva de la etapa conciliatoria previa.
- 59°. Que el elemento controversial acerca de la naturaleza y monto de los daños y perjuicios, existiendo idéntica causa de pedir y una secuencia lógica entre lo pedido en ambas fases, no resulta suficiente para sostener que **"la controversia"** que se ha desplegado en esta etapa arbitral no pasó previamente por una fase conciliatoria, pues ciertamente si en ella se hubiera alcanzado acuerdo, la presente controversia simplemente no se habría suscitado.

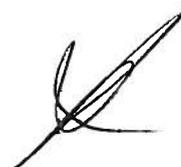


60°. Que, a mayor abundamiento, la ley faculta al tribunal a anular cuando el vicio procesal, en este caso la ausencia de un requisito de procesabilidad, no puede ser subsanado de otro modo. En la especie, sí pudo verificarse una nueva etapa conciliatoria, misma que avanzó en pos de alcanzar un acuerdo entre las partes, en condiciones que el Tribunal propuso una fórmula de conciliación que fue conocida y cuyos términos fueron largamente negociados por los apoderados de las partes, quienes, en razón de las expectativas que ella generó, solicitaron, de común acuerdo, la suspensión de la presente causa durante casi 5 meses, desde el 30 de agosto de 2012, hasta casi fines de enero de 2013, términos que fueron formalmente aceptados por la Sociedad Concesionaria y finalmente rechazados por el MOP, tal como consta en el expediente N° 9, de Conciliación, y cuyas bases se ordenaron agregar a fojas 794 de autos.

61°. Que, asimismo, cabe razonar que la institución de la nulidad de todo lo obrado tiene por objeto, como ya se ha dicho, decretar la ineficacia de un proceso, cuando han faltado en ella trámites esenciales, teniendo tal calidad los que generan indefensión a una de las partes o daño al interés público, nada de lo cual ocurre en la especie. El trámite de procesabilidad que aquí se echa de menos por una de las partes, tiene por objeto evitar litigios allí donde haya sido posible conciliarlos por medio de la actividad mediadora de una Comisión, todo lo cual se ha verificado en grado suficiente en la especie, tanto en la etapa anterior al juicio arbitral, como durante el transcurso del mismo.

62°. Que, sin perjuicio de las razones sustantivas para rechazar la incompetencia, procede también rechazarla de conformidad a las normas procesales que la reglamentan. En efecto, el inciso 2° del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil establece: *"La nulidad sólo podrá impetrarse dentro de los cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien debe reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal"* A mayor abundamiento, la frase final del inciso segundo del citado artículo 83, establece: *"La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad."*

En la presente causa, según acta que rola a fojas 413 de autos, con fecha 15 de mayo de 2012, se celebró un comparendo con asistencia de ambas partes, durante el cual se trató, acordó y resolvió: *"3) Las partes aceptan las reglas procesales propuestas por la Comisión..."* A fojas 429, se dio traslado de la demanda al



MOP, lo que se le notificó con fecha 18 de mayo de 2012. A fojas 442, con fecha 29 de mayo, el MOP evacuó un traslado respecto de una presentación de la Concesionaria. A fojas 497, con fecha 13 de junio de 2012, rola un escrito del MOP respondiendo a un traslado que le fuera conferido respecto de una petición de la Concesionaria de una medida precautoria. A fojas 512, con fecha 21 de junio de 2012, el MOP contestó la demanda y en su letra B opuso la incompetencia en razón de la materia.

Los antecedentes antes expuestos demuestran claramente que el MOP aceptó las bases del procedimiento y realizó presentaciones ante la Comisión Arbitral antes de plantear la incompetencia de la Comisión para conocer de la materia, lo que implicó reconocer tácitamente su competencia, y que dejó transcurrir más de cinco días hábiles desde que tomó conocimiento de la demanda de la Concesionaria y del traslado que le fuera otorgado; todo lo cual determina su rechazo conforme a las normas procesales antes citadas.

63°. Que, en consecuencia, y conforme a lo razonado en los considerandos 33° y siguientes, que anteceden, agrupados bajo esta letra B, habrá de desestimarse la excepción de incompetencia alegada por la parte del MOP, e igualmente habrá de desestimarse la posibilidad de declarar nulo todo lo obrado, fundándose en las circunstancias alegadas como fundamento de la nulidad, y se hace necesario entrar al fondo del asunto.

**C. Cuestión de fondo. Anuncio de la secuencia con que tratará esta materia.**

64°. Que, tal como ha quedado consignado en los considerandos 13° a 32°, que anteceden, la cuestión de fondo pasa por determinar:

1.- En primer lugar, si las exigencias hechas por el Inspector Fiscal en la etapa de elaboración de la ingeniería de detalle, implicaron un incumplimiento culpable del contrato, por su carácter injustificado y abusivo, como aduce la demandante.

2.- En caso de estimarse que tales exigencias hayan implicado un incumplimiento contractual, habrá de determinarse si la Sociedad Concesionaria se vio, en los hechos, impedida de resistir tales exigencias de cumplir con obligaciones que excedían las acordadas en el contrato, como ella alega, o si, en cambio, las aceptó libre y voluntariamente al confeccionar la ingeniería de detalle, bajo su entera responsabilidad y riesgo, como alega el MOP.

3.- En tercer lugar, habrá de considerarse si la falta de consentimiento para extender los plazos para cumplir con los hitos



constructivos de avance de obra, contemplados en el contrato, puede ser considerado como incumplimiento contractual del MOP.

4. En cuarto lugar, habrá de considerarse si lo que impidió continuar adelante con el proyecto, fueron las nuevas, extraordinarias e indebidas exigencias del MOP, que infringieron el contrato, unidas a su negativa a extender los plazos de los hitos intermedios, como alega la Sociedad Concesionaria, o si éstos, en cambio, se debieron a incumplimientos contractuales de la propia Concesionaria y, a todo evento, a hechos que eran de su responsabilidad y riesgo, conforme alega el MOP.

5.- Una vez determinado si al MOP incumplió gravemente el contrato, entonces cabrá entrar a la consideración de los perjuicios demandados y a las excepciones de improcedencia alegadas por el MOP.

6. Que, sin embargo, y aun cuando no se considerara que el MOP ha infringido grave y culpablemente el contrato, el Tribunal deberá considerar la petición consistente en resarcir o compensar a la demandante por la inversión en la obra realizada, en cuanto ella podría tener como fundamento el enriquecimiento sin causa, conforme a lo consignado en los considerandos 20º, 21º y 26º, que anteceden.

La secuencia anunciada en este considerando determina la estructura y orden de los razonamientos que siguen.

**D. Primera cuestión de fondo. La alegación de un supuesto incumplimiento grave y culpable del MOP al exigir una obra mayor y distinta a la contratada.**

65º. Que, tal como se ha relatado, las partes han debatido extensamente si el MOP, a través del Inspector Fiscal, al hacer observaciones a los proyectos de ingeniería de detalle presentados por la Sociedad Concesionaria, exigió una obra distinta y mayor a la establecida en las Bases de Licitación y en los términos de referencia, incumpliendo grave y culpablemente el contrato, excediendo sus atribuciones, como alega la demandante, o se limitó a hacer exigencias que estaban entre sus atribuciones y en cumplimiento de normas que podía y debía exigir para esta etapa, las que además eran previsibles para la demandante, como alega el MOP.

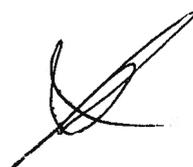
66º. Que, lo que importa a efectos de este juicio es si tales exigencias pueden constituir o no un incumplimiento grave y culpable al contrato, pues sólo de ese modo fundan las pretensiones indemnizatorias de la demandante, las que se justifican, conforme se ha establecido, en primer lugar, y todas ellas, en el presupuesto de un incumplimiento del contrato. A estos



efectos, es importante dejar consignado, en primer lugar, que tales exigencias fueron formuladas entre los meses de septiembre de 2009 y diciembre de 2010. La fecha de inicio la marca el 25 de septiembre de 2009, en que el Inspector Fiscal, a través del Ordinario N° 141, que se encuentra acompañado en autos, formuló las primeras observaciones, que se agrupan en 175 numerales, algunos de los cuales contienen más de un reparo a la ingeniería de detalle que le fuera presentada por la Sociedad Concesionaria, mediante comunicación de fecha 26 de agosto de 2009, la que también se ha tenido a la vista. La fecha de término de estas observaciones, el 15 de diciembre de 2010, la marca el Ordinario N° 1053, en el que el Inspector Fiscal se da por recibido de la Versión 0, documento que también obra en autos. Un hito intermedio importante en esta etapa lo constituye el Ordinario N° 472 del Inspector Fiscal, de fecha 20 de mayo de 2010, en el que da por subsanadas las observaciones y acepta la versión 10, dando por concluida la revisión de la Etapa I, sin perjuicio de considerar pendiente la aprobación de ciertos informes topográficos, documento también acompañado al proceso. La aprobación de la versión 0, en la fecha ya indicada, marcó la del inicio de la construcción propiamente tal de las obras, para efectos de la contabilización de los plazos de avance de obra y de terminación definitiva.

67°. Que, para poder estimar si las exigencias habidas en esta etapa pueden ser calificadas de incumplimiento contractual de la parte del MOP, que las formuló por medio del Inspector Fiscal, como alega la actora, resulta indispensable tener a la vista la regulación de esta etapa de ingeniería de detalle en las Bases de Licitación, que constituyen cláusulas del contrato que liga a las partes. La total importancia de estas reglas para entender esta etapa del proceso obliga a transcribirlas:

- a) La definición de la ingeniería de detalle como un documento que le corresponde aprobar y no elaborar al Inspector Fiscal. De los mismos términos de la definición se entiende que el plan de ingeniería de detalle debe ser formulado por la Sociedad Concesionaria, pues la definición N° 39 de las BALI, en su sección 1.2.2 dispone: "**39. *Proyectos de Ingeniería de Detalle o Definitivo:* Son los proyectos de ingeniería que le corresponde desarrollar al Concesionario de todas las obras incluidas en las presentes Bases de Licitación, en los Estudios Referenciales entregados por el MOP y/o en los Anteproyectos Alternativos que forman parte de su Oferta Técnica. Éstos**



- deberán someterse a la revisión del Inspector Fiscal, hasta la obtención de sus respectivas aprobaciones”.*
- b) Más claro y específico respecto de que le corresponde a la Sociedad Concesionaria elaborar la ingeniería de detalle y al Inspector aprobarla, es la regla del artículo 1.9.1.1 de las BALI, ubicadas en el apartado 1.9, que trata de la etapa de la construcción, distinguiendo, en su numeral 1 la fase de ingeniería de detalle y en el numeral 2 la de construcción. Prescribe esta norma: **“1.9.1.1 DE LA INGENIERÍA DE LA OBRA.** *La Sociedad Concesionaria deberá elaborar los Proyectos de Ingeniería Definitivos de todas las obras incluidas en las presentes Bases de Licitación, en los Estudios Referenciales y/o en los Anteproyectos Alternativos que forman parte de su Oferta Técnica, [...], a su entero cargo, costo y responsabilidad, conforme a los estándares establecidos en los Estudios Referenciales entregados por el MOP, las presentes Bases de Licitación y demás documentos que forman parte del contrato de concesión. Las obras no podrán ejecutarse en tanto dichos Proyectos de Ingeniería Definitiva, no se encuentren aprobados por el Inspector Fiscal.”*
- c) El artículo 1.9.1.2. de las mismas BALI, contenidas en el apartado ya indicado, relativo a la ingeniería de detalle, luego de reiterar que la elaboración de esta ingeniería corresponde a la Sociedad Concesionaria, regula la facultad del Inspector Fiscal para observar estos proyectos y dispone, con entera claridad que las versiones modificadas de la misma ingeniería, que resulten de tales observaciones del Inspector, siguen siendo de autoría y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria. Al efecto, la norma dispone: *“El Inspector Fiscal podrá requerir modificaciones a los proyectos de ingeniería de detalle y planos de expropiación presentados por la Sociedad Concesionaria a fin de que cumplan cabalmente con el Contrato de Concesión. [...] Presentadas las modificaciones por la Sociedad Concesionaria, las que serán elaboradas a su entero cargo, costo y responsabilidad, el Inspector Fiscal deberá pronunciarse acerca de ellas en el plazo [...].”*
- d) La norma contenida en el apartado 2.3. de las mismas BALI, referida ahora a los proyectos de ingeniería de detalle como una de las bases técnicas, reitera la misma disposición en el sentido que la ingeniería de detalle es de autoría y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, sin perjuicio de la necesidad de aprobación por el Inspector Fiscal: **“2.3. DE LOS PROYECTOS DE INGENIERÍA DE DETALLE** *Previo al inicio de la*



*construcción de las obras, la Sociedad Concesionaria deberá desarrollar y presentar para revisión del Inspector Fiscal, hasta la obtención de su respectiva aprobación, los Proyectos de Ingeniería de Detalle de todas las obras objeto de la concesión definidas en [...] El Inspector Fiscal podrá exigir correcciones, y obras complementarias al Proyecto de Ingeniería Definitiva que desarrolle la Sociedad Concesionaria, para solucionar deficiencias del proyecto de manera de cumplir con los estándares de infraestructura y operación, soluciones territoriales, ambientales, y otros, conforme a lo establecido en las presentes Bases de Licitación. Todas las obras contenidas en el Proyecto de Ingeniería Definitiva, que sea aprobado por el Inspector Fiscal, serán de entera responsabilidad, cargo y costo de la Sociedad Concesionaria."*

- e) Análogas disposiciones, que dejan también establecido que la ingeniería de detalle es de responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, se encuentran consignadas en las siguientes normas de las BALI, que no se transcriben para efectos de no extender este fallo en demasía: Regla 2.3.1., relativa a las normas de diseño; 2.3.2.1., sobre ingeniería básica y 2.3.2.2., relativas al diseño geométrico.
- f) El Decreto Supremo N°940, del MOP, de 28 de noviembre de 2008, que adjudica la licitación, establece en su numeral 8 que: *"El Concesionario, de acuerdo a los artículos 1.9.1.1 y 1.9.1.2 de las Bases de Licitación, deberá realizar los Proyectos de Ingeniería Definitivos de todas las obras incluidas en las Bases de Licitación y en los Estudios Referenciales aceptados por el Licitante Adjudicatario en su Oferta Técnica, conforme a los estándares establecidos en dichos estudios, a las Bases de Licitación y demás documentos que forman parte del contrato de concesión. Las obras no podrán ejecutarse en tanto dichos proyectos de ingeniería no se encuentren aprobados por el Inspector Fiscal"*.
- 68°. Que, de la transcripción de las normas vinculantes que se consignan en el numeral anterior, queda de manifiesto que la elaboración del proyecto de ingeniería de detalle –proceso en el cual se formularon las exigencias que la actora califica de abusivas y modificatorias del contrato- correspondía y era de entera responsabilidad de la parte de la Sociedad Concesionaria, debiendo ser aprobado por el Inspector Fiscal.

Los hechos acreditados en este proceso confirman que así obraron las partes. En efecto, las presentaciones de la Sociedad Concesionaria al Inspector Fiscal de fechas 26 de agosto, 9 de



octubre, 6 de noviembre, 4 y 31 de diciembre, todos de 2009 y de 29 de enero, 26 de febrero, 16 y 29 de marzo, 13 de abril y 7 de mayo de 2010 permiten dar por plenamente acreditado que fue la Sociedad Concesionaria la que presentó, por iniciativa propia, en el caso de la primera, y respondiendo a las observaciones del Inspector Fiscal, las sucesivas versiones de la ingeniería de detalle Etapa I, hasta que la misma fue aprobada mediante Ordinario N° 472, de fecha 20 de mayo de 2010, aunque no de manera definitiva, por encontrarse pendientes cuestiones de topografía base. De igual modo, obran en autos las presentaciones de la Sociedad Concesionaria con aspectos específicos de la ingeniería de detalle de la Etapa II, las que constan, entre otras, en las cartas dirigidas al Inspector Fiscal de fechas 31 de diciembre de 2009 y de 29 de enero, 12 de febrero, 2 y 11 de marzo, 1°, 27 y 30 de abril, 28 de mayo, 11 y 24 de junio y 9 de julio, todas de 2010. Cabe consignar también que, salvo respecto de las presentaciones finales ya referidas, el Inspector Fiscal respondió con reparos cada una de las anteriores presentaciones de la Sociedad Concesionaria, formulando profusas observaciones que impedían, a su parecer, y por las razones que en cada caso expuso, dar por aprobados los proyectos originales o las sucesivas versiones con las correcciones o aclaraciones que le iba presentando la Sociedad Concesionaria.

69°. Que, conforme a lo consignado en los dos considerandos que anteceden, deben darse por establecidos dos hechos de la mayor importancia para lo que habrá de decidirse: El primero es que la ingeniería de detalle fue elaborada y suscrita, en su versión definitiva, por la Sociedad Concesionaria. Ella aceptó las observaciones que le formuló el Inspector Fiscal. Las aceptó todas y cada una, para así modificar su proyecto original de ingeniería de detalle, hasta obtener su aprobación definitiva y obligarse a construir así la obra, por el valor y en los plazos estipulados, los que no reclamó hasta bastante después. A la luz de las normas de las BALI transcritas y de su actividad constructiva posterior, según ella consta en el Libro de Obras, cuya copia se ha acompañado en autos, así como de las visitas de inspección personal del Tribunal, debe colegirse que la Sociedad Concesionaria siempre entendió que su actividad constructiva debía atenerse y de hecho se atuvo, a los trazados de Ruta, aprobados en la ingeniería de detalle, que ella misma confeccionó, en proyectos sucesivos profusamente observados por el Inspector Fiscal. En consecuencia, si la ingeniería de detalle excedió los términos del contrato, como alega la demandante, no puede sino concluirse forzosamente que fue la misma Sociedad Concesionaria la que aceptó exceder los términos



del contrato, voluntariamente o sometándose a exigencias del Inspector Fiscal. Los excesos, de ser tales en esta etapa, no podrían entonces ser considerados como unilaterales y culpables de una de las partes, a menos que se aceptara que la Sociedad Concesionaria las acató con sometimiento a una voluntad ajena, a la que razonablemente no pudo resistir. Eso es precisamente lo que alega la Sociedad Concesionaria y será considerado bajo el literal E, que sigue. Lo que es importante consignar ahora es que la noción de un incumplimiento unilateral, consistente en las exigencias de obras nuevas y distintas, como alega la demandante, tiene como condición necesaria, que la voluntad de la parte que concurre a esos cambios, se haya visto forzada. De lo contrario, lo que se alega como incumplimiento del contrato provendría de la voluntad de ambas partes. Cuando así ocurre, cuando ambas partes modifican las obligaciones pactadas antes de iniciar la etapa en que deben cumplirlas, no cabe hablar de un incumplimiento contractual sino de la modificación del contrato por mutuo acuerdo de las partes.

