EN LO PRINCIPAL: DEDUCE EXCEPCIONES DILATORIAS DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO; **EN EL OTROSÍ:** CONTESTA DEMANDA.

SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL
"CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE"

PABLO MUÑOZ AGURTO, Abogado, en representación del Ministerio de Obras Públicas, en autos arbitrales del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal "CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE", al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto digo:

Que por este acto y de conformidad a las disposiciones de los artículos 9 y 21 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de esta H. Comisión, vengo en deducir la cuarta excepción dilatoria prevista en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, esto es *"La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda"*, fundado en que la demanda deducida se ha presentado a trámite sin contar con la concurrencia del requisito exigido por el inciso noveno del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas para su interposición, esto es *"la puesta en servicio definitivo de la obra"*.

En efecto, el inciso noveno del mencionado artículo 36 bis señala *"Salvo disposición en contrario de esta ley,* ***las partes deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción..."*** (Énfasis añadido)

En los hechos, **la presente obra aún no cuenta con la puesta en servicio definitiva** y el hecho o ejecución del acto que motiva este libelo se refiere a los cambios normativos que habrían afectado a los proyectos de señalización y seguridad vial en su etapa de construcción, por lo que <u>resulta claro que la presente demanda se ha interpuesto sin la concurrencia del requisito de procedencia exigido por la ley que marca el inicio del plazo previsto para hacerlo, por lo que su tramitación no puede continuar</u>.

En subsidio, para el caso de estimarse que los hechos alegados no configuran la excepción de ineptitud del libelo, vengo en deducir la sexta excepción dilatoria prevista en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, esto es *"En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida"*. Teniendo presente los fundamentos señalados con anterioridad, es claro que este procedimiento se encuentra viciado por cuanto la demanda se ha presentado sin la concurrencia de un requisito exigido por la Ley de Concesiones y fuera del plazo establecido para hacerlo.

En conclusión, la presente demanda no puede continuar su tramitación por haberse presentado infringiendo la normativa que regula su interposición y fuera del plazo establecido para hacerlo.

POR TANTO,

RUEGO A LA H. COMISIÓN ARBITRAL, tener por deducidas las excepciones dilatorias principal y subsidiaria, y en definitiva se acoja la ineptitud del libelo o se corrija el procedimiento, teniendo por no presentada la demanda por faltar un requisito de procedencia exigido en la Ley de Concesiones, que marca el inicio del plazo en que las partes deberán formular sus reclamaciones, con expresa condena al pago de las costas y de los gastos de funcionamiento de esta H. Comisión.

EN EL OTROSÍ: Para el caso imprevisto de no acogerse las excepciones dilatorias opuestas, dentro de plazo contemplado en las Normas de Procedimiento vengo en contestar la demanda arbitral interpuesta el 31 de marzo de 2016, por don Enrique Alcalde Undurraga, en representación de la Sociedad Concesionaria RUTAS DEL DESIERTO S.A., en adelante "Sociedad Concesionaria" o "demandante", mediante la cual busca se condene al Ministerio de Obras Públicas a pagar por supuestos sobrecostos asociados a cambios normativos en materia de seguridad y señalización vial, solicitando desde ya su total rechazo, con expresa condena en costas, atendidas las argumentaciones de hecho y de derecho que a continuación expongo.

En su demanda, la Sociedad Concesionaria omite todo análisis de la normativa legal y contractual que rige sus obligaciones en esta materia, utilizando como fundamento de su pretensión la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 del Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas. Por lo anterior, es de suma importancia aclarar que la presente demanda arbitral se enmarca dentro del proceso de elaboración y aprobación de los Proyectos de Ingeniería de Detalle, que la Sociedad Concesionaria debe confeccionar como parte de las obligaciones que válida y voluntariamente ha contraído en virtud del presente contrato de concesión, y específicamente se refiere a los cambios normativos que habrían afectado a los **proyectos de señalización y seguridad vial** de la obra.

Teniendo en consideración el tratamiento que la Ley de Concesiones de Obras Públicas, su Reglamento, y las Bases de Licitación otorgan al riesgo de la obra, que el Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad y el Manual de Señalización de Tránsito del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones son instrumentos cuya actualización es previsible, que la Sociedad Concesionaria no puede alegar desconocimiento del estado del arte en materia de seguridad y señalización vial, y los principios de igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las Bases de Licitación que informan el desarrollo de toda concesión de obra pública fiscal, es posible sostener que el contrato de concesión y la normativa que lo rigen **atribuyen a la Sociedad Concesionaria el riesgo y responsabilidad del cambio normativo alegado.**

En consecuencia, **la presente demanda arbitral no puede prosperar** por no existir responsabilidad imputable al Ministerio de Obras Públicas.