Una cuestión diversa es que esos cambios deban reconocerse para ajustar el valor o los plazos de la obra, lo que podría constituir una obligación, cuya negativa injustificada podría constituir un otro incumplimiento contractual. Ello se analizará más adelante. Lo importante es subrayar ahora que tales incumplimientos por no ajustar valor y plazos serían diversos a los que podrían consistir en haber requerido los cambios, que es lo que ahora se analiza y se concluye que, de haber existido, se trataría de cambios consentidos, a menos que se diera por acreditado que la voluntad de una de las partes no fue libre.

70°. Que, el segundo hecho importante que cabe desprender y dar por establecido a partir de las normas y hechos consignados, relativos a la elaboración y aprobación de la ingeniería de detalle, es que ese proceso puede y debe estimarse como una de las etapas de la negociación de las reglas, en este caso técnicas, que fijaron los derechos y obligaciones de las partes. En efecto, si bien las definiciones que hacen las BALI no incluyen la ingeniería de detalle como parte del contrato (definición N° 12)<sup>1</sup>, la elaboración

---

<sup>1</sup> La definición N° 12 del apartado 1.2.2. de las BALI definen así el contrato: "**12. Contrato de concesión de Obra Pública:** Contrato regido por el Decreto con Fuerza de Ley MOP N°850 de 1997, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N°15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y el D.F.L. N°206 de 1960, Ley de Caminos; el DS MOP N°900 de 1996, Ley de Concesiones de Obras públicas; el Decreto Supremo MOP N°956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones; las correspondientes Bases de Licitación y sus Circulares Aclaratorias; la Oferta Técnica y Económica presentada por el



de esas especificaciones constituye un proceso peculiar de este tipo de contratos, el que está llamado a precisar las especificaciones técnicas que debe cumplir el constructor, en este caso el concesionario, al construir la obra. Ella ciertamente se verifica con posterioridad a la adjudicación de la concesión, hecho que, en la especie, ocurrió el 28 de noviembre de 2008, mediante la dictación del Decreto Supremo N° 940, del Ministerio de Obras Públicas, y también con posterioridad a los llamados términos de referencia, que fijan las características de la obra a construir, en la especie, de fecha 6 de agosto de 2009. Como se indicó, la primera versión de la ingeniería de detalle es de fecha 28 de agosto de 2009; esto es, inmediatamente posterior y secuencial a la aprobación de los términos de referencia. Con todo, y aun cuando la ingeniería de detalle es posterior a esos importantes hitos contractuales y se le considera por las BALI como parte de la etapa constructiva, no puede sino entenderse, conforme a su definición y tratamiento en las mismas BALI, que aparece en lo fundamental consignado en el considerando 67°, que antecede, como parte de la elaboración de normas que fijan los derechos y obligaciones de las partes, pues el licitante queda precisamente obligado a construir conforme a las especificaciones de la ingeniería de detalle aprobadas, y el MOP queda igualmente obligado a aprobar dichas obras, en la medida que se conforman a esa ingeniería de detalle.

71°. Que, en consecuencia, no puede calificarse como incumplimiento del contrato lo que, para precisar la obra que debe construirse, se aprueba con la concurrencia de la voluntad conjunta de las partes, la una que las elabora y la otra que las sanciona. Aún de estimarse que, en esa etapa, las partes no se atuvieron a sus acuerdos anteriores, aun cuando se considerara que acordaron modificar el contrato, en la medida que esa ingeniería de detalle difiera y exceda de las Bases de Licitación y de los términos de referencia y se cumplan los demás requisitos legales; y aun cuando se llegara a sostener que hubo en esas alteraciones una infracción contractual, para poder calificarla de una infracción unilateral y culpable de una parte, como lo pretende el actor, necesariamente es condición estimar que el MOP las impuso a la voluntad de la Concesionaria, la que se vio obligada a aceptar condiciones que le fueron impuestas; pues resulta forzado considerar que, al detallar la ingeniería de una obra, se incumple un contrato, si es que tal proceso de detallar se verifica de manera bilateral e interactiva. En consecuencia, una vez más, este razonamiento nos conduce a

---

*Adjudicatario de la Concesión, en la forma aprobada por el MOP, y el Decreto de Adjudicación respectivo."*



examinar la supuesta voluntad sometida de la Sociedad Concesionaria al elaborar nuevas versiones de la ingeniería de detalle, a requerimiento del Inspector Fiscal; pues ello lógicamente es condición necesaria para determinar la responsabilidad por infracción o incumplimiento del contrato que se pretende hacer recaer en el MOP.

**E. Segunda cuestión de fondo: La alegación de que la Sociedad Concesionaria no pudo resistir las indebidas exigencias del MOP.**

72°. Que, como se ha referido en la parte expositiva y consignado en los considerandos 16° y 29°, que anteceden, la parte demandante ha alegado que se encontraba en una posición tal que no pudo resistirse a las exigencias abusivas e ilegales del Inspector Fiscal, viéndose obligada o sometida a suscribir una ingeniería de detalle que infringió el contrato suscrito, al haber alterado sustancialmente la obra contratada, conforme la misma había quedado descrita en los términos de referencia y en las BALI. Ya se ha razonado que aceptar esta alegación es condición necesaria para concluir que el MOP incurrió en una infracción unilateral y culpable del contrato al imponer esas exigencias.

73°. Que, tal como también se ha consignado, el MOP alega que esa ingeniería fue hecha por la Sociedad Concesionaria y no por ella; que las exigencias del Inspector Fiscal se atuvieron en todo a la Ley y al Contrato y respondieron fundamentalmente al acuerdo de mejorar la velocidad de circulación vehicular del camino, lo que exigía de un nuevo trazado, conforme lo establece el Manual de Carreteras. Una vez producido el informe pericial del IDIEM que rola a fs. 1345 y siguientes, la parte del MOP ha hecho también fuerte hincapié en que las exigencias del Inspector Fiscal no derivaron en una obra distinta y mayor a la contratada, sino en los ajustes que son propios en estos procesos.

74°. Que, antes de entrar derechamente en la cuestión de si la voluntad de la Sociedad Concesionaria se vio o no sometida a la voluntad del MOP, la que le resultaba imposible de resistir, es conveniente considerar lo referido a la magnitud de las diferencias entre el proyecto referencial y el de la ingeniería de detalle, y el carácter previsible o imprevisible de esos cambios, pues uno y otro aspecto inciden en la cuestión del sometimiento de la voluntad y en la de la aceptación de cambios contractuales -incluidos los plazos- que se analizarán más adelante.

75°. Que la demandante ha aducido el trazado geométrico del camino como las principales diferencias entre la obra descrita en



los términos de referencia y aquella que quedó descrita en la ingeniería de detalle (versión 0). Al respecto existe la siguiente prueba principal, que debe tenerse a la vista para apreciar el carácter modificadorio de estos cambios:

a) El llamado a licitación, cuyo texto obra en autos, acompañado por la Sociedad Concesionaria, define la obra que licita como "el mejoramiento de la Ruta G-60, mediante el desarrollo del proyecto denominado "Conexión Vial Melipilla-Camino La Fruta"; agregando en el segundo párrafo que "el proyecto contempla obras de mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la Ruta G-60, aumentando considerablemente los niveles de servicio que presenta en la actualidad. Las obras permitirán regularizar el perfil de la ruta en calzada simple [...]. Además se plantean otras tales como mejoramiento de estructuras y pavimentos existentes, terceras pistas en tramos de alta pendiente, nuevo enlace a desnivel con la ruta 66, obra de saneamiento, señalización y seguridad vial, iluminación, pasarelas, paraderos, plaza de peaje troncal, entre otras". Por su parte, los términos de referencia y las BALI describen la obra como "mejoramiento, conservación y explotación de la ruta G-60 [...] otorgándole un mayor nivel de capacidad, seguridad y mejor nivel de servicio, de acuerdo a lo establecido en las presentes Bases."<sup>2</sup> Por su parte, la sección 2.2.11.1 de las BALI disponen que la sociedad concesionaria realizará como mínimo las obras de repavimentación y mejoramiento de las calzadas existentes que se indican a continuación, para luego incluir una tabla donde se especifica pavimento nuevo sólo en 6 puntos.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Conforme se define en la Introducción (Apartado 1.1.) de las BALI.

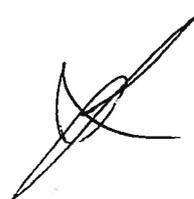
<sup>3</sup> La norma respectiva establece literalmente lo siguiente: "**2.2.11.1 OBRAS DE REPAVIMENTACION Y MEJORAMIENTOS DE CALZADAS EXISTENTES**

La Sociedad Concesionaria realizará como mínimo las obras de repavimentación y mejoramiento de las calzadas existentes que se indican a continuación, y que se desprenden de los anteproyectos referenciales.

Para efectos de su Oferta Técnica, el Licitante podrá aceptar dichos proyectos.

Tabla N°23: Obras de Repavimentación y Mejoramiento

Km Inicio*	Km Final*	Longitud Aproximada *(m)	Obra
0,000	4,490	4.490	Repavimentación
5,130	6,543	1.413	Repavimentación
6,543	6,917	374	Pavimento nuevo
6,917	12,246	5.329	Repavimentación
12,246	12,505	259	Pavimento nuevo
12,505	13,400	895	Repavimentación
15,700	16,936	1.236	Repavimentación
16,936	17,160	224	Pavimento nuevo
17,160	21,087	3.927	Repavimentación



b) El Tribunal, a través de su visita de inspección personal, llevada a cabo el 30 de mayo de 2012, y cuya acta consta a fs. 14 del Cuaderno N° 3, ordenado traer a la vista a estos autos, pudo constatar que la Sociedad Concesionaria no sólo diseñó, en la ingeniería de detalle, sino que realizó obras físicas destinadas a hacer variar horizontal o verticalmente el trazado original del camino en el Dm. 12.720 (desde el Dm 12.380 al Dm 12.960), con un desplazamiento horizontal del camino); en el Dm. 23.900 (desde el Dm 23.809 al Dm 24.221), con un desplazamiento de la alzada del camino y en otros puntos considerados como repavimentación en la Tabla N° 23 de las BALI.

76°. Que el nuevo trazado que se ha dado por acreditado en el considerando anterior no es suficiente, como ha alegado la demandante para concluir que las exigencias de cambio de eje de la ruta y nuevos pavimentos consiguientes, reclamados por el Inspector Fiscal en la etapa de ingeniería de detalle hayan sido exigencias nuevas distintas e imprevisibles en relación a esas Bases de Licitación y términos de referencia. Ello, por lo siguientes motivos:

- a) La cita de la regla 2.2.11.1, de las BALI siendo importante, no hace necesariamente imprevisible el cambio, pues en dicha norma las obras de repavimentación y pavimento nuevo, particularmente las que se mencionan en la tabla N°23, son expresamente calificadas de las obras mínimas.
- b) Uno de los objetos de la licitación, conforme a las definiciones y contenidos de las BALI, fue el de otorgar al camino un mayor nivel de capacidad y de servicio. Luego las Bases plantean la "recuperación del estándar de la obra," concepto que quedó expresamente definido en el numeral 56 de las mismas BALI, como la finalidad de recuperar el pavimento o sus estructuras, pero añadiéndose expresamente que "*En muchos casos obliga a rectificaciones de trazado y plataforma, producto de la necesidad de lograr una velocidad de proyecto homogénea*". En consecuencia, las BALI contemplaron expresamente que en

21,087	21,413	326	Pavimento nuevo
21,413	23,809	2.396	Repavimentación
23,809	24,221	412	Pavimento nuevo
24,221	24,950	729	Repavimentación
24,950	25,430	480	Pavimento nuevo
25,430	29,400	3.970	Repavimentación

\*La Ubicación final será determinada por el proyecto de ingeniería de detalle a desarrollar por la Sociedad Concesionaria, aprobado por el Inspector Fiscal



razón de la velocidad de circulación, podrían aparecer exigencias de rectificar el trazado, las que efectivamente formuló el Inspector Fiscal en la etapa de ingeniería de detalle y que constituyen el cambio principal en que la Sociedad Concesionaria afina sus calificativos de ilegal, abusivo y sustancial respecto del contrato.

- c) Respecto de la velocidad de circulación vehicular en la obra, y su efecto sobre el trazado y ejes, debe consignarse que las BALI contienen una serie de normas, siendo importantes las que se consignan y analizan en lo que sigue:
- i. En primer lugar, en cuanto a la velocidad, la regla 2.3.2.2., relativa al diseño geométrico, que contiene la norma general en materia de velocidad de la Ruta y sus posibles excepciones, prescribe que: *"Para la ruta G-60, se deberá considerar una velocidad de proyecto de Vp 80 km/hr sin perjuicio de restricciones puntuales debidamente justificadas"*. En consecuencia, las partes se obligaron y debieron entender que el diseño de la vía debía permitir la circulación vehicular a velocidad de 80 km/hr., sin perjuicio de restricciones puntuales y debidamente justificadas.
  - ii. En segundo lugar, y sobre los efectos de esa velocidad en el diseño, las BALI obligaron a las partes a acudir al Manual de Carreteras. Así lo dispuso, por ejemplo, el artículo 2.3.2.1., referido a la ingeniería básica, obligando a acudir al Volumen 2 del Manual de Carreteras.<sup>4</sup> De igual modo, y respecto del diseño, la regla 2.3.1. obliga a aplicar los primeros 9 volúmenes de ese Manual al diseño de la obra.<sup>5</sup>
  - iii. Más precisa respecto de la velocidad y su efecto en el trazado es la definición 55, contenida en los antecedentes

---

<sup>4</sup> **"2.3.2.1 INGENIERIA BÁSICA**

La Sociedad Concesionaria deberá desarrollar, a su entero cargo, costo y responsabilidad, todos los estudios de Ingeniería Básica, levantamientos del terreno, prospecciones, ensayos y análisis requeridos para la elaboración de los Proyectos a nivel de Ingeniería Definitiva. En relación a la Ingeniería Básica del camino, la Sociedad Concesionaria deberá ceñirse a lo indicado en el Volumen 2 del Manual de Carreteras."

<sup>5</sup> Dispone la norma referida lo siguiente: **"2.3.1 NORMAS DE DISEÑO.** *En los Proyectos de Ingeniería de Detalle que debe confeccionar la Sociedad Concesionaria se deberán respetar las condiciones establecidas en estas Bases Técnicas y a los estándares mínimos establecidos en los Estudios Referenciales, así como también a la normativa vigente como también a los Instructivos de los Departamentos de Gestión Vial, de Estudios Viales, de Puentes, y de Seguridad Vial de la Dirección de Vialidad, debiendo considerar entre otros, los siguientes documentos:*

- *Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP, en su versión vigente, incluidas todas sus actualizaciones. Vol. 1 al 9."*



generales de las BALI. En ella se lee literalmente: "55. **Velocidades de Proyecto y Operación:** Se considerarán las definiciones dispuestas en el acápite 3.102.4 del Volumen 3 del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad (última edición). Los diseños geométricos que se efectúen con una determinada velocidad de proyecto, deberán cumplir con las normas mínimas definidas en el capítulo 3.200 de este mismo Manual."

- d) Por su parte, el acápite 3.102.4 del Volumen 3 del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad, que las BALI hacen expresamente aplicable, como se ha consignado, se titula "conceptos relativos a velocidad en el diseño vial; dividiéndose en cinco apartados. El primero de ellos define la velocidad de proyecto ( $V_p$ ) como **"La velocidad que permite definir las características geométricas mínimas de los elementos del trazado bajo condiciones de seguridad y comodidad,..."**. De ese modo queda acreditado que para la norma del Manual de Carreteras especialmente invocada por las BALI, es la velocidad la que define las características geométricas del trazado. Ratificando lo anterior la regla 3.102.405 incluida en ese acápite y Volumen, que trata de las velocidades de proyecto según categoría de la obra vial, establece que: "la Velocidad de Proyecto fija el marco de referencia mínimo que define el diseño geométrico de una carretera o camino, principalmente en lo relativo a su trazado horizontal y vertical".
- e) Por su parte, el capítulo 3.200 de ese mismo Manual, también referido expresamente por las BALI, se extiende por más de 90 páginas, las que incluyen 6 secciones, todas estrechamente vinculadas al trazado del camino. Cabe destacar que la tercera de las secciones se refiere al trazado en planta, incluyendo lo relativo a las curvas circulares y sus radios, mientras la cuarta sección alude al trazado en alzada. Cabe destacar también que la sexta sección se refiere a las características mínimas aceptables para la rectificación de caminos existentes.
- f) Cabe también establecer que era claro para las partes que el camino, en el estado en que estaba antes de ser licitado su mejoramiento, tenía un "diseño geométrico [que] corresponde al de un camino local, de bajo tránsito y para una velocidad de circulación de unos 60 km/h"; y cuyo "trazado es del tipo ondulado suave con muchos tramos restrictivos por la falta de visibilidad debido al alzado, lo que se refleja en la gran longitud en que el adelantamiento se encuentra prohibido"; conforme se le describía en la página 3 de las consideraciones generales del



anteproyecto geométrico del trazado, de autoría de Ghisolfo y Besalco S.A., quienes proyectaron el diseño referencial.

77º. Que, conforme a las normas consignadas en el considerando que antecede, debe entenderse que las BALI expresamente plantearon la posibilidad de restricciones puntuales debidamente justificadas a la velocidad constante de 80 km/h.

No se ha acreditado en autos que la parte de la Sociedad Concesionaria haya planteado, **en la etapa de ingeniería de detalle**, en la que aceptó construir la obra que califica de distinta y mayor a la contratada, una solicitud o requerimiento expreso para considerar una o más restricciones a esa velocidad en puntos específicos de la Ruta. Todo lo que encontramos a este respecto es que, en la Versión N° 9 de la Ingeniería de Detalle, la Sociedad Concesionaria puntualizó que la solución adoptada por ella en los trazados en disputa, *"cumple cabalmente con lo indicado en el numeral 3.206 del Manual de Carreteras Vol.3, Edición Marzo 2008, en que se permite el relajamiento de los parámetros de diseño en caso de repavimentación."* Como puede apreciarse, esta invocación genérica a la relajación que el Manual permite en caso de repavimentación, no contiene una referencia concreta a la velocidad, ni solicita, requiere o exige que tal restricción sea considerada. Ante la respuesta "Conforme", del Inspector Fiscal, la Sociedad Concesionaria se dispuso a construir la obra conforme a los trazados requeridos por el Inspector.

78º. Que, respecto de la cuestión que se analiza en los dos considerandos que anteceden, la parte de la Sociedad Concesionaria, en sus escritos de fondo y también y especialmente en la presentación hecha a este respecto a fojas 861 del cuaderno N°4 y solicitada tener a la vista, planteó que el Manual de Carreteras no fue incorporado como un documento contractual propiamente tal y que, al analizarse su introducción y objetos y alcances, este consigna expresamente que debe aplicarse teniendo en consideración el juicio profesional y la experiencia acumulada de los proyectistas e ingenieros; y como dice el propio texto *"en ningún caso se pretende que el Manual reemplace el conocimiento y experiencia del especialista"*, o que *"los métodos y procedimientos que no estén redactados en términos imperativos no constituyen norma..."* y que *"los procedimientos y recomendaciones generales contenidas en este volumen están orientadas a facilitar la labor del proyectista y a conseguir una razonable uniformidad en los métodos de diseño. En ningún caso el contenido del volumen reemplaza el conocimiento de los*



*principios básicos de la ingeniería y técnicas afines, así como el adecuado criterio profesional”.*

Estas consideraciones generales del Manual y la reiterada idea de que su contenido no reemplaza el conocimiento de los principios básicos de la ingeniería no resultan obstáculo, a juicio de esta Comisión, para entender que al hacer una expresa referencia a alguna de sus normas, las BALI establecieron claramente que el trazado del camino, para alcanzar la velocidad constante de los 80 Km por hora, debía hacerse conforme a ese mismo Manual. Las BALI no hacen una vaga referencia al Manual de Carreteras, sino expresa mención, como se ha consignado, de la aplicabilidad de algunas de sus reglas, precisamente para que el trazado de la obra permitiera el desplazamiento vehicular a la velocidad establecida. Tampoco la Sociedad Concesionaria ha alegado o acreditado que existan principios básicos de la ingeniería, de las técnicas afines o del adecuado criterio profesional que invaliden o siquiera desaconsejen, para la velocidad de 80 Km por hora, el trazado requerido por el Inspector Fiscal en la etapa de ingeniería de detalle.

79°. Que los elementos de prueba consignados en el considerando 76°, que antecede y lo razonado en los dos considerandos anteriores son suficientes, en primer lugar, para dar por establecido que las Bases de Licitación aceptadas por la Sociedad Concesionaria contemplaron y permitían prever, aunque no describieran pormenorizadamente, que la obra contratada podría llegar a requerir de algunos otros cambios de eje y trazado del camino, diversos y adicionales a las variantes, con el objeto de lograr la circulación vehicular a la velocidad constante definida en las mismas BALI.

En segundo lugar, debe concluirse que, al prescribirse una velocidad constante de circulación para a Ruta de 80 km/hr., sin perjuicio de las excepciones o restricciones puntuales, debidamente justificadas, las Bases establecieron que ello podría afectar los diseños geométricos, y con ello, los ejes del camino a construir, en los términos establecidos por el Manual de Carreteras, especialmente en su Volumen 3.

Por último, y en tercer lugar, debe colegirse que, al establecer las misma BALI que la velocidad constante podía contemplar excepciones o restricciones puntuales, sin definirlas de antemano, aunque bajo la exigencia de que ellas fueran “debidamente justificadas”, unido a la falta de especificación de otros cambios de trazado distinto a las variantes, contempladas en las BALI, tales normas generaban, para el licitante, una expectativa razonable de



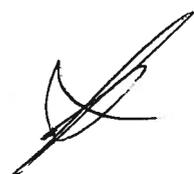
no tener que alterar el trazado de la Ruta en cada lugar en que su antiguo diseño no permitía alcanzar transitar a una velocidad de 80 km/h.; pero no permite afirmar que la Sociedad Concesionaria había adquirido un derecho cierto a que se consideraran como debidamente justificadas las restricciones de velocidad en todos y cada uno de los puntos en los que el antiguo diseño de la Ruta impedía alcanzar esa velocidad máxima.

Así, estiman estos sentenciadores, que las exigencias del Inspector Fiscal no eran imprevisibles a la luz de las BALI y que no pueden calificarse como una infracción contractual, sino como una interpretación plausible de sus reglas. Al mismo tiempo, concluyen que las referidas exigencias del Inspector Fiscal tampoco resultaban tan evidentemente conformes al contrato que impedían a la Sociedad Concesionaria haber reclamado de ellas, cuestión que pudo haber hecho ante el propio Inspector Fiscal primero, incluso aduciendo que habían condiciones justificadas para una reducción de velocidad, sin haberse conformado con su primera respuesta, pudiendo haberla repuesto; apelado ante la DGOP, como se verá, o incluso reclamado ante esta Comisión, aduciendo la necesidad de reconocer las mayores obras en el valor y plazo de la obra.

Lo que debe subrayarse para desestimar la alegación de la Sociedad Concesionaria que ahora analizamos es que ella, durante la ingeniería de detalle, no planteó expresamente la necesidad o conveniencia de generar alguna de esas restricciones puntuales a la velocidad de circulación convenida para la Ruta, ni menos las justificó, como expresamente contemplaban las BALI. Por el contrario, la Sociedad Concesionaria, luego de hacer su planteamiento y frente a una respuesta de "conforme" del Inspector Fiscal se allanó a construir la Ruta conforme a la Versión 0 de la Ingeniería de Detalle, sin hacer otros requerimientos, ni solicitar, hasta más adelante, como analizaremos, la necesidad de reconocer los aprobados como cambios a la obra contratada.

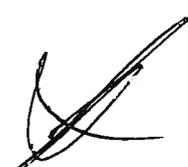
80°. Que, dejando atrás la previsibilidad y considerando ahora la magnitud de los alegados como cambios entre la etapa referencial y la ingeniería de detalle, y especialmente su impacto en los costos de la obra, debe registrarse la siguiente prueba principal producida en autos:

- a) La Sociedad Concesionaria, en sus escritos de fondo y en sus observaciones a la prueba, ha destacado que los cambios que debió experimentar el valor del seguro de la obra dan cuenta de la magnitud de las modificaciones exigidas por el Inspector Fiscal. Al respecto, debe consignarse que, como lo alega esa parte, el Inspector Fiscal efectivamente requirió, a la Sociedad



Concesionaria mediante el Ordinario 2520, de fecha 28 de diciembre de 2011, para que aumentara el valor del monto asegurado. Conforme consta en ese Ordinario este requerimiento se fundó en que *"esta inspección fiscal debe certificar que el monto de la póliza es equivalente al valor de la obra lo que no es posible de efectuar con el monto UF 654.551 que corresponde a una valorización preliminar efectuada por esa Concesionaria en el Programa de Ejecución de Obras enviado en el mes de agosto de 2009. Por lo anterior, se insiste en que el monto asegurado por la póliza deber ser UF 851.125.3 que corresponde a la valorización final enviada en el mes de junio de 2011 en el Programa de Ejecución de Obras"*.

- b) Con todo, lo consignado en la letra anterior no permite concluir, sin más que la variación en el valor del seguro tomado haya sido la magnitud de la diferencia en el de la obra que se verificó con motivo y por ocasión de la elaboración de la ingeniería de detalle, por cuanto ello no se condice con la prueba que se consigna en los literales siguientes; y en primer lugar, en razón de los siguientes antecedentes que hacen dudar que el cambio en el seguro diga directa relación con las variaciones experimentadas por el proyecto en su etapa de especificación, y reclamadas en autos, y no con el carácter variable que éste naturalmente tuvo en las etapas preliminares:
- i. El presupuesto oficial estimado de la obra que consigna el llamado a licitación hecho por el MOP era de 880.000 Unidades de Fomento, sin IVA, según consta de la copia de ese documento que obra en autos. Cabe consignar que esta estimación oficial consideró, según el mismo llamado a licitación *"todos los costos del proyecto, incluyendo gastos generales y utilidades"*.
  - ii. El presupuesto oficial de la obra, según consta del aviso de llamado a licitación publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2009, que se encuentra acompañado en autos, fue de \$1.614.088.000. .
  - iii. La Sociedad Concesionaria hizo una oferta económica de 1.066.000 UF, conforme consta en la copia del formulario de oferta económica, acompañado a estos autos por la demandante. Cabe hacer notar que, conforme al propio texto de la oferta, es la cifra contemplaba el *"monto de los ingresos totales de la concesión que el licitante o grupo licitante postule a obtener de la concesión, calculado en valor presente, en UF, sin decimales"*. El



límite establecido por las Bases para ese monto era de 1.387.000 UF.

- iv. La empresa Cruz y Dávila estimó un presupuesto de inversión para la obra, de 805.348 Unidades de Fomento, el que aumentaba a 885.170 Unidades de Fomento una vez que se le sumaban los gastos financieros y de liquidez, conforme al documento acompañado por la propia sociedad Concesionaria en el cuaderno N°4 y traído a la vista.
- c) Una segunda diferencia que la Sociedad Concesionaria ha destacado en diversas presentaciones como representativa de la magnitud de la diferencia entre la obra contratada y la ingeniería de detalle aprobada, es la cuestión del número de predios y la superficie que se estimaron para expropiar y los que en definitiva fueron expropiados. No obstante haberse acreditado diferencias importantes en el número de los predios, esta prueba no es concluyente para calificar que la diferencia en la obra haya sido sustancial. En primer lugar, no lo es, por cuanto no se ha acreditado que esa diferencia no provenga de otras causas, como podrían serlo la subdivisión de los predios a expropiar, que se pueden haber producido entre los estudios preliminares y estimativos y los definitivos y más precisos que se efectuaron para proceder a su expropiación. En segundo lugar, por cuanto, si bien tales variaciones podrían ser indiciarias de haberse tenido que expropiar una superficie mayor, producto de los cambios de eje en la calzada, ello da cuenta de esto último, pero no del mayor valor de la obra a construir.
- d) En cuanto a las diferencias en la magnitud de la obra descrita en las BALI y la aprobada en la ingeniería de detalle, la parte demandante acompañó un informe de los Consultores "Ingeniería Cuatro". En esencia, este informe describe las magnitudes y valor unitario y final de la obra descrita en las Bases y ante proyecto referencial con aquellas aprobadas en la ingeniería definitiva. La valorización de las diferencias por cubicaciones, conforme a este estudio, sería de 61.471 UF entre el proyecto referencial licitado y el de la ingeniería definitiva. La comparación la hacen estos expertos cubicando los ítems relativos a movimientos de tierra, pavimentos y drenaje y saneamiento. En el punto de los pavimentos, el estudio compara la Tabla N° 23 de las BALI, que ya hemos descrito y cuyo valor como referencia se ha analizado, con la cantidad de pavimento descrito en la ingeniería de detalle. Las conclusiones numéricas



de este estudio se fundan en las más conceptuales, con que concluyen los Capítulos 2 y 6 de ese estudio, las que afirman que el anteproyecto referencial elaborado y licitado por el Ministerio de Obras Públicas era construible, con pequeños ajustes, bajo los criterios de diseño con los cuales fue concebido; esto es como el mejoramiento de un camino existente. En palabras conclusivas del Capítulo 6 del informe, *"dicho trazado, aunque posee singularidades geométricas deficientes y necesarias de corregir, tales como pendientes y radios de curva bajo el mínimo, aspectos que se pueden corregir mediante pequeños y acotados ajustes al diseño, el proyecto en general es construible bajo los parámetros y criterios de diseño con el cual fue concebido, tal es, el mejoramiento de un camino existente que ha tenido como criterios de diseño los criterios de relajación previstos en el numeral 3.206 del Manual de Carreteras, los cuales funcionan de manera diferente a los que el mismo M de C [entendemos Manual de Carreteras] exige en el diseño de trazados nuevos."*

- e) El Tribunal, a solicitud de la demandante, decretó un informe pericial que encargó al IDIEM de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, de la Universidad de Chile, a efectos de comparar el estudio referencial y el proyecto de ingeniería de detalle aprobado, determinar la superficie total que debía expropiarse, comparando aquella que debía considerarse a la luz del proyecto referencial con la que debió expropiarse en razón del proyecto de ingeniería de detalle, y determinar el efecto que naturalmente debía tener la modificación de los ejes entre el estudio referencia y el proyecto de ingeniería definitivo en los hitos o plazos previstos para la etapa de construcción y en sus costos. En cumplimiento de ese cometido, el IDIEM emitió el Informe N°854.808-2013, que obra en autos y que concluye que *"no pudo constatar un aumento en las cantidades de obra asociadas a Pavimento Nuevo, en el paso del proyecto referencial a la versión 0, considerando los antecedentes técnicos disponibles entregados a IDIEM"*; especificando más adelante que *"el costo del proyecto versión 0 es un 12,5% superior al costo de la versión referencial, considerando las partidas y subpartidas analizadas por IDIEM"*; que *"el costo de las partidas asociadas directamente con pavimentación, experimentan una disminución de un 3,5% al pasar de la versión referencial a la versión 0"*; lo que le permite luego concluir que *"los costos estimados por la Concesionaria relativos a la versión 0, son entre un 6,8% y un 7,1% superiores a los*



*estimados por IDIEM para iguales partidas, lo cual se considera razonable para esta asesoría dado que se encuentran dentro de los rangos admisibles de error a nivel de cubicaciones". Como conclusión más relevante ese informe de expertos estima e informa al tribunal que **"al considerar una estimación de la variación completa del presupuesto, en base a un análisis de sensibilidad, se tiene que en el escenario mínimo la variación al alza que experimentó el proyecto referencial al pasar al proyecto aprobado sería de un 6,8%, mientras que en el escenario máximo la variación de presupuesto completo sería de un 17,5%"**. Estiman los expertos de la Universidad de Chile, por último que **"la variación económica que experimento el proyecto completo al pasar de la versión referencial a la versión 0, es del orden de lo esperable y razonable para este tipo de obras"**; pues para ellos es razonable considerar que un proyecto pueda **"variar entre un 10 a un 15% en su costo de construcción, al pasar de la ingeniería referencial a la ingeniería definitiva"**.*

- f) Como puede apreciarse, el informe del IDIEM no resulta coincidente con el de los Consultores de Ingeniería Cuatro. Para esta Comisión, el carácter independiente del perito designado por el mismo tribunal, su jerarquía y prestigio, así como la manera en que se fundaron sus conclusiones, le llevan a estimar al informe de la Universidad de Chile como de mayor valor. Por lo demás el informe de Ingeniería Cuatro descansa casi enteramente en el supuesto de que el diseño original resultaba construible, en razón de la relajación con que debía aplicarse en la especie el Manual de Carreteras, afirmación que no aparece detalladamente sustentada y se contradice con lo razonado en los considerandos 76º a 79º, que anteceden.

81º. Que, en base a la prueba examinada en el considerando que antecede, debe darse por establecido:

- a) Que en la etapa de especificación de la ingeniería, a requerimiento del Inspector Fiscal y con la aceptación de la Sociedad Concesionaria, se verificaron diseños de ingeniería de la obra a construir que cambiaron el trazado que tenía el camino que debía intervenir, en lugares que no estaban contempladas como pavimento nuevo en la Tabla N° 23 de las BALI, lo que obligó a la Sociedad Concesionaria a hacer movimientos de tierra y a considerar nueva pavimentación.
- b) Que tales trazados no estaban explícitamente contemplados en la forma mínima y referencial en que la Ruta quedó descrita en las BALI y en los términos de referencia.



- c) Que esos cambios no eran del todo imprevisibles a partir de la lectura de los documentos constitutivos del contrato, especialmente en cuanto estos describieron obras mínimas a ejecutar y contemplaron, entre los objetivos de la obra, el mejoramientos de su estándar, particularmente en cuanto a la velocidad de circulación de los vehículos, lo que conforme a lo dispuesto en las propias BALI, podía conllevar cambios en el diseño del trazado, a menos que se justificaran restricciones puntuales de velocidad, las que no se acreditó hayan sido requeridas por la Sociedad Concesionaria..
  - d) Que esos cambios impactaron los costos del Proyecto, en una magnitud que está en el margen de lo esperable y razonable en este tipo de proyectos, como lo considera el IDIEM, quien los estimó en el rango de entre un 6, 8% y hasta un 17,5%, cifra levemente superior al margen de entre un 10% y un 15% que ellos aprecian como habituales en estos procesos; diferencia que difícilmente permite entonces concluir en el calificativo de cambio sustancial o nueva obra, que alega la demandante.
  - e) Que, en consecuencia, no resulta posible concluir, como alega la demandante que en la etapa de la ingeniería de detalle se hubiera exigido y aceptado la construcción de una obra distinta y sustancialmente mayor a aquella descrita en los términos de referencia y BALI.
- 82º. Que, no obstante la extensa e intensa discusión habida entre las partes acerca del carácter más o menos previsible y sustancial de los cambios habidos entre la descripción del proyecto, según quedó descrito en sus términos de referencia y en las BALI, por una parte, con aquel de la ingeniería de detalle, cambios que esta Comisión ha podido apreciar, aunque en una magnitud que difícilmente permite hablar de una obra nueva y diversa a la contratada, la magnitud de los cambios introducidos resulta secundaria ante la cuestión que constituye el supuesto de un incumplimiento contractual generador de responsabilidad civil, como es lo que se nos pide declarar, cual es la existencia de una infracción contractual por parte del MOP al requerir esos cambios. Como se ha razonado en los considerandos agrupados en la letra D, que antecede, estimar o desestimar la existencia de tal infracción contractual no dice estricta y menos única relación con la magnitud de los cambios requeridos por una parte y aceptados por la otra, sino principalmente depende de si las diferencias, cualquiera su magnitud, fueron o no consentidas libremente por ambas partes, o en cambio exigidas unilateralmente por una de



ellas, quien se las impuso a la otra. Como ya se ha razonado, en el primero de los casos podríamos estar ante una modificación que pudo derivar en la necesidad de alterar valores y plazos, mientras, en la segunda, estaríamos ante infracciones al contrato cometidas por una parte y hechas obligatorias a la otra.

Se hace indispensable entonces analizar si la parte de la Sociedad Concesionaria, como ella lo alega, se vio forzada o no a aceptar los cambios que le exigió el Inspector Fiscal y que en este juicio califica de ilegales, abusivos e infractores del contrato.