En el caso improbable que la H. Comisión Arbitral estime, que el cambio normativo alegado excede el riesgo y responsabilidad atribuible a la Concesionaria en el presente contrato y que tiene aplicación la norma de excepción prevista en el inciso primero del artículo 19 de la LCOP, **la demandante deberá acreditar en este proceso el cumplimiento copulativo de cada uno de los requisitos de procedencia de esta hipótesis de compensación y la existencia y valor de los eventuales costos adicionales.**

En conclusión H. Comisión Arbitral, los cambios normativos alegados y la compensación cuyo pago se pretende corresponden a situaciones que se enmarcan dentro los riesgos que la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación han puesto de cargo de la Sociedad Concesionaria, y respecto de las cuales tampoco se configuran los requisitos de procedencia de la hipótesis de compensación prevista en el artículo 19 inciso 1° del Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996.

I.- NO EXISTE RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, LOS CAMBIOS NORMATIVOS ALEGADOS CORRESPONDEN A SITUACIONES QUE SE ENMARCAN DENTRO LOS RIESGOS QUE LA LEY DE CONCESIONES, SU REGLAMENTO Y LAS BASES DE LICITACIÓN HAN PUESTO DE CARGO DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

NORMAS QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA

El Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado del D.F.L. MOP N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, modificada por la Ley 20.410, en su artículo 1° inciso segundo dispone expresamente que *"Las concesiones que se otorguen contemplarán **la obligación del concesionario de cumplir, durante toda la vigencia de la concesión, con los niveles de servicio, estándares técnicos o ambos**, establecidos en las respectivas bases de licitación, para las diferentes etapas y condiciones de la concesión."* (Énfasis añadido)

Por su parte, el articulo 19 inciso segundo establece *"La inversión del concesionario para cumplir con los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación y en el contrato de concesión, **no será susceptible de compensación económica adicional** a la considerada en dichos instrumentos, salvo para los casos excepcionales en que así se hubiere previsto en las bases de licitación."* (Énfasis añadido)

Al referirse al régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra, establece claramente en su artículo 22 número 2 que *"Las obras se efectuarán **a***

entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación*, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. ...*" (Énfasis añadido)

Del mismo modo, el Decreto Supremo MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en su articulo 63 trata la responsabilidad del concesionario en los siguientes términos *"**El concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del contrato de concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras, y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el contrato de concesión**, sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas."* (Énfasis añadido)

En este mismo sentido, existen numerosas disposiciones de las Bases de Licitación del presente contrato que de manera inequívoca determinan la responsabilidad de la Sociedad Concesionaria en esta materia:

El **artículo 1.2.1** de las Bases de Licitación, **menciona las principales normas legales que se aplican al contrato de concesión**, y en su párrafo segundo establece una norma de interpretación, al disponer: *"En todo caso, ante cualquier discrepancia en la interpretación de los documentos que conforman las Bases de Licitación y la normativa vigente que sea aplicable al Contrato de Concesión, primará lo dispuesto en dicha normativa."*

En el **artículo 1.5** se dispone que es *"**obligatorio que los Licitantes o Grupos Licitantes realicen el estudio exhaustivo de todos los documentos entregados por el MOP** indicados en 1.4.1, 1.4.3 y 1.4.5, todos artículos de las presentes Bases de Licitación. Además, deberán contar con toda la información complementaria necesaria que se deba obtener en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes, para la preparación de su oferta, como también los permisos que correspondan de forma de lograr una exacta apreciación de las características de las obras, sus dificultades, normativas aplicables y costos asociados...*", y que *"En virtud de lo anterior, **el Adjudicatario o Concesionario, según corresponda, no podrá aducir ignorancia, desconocimiento o falta de información acerca de las condiciones necesarias para construir, reparar y explotar, según corresponda, las obras y servicios objeto de la concesión**, una vez presentada su Oferta Técnica."* (Énfasis añadido)

El **artículo 1.4.1** se refiere a los **documentos que forman parte de las Bases de Licitación**, entre ellos se señala de manera expresa a las Bases Administrativas, Técnicas, Económicas y a las Circulares Aclaratorias emitidas por el Director General de Obras Públicas.