83º. Que, con respecto a la cuestión central descrita en el considerando que antecede, y como se ha dicho, fue la parte de la Sociedad Concesionaria la que confeccionó la ingeniería de detalle versión 0, que califica como un proyecto diverso al contratado. En estas condiciones, la existencia de sometimiento a la voluntad ajena (e infractora del contrato), no podría presumirse y tendría que haberse acreditado en autos.

84º. Que, lo primero que alega la parte demandante para afirmar la existencia de una voluntad sometida a la del Inspector Fiscal, es la existencia de una relación de subordinación, la que, a su parecer, debe entenderse que concurre por la naturaleza de quienes participaron en la elaboración de la ingeniería de detalle: el Estado, por un parte, y un licitante privado, por la otra. Esta alegación debe ser desestimada como suficiente para entender que el licitante se encontraba en una posición que le hacía imposible rechazar las observaciones del Inspector Fiscal o requerir o siquiera pedir que ellas fueran consideradas como una modificación del contrato. Ciertamente la relación entre el Estado y una empresa privada que licita es asimétrica, pero esta última no se encuentra en una situación de subordinación fáctica y menos jurídica frente al Estado, como sí ocurre en las situaciones más típicas de relación de subordinación, que la parte de la Sociedad Concesionaria alega. Como se sabe, la existencia de una relación especial de sujeción o subordinación se reconoce típicamente allí donde existe un grupo de personas que tienen severamente limitada la titularidad o la capacidad de ejercicio de sus derechos frente al Estado, como lo son los soldados, los presos o los funcionarios del Estado. Así, se sostiene que se encuentran en situación de especial sujeción aquellos que se ven especialmente obligados a obedecer las normas que les dictan superiores jerárquicos, aunque las estimen contrarias a derecho, pues su capacidad de reclamar la anti juridicidad de las mismas se ve severamente limitada por su misma situación subordinada. Son situaciones en las que, por las características ya descritas, el



principio de legalidad se ve en riesgo o donde simplemente no es reconocible.

Una sociedad concesionaria se encuentra severamente regulada por el Estado, tiene, frente a éste, una situación asimétrica; el Inspector Fiscal puede recomendar la aplicación de multas; pero no puede decirse que se encuentre en situación de subordinación especial o de dominación frente al Estado; no puede decirse que se halle en incapacidad de representar oportunamente los actos ilegales que se le exigen o las multas que se le apliquen, y que tenga que someterse a la voluntad infractora de ley de un inspector fiscal que le impone una situación gravosa, que infringe los términos del contrato que la vincula.

85°. Que, descartada una relación de especial sujeción, se hace imperioso examinar la prueba rendida en autos respecto del modo como la Sociedad Concesionaria reaccionó a las exigencias del Inspector Fiscal de corregir los proyectos de ingeniería de detalle, antes de aprobar la que se denominó como "Versión 0". La prueba relevante rendida en autos respecto del punto indicado puede resumirse y analizarse del modo siguiente:

a) De las 10 versiones de la ingeniería de detalle para la etapa I, confeccionadas por la Sociedad Concesionaria entre los meses de agosto de 2009 y mayo de 2010, entregadas al Inspector Fiscal, como ya se ha consignado, mediante cartas de fechas 26 de agosto, 9 de octubre, 6 de noviembre, 4 y 31 de diciembre, todos de 2009 y de 29 de enero, 26 de febrero, 16 y 29 de marzo, 13 de abril y 7 de mayo de 2010, que obran en autos, así como de las correspondientes observaciones formuladas a cada una de esas versiones por el Inspector Fiscal, las que constan en los Ordinarios N°s 141, 170, 210, 242, 271, 290, 311, 335, 370, 425 y 472, que también obran en autos,<sup>6</sup> puede darse por establecido que ese no fue un proceso sencillo. Tomó nueve meses y 10 versiones sucesivas hasta que la Sociedad Concesionaria presentara un proyecto de ingeniería de detalle para esa etapa que el Inspector Fiscal aprobara, sin perjuicio de que esa no fue la aprobación definitiva, pues quedaron pendientes algunas cuestiones de topografía, como consta en el Ordinario N° 472, de 20 de mayo de 2010. El primero de los proyectos de ingeniería de detalle mereció 175 observaciones por parte del Inspector Fiscal.

---

<sup>6</sup> Las cartas conductoras y oficios suman 11 y no 10, pues la versión N°7 se observó y rehizo una vez por cuestiones relativas al formato de los planos, pero sin que su contenido fuera observado o alterado.



- b) De los mismos documentos anteriores, y sin perjuicio de lo que se consignará en las letras d) y e), que siguen, que describirán precisamente las observaciones y diferencias en materia de trazado del camino, lo que se observa en este intercambio de versiones no es una secuencia de protestas o reclamos de la Sociedad Concesionaria frente a las observaciones del Inspector Fiscal o siquiera de insistencia en sus criterios. Lo que se observa es la general aceptación o conformidad de la Sociedad Concesionaria frente a los reparos del Inspector y el entendimiento de estar acogiéndo las e incorporándolas en cada nueva versión entregada o aceptándolos expresamente y comprometiéndolos para la etapa II de la misma ingeniería de detalle. Así ocurre, por ejemplo, en la segunda versión, en que la Sociedad Concesionaria, con fecha 9 de octubre de 2009, dice aceptar y corregir más de 100 de las observaciones del Inspector Fiscal al primero de los proyectos de su autoría (observado por el Ordinario N° 141, de 25 de septiembre de 2009). La diferencia numérica queda representada por los casos en los que la Sociedad Concesionaria brinda las explicaciones que el Ordinario del Inspector Fiscal le había solicitado. Frente a sólo una de ese más de 150 observaciones, la Sociedad Concesionaria aparece insistiendo en su criterio original o mostrando razones por las cuales el Inspector debiera retractarse de su observación y ese caso excepcional se refiere al diseño de pavimento para los sectores en que debía repavimentarse, que no es uno de los casos en los que la Sociedad Concesionaria afianza su alegación de habersele exigido obras fuera de los términos del contrato.
- c) La lectura de los documentos que se han acompañado, relativos al proceso de la ingeniería de detalle, los que no contienen todas, sino algunas de las versiones presentadas, y todas sus cartas conductoras y sí todas las observaciones anexadas por el Inspector Fiscal a sus Ordinarios, no acreditan que la Sociedad Concesionaria haya planteado considerar casos puntuales y justificados de reducción o relajación de velocidad durante este proceso; sino hasta un tiempo después de concluido, como se consignará más adelante. Cabe dejar constancia a este respecto que en la observación N° 38 del Ordinario N° 141, en que el Inspector Fiscal observa la primera de las versiones entregadas por la Sociedad Concesionaria para la Etapa I, se lee: "38. En página 149, letra c se indica que el diseño propuesto se ajusta a una velocidad de 80 Km/h y específicas de 90 y 100 Km/h."



- d) Las observaciones específicas al trazado del camino, en los lugares donde el Inspector reclamó la necesidad de hacer un nuevo trazado, con un nuevo eje, en lugares distintos a los indicados como pavimento nuevo en la Tabla N° 23 de las BALI, cambio que constituye el fundamento principal de la tesis de la demandante de que se le exigió una obra distinta, mayor y más cara que la contratada, se verificaron en el Dm. 12.720 (DM 12.380 al 12.960), con la exigencia de un desplazamiento horizontal del camino; en el Dm. 23.900 (Dm 23.809 al Dm 24.221), con un desplazamiento de la alzada del camino, y en el Dm. 28.300, con un desplazamiento horizontal y vertical. Todos esos lugares fueron visitados en inspección personal del Tribunal y en ellos se pudo efectivamente verificar trabajos para construir un camino en un lugar o a una altura diversa a la de su trazado original.
- e) Respecto de las específicas obras consignadas en el literal que antecede, las observaciones del Inspector Fiscal, a lo largo de las 10 re formulaciones del proyecto de ingeniería de detalle, se encuentran reunidas en los llamados anexos A, B y C, acompañados por la parte demandante como numerales 4, 5 y 6 de su escrito de fs. 16 y nuevamente con los mismos números en el segundo otrosí de su demanda arbitral. Siguiendo la secuencia de observaciones y reparos del Inspector Fiscal al diseño geométrico del trazado en esos puntos y de la manera en que fueron recogidos por la Sociedad Concesionaria, puede darse por establecido lo siguiente:
- i. en primer lugar, que efectivamente fue el Inspector Fiscal, quien, por medio de sus observaciones, fue exigiendo que se trazara la Ruta en esos puntos, desplazando horizontal o verticalmente el trazado original y derivando entonces en la necesidad de hacer movimientos de tierras y pavimentación nueva (en vez de simplemente repavimentar), que no estaban expresamente contempladas entre las obras mínimas descritas en las BALI.
  - ii. Que el Inspector Fiscal fundó esas observaciones en el Manual de Carreteras, particularmente en el Volumen 3, punto 3.200.403
  - iii. Que, hasta la versión N° 8, la Sociedad Concesionaria no reclamó de estas exigencias que le hizo el Inspector Fiscal respecto del trazado del camino o de la justicia o pertinencia del fundamento de sus reparos. Por el contrario, en cada una de las versiones corregidas, entre



la original y la octava, la Sociedad Concesionaria responde invariablemente que **acoge la observación, procediendo a corregirla de acuerdo al Manual de Carreteras, Volumen 3**, utilizando exactamente esos términos u otros casi idénticos y de igual significado. No podría entenderse entonces que la Sociedad Concesionaria haya protestado, reclamado o no haya estado conteste en la necesidad de adecuar el trazado en estos puntos a las observaciones del Inspector Fiscal y al Manual de Carreteras, Volumen 3, en las que se fundaban. La conformidad de la Sociedad, hasta la octava versión de la ingeniería de detalle la llevaron, no obstante aceptar las observaciones del Inspector Fiscal y su fundamento, a replantear el diseño de un modo que no satisfacía al Inspector Fiscal, quien insistía en manifestar su disconformidad con algún aspecto específico de ella. Tal proceso parece denotar diferencias entre el Inspector Fiscal y la Sociedad Concesionaria respecto a cómo específicamente debía diseñarse el nuevo trazado para cumplir con el Manual de Carreteras, pero no da cuenta que la Sociedad Concesionaria haya reclamado de la pertinencia de hacer un nuevo trazado que se conformara a la velocidad de 80 km/h., según las exigencias del Manual de Carreteras.

- iv. En la versión 9 de la ingeniería de detalle el Inspector Fiscal mantiene o reabre, según el caso, observación acerca del trazado en estos puntos. En todos los casos, lo hace fundado en que el trazado no cumple con lo dispuesto en el punto 3.203.403, del Volumen 3 del Manual de Carreteras. Frente a ello, la Sociedad Concesionaria, por primera vez en este proceso, representa la pretensión del Inspector Fiscal. Lo hace en los siguientes términos o, en dos de los casos, con levísimas variantes respecto del lenguaje que se transcribe: *"La Sociedad Concesionaria aclara que la solución adoptada cumple cabalmente con lo indicado en el numeral 3.206 del Manual de Carreteras Vol. 3, Edición Marzo 2008, en que se permite el relajamiento de los parámetros de diseño en caso de repavimentación. Además de efectuarse alguna modificación en la Tabla N°1, no se respetaría la (sic) señalado en el numeral*



2.2.11 Tabla N°23 de la BALI, donde se establecen los sectores de repavimentación y mejoramiento".<sup>7</sup>

- v. En todos los casos, consignados en el numeral iv., que antecede, la respuesta del Inspector Fiscal, emitida a través del Ordinario N° 472, de 20 de mayo de 2010, es la misma y consiste en la palabra "conforme".
- f) Según consta en la copia de la carta de 19 de agosto de 2011, remitida por la Sociedad Concesionaria al Inspector Fiscal, debe darse por establecido que, con esa fecha, la primera de las mencionadas hizo ver a la segunda que, en el proceso de la ingeniería de detalle, el MOP había "impuesto" a su parte un proyecto a construir que no decía relación con lo contratado, sin que se hayan reconocido los mayores costos que ello involucra. La misma carta considera inoficioso insistir en cambios a la obra, en razón del tenor de las respuestas recibidas desde el MOP, y el riesgo que ello conlleva en el cumplimiento de los hitos contractuales. Por lo expuesto, la carta termina solicitando regularizar esta situación, en conformidad a la ley, reglamentos y contratos y proceder a modificar el contrato, incorporando las nuevas inversiones exigidas. El párrafo final de la comunicación es del siguiente tenor:
- "Por lo expuesto solicitamos que, conforme a los mecanismos contractuales descritos en la Ley, Reglamento y en el Contrato, se regularice esta situación lo que necesariamente implica una modificación del contrato de concesión para incorporar las nuevas inversiones exigidas por las diferencias de volúmenes de obra que contiene el proyecto aprobado o Revisión 0, en relación al Proyecto original".*
- g) Al tenor de la respuesta del MOP, contenida en el Ordinario N° 2071, de 1 de septiembre de 2011, acompañado en autos, debe entenderse que el MOP denegó los cambios contractuales solicitados, argumentando, en primer, lugar que nunca su parte "solicitó, ni instruyó realizar nuevas obras, ni definir nuevos trazados de la obra concesionada, sólo participó en su revisión aleatoria del proyecto haciendo notar oportunamente las deficiencias que detectó respecto de incumplimientos de las exigencias de las Bases de Licitación, representando el incumplimiento de estándares mínimos definidos por el Proyecto

<sup>7</sup> Decimos con leves variantes, pues en dos de los casos aparece omitida la frase "en que se permite el relajamiento de los parámetros de diseño en caso de repavimentación", que se incluyen en el texto citado. También varía el número de la tabla a que cada respuesta se refiere.



*Referencial, y representando las recomendaciones del Manual de Carreteras, siendo esa Sociedad Concesionaria bajo su responsabilidad la ejecutora del Proyecto de Ingeniería."* La respuesta alude luego a las obras de arte preexistentes; recuerda el único reconocimiento de una obra adicional, para entrar luego una extensa descripción de las cuatro solicitudes de modificación del proyecto remitidas hasta esa fecha por la Sociedad Concesionaria, explicando, en cada caso, los errores técnicos y retrasos que contenían, al parecer del Inspector Fiscal, lo que había motivado que fueran observadas o rechazadas, explicando también las normas en que se había fundado el Inspector para justificar su rechazo; destacando particularmente lo dispuesto en los numerales 1.9.1.2.1 y 2.3 de las BALI, que hacen a la Sociedad Concesionaria responsable de realizar los proyectos de ingeniería de detalle de las modificaciones que solicite y facultan al Inspector Fiscal a exigir correcciones y obras complementarias para solucionar deficiencias del proyecto. Termina la respuesta del MOP, contenida en el ordinario con los siguientes dos párrafos conclusivos que se transcriben:

*"En virtud a lo expuesto, esta Inspección Fiscal señala que en relación a lo planteado en su carta COMSA RG-60 N°11-473 de fecha 19 de agosto de 2011, se deduce que la Sociedad Concesionaria ha decidido continuar ejecutando las obras de la Concesión en función del Proyecto de Ingeniería Vial, Versión 0, a excepción de la Modificación de Proyecto, correspondiente al tramo 6, aprobado por esta Inspección Fiscal.*

*Por lo expuesto, no corresponde que esta Inspección Fiscal acceda a la solución planteada, sin perjuicio que la Sociedad Concesionaria utilice los mecanismos establecidos en la normativa aplicable al contrato en las instancias que corresponda."*

- h) De los términos de la solicitud y respuesta aludidas en los dos literales que anteceden, debe darse por establecido que la Sociedad Concesionaria, entre la fecha de aprobación de la Versión 0 de la ingeniería de detalle y la de esa solicitud, pidió al MOP cambios en el diseño ya aprobado en la ingeniería de detalle que fueron, en su mayoría, rechazados por éste. Ninguno de esos cambios pide volver al trazado original en aquellos puntos en que el Inspector Fiscal había requerido alterarlo durante la ingeniería de detalle.



- i) En términos cronológicos, el siguiente reclamo hecho por la Sociedad Concesionaria, que se acredita en estos autos, consiste en la presentación de reclamación en la fase conciliatoria de este expediente N°2, de fecha 24 de enero de 2012, en la que pide reconocer las inversiones que representan las mayores obras. A continuación, y con fecha 8 de febrero de 2012, la misma Sociedad dirigió carta al Inspector Fiscal solicitándole procediera a tramitar la extensión de los plazos intermedios de avance en la construcción, conforme a la copia que se ha acompañado. Esta petición fue respondida por el Inspector Fiscal, quien señaló que correspondía a otras autoridades atender esa solicitud. Siguiendo la secuencia cronológica, consta luego en autos carta de 9 de marzo de 2012, en la que la Sociedad Concesionaria declara que le resultará imposible cumplir el avance de un 30%, en la fecha convenida, por razones que no le son imputables a ella, sino al MOP, por haber modificado el proyecto licitado. Igualmente obra copia de una carta del mismo 9 de marzo de 2012, en la que la Sociedad Concesionaria solicita al Inspector Fiscal iniciar los trámites para que se dicte un Decreto Supremo extendiendo los plazos intermedios de avance de la obra. Obra también en este proceso respuesta del MOP, en la que niega las imputaciones que hace la Sociedad Concesionaria y la existencia de fuerza mayor que justifique extender los plazos. El 13 de marzo de 2012, la sociedad Concesionaria complementó la reclamación hecha a esta Comisión, actuando como conciliadora, solicitándole proponer la extensión de los plazos de los hitos constructivos. El 16 de marzo del mismo año la Sociedad Concesionaria presentó escrito a esta Comisión solicitando una audiencia urgente, haciendo ver que la continuación de las obras se hizo inviable por la negativa del MOP a extender los plazos de los hitos intermedios de construcción, lo que le impidió a su parte disponer de financiamiento. Por último, consta también en autos comunicación de la Sociedad Concesionaria, de 27 de marzo de 2012, dirigida al Coordinador de Concesiones del MOP, en la que le solicita la misma extensión de plazos.
- j) Las BALI, en el apartado 1.8.4, titulado "Recursos", establece que las órdenes o resoluciones escritas dictadas por el Inspector Fiscal podían ser repuestas por la Sociedad Concesionaria, y en caso de negativa, apeladas ante el Director General de Obras Públicas, regulándose el plazo para hacerlo y el carácter no suspensivo del recurso.



k) Por último, cabe consignar que el contrato, en múltiples normas de las BALI, muchas de las cuales ya se han citado, como los son los artículos 1.9.1.1 y 1.9.1.2; así como lo establecido en los numerales 8 y 10 del D.S. N° 940 del Ministerio de Obras Públicas que adjudicó la licitación establecen, con entera claridad, que las obras a ejecutar debían atenerse en todo a los términos de la ingeniería definitiva. En esas condiciones, la parte de la Sociedad Concesionaria no podía sino saber que tal ingeniería de detalle, una vez aprobada, la obligaba a construir en conformidad a ella.