El **artículo 1.4.2** establece que *"**El Presupuesto Oficial Estimado de la Obra** es de 5.040.000 UF (cinco millones cuarenta mil Unidades de Fomento), cantidad que considera*

las obras señaladas en el artículo 1.3 de las presentes Bases de Licitación. Este valor es referencial y considera el valor nominal de las obras del contrato de concesión, incluyendo los Gastos Generales y Utilidades, pagos de la Sociedad Concesionaria durante la etapa de construcción y los costos para la elaboración del Proyecto de Ingeniería de Detalle. No se incluye el impuesto al valor agregado (IVA)." (Énfasis añadido)

El **artículo 1.4.3**, menciona los **Estudios Referenciales** que serán puestos a disposición de los Licitantes o Grupos Licitantes, y en su párrafo segundo señala de manera expresa: *"Los antecedentes entregados por el MOP señalados en el presente artículo* ***tienen el carácter de indicativo siendo de total responsabilidad, cargo y costo de la Sociedad Concesionaria la elaboración del Proyecto de Ingeniería de Detalle y la materialización de las obras necesarias*** *para el adecuado funcionamiento y cumplimiento de los estándares exigidos en las presentes Bases de Licitación."* (Énfasis añadido)

El **artículo 1.4.5** entrega a los Licitantes o Grupos Licitantes la **facultad de hacer consultas sobre las Bases de Licitación**. Esta norma consagra el derecho de los postulantes a hacer todas las consultas que estimen pertinentes sobre cualquier temática contemplada en las Bases de Licitación y que les merezca alguna duda.

Esto es muy importante, ya que las respuestas a estas consultas se incluyen en comunicaciones llamadas "Circulares Aclaratorias" que son entregadas a todos los licitantes, y algunas de estas Circulares Aclaratorias pueden implicar modificaciones a las Bases de Licitación.

En el **artículo 1.5.5** de las Bases, se regula sobre **los documentos que el licitante debe incluir en el sobre de oferta técnica**, en su Letra A) "Antecedentes Generales", Documento N° 2, dispone la obligación de entregar una **"Declaración Jurada"** respecto de una serie de circunstancias, siendo de interés para el presente análisis la circunstancia contemplada en la letra d) *"Haber examinado y estar conforme con estas Bases de Licitación, demás antecedentes y documentos de las mismas,* ***aceptando expresamente las obligaciones que le imponen el cumplimiento de la Ley de Concesiones, su Reglamento, estas Bases de Licitación y demás normativa aplicable al Contrato de Concesión, no teniendo reparo u objeción que formular.*** *En consecuencia, se libera al Ministerio de Obras Públicas, de toda responsabilidad por eventuales errores u omisiones que pudieran tener los referidos antecedentes y documentos."* (Énfasis añadido)

Del mismo modo, resulta de interés mencionar que en el Documento N° 7 "Aceptación de Estudios Referenciales", de la Letra B) "Oferta Técnica" del mencionado artículo, se contempla que *"Los Licitantes o Grupos Licitantes que no acepten total o parcialmente los Estudios Referenciales, deberán presentar en forma de anexo, en su Oferta Técnica uno o más Anteproyectos Alternativos sólo de aquellas partes que difieren –complementarias o suplementarias- de los Estudios Referenciales entregados por el MOP…"*, y que *"… el Licitante o Grupo Licitante acepta y hace suyo todas aquellas partes de los Estudios*

Referenciales que no fueron modificadas por el o los anteproyectos alternativos presentados, por tanto, se hace responsable de su contenido ***no pudiendo en el futuro, como Concesionario o en cualquier otra instancia, alegar perjuicios ni compensaciones por eventuales errores u omisiones existentes en la(s) parte(s) no modificada(s) de los estudios Referenciales.****"* (Énfasis añadido)

En cuanto al **cumplimiento del ordenamiento jurídico**, el **artículo 1.7.8.1** dispone: *"Para todos los efectos legales, el contrato de concesión se considerará celebrado en Chile y deberá interpretarse conforme a la Legislación Chilena.*

El Concesionario deberá cumplir con todas las leyes, decretos y reglamentos de la República de Chile vigentes a la fecha de la firma del Contrato, que se relacionan con la materia ***y con todas aquellas normas que se dicten durante su vigencia****. De igual manera, serán de su entero cargo y costo todos los derechos, impuestos, tasas, contribuciones y otros gravámenes y cualesquiera otros desembolsos que fueran necesarios para la construcción de las obras y su explotación."* (Énfasis añadido)

Por su parte, en lo relativo a la **responsabilidad de la Sociedad Concesionaria** el **artículo 1.7.8.2** establece *"El Concesionario será siempre responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del Contrato de Concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras,* ***de la operación de la concesión, así como del cumplimiento de los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las presentes Bases de Licitación para las diferentes etapas y condiciones de la concesión, durante toda su vigencia, y del cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión,*** *sin perjuicio de las funciones de dirección y control que corresponden al Ministerio de Obras Públicas."*

En otro orden de ideas, se debe traer a colación lo dispuesto en el **artículo 1.9.1.1, Ingeniería de la Obra**, que en sus párrafos 1° y 3° dispone *"La Sociedad Concesionaria deberá elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle 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, incluidas todas las copias que el Inspector Fiscal solicite y para todas las instancias de revisión,* ***a su entero cargo, costo y responsabilidad, conforme a los estándares técnicos establecidos en los Estudios Referenciales entregados por el MOP, las presentes Bases de Licitación y demás documentos que forman parte del contrato de concesión.*** *La Sociedad Concesionaria, sólo podrá iniciar la construcción de las obras que cuenten con la aprobación de los proyectos de ingeniería de detalle correspondientes.... Durante la elaboración de los Proyectos de Ingeniería de Detalle, 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 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 de Detalle que debe realizar el Concesionario, *lo cual deberá ser sometido a la aprobación del Inspector Fiscal."* (Énfasis añadido)

En el mismo sentido, el **artículo 2.2.1**, **Normas de Diseño**, dispone que *"Los Proyectos de Ingeniería de Detalle que debe confeccionar la Sociedad Concesionaria deberán cumplir los estándares técnicos contenidos en estas Bases Técnicas y en los Estudios Referenciales,* ***así como también en la normativa vigente,*** *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"* (Énfasis añadido). Entre los documentos que menciona esta norma se cuentan *"Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP, versión Marzo 2008,* ***incluidas todas sus actualizaciones al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo. Volumen 2 al 9.*** *... Manual de Señalización de Tránsito del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Específicamente, Cap. 1 "Introducción", Cap. 2 "Señales Verticales" (Agosto 2000), Cap. 3 "Demarcaciones" (Enero 2001), Cap. 4 "Semáforos" (Junio 1989), Cap. 5 "Señalización Transitoria y Medidas de Seguridad para Trabajos en la Vía (Enero 2003), Cap. 6 "Facilidades Explicitas para Peatones y Ciclistas" (Febrero 2004)* ***y sus modificaciones o nuevas versiones en especial Cap. 4, 7, 8 y 9."*** (Énfasis añadido). Finalmente el presente artículo señala *"Además,* ***el MOP podrá, durante el desarrollo de los estudios, solicitar al Concesionario precisar, acotar y/o corregir la información de éstos,*** *con el objetivo de que se cumplan las condiciones de suficiencia para definir adecuadamente las obras objeto de la presente Concesión,* ***debiendo el Concesionario desarrollar a su entero cargo y costo los estudios que sean necesarios."*** (Énfasis añadido)

DE LAS NORMAS CITADAS PODEMOS OBTENER LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES

La Sociedad Concesionaria conocía desde que tomó conocimiento de las Bases de Licitación, **la exigencia contractual de elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir, entre otros factores, con la normativa vigente**, idea que dichas Bases reafirman en el caso del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP y del Manual de Señalización de Tránsito del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Este hecho cierto, surge de **la obligación de la concesionaria de estudiar exhaustivamente todos los documentos entregados por el MOP en los términos precisos y perentorios dispuestos en el artículo 1.5** ya citado, documentos dentro de los que se encuentran las Bases de Licitación, exigiéndole además, contar con toda la información complementaria necesaria que se deba obtener en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes, para la preparación de su oferta, como también los permisos que correspondan **de forma de lograr una exacta apreciación de las**

características de las obras, sus dificultades, normativas aplicables y costos asociados, incluso establece que el adjudicatario o concesionario *"no podrá aducir ignorancia, desconocimiento o falta de información acerca de las condiciones necesarias para construir, reparar y explotar, según corresponda, las obras y servicios objeto de la concesión, una vez presentada su Oferta Técnica"*, como pretende ahora a través de esta demanda.