86°. Que, contradiciendo la figura de sometimiento alegada por la actora, los términos del contrato, expresados en las BALI, contemplaban expresamente la posibilidad de que la Sociedad Concesionaria representara una exigencia del Inspector Fiscal como un intento de modificar el contrato y obtener, en razón de ello, una compensación económica, incluyendo, como se ha visto, una apelación y reclamo, en caso de negativa. En efecto, las BALI, en su punto 1.9.1.1, referido a la ingeniería de detalle, contemplan expresamente la posibilidad de que una de las partes, y específicamente el MOP, formule exigencias superiores a las contratadas; pero, en tal caso, como se verá, proceden una serie de formalidades para recoger esas modificaciones y reconocer su impacto en las condiciones de la Sociedad Concesionaria. En efecto, la norma citada prescribe que:

*Durante la elaboración de los Proyectos de Ingeniería Definitiva, tanto la Sociedad Concesionaria como el MOP podrán proponer modificaciones a los Anteproyectos que forman parte de la Oferta Técnica del Concesionario adjudicatario y que forman parte del contrato de concesión, con el sólo objeto de realizar optimizaciones a los proyectos u obtener aumentos de capacidad o mejoras del nivel de servicio, sin que ello implique reducir el estándar planteado en los estudios referenciales en la zona donde se plantea la modificación. No formarán parte de las modificaciones de proyectos aquellos cambios provenientes de ajustes técnicos propios de la adaptación de los anteproyectos, incluidos en los estudios referenciales, al nivel de los proyectos de ingeniería definitiva que debe realizar el Concesionario, lo cual deberá ser sometido a la aprobación del Inspector Fiscal.*

Luego de limitar los posibles cambios, a fin de que no conduzcan a una obra de menor calidad y de contemplar normas para el caso en el que sea la Sociedad Concesionaria la que proponga esos cambios, la norma que analizamos se pone en la



situación en que la propuesta de cambio venga del Inspector Fiscal, disponiendo reglas relativas, primero al plazo de la obra y luego a su valor:

*"En caso que la propuesta del MOP se traduzca en modificaciones al plazo de Puesta en Servicio Provisoria de la totalidad de las obras, el MOP aumentará el Plazo de Puesta en Servicio Provisoria en la cantidad de tiempo adicional que requieran las nuevas obras para el o los tramos del proyecto.*

*[...]*

*Para efectos de valorizar las modificaciones a los Estudios Referenciales y/o a los Anteproyectos Alternativos contenidos en su Oferta Técnica se deberá considerar los Precios Unitarios Oficiales detallados en el Anexo N°4. En caso que la Sociedad Concesionaria estime que en las obras proyectadas existen ítems que no sean asimilables en los contenidos en el Anexo N°4 ésta deberá presentar un informe al inspector fiscal, para su revisión, donde justifique la necesidad de considerar nuevos precios unitarios. El Inspector Fiscal, sobre la base de los antecedentes presentados y en la normativa aplicable definirá el listado de precios unitario nuevos, lo cual deberá llevar el V°B° del DGOP".*

Más adelante, en su sección 1.12.3.1, relativa a las condiciones económicas de nuevas inversiones en la concesión, las BALI regulan el efecto compensatorio que deben tener las modificaciones que el MOP exija a los términos del contrato, disponiendo lo siguiente:

**"1.12.3.1 NUEVAS INVERSIONES EXIGIDAS POR EL ESTADO**

*En virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas con relación al artículo 69° del Reglamento de la Ley de Concesiones, desde que se perfeccione el contrato el MOP podrá modificar por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al Concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. ...*

*Las modificaciones de obras y servicios así como de las condiciones económicas del contrato de concesión se autorizarán en forma previa a su ejecución, mediante Decreto Supremo fundado, expedido por el MOP el que deberá llevar además, la firma del Ministro de Hacienda. [...]*

*En caso que la modificación de obras y servicios no sea autorizada en forma previa a su ejecución mediante los actos administrativos señalados en este artículo, la Sociedad*



*Concesionaria no tendrá derecho a indemnización ni compensación alguna, por cualquier costo, daño y/o perjuicio que emanen o se deriven de dicha modificación.*

*Cualquier controversia que se suscite entre el MOP y la Sociedad Concesionaria será resuelta por la Comisión Conciliadora".*

Por último, el apartado 1.12.3.2 de las BALI regulan las nuevas inversiones convenidas entre el Estado y la Sociedad Concesionaria, disponiendo los casos en que ello es posible y prescribiendo también para estos eventos, formas de compensar o indemnizar a la Sociedad Concesionaria.<sup>8</sup>

87°. Que conforme se ha consignado en el considerando 85° que antecede, y contrastando con los derechos que le conferían las normas de las BALI contenidas en el considerando 86°, la única representación que la Sociedad Concesionaria acredita haber hecho durante la etapa de elaboración y aprobación de la ingeniería de detalle, frente a las exigencias del Inspector Fiscal, que en este juicio califica como exigencias ilegales e indebidas de obras no contempladas, es la consignada en el punto iv. del literal e) del considerando 85°. Igualmente consta que, luego de recibir la respuesta "conforme", frente a ese único reclamo, la Sociedad Concesionaria aparece allanándose a construir los nuevos trazados de la Ruta. Se ha acreditado que ellas fueron precedidas de respuestas de esa misma Sociedad Concesionaria que manifiestan conformidad con las exigencias del Inspector Fiscal de hacer un nuevo trazado en esos mismos puntos, para así permitir una circulación a 80 km/h, conforme al Manual de Carreteras, según se ha relatado en el punto iii. de la letra e) del mismo considerando 85°. Tales conductas, así acreditadas, no permiten dar por establecida la versión de la Sociedad Concesionaria de que, durante el diseño de la ingeniería de detalle, le fue impuesta una obra de una manera que ella no pudo resistir, en condiciones que no ha acreditado haber hecho ningún nuevo reclamo por esas exigencias, sino hasta la carta de 19 de agosto de 2011, que

<sup>8</sup> Disponen esa norma y la que le sigue: "Si durante la vigencia de la concesión, la obra resultare insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato y se considerare conveniente su ampliación o mejoramiento por iniciativa del MOP o del Concesionario, se procederá a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión en los términos dispuestos en el artículo 20° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en relación con el artículo 70° del Reglamento de la misma Ley.

**1.12.3.3 COMPENSACIÓN O INDEMNIZACIÓN POR NUEVAS INVERSIONES**

*En caso de perjuicio de la Sociedad Concesionaria, el MOP la compensará ya sea mediante un aumento de tarifas, un aumento en los ingresos totales de la Concesión (ITC), un aumento del plazo de la concesión o con un pago del Estado que podrá ser realizado de una sola vez o por anualidades teniendo en cuenta lo siguiente:..."*

aparece descrita en el literal f) del considerando 85°, que antecede. En estos términos, debe concluirse que, la Sociedad Concesionaria aceptó, sin más reclamos que los indicados, obligarse a construir la Ruta conforme a la ingeniería de detalle que ahora califica de ilegal e infractora del contrato.

88°. Que la Sociedad Concesionaria ha destacado que la única respuesta del Inspector Fiscal a las observaciones que ella hizo en la etapa de ingeniería de detalle frente a los requerimientos de nuevos trazados, en la versión 9 de la ingeniería de detalle, consistieron en la palabra "conforme", lo que se encuentra acreditado en autos, como se ha consignado en el numeral v. de la letra e) del considerando 85°, que antecede. La Sociedad Concesionaria califica esa respuesta como lacónica, lo que éstos juzgadores pueden aceptar; pero lo que no estiman demostrado es que esa respuesta consistiera en una de tal entidad y fuerza, que la Sociedad Concesionaria se viera obligada a aceptarla. Por el contrario, la expresión "conforme" podría entenderse como una aceptación del reclamo de la Sociedad Concesionaria; como una conformidad a su alegación de que ello constituía una variación de lo acordado, lo que podría haberse interpretado como el punto de partida para iniciar un proceso de cambio o modificación del contrato, incluyendo sus condiciones económicas y plazos, conforme a las reglas consignadas en el considerando 86°, que antecede y que, por primera vez, aparece solicitado el 19 de agosto del 2011, largo después de la aprobación de la ingeniería de detalle, que determinó, bilateralmente y con carácter vinculante, la obra a construir. La Sociedad Concesionaria pudo también entenderla como una pretensión injusta, y haber reclamado de ella, lo que no hizo hasta que tuvo aprobada la ingeniería de detalle; es decir, hasta después que consintió en construir la obra, en los términos que ahora califica de abusivos e injustos.

89°. Que, si bien es efectivo que la Sociedad Concesionaria, de haber persistido con sus reclamos antes de haber dado por aprobada la ingeniería de detalle, haberlos elevado a autoridades superiores del MOP o haberlos reclamado ante esta Comisión como modificaciones al contrato, habría probablemente retrasado el inicio de la obra; no es menos cierto que habría resultado razonable enfrentar ese riesgo si, como reclama en este juicio, se le estaba conduciendo a construir una obra sustancialmente diversa y más costosa que la que había pactado en los términos del contrato.

90°. Que, en consecuencia, si bien podría estimarse que la parte de la Sociedad Concesionaria se vio presionada por las exigencias del



Inspector Fiscal a aceptar sus observaciones en la etapa de la ingeniería de detalle, como cualquier contratante constructor de una obra se puede ver presionado en la fase de detallarla, cuando esos términos deben ser aprobados por la contraria, debe desestimarse la alegación de la Sociedad Concesionaria de que su situación de subordinación la haya puesto en la imposibilidad de resistir a la voluntad de la contraparte. De igual modo, y en virtud de la prueba analizada, debe concluirse que la Sociedad Concesionaria, si bien formuló observaciones a las exigencias del Inspector Fiscal, concurrió, con su voluntad a aceptarlas, luego de recibir una respuesta "conforme" del Inspector Fiscal. Luego de ese intercambio de pareceres suscribió la ingeniería de detalle, la que sólo vino a calificar formalmente como una modificación del contrato (que de paso ameritaba cambios en el cronograma de construcción, como se verá), tiempo después que ya había consentido en ella.

91°. Que la Sociedad Concesionaria ha acreditado haber solicitado, con posterioridad a la aprobación de la ingeniería de detalle, una modificación de contrato, correspondiente a las mayores obras que alega, produciéndose entonces una diferencia con su contraparte, representada por el Inspector Fiscal, quien denegó esa solicitud por no estimar haber exigido nuevas obras. Respecto de esta solicitud y diferencia debe consignarse, ante todo, que dicha petición de modificar el contrato, reconociendo los mayores costos, era lo que el contrato preveía hacer cuando se exigen obras extraordinarias no pactadas. Respecto de dicha solicitud, y para efectos de la alegación de sometimiento imposible de resistir, que pide declarar la demandante, resulta fundamental consignar que tal petición, la primera que aparece acreditada en autos en el sentido indicado, se verifica el 19 de agosto de 2011; esto es, 8 meses después que se diera por aprobada la versión 0 de la ingeniería de detalle y un año y tres meses después de la aprobación de la etapa I de la misma ingeniería, en la que quedaron definidos los trazados de la Ruta, que constituyen la alegación principal de obras extraordinarias y abusivas alegadas en autos. La solicitud se verifica con ocasión del rechazo a tener como modificación algunas obras de arte. El trazado del camino había quedado definido largamente antes, sin que la Sociedad Concesionaria reclamara ese trazado como modificación contractual, a lo que el contrato le daba derecho, conforme a las normas referidas en el considerando 86°, que antecede.

92°. Que, conforme a la secuencia de los hechos y alegaciones de las partes, consignados en los considerandos 72° a 91° anteriores,



estos sentenciadores no pueden concluir, como se lo pide la Sociedad Concesionaria en su demanda, que su parte se vio obligada, por haberle sido imposible resistir, a consentir en diseñar, en la ingeniería de detalle, una obra a construir que era distinta y sustancialmente más costosa que la contratada, viéndose obligada así a concurrir a una infracción a los términos del contrato de concesión.

**F. Tercera cuestión de fondo: La alegación de incumplimiento grave y culpable del MOP por el hecho de no haber accedido a extender los plazos contemplados para el avance intermedio de la obra.**

93º. Que, como se ha expuesto y razonado, la parte de la Sociedad Concesionaria ha alegado como infracción a los términos del contrato y a la buena fe con que debía ejecutarse el mismo, que el MOP, por intermedio del Inspector Fiscal, se haya negado a extenderle los plazos de avance de construcción la obra, luego de haberle hecho las exigencias desmedidas en la etapa de ingeniería de detalle, las que, en su parecer, hacían necesario tal aplazamiento, pues resultaba imposible cumplir con esos plazos intermedios en las condiciones (nuevas) exigidas por esa misma ingeniería de detalle.

94º. Que, como ya se ha razonado en los capítulos anteriores, lo que se generó en la especie fue un requerimiento de trazado en la obra por parte del Inspector Fiscal, en la etapa de la ingeniería de detalle que la Sociedad Concesionaria aceptó; pero que luego, y especialmente en este juicio, considera y califica como una modificación unilateral al contrato. Resulta importante entonces revisar o reiterar los derechos y obligaciones establecidos en el contrato para el caso de requerirse modificaciones en la obra constructiva; pues, tal como ya se ha referido, las BALI, contemplan y regulan expresamente los efectos de las modificaciones que se propongan a los anteproyectos en los siguientes términos:

- a) En el artículo 1.9.1.1, referido a la ingeniería de detalle establece: *"Durante la elaboración de los Proyectos de Ingeniería Definitiva, tanto la Sociedad Concesionaria como el MOP podrán proponer modificaciones a los Anteproyectos que forman parte de la Oferta Técnica del Concesionario adjudicatario y que forman parte del contrato de concesión, con el sólo objeto de realizar optimizaciones a los proyectos u obtener aumentos de capacidad o mejoras del nivel de servicio, sin que ello implique reducir el estándar planteado*



*en los estudios referenciales en la zona donde se plantea la modificación. No formarán parte de las modificaciones de proyectos aquellos cambios provenientes de ajustes técnicos propios de la adaptación de los anteproyectos, incluidos en los estudios referenciales, al nivel de los proyectos de ingeniería definitiva que debe realizar el Concesionario, lo cual deberá ser sometido a la aprobación del Inspector Fiscal."*

- b) Más adelante, y como también se ha consignado ya, esa misma norma regula el caso en que los referidos cambios fueren requeridos por el MOP y afecten los plazos de la puesta en servicio de la obra, estableciendo: *"En caso que la propuesta del MOP se traduzca en modificaciones al plazo de Puesta en Servicio Provisoria de la totalidad de las obras, el MOP aumentará el Plazo de Puesta en Servicio Provisoria en la cantidad de tiempo adicional que requieran las nuevas obras para el o los tramos del proyecto.*

La norma contenida en el artículo 1.12.3.1., la que también ha sido transcrita, establece: **"1.12.3.1 NUEVAS INVERSIONES EXIGIDAS POR EL ESTADO**

*En virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas con relación al artículo 69° del Reglamento de la Ley de Concesiones, desde que se perfeccione el contrato el MOP podrá modificar por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al Concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. [...]*

*Las modificaciones de obras y servicios así como de las condiciones económicas del contrato de concesión se autorizarán en forma previa a su ejecución, mediante Decreto Supremo fundado, expedido por el MOP el que deberá llevar además, la firma del Ministro de Hacienda. [...]*

*En caso que la modificación de obras y servicios no sea autorizada en forma previa a su ejecución mediante los actos administrativos señalados en este artículo, la Sociedad Concesionaria no tendrá derecho a indemnización ni compensación alguna, por cualquier costo, daño y/o perjuicio que emanen o se deriven de dicha modificación.*

*Cualquier controversia que se suscite entre el MOP y la Sociedad Concesionaria será resuelta por la Comisión Conciliadora".*



c) Por su parte, el artículo 19° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, referido por la regla de las BALI recién transcrita, establece: "**Artículo 19°.-** *El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquel indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio acerca de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el Artículo 36°.*"

d) El artículo 69° del Reglamento, también referido por la norma de las BALI consignada en el literal b), que antecede, trata de la modificación de las obras y servicios por interés público, reiterando que el Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfecciona el contrato podrá modificar, por razones de interés público las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, podrá compensar el concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. Al igual que la ley esta norma reglamentaria reitera que las modificaciones de las obras y servicios así como de las condiciones económicas del contrato deben hacerse mediante Decreto Supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas. Tampoco esta norma establece de manera precisa el modelo de compensar al concesionario, dejándolo, así debe entenderse en virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 70 siguiente,<sup>9</sup> al acuerdo de los contratantes o a la decisión de esta Comisión, en caso de desacuerdo.

95°. Que, como puede apreciarse de las normas que se han transcrito en el considerando que antecede, las modificaciones de proyectos sí pueden impactar los plazos de una obra, incluso los de

---

<sup>9</sup> La disposición referida alude a los casos en que las partes arriban a un acuerdo acerca de la ampliación o mejoramiento de la obra por iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, caso en el cual establece la necesidad de convenio complementario que "*acogerá las particulares condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión, quedando facultado el Ministerio de Obras Públicas para incluir en dicho convenio, como compensación, uno o varios de esos factores a la vez.*"



su entrada en operación. Sin embargo, como dispone en lo transcrito el artículo 1.9.1.1 de las BALI, no deben entenderse como modificación los **cambios provenientes de ajustes técnicos propios de la adaptación de los anteproyectos, incluidos en los estudios referenciales, al nivel de los proyectos de ingeniería definitiva**. Como se ha consignado, el MOP alega que los trazados fijados por la ingeniería de detalle corresponden a estos ajustes técnicos, mientras la Sociedad Concesionaria los estima como cambios significativos. El Tribunal ya ha razonado para concluir que no fueron cambios que impactaron sustancialmente el costo y que no eran ajenos a los términos de referencia, por lo que no podían estimarse como imprevisibles o como infracciones al contrato.