En este punto, es preciso recordar que el **artículo 1.4.5** de las Bases **consagra el derecho de los postulantes a hacer todas las consultas que estimen pertinentes sobre cualquier temática contemplada en las Bases de Licitación** y que les merezca alguna duda, ello con el objeto de que tengan absoluta claridad respecto de los términos y condiciones establecidos para la ejecución y desarrollo de la concesión de la obra.

Otro antecedentes que es relevante mencionar, es la **Declaración Jurada que la Sociedad Concesionaria presentó en el proceso de licitación** en la que reconoce haber examinado y estar conforme con las Bases de Licitación ***"aceptando expresamente las obligaciones que le imponen, el cumplimiento de la Ley de Concesiones, su Reglamento y demás normativa aplicable al Contrato de Concesión, no teniendo reparo u objeción que formular"***.

Las Bases de Licitación han establecido claramente el deber de **cumplimiento del ordenamiento jurídico** -artículo 1.7.8.1- y la **responsabilidad de la Sociedad Concesionaria** -artículo 1.7.8.2- en el presente contrato, y aunque parezca obvio, dichas Bases reiteran que es responsabilidad del concesionario el "***cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión"***, y según ya lo hemos mencionado, **es una obligación del contrato elaborar los proyectos de ingeniería de detalle debiendo cumplir con la normativa vigente.**

En resumen, (i) las Bases de Licitación desde un principio contenían la obligación de elaborar los proyectos de ingeniería de detalle debiendo cumplir con la normativa vigente; (ii) la concesionaria estaba obligada a conocer en su integridad las Bases de Licitación y aceptó que no podía alegar ignorancia, desconocimiento o falta de información sobre ellas; (iii) Debía recabar y contar con toda la información complementaria necesaria; (IV) tuvo la posibilidad de hacer las consultas pertinentes a objeto de precisar el sentido y alcance de la norma contractual; (V) Declaró bajo juramento aceptar expresamente las obligaciones que le impone la Ley de Concesiones, su Reglamento, demás normativa aplicable al Contrato de Concesión.

De los antecedentes expuestos, resulta del todo evidente **que el cambio normativo alegado es de exclusiva responsabilidad de la Sociedad Concesionaria.**

DE ACOGERSE LA TESIS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA SE ESTARÍAN VULNERANDO GRAVEMENTE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE LOS OFERENTES Y DE ESTRICTA SUJECIÓN A LAS BASES DE LICITACIÓN

Resulta oportuno traer a colación los principios que informan todo proceso de concesión de obra pública fiscal, y que básicamente corresponden a la igualdad de los oferentes y a la estricta sujeción a las Bases de Licitación.

Estos principios deben ser siempre respetados, tanto en el proceso de licitación, como en la adjudicación, construcción, explotación y término de un contrato de concesión.

La igualdad de los oferentes exige que no se pueden establecer criterios que permitan dar un trato diferente a uno o varios postulantes en detrimento de otros, y que durante el desarrollo del contrato, debe aplicarse su contenido de manera que no represente o signifique un cambio en las condiciones que se pusieron en conocimiento de todos los interesados, que pueda significar una ventaja no considerada en las BALI o un ahorro no previsto.

Por su parte, la estricta sujeción a las Bases significa que las normas contenidas en las Bases de Licitación se deben comprender de manera literal, reduciendo la posibilidad de interpretación de las mismas, puesto que siempre ha de estarse a lo que de manera expresa, precisa y categórica disponen.

En definitiva, si se estima que la Sociedad Concesionaria no es responsable por el cambio normativo alegado y que este configuraría la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones, no solo se estaría vulnerando las disposiciones de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, de su Reglamento y del Contrato de Concesión según hemos señalado en acápites anteriores, sino que **además se produciría una grave vulneración a estos importantes principios que rigen todo proceso de concesión de obra pública fiscal.**

EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS NO HA SUSCRITO NINGÚN ACUERDO, NI HA MODIFICADO LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS OBRAS Y SERVICIOS CONTRATADOS EN MATERIA DE SEÑALIZACIÓN Y SEGURIDAD VIAL

La demandante afirma reiteradamente en su libelo, la existencia de un supuesto acuerdo con el MOP mediante el cual se habrían reconocido los costos adicionales cuyo pago se reclama. Considera que los costos adicionales que un Inspector Fiscal haya mencionado en una comunicación vinculan jurídicamente al Ministerio de Obras Públicas, pese a que dicha proposición fue rechazada por el Ministerio de Hacienda y nunca llego a perfeccionarse.

En este punto, debemos recordar que estamos en presencia de una especie de contrato administrativo regido por las normas del derecho público y que las relaciones

entre el Ministerio y el Concesionario también se rigen por dichas normas. En consecuencia, la modificación de un contrato de concesión no pasa simplemente por las comunicaciones que se sostengan con quien desempeña el rol de Inspector Fiscal, la Ley de Concesiones y su Reglamento, regulan en detalle el procedimiento modificatorio.

Solo una vez formalizado el acto administrativo respectivo, que según la Ley de Concesiones de Obras Públicas corresponde a un Decreto Supremo fundado del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar además la firma del Ministro de Hacienda, surge para las partes la obligación de honrar los acuerdos que en este se contengan.

Resulta precario pretender que comunicaciones con funcionarios del MOP, tengan la autoridad legal para obligar al Fisco de Chile. La Concesionaria no puede sostener válidamente que por las conversaciones o comunicaciones que sostuvo con el Inspector Fiscal en un acotado periodo de tiempo, se genera una obligación para MOP en orden a compensar los costos adicionales demandados, sobre todo considerando que es el mismo MOP quien ha comunicado en distintas instancias el rechazo a dicha pretensión, fundado en múltiples antecedentes entre los que se cuenta la negativa del Ministerio de Hacienda. **Insistir con esta argumentación, implica que la Concesionaria desconoce la normativa legal, reglamentaria y contractual que rige sus relaciones con el MOP y los principios que informan el Derecho Administrativo.**

Teniendo presente lo expuesto, negamos tajantemente la imputación genérica realizada por la demandante respecto a la supuesta infracción de variados principios de derecho, como los de buena fe, seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima, enriquecimiento sin causa, entre otros.

II.- NO SE VERIFICA EL CUMPLIMIENTO COPULATIVO DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA HIPÓTESIS DE COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL INCISO 1° DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE CONCESIONES

Las situaciones alegadas son de entero riesgo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, sin perjuicio de ello y para el caso de estimarse aplicable la hipótesis de compensación prevista en el inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, señalamos a la H. Comisión Arbitral que no se verifica el cumplimiento copulativo de los requisitos de procedencia de esta hipótesis de compensación.

1° QUE EL ACTO SE PRODUZCA CON POSTERIORIDAD A LA ADJUDICACIÓN DE LA CONCESIÓN.

Respecto de este requisito debemos tener presente, que la adjudicación de esta concesión fue realizada mediante Decreto Supremo MOP N° 225 de 6 de junio del año 2011, publicado en la edición del Diario Oficial del 3 de septiembre del mismo año y, que las modificaciones normativas alegadas se encuentran constituidas por Resolución Dirección de Vialidad (Exenta) Nº 1411, de fecha 16 de marzo de 2012, que aprobó la

Edición 2012 del Manual de Carreteras -que se compone de la integración de la Edición 2010, los 6 Complementos emitidos el mes de diciembre de 2011, algunas modificaciones adicionales, además de correcciones de redacción- y por Decreto Supremo Nº 78, de fecha 3 de abril de 2012, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que aprobó el texto actualizado del Manual de Señalización de Tránsito.

El requisito que nos ocupa **se debe ponderar con especial cuidado**, si bien los actos alegados se producen con posterioridad a la adjudicación de la concesión, **estos no se pueden considerar como sobrevinientes** -la hipótesis del inciso 1° del artículo 19 se refiere al caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública- **por cuanto su ocurrencia fue una probabilidad contemplada en las Bases de Licitación** al establecer en su artículo 2.2.1 la obligación contractual de elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir, entre otros factores, con la normativa vigente –se debe precisar que la elaboración de los Proyectos de Ingeniería de Detalle concluye con su total aprobación por parte del Inspector Fiscal-. Esta obligación, según ya lo hemos señalado en varias oportunidades, fue conocida desde el principio por la Sociedad Concesionaria, teniendo además la obligación de recabar, previo a realizar su Oferta Técnica y Económica, toda la información a su respecto y la facultad de realizar consultas para aclarar su sentido y alcance.

2° QUE NO HAYA PODIDO SER PREVISTO AL TIEMPO DE SU ADJUDICACIÓN.

De lo expuesto en el punto I de esta presentación, aparece con absoluta claridad que la concesionaria estuvo en condiciones de prever el eventual cambio normativo que reclama, ya que figuraba de manera expresa en las Bases de Licitación esta probabilidad, declaró haber estudiado estas normas, prestó declaración jurada que las había examinado y que estaba conforme con ellas pudiendo, incluso, haber hecho consultas sobre el sentido y alcance de esta disposición.