- 96°. Que, a todo evento, y aún que se les considerara como modificaciones al contrato y no como ajustes técnicos, para poder impactar en los plazos, resultaba menester que fueran considerados como tales y autorizados por medio de Decreto Supremo fundado, expendido por el MOP; y que, **sin dicha autorización previa a su ejecución, mediante los actos administrativos señalados en ese artículo, la Sociedad Concesionaria no tendrá derecho a indemnización ni compensación alguna, por cualquier costo, daño y/o perjuicio que emanen o se deriven de dicha modificación**, conforme disponen las BALI en su artículo 1.12.3.1, transcrito en la letra b) del considerando 94, que antecede. La misma Ley de Concesiones, en el artículo transcrito en la letra c) del mismo considerando 94°, que antecede, se puso en el evento que las partes discreparan, como lo han hecho en la especie respecto a si las exigencias del Inspector Fiscal constituían un ajuste técnico o una modificación. Disponen las BALI en esta materia, como se ha transcrito, que en ese caso, la Sociedad Concesionaria podía recurrir a esta Comisión para solucionar la diferencia. Así, mientras el MOP no reconociera, voluntariamente u obligado por esta Comisión, una modificación, mediante Decreto Supremo, y no se estableciera, nuevamente mediante el acuerdo de las partes o mediante decisión de esta Comisión, el particular efecto que tendría esa modificación en las condiciones del contrato, la Sociedad Concesionaria no tenía derecho a una extensión de los plazos que habían sido libremente aceptados por ella.
- 97°. Que, respecto de los plazos, resulta necesario consignar también que los hitos o etapas constructivas fueron establecidos y regulados en los documentos que, conforme a las definiciones, forman parte del contrato, en los siguientes términos principales:



a) El Decreto Supremo N° 940 del Ministerio de Obras Públicas, de 28 de noviembre de 2008, que adjudicó la licitación dispuso, en su numeral 9, que "De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1.9.2.6 de las Bases de Licitación, el inicio de la Etapa de Construcción de las obras se contabilizará a partir del Inicio del Plazo de la Concesión, indicando en el artículo 1.7.5 de las Bases de Licitación.

*Una vez iniciada la Etapa de Construcción, el Concesionario deberá emitir declaraciones de avance para cada una de las obras a realizar. Dichas declaraciones deberán cumplir al menos con los porcentajes de avance requeridos y entregarse en los plazos máximos indicados en el artículo 1.9.2.6."*

b) Por su parte, las BALI, disponen lo siguiente en la primera parte de su apartado 1.9.2.6: "**1.9.2.6 INICIO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS Y DECLARACIONES DE AVANCE.**

*El inicio de la Etapa de Construcción de las obras se contabilizará a partir del Inicio del Plazo de la Concesión, indicando en el artículo 1.7.5 de las presentes Bases de Licitación.*

*Una vez iniciada la etapa de construcción, el Concesionario emitirá declaraciones de avance para cada uno de las obras a realizar. Dichas declaraciones deberán cumplir al menos con los porcentajes de avance requeridos y entregarse en los plazos máximos indicados en la Tabla N°6 siguiente:*

**Tabla N°6: Plazos y Porcentajes de las Declaraciones de Avance de Obras**

<b>Porcentajes de Avance (meses)</b>			
<b>7%</b>	<b>30%</b>	<b>50%</b>	<b>70%</b>
9 <sup>(2)</sup>	14 <sup>(2)</sup>	18 <sup>(2)</sup>	22 <sup>(2)</sup>

(1) El cumplimiento de los Porcentajes de Avance de las Declaraciones se verificará en conjunto para el Sector "Cruce Las Arañas" o "Concesión Variante Melipilla - Cruce Las Arañas"

(2) Los plazos son contabilizados a partir de la aprobación por parte del Inspector Fiscal de la Ingeniería Definitiva de los Tramos asociados a la Declaración de Avance correspondiente de acuerdo a lo indicado en el artículo 1.9.1.2 de las presentes Bases de Licitación.

c) Más adelante, la misma norma de las BALI antes citada, dispone los efectos de incumplir con estos hitos de avance, los que deben ser considerados como incumplimiento grave de la Concesionaria, prescribiendo: "Si producto de la revisión de las Declaraciones de Avance o de la cuantificación de las obras en



*terreno, el Inspector Fiscal comprobare, en dos oportunidades un atraso en el avance de las obras con respecto a los porcentajes exigidos en los plazos estipulados en este artículo, esto será causal de Incumplimiento Grave de las Obligaciones de la Sociedad Concesionaria, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1.11.2.3 de las presentes Bases de Licitación."*

- 98°. Que, con las pruebas que ya se han referido y conforme se ha razonado, ha de darse por establecido que la Sociedad Concesionaria aceptó, con las observaciones ya consignadas en el considerando 85° de este fallo, la ingeniería de detalle y sus trazados de la Ruta, con pleno conocimiento de los plazos de avance y final en que debía ejecutar la obra que comprometía, sin solicitar o reclamar de tales plazos a la fecha de aceptar la obra específica a construir.
- 99°. Que, conforme a la prueba que se consigna, deben darse por establecidos también los siguientes hechos relativos a las solicitudes de alterar los hitos de avance de las obras, las respuestas que tuvieron estas solicitudes y sus efectos:
- a) La Sociedad Concesionaria solicitó, por primera vez, extender los plazos para los plazos intermedios de avance de la obra de 30%, 50% y 70%, por medio de la presentación de fecha 8 de febrero de 2012; en la que pidió al Inspector Fiscal tramitar la extensión de los plazos de las declaraciones de avance. En efecto, si bien la comunicación de 19 de agosto de 2011, que es anterior, reclama por las mayores obras, lo hace para solicitar modificaciones al contrato, a objeto que se reconozcan estas inversiones, sin pedir expresamente modificar los hitos de avance, conforme ya se ha referido y transcrito parcialmente.
  - b) El Inspector Fiscal respondió a la solicitud de 8 de febrero antes referida mediante el Ordinario N° 2763, de fecha 20 de febrero de 2012, en el que informa que corresponde a otras autoridades del MOP decidir al respecto.
  - c) Luego de esa primera solicitud y respuesta consignada en los dos literales que anteceden, la Sociedad Concesionaria envió carta, fechada 9 de marzo de 2012, declarando abiertamente que le era imposible cumplir la meta de avance de un 30%, por razones que no le eran imputables a ella, sino al MOP, por haber modificado éste el proyecto licitado. Con esa misma fecha, también remitió presentación al Inspector Fiscal, solicitando se dictara Decreto Supremo extendiendo los plazos intermedios de avance de la obra. El 13 del mismo mes y año, la Sociedad Concesionaria complementó su presentación ante esta Comisión, actuando entonces en su faz conciliadora, para



pedirle que propusiera extender los plazos de los hitos constructivos del 30%, 50% y 70%. El día 16 de igual mes y año, consta una nueva presentación ante esta misma Comisión, pidiendo se citara a las partes a una audiencia urgente, por cuanto el contrato de concesión se había hecho inviable por falta de extensión de los plazos, lo que impidió cumplir con una de las condiciones suspensivas puestas por el Banco de Chile para obtener el crédito que le permitía continuar con la obra. Por último, el 27 del mismo marzo, consta una presentación de la Sociedad Concesionaria al Coordinador de Concesiones del MOP en el que le pide considerar la extensión de los plazos de los hitos intermedios.

- d) Las anteriores solicitudes fueron abiertamente denegadas o no atendidas por el MOP, como consta de las respuestas del Inspector Fiscal y de otras autoridades del MOP de fechas 20 de febrero de 2012, mediante Ordinario N° 2763 y de 13 de marzo de 2012, así como de la falta de aquiescencia a lo pedido ante esta misma Comisión en las audiencias de fechas 23 de marzo y 2 de mayo de 2012.
- e) El Ministerio de Obras Públicas, ante el atraso en cumplir con el hito constructivo del 30% en el tiempo convenido, solicitó, con fecha 24 de mayo de 2012, que esta Comisión declarara el incumplimiento grave de las obligaciones de las Sociedad Concesionaria y el término consiguiente de la concesión, a lo que esta Comisión accedió en los términos de que da cuenta la sentencia de 16 de enero pasado, emitida en el cuaderno numerado como 4, y caratulado como "incumplimiento grave".
- f) El cumplimiento de los hitos de avance de la obra, certificados por el MOP constituían una de las condiciones del préstamo comprometido por el Banco de Chile para financiar la obra, conforme consta en el contrato de apertura de financiamiento suscrito entre el Banco de Chile y la Sociedad Concesionaria por medio de escritura pública del 7 de octubre de 2010, celebrada ante el notario de Santiago don Humberto Santelices Narducci. Conforme a lo pactado en ese contrato, el Banco de Chile o acreedor puso a disposición del deudor la apertura de dos opciones de préstamos. Respecto de cada una de esas porciones el contrato estableció que, para cursar los desembolsos respectivos debían cumplirse las condiciones suspensivas y copulativas que se pactaron en el numeral siete punto uno del mismo contrato. La cláusula 7.1 estableció 21 condiciones suspensivas, siendo la número 9 "que el Acreedor haya recibido un certificado emitido por el Ingeniero



*independientes confirmando que el avance de la construcción de las inversiones del proyecto de la concesión es satisfactorio y suficiente para cumplir con los plazos del Contrato de Concesión para obtener la puesta en servicio provisoria y lograr los hitos de avance en cada uno de los sectores de la concesión definidos en la sección Uno. Nueve. Dos. Seis de las Bases de Licitación”.*

g) Al no cumplirse con esta condición, el préstamo del Banco de Chile no se hizo efectivo, tal como consta de las cartas del Banco de Chile a la Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A. de fechas 29 de marzo de 2012 y de abril del mismo año (esta última con fecha ilegible), que se encuentran acompañadas en autos. Ambas dan respuesta a respectivas cartas de la Sociedad Concesionaria, informándole que *“mientras todas y cada una de dichas condiciones [refiriéndose a las del contrato de apertura del financiamiento, en su cláusula séptima] no estén cumplidas ni acreditadas, no es exigible el curso de créditos con cargo al financiamiento. Dentro de las condiciones suspensivas de desembolso se encuentra la certificación del cumplimiento de los hitos de avance y plazos del contrato de concesiones, situación que se encuentra en incumplimiento de acuerdo a la anotación del Inspector Fiscal, en el folio 14 del libro de obras de fecha 19 de marzo de 2012 acompañada por ustedes”.*

100°. Que, conforme a la prueba referida en el considerando que antecede, debe darse por establecido que la Sociedad Concesionaria solicitó la extensión de los plazos para cumplir con los hitos de avance intermedios de la obra; que lo hizo con insistencia y dejando claro que, si no se accedía a ello, la obra se paralizaría en razón de no poder obtener nuevos financiamientos. Igualmente debe darse por acreditado que tales solicitudes se verificaron a partir del mes de febrero de 2012; esto es, prácticamente dos años y dos meses después de haberse comprometido a construir la obra en conformidad a la ingeniería de detalle establecida como “Versión 0”; es decir a construir la obra que en este libelo califica como nueva y mayor, y un mes antes del hito de avance de un 30%. La primera solicitud la hace la Sociedad Concesionaria un día antes de declarar que no podrá cumplir con el hito de avance del 30%. La diferencia y solicitud ante la Comisión, se verificó un día antes de tener que cumplirse el hito del 30%.

101°. Que, en su escrito de 16 de marzo, que rola a fs. 156, la Sociedad Concesionaria explica haber estimado que la aprobación del aplazamiento de los hitos intermedios que solicitaba sería “un



mero trámite", por cuanto no solicitaba aplazar la terminación de la obra y porque ello había sido concedido por el MOP a otros concesionarios, circunstancia esta última que acredita acompañando copia de la Resolución DGOP N° 2642, de 30 de agosto de 2005.

102°. Que, conforme debe entenderse al tenor de las normas que se han consignado en el considerando 94°, que antecede, la Sociedad Concesionaria no tenía derecho a que se extendieran los plazos establecidos en el contrato sino en los casos en que previamente las obras hubieran sido reconocidas, por el MOP o declaradas por esta Comisión como modificaciones al contrato, recogidas en un Decreto Supremo y acordado o establecido por esta Comisión que ellas debían impactar en los plazos intermedios de construcción del contrato, nada de lo cual ocurrió en la especie. La extensión de los hitos no era un derecho de la Sociedad Concesionaria, a menos que hubiese reconocimiento previo de haberse exigido nuevas obras. Sin tal reconocimiento que la Sociedad Concesionaria no persiguió en tiempo y forma, según se ha demostrado la Sociedad Concesionaria podía tener una expectativa de que su contraparte consintiera en extender los plazos, evitando así la terminación de la concesión por incumplimiento grave de las obligaciones de la sociedad concesionaria y permitiendo que se cumpliera con la condición necesaria para que se cursara el préstamo bancario que permitiría su continuación. La Sociedad Concesionaria podía pedir se extendieran los plazos, pero no era su derecho legal o contractual que ello le fuera acogido, sin una declaración previa, libremente emitida por el MOP, a través de un Decreto Supremo, u obligado por esta Comisión que expresamente estipulara como compensación la extensión de los plazos como compensación por mayores obras declaradas. La circunstancia de que el MOP hubiera extendido los plazos constructivos a otros concesionarios tampoco es razón suficiente para entender que ello era un mero trámite que debía concederse en todos los casos.

103°. Que, en consecuencia no habiendo sido la extensión de los plazos un derecho de la parte de la Sociedad Concesionaria, sino en los casos previstos por las BALI, circunstancias que, a la fecha de sus solicitudes no estaban cumplidas, no puede calificarse que las negativas expresas o tácitas del MOP a conceder esas extensiones hayan constituido una infracción contractual culpable imputable al MOP, como solicita la Sociedad Concesionaria que sea declarado por esta Comisión.



**G. Cuarta cuestión de fondo Si el incumplimiento grave del MOP determinó la imposibilidad de continuar adelante con el proyecto.**

- 104º. Que, conforme se ha razonado en los considerandos agrupados en la letras D, E y F, anteriores, este Tribunal Arbitral no declarará que haya existido el incumplimiento grave y culpable del contrato por parte del MOP, como pretende la parte demandante en estos autos. En consecuencia, y por una cuestión de lógica, no procediendo la declaración de esas circunstancias, tampoco resulta procedente tenerlas como causa de la terminación del contrato.
- 105º. Que, en las condiciones anteriores, resulta inoficioso para este Tribunal establecer con carácter jurídico definitivo y vinculante, los hechos que derivaron en que no se cumpliera con el hito del 30% de avance de la obra y con ello el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la consiguiente paralización en el avance de la misma. Los hechos han quedado establecidos y acreditados en lo que ha resultado necesario y suficiente para resolver las restantes declaraciones pedidas por la demandante en autos, desestimándose esta última solicitud declaratoria por ser inoficiosa en razón de la concatenación lógica que ellas tienen, conforme ha quedado reseñado en el considerando anterior.

**H. Quinta cuestión de fondo: Sobre la procedencia de determinar la indemnización de los perjuicios derivados del supuesto incumplimiento contractual culpable del MOP.**

- 106º. Que, conforme a lo razonado en los considerandos agrupados en los literales D, E y F, que anteceden, estos sentenciadores no habrán de declarar, como lo solicita la demandante, el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del Ministerio de Obras Públicas. En consecuencia, no procede, por este fundamento, acoger las solicitudes de indemnización que la demandante reclama en este juicio como consecuencia del incumplimiento que alega, pues éste supuesto ha sido desestimado. Desde luego, lo reclamado por concepto de lucro cesante y daño moral no podrán, en consecuencia, ser acogidos, pues tienen su fundamento en las alegaciones de incumplimiento contractual que no se declararán.

En efecto, y como se lee en la propia demanda, el lucro cesante es reclamado por la actora como *"la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia del hecho ilícito, y por lo tanto, se trata de*



**una proyección en el tiempo de los efectos del ilícito.**" (Énfasis en el original; a fs. 325). Más adelante el actor agrega: "En definitiva, se trata de la pérdida de la ganancia o utilidad que sufre el acreedor o la víctima a consecuencia **del incumplimiento de la obligación o del hecho ilícito.**" (Énfasis añadido, a fs. 326). Como puede apreciarse de los párrafos transcritos, la demanda de lucro cesante tiene, en este libelo, fundamento esencial y único en el supuesto incumplimiento o hecho ilícito del demandado. Descartado que vaya a declararse éste, no procede acoger lo pedido como consecuencia.

Lo mismo ocurre con lo demandado como daño moral pues, al igual que en el caso anterior, el demandante lo hace derivar del **"incumplimiento contractual del Ministerio de Obras Públicas [el que] ha traído perniciosas consecuencias para nuestra representada..."**. Descartado declarar el incumplimiento contractual, no cabe estimar lo que se reclama como una consecuencia de ello.

**I. Sexta y última cuestión de fondo: Sobre la procedencia de obligar al Estado a pagar a la Sociedad Concesionaria lo invertido en la obra, para así evitar un enriquecimiento injusto. Deducciones, monto, forma y oportunidad.**

107°. Que, no obstante lo razonado y concluido en el considerandos 106°, que antecede, y tal como ha quedado establecido en los considerando 20° y 21° de esta misma sentencia, la demandante ha solicitado le sean compensados un total de 291.783 Unidades de Fomento, equivalentes a la suma de \$6.172.194.151, correspondientes a los recursos invertidos en la obra por su parte, hasta el momento de la demanda. Esta petición de la demanda se funda en el incumplimiento grave alegado y también en que "Los recursos invertidos hasta este momento en una obra cuya continuación resulta inviable y que, en lo que corresponda, quedará a beneficio fiscal en desmedro de nuestra representada"; para luego agregar en la réplica que "lo perseguido por el Estado de Chile es hacerse de la ruta en el estado en que actualmente se encuentra, sin reconocer la inversión -daño emergente- que hasta el momento ha efectuado la sociedad concesionaria y, por ende, gratuitamente. Tal forma de proceder ratifica lo que sosteníamos [...], en cuanto a la existencia de un enriquecimiento ilícito."

108°. Que, conforme se ha consignado en el considerando 26° de esta sentencia, la parte demandada se ha opuesto a que se aplique este principio general alegando que el fundamento del enriquecimiento injusto invocado procede sólo ante la ausencia de



motivo que justifique el enriquecimiento; pues ese es el elemento que marca la injusticia y permite la aplicación del principio; que es la falta de razón que fundamente el enriquecimiento lo que provoca la inequidad que conviene corregir, y que, en este caso el Fisco no ha visto injustificadamente aumentado su patrimonio, como lo sería si hubiera efectivamente recibido la obra comprometida y se negare a pagar por ella. En segundo lugar, se excepciona aduciendo que esta institución tiene el límite necesario de la inexistencia de un contrato que explique el desplazamiento patrimonial, no pudiendo ser enmendadas por la vía de la *actio in rem verso* las consecuencias que se derivan del contrato celebrado entre demandante y demandado.