De este modo, la concesionaria no sólo pudo prever la ocurrencia del hecho que ahora reclama sino que, además, era del todo conocido y así lo declaró bajo juramento, por lo que no puede pretender ahora desconocer esta circunstancia so pretexto de un daño patrimonial derivado de un costo adicional que conocía, debió prever y debió considerar en su oferta y en su presupuesto.

En este sentido, la demandante pretende traspasar las consecuencias de su negligencia o falta de cuidado al MOP, vulnerando con ello el principio "nadie puede aprovecharse de su propio dolo o de su propia torpeza".

En otro orden de ideas y según ya lo hemos mencionado, **no es posible considerar que el contenido de la modificación normativa le haya sido imprevisto a la Sociedad Concesionaria**, por cuanto:

a).- El Manual de Carreteras es un documento elaborado por la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, con el objeto de establecer políticas y uniformar procedimientos e instrucciones en las distintas áreas técnicas en que ésta se desenvuelve, para cumplir su función de planificar, diseñar, construir, conservar y operar las carreteras y caminos que componen la red vial del país, junto con velar por la seguridad vial y protección ambiental. En su sitio oficial la Dirección de Vialidad señala expresamente que *"... está concebido como un sistema integral,* ***en permanente actualización****, que entrega pautas, métodos, procedimientos y criterios aplicables en las diferentes materias, apoyando a profesionales y técnicos, tanto públicos como privados."* (Énfasis añadido)

Su especialidad, contenido y permanente actualización, **son circunstancias ampliamente conocidas en el sector dedicado a la ejecución de proyectos de infraestructura vial pública**. Respecto a sus actualizaciones, ellas principalmente dicen relación con adecuaciones a los estándares vigentes en las distintas áreas técnicas a que es aplicable.

Situación similar ocurre con el Manual de Señalización de Tránsito del Ministerio de Trasporte.

b).- El postulante y posterior Sociedad Concesionaria, dada la complejidad técnica y envergadura de las obras en licitación en este tipo de proyectos, **se encuentra constituido por empresas de reconocida experiencia en el rubro de la edificación vial pública, por lo que gozan de un amplio conocimiento del estado del arte al momento de analizar los antecedentes de una licitación determinada**, siendo previsibles para ellas los cambios que provengan de la actualización de estándares técnicos, como el ocurrido en este caso.

En este punto, no debemos olvidar que el Manual de Carreteras cuenta con un link especializado dentro de la página web de la Dirección de Vialidad, que da cuenta de las actualizaciones e información respecto a las ediciones de dicho Manual, con un sistema de reportes de actualización que en la actualidad presenta más de 55.000 inscritos entre usuarios nacionales y extranjeros. Para bajar de dicho link los volúmenes del Manual de Carreteras es necesario registrarse, quedando con esta gestión automáticamente incorporado al sistema de reporte de actualización del Manual de Carreteras. A modo de ejemplo del sistema de reporte de actualización, **podemos mencionar que el aviso de aprobación de los complementos a los Volúmenes N° 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Edición 2010 del Manual, que formaron parte importante de las actualizaciones incorporadas por la Edición 2012, fue comunicado a los usuarios mediante correo electrónico de fecha 2 de enero de 2012**, finalizando dicha comunicación con la siguiente frase *"los complementos se encuentran disponibles para la descarga de todos los usuarios en nuestro sitio web".*

Así las cosas, tampoco concurre en la especie este segundo requisito.

3° QUE NO CONSTITUYA UNA NORMA LEGAL O ADMINISTRATIVA DICTADA CON EFECTOS GENERALES, QUE EXCEDA EL ÁMBITO DE LA INDUSTRIA DE LA CONCESIÓN.

Este requisito exige expresamente que la norma legal o administrativa **no exceda el ámbito de la industria de la concesión**, que no constituya una norma dictada con efectos generales.

En los hechos, el Manual de Carreteras y el Manual de Señalización de Tránsito **son utilizados como normas técnicas en todo tipo de actividades relacionadas con la edificación vial, no solo en caminos concesionados,** teniendo aplicación en caminos de tuición de la Dirección de Vialidad, SERVIU, Minería, etc. Todo camino que acceda a un camino público, debe cumplir los estándares técnicos exigidos por estos manuales.

De lo expuesto, tampoco concurre el presente requisito.

4° QUE ALTERE SIGNIFICATIVAMENTE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO.