109°. Que, del modo descrito en los dos considerandos que anteceden, y como ya se ha establecido en los considerandos 20°, 21° y 26°, puede apreciarse que el demandante ha pedido ser compensado o resarcido en una suma equivalente a lo invertido en la obra, que tiene, entre sus fundamentos o causas de pedir, no sólo el incumplimiento contractual que se aduce, sino también el hecho de tratarse de recursos invertidos por ella en una obra de la que ya su parte no se beneficiará, pues no la explotará, y que beneficiará el Estado de Chile, lo que, de no compensarse constituiría un enriquecimiento injusto para éste; mientras la demandada pide el rechazo de este fundamento por no ser injusto el enriquecimiento y por cuanto la causa del desplazamiento patrimonial se encuentra en el contrato, haciendo improcedente la aplicación de este principio.

En consecuencia, cabe entender que las partes trabaron contienda respecto de esta cuestión, la que el Tribunal se encuentra así obligado a resolver, no siendo siquiera necesario invocar para ello, el principio de *iura novit curia*, de amplia aceptación en nuestra jurisprudencia, la que lo extiende incluso para permitir a los jueces decir el derecho al margen del invocado por las partes o para acoger una pretensión en base a un razonamiento jurídico diverso al expuesto al momento de fundamentar la demanda.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo, las sentencias de la C. Suprema, 6 de mayo de 1964, R.D.J., t. 61, sec. 1ª, p. 81; la de la misma C. Suprema, 25 de julio de 1958, R.D.J., t. 55, sec. 1ª, p. 188; C. Suprema, 11 de agosto de 1965, R.D.J., t. 62, sec. 1ª, p. 272; C. Suprema, 7 de junio de 1972, R.D.J., t. 69, sec. 1ª, p. 75, y la C. Concepción de 29 de abril de 1963, R.D.J., t. 60, sec. 2ª, p. 49. En sentencia de la C. Suprema, de 11 de agosto de 1965, R.D.J., t. 62, sec. 1ª, p. 272, se trata este principio y la capacidad de los tribunales de decir el derecho, incluso al margen del invocado por las partes, a la categoría de "axioma jurídico, que como tal no requiere demostración". Tal calificativo sirve en el fallo para sostener que la libertad de los jueces en la aplicación del derecho es lo que constituye la esencia de la facultad de



110°. Que, con el mérito de lo sentenciado por esta misma Comisión con fecha 16 de enero pasado, en el expediente N° 4 de terminación inmediata, debe tenerse por cierto que la concesión se ha dado por terminada y que, en esas condiciones, el Estado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 28° de la Ley de Concesiones, estará en condiciones de volver a licitar la misma obra, la que cuenta con un grado de avance que se encuentra reconocido por el propio MOP, según se detallará.

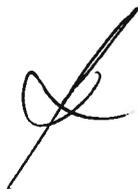
111°. Que igualmente debe darse por establecido que lo invertido por la demandante en la construcción de la Ruta G-60 beneficia al Estado de Chile. Al efecto debe de considerarse que se trata de un bien nacional de uso público (artículo 589 del Código Civil), en el cual la Sociedad Concesionaria ha construido, aunque no concluido, unas obras que esperaba legítimamente explotar, en razón de una licitación a la que se ha puesto término anticipado, produciéndose el efecto de restituirse ellas y el suelo al uso y goce privativo del Estado, por el sólo ministerio de la ley, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 602 del mismo Código Civil, con las modalidades establecidas en la Ley de Concesiones.

112°. Que se verifican en la especie todos y cada uno de los requisitos para acoger la petición de la demandante en cuanto pide se le restablezca lo invertido en la obra que quedará a beneficio del demandado, y que funda, en parte, como se ha dicho, en evitar el enriquecimiento injusto; pues efectivamente el MOP se enriquece con la obra construida, aunque ésta no se haya concluido, en el valor que más adelante se demostrará. En segundo lugar, resulta claro también que la terminación de la concesión acarrea al demandante un empobrecimiento, en cuanto deja de ser licitante, con derecho a explotar la concesión. En tercer lugar, el enriquecimiento y empobrecimiento tienen una evidente relación simétrica de causalidad. En cuarto lugar, y como se fundamenta más extensamente en los considerandos que siguen, existe falta de causa o justificación jurídica en el enriquecimiento que se produce al aprovechar el MOP, sin compensación, lo construido por la

---

juzgar, la que si fuere restringida a las argumentaciones de los litigantes "haría ilusoria la justicia".

Así, el profesor de la Universidad de Valdivia, Iván Hunter Ampuero, en el artículo "*Iura Novit Curia en la Jurisprudencia Civil Chilena*"; luego de compulsar innúmeros fallos de los Tribunales de Justicia en este tema, afirma que en nuestro sistema "El juez en virtud de este poder de apreciar las normas aplicables a la cuestión debatida puede suplir, rectificar o complementar las explicaciones o razonamientos que sustentan las defensas de los litigantes. En otras palabras, puede acoger una pretensión en base a un razonamiento jurídico diverso al expuesto al momento de fundamentar la demanda." Artículo disponible digitalmente en el sitio: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200010&script=sci\\_arttext#n18](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200010&script=sci_arttext#n18).



Sociedad Concesionaria. El contrato de licitación no es título para que el MOP, a esta fecha, pueda disponer del camino sin contraprestación por ello, pues conforme a sus términos, ese derecho sólo habría nacido al término del plazo de su explotación por parte de la Sociedad Concesionaria. Por último, algunos agregan -y ello resulta altamente discutido, tanto en la doctrina nacional como extranjera- que debe de tratarse de la única acción útil del empobrecido.<sup>11</sup> En la especie, este discutible requisito también se cumple, pues esta misma sentencia desestima la indemnización con fundamento en el incumplimiento contractual del MOP.

113º. Que la prohibición de enriquecimiento injusto constituye una fuente de las obligaciones que puede y debe razonarse con independencia de la declaración de responsabilidad. Como enseña el reputado autor español Antonio Hernández Gil, *"...cuando se considera precisamente como una de las fuentes de las obligaciones el enriquecimiento injusto (o, más exactamente, la prohibición del mismo), no se alude a ese significado global y amplio del enriquecimiento que se considera y evita a través de las más varias instituciones jurídicas, sino que se dota al enriquecimiento injusto de un significado autónomo como directo generador de obligaciones. Puede, por tanto, afirmarse que el total Derecho de obligaciones (incluso el Derecho civil en su conjunto) aparece estructurado de tal modo que no tenga lugar un enriquecimiento injusto. Pero si, pese a esa general finalidad de las normas y de los medios instrumentales puestos a su servicio, es lo cierto que llega a producirse, entonces la prohibición del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse. Este es el significado autónomo del enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones: se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece, y no siendo justo tal enriquecimiento, careciendo de justificación o de causa que lo legitime, surge una obligación dirigida a realizar la prestación que elimine el enriquecimiento.*

---

<sup>11</sup> Sobre el debate en este aspecto, ver Daniel Peñailillo Arévalo: "El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones." Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIII, Nº 2, 1996, Págs. 83 a 85. Este autor nos informa que la doctrina francesa y la alemana "se postula insistentemente en que lo razonable es permitir que el perjudicado pueda elegir el camino que le parezca para proteger sus derechos; ..."



Poco más adelante, el mismo autor añade: **"El nacimiento de la obligación no descansa en la comisión de un acto ilícito por el enriquecido; no se requiere la culpa del enriquecido. Se trata, sencillamente, de que el desplazamiento patrimonial en que se traduce carece de una fundación que lo legitime. A los efectos del enriquecimiento no cuenta tanto la intervención que en la producción del mismo haya tenido el que se enriquece, cuanto el hecho de que se haya producido a expensas de otro. Entre enriquecimiento y empobrecimiento tiene que mediar una relación de causalidad material; de hecho, el beneficio del incremento patrimonial que uno experimenta es consecuencia del perjuicio que otro sufre. Pero como esa causalidad material no se ajusta al deber ser jurídico, procede la corrección del resultado. El enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente inexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable."**<sup>12</sup> En nuestro medio, múltiples autores nacionales tratan y reconocen también al enriquecimiento injusto como una fuente autónoma de obligaciones, sin perjuicio de ser además, una fuente inspiradora de varias figuras legales.<sup>13</sup>

114<sup>o</sup>. Que, así, debe desestimarse el primero de los motivos invocados por la demandada para el rechazo de la aplicación de la causa de pedir que ahora se analiza; por cuanto, como se ha razonado ya, una vez declarada la terminación de la concesión, el Estado efectivamente habrá de aprovechar la construcción parcial efectuada por la Sociedad Concesionaria. La obra Ruta G-60 se

<sup>12</sup> Hernández Gil, Antonio. "Derecho de Obligaciones", Editorial CEURA, Madrid, 1983; páginas 262 y 263. Énfasis añadido.

<sup>13</sup> Tal es el caso, por ejemplo de Daniel Peñailillo, en la obra citada en la nota que antecede. Ver página 71 y ss. Así, por ejemplo, en página 72-73, este autor la explica como fuente de las obligaciones como "una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir." También Waldo Figueroa Vázquez, en "La acción de enriquecimiento sin causa", Santiago, 1997, Editorial Jurídica Conosur. En página 87 de la obra referida, entre los elementos constitutivos de la definición, el autor incluye la inexistencia de un tipo legal que sancione o reconozca expresamente los hechos que la generan. De modo similar se pronuncia Patricia Chotzen, en la obra de Gonzalo Figueroa Yáñez, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2011, páginas 11 a 29.



encuentra avanzada o parcialmente construida, sin que la Sociedad Concesionaria aproveche lo construido, pues no podrá explotarla, con el consiguiente empobrecimiento, mientras el MOP, Fisco de Chile, se enriquecerá al hacerse de esa obra, sin tener que indemnizar al Concesionario por incumplimiento contractual, conforme ya se ha razonado. Todo ello es sin perjuicio de lo que se razonará más adelante respecto de los efectos que podría tener la aplicación de lo dispuesto en el artículo 28° de la Ley de Concesiones.

115°. Que, en cuanto al segundo motivo de rechazo del enriquecimiento injusto aducido por la demandada, debe también desestimarse, pues ciertamente el contrato de concesión constituyó la fuente de la obligación en virtud de la cual la Sociedad Concesionaria construyó parte de la obra en la que ahora perderá todo derecho; pero el contrato, como ya se ha establecido, no puede considerarse como fuente que justifique, ni menos en sede de equidad, el enriquecimiento que se verifica en el patrimonio de la demandada, pues el contrato no tenía por objeto y finalidad que la obra quedara a beneficio del demandado sin la previa explotación por parte de la Sociedad Concesionaria. En virtud de la terminación de la licitación de una obra parcialmente construida, el principio general del derecho y la fuente de la obligación que es el enriquecimiento injusto se impone por equidad. Todo ello, al igual que en el caso anterior, es sin perjuicio de los efectos que podría tener la aplicación de lo dispuesto en el artículo 28° de la Ley de Concesiones que se considerará más adelante.

116°. Que, de lo razonado en los considerandos que anteceden, agrupados en esta letra I, esta Comisión da por establecido que efectivamente, como lo alega la demandante, de no accederse a la compensación que solicita por lo invertido por ella en la construcción de la Ruta G-60, se produciría un beneficio económico injusto en favor del Fisco de Chile, que consistiría en aprovechar lo construido para una obra pública, sin que el constructor de esa misma obra reciba compensación por ella, salvo en lo que se dirá más adelante respecto del artículo 28° de la Ley de Concesiones. Ello constituiría una situación de enriquecimiento sin causa para el Fisco y un deterioro patrimonial injusto para el licitante.

117°. Que, tomando las palabras de Hernández Gil, ya citado, resulta imperioso corregir *la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse*. Ella se ha generado en la terminación de una licitación decretada por esta misma Comisión que no ha dado lugar a prestaciones mutuas y que tampoco dará lugar a



indemnizaciones que tengan su fundamento en el incumplimiento grave de la parte del MOP, el que ha quedado descartado, en este fallo. En esas condiciones el enriquecimiento injusto, invocado por la demandante como una causa de pedir, se constituye como la fuente de la obligación de pagar, que opera con autonomía e independencia de las responsabilidades y culpas que ya se han razonado en esta sentencia.

118°. Que esa obligación imperiosa de corregir el enriquecimiento injusto, al margen de las consideraciones de incumplimiento contractual y culpas es especialmente aplicable a esta Comisión Arbitral que, conforme lo establece el artículo 36° de la Ley de Concesiones, *"actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores"*; expresión que, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, le obliga a fallar *"obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren"*. En estas condiciones, no podría eludir corregir el enriquecimiento injusto que se deriva de la terminación de una concesión que deja una obra avanzada, aunque inconclusa. Ello sin perjuicio de los que se considerará acerca de los efectos que debe producir el mecanismo establecido en el artículo 28° de la Ley de Concesiones, conforme se razonará.

119°. Que para evitar el efecto injusto descrito en el considerando anterior, esta Comisión procederá, con fundamento en la figura y principio de prohibición del enriquecimiento injusto descrita, a acoger la demanda en el sólo sentido de ordenar que el MOP, Fisco de Chile, pague a la parte demandante la suma que se dará por acreditada fue lo que ella invirtió en la obra pública referida, en la oportunidad y conforme a los cálculos y deducciones que se consideran en los razonamientos que siguen.

120°. Que el artículo 28° de la Ley de Concesiones, en su versión aplicable a la presente causa, contenida en el Decreto Supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de ese mismo año, que *"Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991"*, establece precisamente algunos efectos, entre ellos de carácter económico, que se siguen de la declaración de terminación de una concesión por incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario, como la que ha procedido a sentenciarse por esta misma Comisión, respecto de estas mismas partes con fecha 16 de enero recién pasado. El inciso tercero de esa disposición establece que, en el evento de terminación de la licitación por incumplimiento grave a la que aludimos, aplicable en la especie, *"el Ministerio deberá proceder, además, a licitar públicamente y en el*



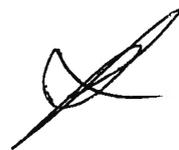
*plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste."* A continuación ese inciso establece las bases de la nueva licitación. El inciso cuarto de la misma disposición regula, al igual que el primero, la intervención de la obra, mientras que los incisos quinto, sexto y séptimo, que ahora interesan especialmente, disponen lo siguiente:

*"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, ni inferior a la mitad en la segunda licitación. A falta de interesados se efectuará una tercera licitación, sin mínimo.*

*La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hará exigibles los créditos que se encuentren garantizados con la prenda establecida en el Artículo 43º de esta ley. Ellos se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario.*

*En el evento de que durante la intervención la sociedad concesionaria hubiere contratado créditos con la aprobación de los acreedores indicados en el inciso anterior, y dichos créditos fueren exigibles, ellos se harán efectivos en el producto de la referida licitación con preferencia a los garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública."*

121º. Que, como puede apreciarse de lo dispuesto en el artículo 28º de la Ley de Concesiones, especialmente en su inciso sexto citado en el considerando que antecede, es posible que, del producto de una nueva licitación, resulte alguna suma que deba pagarse al acreedor de los créditos que se encuentren garantizados con la prenda establecida en el Artículo 43º de esa misma ley o, en el remanente, al primitivo concesionario, que en la especie no es otro que la misma Sociedad Concesionaria demandante. En consecuencia, y como resulta manifiesto, el enriquecimiento injusto que se ha venido demostrando en los considerandos anteriores se verificará sólo en el monto de la diferencia entre lo invertido por la Sociedad Concesionaria y lo que pueda obtener ella o su acreedor prendario, si lo hubiere, en razón de lo que dispone el artículo 28º de la Ley de Concesiones respecto de la nueva licitación; lo que obliga a esta Comisión a considerar esta forma de amortización, lo que hará tanto al determinar la cuantía de lo que debe pagársele al demandante para evitar el enriquecimiento injusto, como en la oportunidad del pago; todo ello conforme se razonará y decidirá más adelante.



122°. Que, del propio tenor del artículo 28° recién transcrito, queda también en evidencia que sus prescripciones no constituyen un mecanismo suficiente para evitar el enriquecimiento injusto. Desde luego, lo que de la nueva licitación pueda obtener la concesionaria anterior o su acreedor prendario es una cifra siempre inferior a su inversión, y cuya cuantía depende del mínimo de un remate; el que, en un tercer llamado puede ser igual a cero.

Lo que se ha razonado en el párrafo que antecede, queda de manifiesto al revisar el cambio que el propio legislador hizo al artículo 28° en comentario en el año 2010, a través de la Ley N° 20.410. En efecto, luego de la modificación de la norma en análisis, la Ley dispone ahora la necesidad de compensar o amortizar al primer licitante tanto para el caso que se verifique, como para el caso que no se verifique una nueva licitación. En el primero de los eventos, el nuevo inciso tercero del artículo 28° dispone que *"el monto recaudado producto de ella será de propiedad del concesionario original, sin perjuicio de lo señalado en el inciso sexto de este artículo."*; estableciendo así un derecho de propiedad cierto en el producto de la nueva licitación en favor del anterior concesionario. Por su parte, el inciso quinto del nuevo precepto legal que citamos se pone en el caso que el Ministerio de Obras Públicas decidiera no volver a licitar la obra, disponiendo, para este evento, que *"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."* En lo que sigue, ese inciso se pone en el evento que las partes no llegaren a acuerdo disponiendo, para ese caso, la intervención de la Comisión Técnica y de la comisión arbitral del artículo 36°.

Como puede apreciarse, el mismo legislador ha procedido a modificar lo dispuesto en el artículo 28°, de un modo que no es aplicable en la especie, en razón de lo prescrito en el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.410, ya referida; dejando de manifiesto y en evidencia la insuficiencia de la Ley aplicable al



conflicto de autos para evitar por sí sola el enriquecimiento injusto que se ha venido considerando.

123º. Que, para determinar la suma de lo invertido por la Sociedad Concesionaria en la obra pública Ruta G-60, obran en autos las siguientes piezas de prueba principales:

- a) El informe de avance N° 14 de la Sociedad Concesionaria, cerrado al 14 de marzo de 2012 y fechado el día 16 de ese mismo mes; fecha en la que sustancialmente la obra cesó en sus progresos sustantivos, informa al Inspector Fiscal haber invertido un 21,8% del total presupuestado. Cabe consignar que, en esa fecha, y conforme al cronograma acordado, es que debía alcanzarse un 30% de la inversión proyectada.
- b) El 16 de ese mismo mes, es decir el mismo día en que la Sociedad Concesionaria remitió su informe, el Inspector Fiscal emitió el Ordinario N° 2864, en el que consideró que ésta había invertido, al 14 de marzo, un 20,61% de lo proyectado, equivalente a 175.444,05 Unidades de Fomento. Cabe consignar que esta estimación del Inspector Fiscal no tuvo a la vista el informe consignado en la letra a), que antecede.
- c) El 12 de abril de 2012, una vez que el Inspector Fiscal tuvo a la vista el informe de la Sociedad Concesionaria aludido en la letra a), que antecede, procedió a emitir el Ordinario N° 2977, en el que reconoce que la Sociedad Concesionaria ha invertido en la obra pública la cantidad de 175.972,02 Unidades de Fomento, equivalentes a un 20,79% de la inversión proyectada.
- d) En informes de avance sucesivos, que también obran en autos, la Sociedad Concesionaria aportó elementos para concluir que había alcanzado un 25,2% de avance de la obra, en el mes 16, al 14 de mayo de 2012; un 26,01% de avance en el mes 18, al 14 de julio del mismo año; un 26,17% de avance de la obra al mes 19, al 14 de agosto; un 25,99% en el mes 20, al 14 de septiembre; un 26,02% al mes 21, al 14 de octubre; un 26,02% al mes 22, cerrado al 14 de noviembre y un 25,71% de avance en el mes 23, cerrado al 14 de diciembre del mismo año.
- e) Que, de igual modo, el Inspector Fiscal observó los informes de avance de obra referidos en el literal anterior y reconoció, a través de los Ordinarios cuyo número y fecha se indica en la primera de las columnas de la tabla que sigue, para las fechas de cierre que se consignan en la segunda columna, la inversión que se lista en la tercera columna, equivalente al porcentaje de inversión que se indica en la cuarta y última columna:

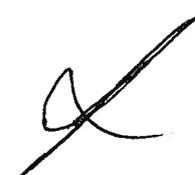


Tabla de Inversiones reconocidas por el Inspector Fiscal a partir de marzo de 2012.

Nº y fecha del Ordinario	Fecha de cierre	Monto que se reconoce como invertido, en UF	Porcentaje de la inversión total programada que se reconoce
3363, de 07/08/2012	14/07/2012	196.945,03	23,14%
3418, de 28/08/12	14/08/2012	196.945,03	23,14%
3500, de 01/10/12	14/09/2012	197.520,6	23,2%
3541, de 25/10/12	14/10/2012	197.520,6	23,2%
3619, de 29/11/12	14/11/2012	197.520,6	23,2%
3660, de 26/12/12	14/12/2012	197.504,75	23,06%

- f) Después de diciembre de 2012, no se ha acreditado en autos que la parte de la Sociedad Concesionaria haya emitido más informes de avance o el Inspector Fiscal nuevas estimaciones acerca de la cantidad y porcentaje invertidos.
- g) Obra en este proceso, por haberse ordenado traer a la vista, un informe del IDIEM, de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, de 8 de enero de 2013, que lleva por título "*Verificación de la Inversión ejecutada en Obra Ruta G-60*". Su objeto, conforme consta en las bases de conciliación que rolan a fs. 1 y siguientes de ese mismo cuaderno N° 9, ordenado traer a la vista, aparecen consignadas también en la página 3 de ese informe final como "*verificar que la inversión en obras ejecutadas por la Concesionaria en la Concesión Conexión vial Melipilla Camino de la Fruta, que estableció la Inspección Fiscal del contrato en 197.520,60 UF al 30 de septiembre de 2012, sea consistente con el avance físico real de la obra sin considerar los efectos producidos por eventuales descuentos a las obras ejecutadas*". El cálculo de lo invertido se efectuó por IDIEM, de manera independiente, en base a las cubicaciones y antecedentes documentales disponibles, presentados tanto por la Inspección Fiscal como por la Sociedad Concesionaria, además de las inspecciones a terreno, realizadas por IDIEM, conforme consta en la misma página 3 de ese informe y en la metodología, que se describe en la página 6 de ese mismo texto. El informe luego de describir las diferencias habidas entre la Concesionaria y el Inspector Fiscal respecto del avance físico financiero de la obra, de revisar ese mismo avance en sus visitas de inspección, y de considerar los precios unitarios avalúa de manera independiente "**el monto total de la inversión ejecutada al 14 de octubre de 2012 en 198.951,52 UF, lo que corresponde al 23,37% del monto total del contrato (sin considerar los efectos producidos por eventuales descuentos a las obras**

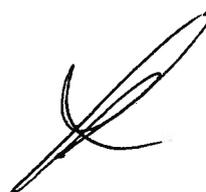


***ejecutadas).***” De ese modo y conforme al cometido que se le había encargado, concluye también *“que la inversión total en obras ejecutadas estimadas por la Inspección Fiscal en 197.520,60 UF al 30 de septiembre de 2012 es razonable y se ajusta a lo ejecutado por la Concesionaria”*. Así lo consigna el informe de IDIEM, conforme consta a fojas 120 del cuaderno N°9, ya referido.

124°. Que, conforme a lo consignado, ambas partes reconocen que la Sociedad Concesionaria hizo inversiones en la obra que son algo menores a la cuarta parte del total programado invertir en ella y difieren en sus estimaciones en cifras que no llegan al 3% del total de lo programado invertir. Para determinar la cantidad invertida por la Sociedad Concesionaria en la construcción de la Ruta G-60, esta Comisión estará a lo estimado por el IDIEM, por tratarse de un informe de una entidad independiente a las partes, que goza de prestigio y que fundó extensa y minuciosamente su informe, para valorizar la obra en la suma de 198.951,52 UF, conforme se ha consignado en la letra g), del considerando que antecede.

125°. Que, a la cifra antes 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 avaluar 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 período 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.

127°. Que esta Comisión no hará deducciones distintas a consagrada en el considerando 125°, que antecede y del que proceda conforme a los efectos que, en este caso puedan producirse de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 28° de la Ley de Concesiones, conforme se determinará. Si bien los deterioros de la obra fueron calculados por el IDIEM hasta el mes de septiembre de 2013; lo que arroja deterioros no calculados desde el mes de octubre de 2013, no es menos cierto que la sentencia que pone término a la licitación es anterior a ésta y permite la designación de un interventor, y que además, con fecha 1 de febrero de 2012, las partes arribaron a un acuerdo, que fue aprobado por esta Comisión, en virtud del cual se permitió al MOP ingresar e intervenir la obra, adoptando, por medio de la Dirección de Vialidad y a costa de la Sociedad Concesionaria, medidas de conservación, mantención, seguridad, mitigación de peligro y restablecimiento de la bidireccionalidad

128°. Que, conforme a los conceptos y guarismos consignados en los considerandos que anteceden, la demandada será obligada a pagar a la demandante la cifra de 180.134,99 Unidades de Fomento, según el valor de dicha unidad a la fecha del pago efectivo, la que resulta de restar 18.816,53 UF a la cantidad de 198.951,52 UF, ya justificadas, en los considerandos que anteceden. A esa cifra habrá de deducirse lo que corresponda en razón de las resultas de lo prescrito en el artículo 28° de la Ley de Concesiones, conforme se ha razonado en los considerandos 120° a 122°, que anteceden y que ahora pasa a precisarse.

129°. Que, en cuanto a la manera en que el Fisco de Chile habrá de hacer pago a la Sociedad Concesionaria de la suma calculada en base a los razonamientos anteriores, debe tenerse presente lo ya expuesto en el considerando 120° y 121°, respecto a que el producto de la nueva licitación sirve al pago de los créditos garantizados con la prenda establecida en el Artículo 43° de esa misma Ley de Concesiones, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario.

A objeto de evitar que lo dispuesto en la Ley y consignado en el considerando anterior pueda derivar en una doble amortización o compensación para la parte demandante, consistente en la que aquí se declarará y la que pueda derivarse de la disposición legal citada, habrá de declararse expresamente que el Ministerio de Obras Públicas podrá imputar la suma dispuesta en el inciso penúltimo del artículo 28° de la Ley de Concesiones que hubiera



aprovechado a la Sociedad Concesionaria o a su acreedor prendario, al pago de la suma a la que será obligado en esta sentencia y referida en el considerando 128º, que antecede. Como este eventual remanente sólo podrá determinarse en su existencia y cuantía una vez que se halla llevado a cabo la nueva licitación de la obra, a la que alude el artículo 28º de la Ley de Concesiones, no parece equitativo ni razonable que el pago de la compensación que se ha razonado y se declarará se haga exigible sino hasta que esa nueva licitación sea llevada a cabo y se determine la deducción que pueda corresponder en virtud de ella, en razón de lo que corresponda a la Sociedad Concesionaria o a su acreedor prendario, como producto de esa licitación y por efecto del artículo 28º de la Ley de Concesiones, tantas veces referido.

130º. Que la cifra que resulte de deducir el valor indicado en el considerando que antecede a la cantidad de 180.134,99 Unidades de Fomento, señalada en el considerando 128º, deberán sumársele los intereses corrientes por el período que medie entre la presente sentencia y la del pago efectivo.

#### **J. Consideraciones sobre costas.**

131º. Que, no habiendo sido vencida totalmente ninguna de las partes, y habiendo ambas tenido motivo plausible para litigar, como se demuestra de los razonamientos que anteceden, necesarios para hacerse cargo de sus plausibles alegaciones, habrá de declararse que cada parte pagará sus costas personales y que las procesales de la presente causa, incluyendo los honorarios de los integrantes de ésta Comisión, como los del señor Secretario y el peritaje realizado en estos autos deben de pagarse por mitades entre las partes. Al efecto, el Secretario deberá certificar el total de las costas devengadas en esta causa y hará el cálculo de lo que corresponda a cada una de ellas.

#### **K. Otras peticiones, excepciones y pruebas.**

132º. Que esta Comisión no acogerá la petición de obligar al MOP a restituir a la Sociedad Concesionaria las 10 boletas de garantía de construcción, por UF 4.000 cada una, como se pide en la demanda. Dichas boletas fueron tomadas con el objeto de garantizar el cumplimiento de una serie de obligaciones en la etapa constructiva. El Reglamento de la Ley de Concesiones, contenido en el Decreto Supremo N° 956 del MOP, de 1997, en su artículo 33º establece seis causales por las cuales el MOP puede hacer efectivas esas boletas, incluyendo la celebración por parte de la Sociedad Concesionaria de ciertos contratos, sin autorización expresa del MOP, el incumplimiento de sanciones y multas



impuestas durante la concesión; la no renovación de las garantías en tiempo; el incumplimiento de obligaciones para con terceros, reuniéndose otras condiciones y otras. Las BALI, en su artículo 1.8.1 prescriben 17 casos que permiten hacer efectivas esas boletas. La gran mayoría de esos casos no han sido objeto del presente juicio. Es posible incluso, que en razón de algunos de aquellos motivos, todo o parte de las boletas se hayan hecho efectivas por razones distintas a aquellas únicas que esta Comisión, acogiendo una medida cautelar, ordenó al MOP abstenerse de hacerlas efectivas.

133°. Que, concluido el presente juicio, procede decretar el alzamiento de la medida precautoria de retención decretada provisionalmente a fs. 456 y 508 y de modo definitivo a fs. 646.

134°. Que esta sentencia no considera las alegaciones del MOP consistentes en los incumplimientos contractuales de la demandante; pues fueron interpuestos subsidiariamente a la alegación de no haber incumplido su parte el contrato, invocando lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil. Habiéndose descartado declarar el incumplimiento del MOP, no tendría sentido alguno examinar si puede justificarse en los incumplimientos de la contra parte.

135°. Que la restante prueba mencionada en los vistos y no examinada especialmente en los considerandos de esta sentencia en nada alteran los razonamientos que anteceden, pues la mayor parte de ella tenía por objeto demostrar o desmentir la cuestión referida en el considerando anterior.

**Y vistos** lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 589, 602, 1437, 1545, 1546, 1558, 1560 a 1566, 1680 y 1827, todos del Código Civil; 83, 303, 357, 358, 636 a 644 del Código de Procedimiento Civil; artículos 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales; lo dispuesto en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido establecido por el Decreto Supremo N°900 del MOP de 1996; el Reglamento de Concesiones, que lleva el número 956 del Ministerio de Obras Públicas de 1997; el Decreto Supremo N° 940 del MOP, de 2008; el Texto Corregido y Refundido de las Normas de Procedimiento de la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada "Conexión Vial Melipilla - Camino de la Fruta", el que rola a fs. 2 y siguientes de autos; ls "Normas de Procedimiento de la Comisión Arbitral del contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal denominada 'Conexión Vial Melipilla - Camino de la Fruta'", agregado a fs. 418 y las demás normas legales, reglamentarias y contractuales



citadas a lo largo de este fallo, así como las razones de equidad y prudencia expuestas en los considerandos que preceden,

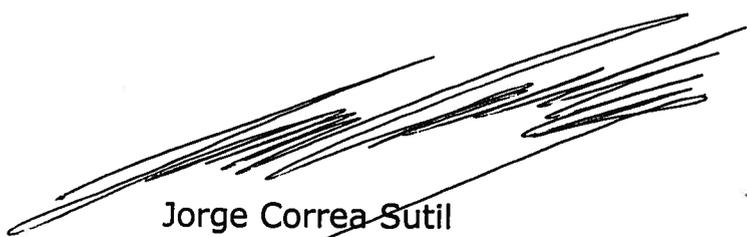
**Se declara:**

1. Que se rechazan las tachas interpuestas respecto de los testigos Félix Antonio Maldonado López y Joaquín González López.
2. Que, en cuanto pudieran considerarse como objeciones documentales, se rechazan todas y cada una de las formuladas por la parte demandante a fs. 1.112, respecto de documentos acompañados por el MOP en su presentaciones de fojas 1.036, 1.039, 1.042, 1.045, 1.047, 1.052, 1060, 1.061, 1.063, y 1.065, y la interpuesta a fs. 1264, respecto del documento acompañado por el MOP a fojas 1.217.
3. Que, en cuanto pudieran considerarse como objeciones documentales, se rechazan todas y cada una de las formuladas por la parte demandada en el primer otrosí de su presentación de fojas 1.181, relativa a los documentos acompañados como números 26 y 27 por la Sociedad Concesionaria en su presentación de fojas 1.069, y la objeción de fojas 1.217, relativa a los documentos exhibidos por la Sociedad Concesionaria a fojas 1.117.
4. Que se rechazan las objeciones formuladas por la parte demandada a fojas 133, respecto de los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria en los números 4, 5 y 6 del primer otrosí de su escrito de fs. 16 y siguientes; en el cuarto otrosí de la presentación de fojas 184, respecto de los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria, en los puntos 2, 3, 4 y 5 del primer otrosí de su presentación de fs. 142, y las objeciones de fojas 1.181, relativas a los documentos acompañados por la Sociedad Concesionaria como números 12 y 13 de su presentación de fojas 1.069.
5. Que se rechaza la incompetencia del tribunal, planteada como excepción por la demandada.
6. Que se acoge la demanda sólo en cuanto se declara que la parte demandada, el Ministerio de Obras Públicas, debe pagar a la demandante, la Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A., la suma única y total de ciento ochenta mil ciento treinta y cuatro coma noventa y nueve Unidades de Fomento (180.134,99), en su equivalente en pesos a la fecha del pago efectivo que se ha razonado en esta sentencia como equivalente a lo invertido por ésta en la obra pública denominada "Conexión Vial Melipilla - Camino de la Fruta", en la oportunidad que se indica en el numeral 7 que sigue y con menos la deducción que se consigna en el numeral 8 siguiente. La cifra resultante deberá pagarse con

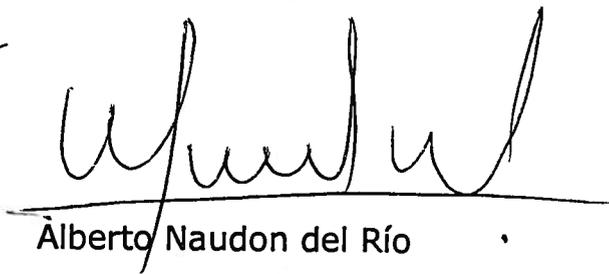
intereses corrientes que habrán de calcularse desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago efectivo.

- 7. Que el pago resuelto en el numeral 6 anterior no será exigible sino hasta que se verifique la nueva licitación de la obra mencionada, "Conexión Vial Melipilla - Camino de la Fruta", dispuesta por el artículo 28° de la Ley de Concesiones.
- 8. Que todo o parte de la cifra resuelta en el numeral 6 que antecede podrá ser pagada por el mecanismo que resulte de aplicar lo dispuesto por el artículo 28° de la Ley de Concesiones; debiendo, en consecuencia, imputarse y deducirse de la suma a que se obliga en el resuelve 6, que antecede, la cantidad que resulte de la aplicación del referido precepto legal en favor de la Sociedad Concesionaria Ruta G-60 S.A. o de su acreedor prendario.
- 9. Que se rechaza en todo lo demás la demanda de autos.
- 10. Que se deja sin efecto la medida precautoria decretada a fs. 646 de autos.
- 11. Que cada parte pagará sus costas personales y la mitad de las costas procesales que ha generado la presente causa, incluyendo los honorarios de los integrantes de ésta Comisión, así como los del señor Secretario y los de la pericia decretada y realizada en estos autos, debiendo la cuantía de ellas ser certificadas por el Sr. Secretario de la Comisión.

Se previene que el integrante de la Comisión don Miguel Otero concurre a rechazar la incompetencia del tribunal fundado tan sólo en los razonamientos que se contienen en los considerandos 33° a 43° y 60° a 63°, todos inclusive, los que estima suficientes para su rechazo, sin compartir lo razonado en los considerandos 44° a 59°.



Jorge Correa Sutil



Alberto Naudon del Río

Certifico que la presente sentencia fue acordada por los tres miembros titulares de la Comisión, no firmando don Miguel Otero Lathrop, quien concurrió al acuerdo y al texto que antecede, por encontrarse ausente.



Daniel Amar Zaninetti  
Secretario

Stgo, 30 de enero de 2014  
Conforme 