La Sociedad Concesionaria para intentar dar sustento a su demanda sostiene que *"... en definitiva se condene al MOP a pagar sobrecostos que han afectado y afectarán a la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. (en adelante la "Concesionaria" o Sociedad Concesionaria"), lo que permitirá restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, que se ha quebrado por la decisión de la autoridad."*

De esta afirmación se desprende que la demandante en principio, omite o pretende ignorar que **es su obligación elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir, entre otros factores, con la normativa vigente**, obligación que es parte del contrato de concesión y que figura en términos claros y precisos en varias disposiciones de las Bases de Licitación, especialmente para este caso en el artículo 2.2.1, lo que fue conocido previamente por todos los postulantes.

Sin perjuicio de su omisión inicial, la Concesionaria en la página 18 de su demanda señala expresamente que *"... el licitante que se adjudicó la concesión, estudió y ofertó en base Estudios Referenciales entregados por el MOP y que forman parte integrante del Contrato. Dichos Estudios tenían estándares técnicos que se basaban en la normativa del volumen N° 6 del Manual de carreteras en su edición de marzo de 2008,* ***no obstante lo cual, las ofertas fueron presentadas, considerando la actualización normativa de dicho manual vigente a la fecha de la presentación de las mismas, esto es, conforme a la edición del año 2010. Más aún, durante largos meses –septiembre de 2011 a marzo de 2012- mi representada preparó los Proyectos de Ingeniería en base a dichas versiones pues eran las únicas existentes a la época..."*** (Énfasis añadido). De lo expuesto se concluye que, la Concesionaria reconoce explícitamente su obligación

de respetar la normativa vigente al momento de desarrollar los Proyectos de Ingeniería, y la inobservancia u omisión de los complementos de los Volúmenes N° 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Edición 2010 del Manual, que formaron parte importante de las actualizaciones incorporadas por la Edición 2012, cuya aprobación fue comunicada por el sistema de reporte de actualización del Manual de Carretera con fecha 2 de enero de 2012 según mencionamos con anterioridad, oportunidad en la que también se comunicó la disponibilidad de los complementos aprobados en la página web de la Dirección de Vialidad.

A continuación, en la página 19 cita el mencionado artículo 2.2.1 de las Bases de Licitación y reconoce expresamente que *"Es importante señalar que las BALI contienen el deber de la Sociedad Concesionaria de confeccionar su ingeniería y construir considerando las obligaciones estipuladas para estos efectos en los Manuales de Carreteras y de Señalización del Tránsito, según sus versiones actualizadas, modificadas o nuevas versiones, que estuvieran vigentes a la fecha de confeccionar la ingeniería de detalle."* En definitiva, nuevamente **reconoce de manera explícita que es su obligación elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir con la normativa vigente y que esta obligación nace de las BALI**, no obstante ello y según sus alegaciones posteriores, pretende traspasar el costo de cumplir esta obligación al Ministerio de Obras Públicas, postura que carece de todo fundamento y que no puede ser aceptada.

En los hechos, la concesionaria debió considerar el riesgo de este eventual cambio normativo al momento de presentar su postulación, como lo hicieron o debieron hacer los demás licitantes, lo que tiene lugar en este momento es que la Sociedad Concesionaria asuma el riesgo y responsabilidad que implicó cumplir una obligación válidamente contraída en virtud del contrato de concesión, y **cuyos eventuales mayores costos son el resultado de la deficiente evaluación que ella misma realizó al momento de presentar su oferta técnica y económica**.

ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL INCISO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS

Merece una especial mención lo dispuesto en el inciso séptimo del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que señala *"En el caso de los incisos tercero, cuarto y quinto de este artículo, el cálculo de las compensaciones y el ajuste de los parámetros mencionados en el inciso anterior, deberá siempre efectuarse de manera tal de obtener que el valor presente neto del proyecto adicional sea igual a cero, todo ello considerando la tasa de descuento aplicable y el efecto económico que el proyecto adicional pueda tener en el proyecto original, incluido el mayor riesgo que pueda agregar al mismo."* Esta fórmula **solo tiene aplicación en aquellos casos previstos en los incisos tercero, cuarto y quinto de la norma citada**, que dicen relación con la facultad que la Ley de Concesiones otorga al Ministerio de Obras Públicas para modificar las características de las obras y servicios contratados. **En caso de costos provenientes**

del cumplimiento de obligaciones válidamente contraídas por la Sociedad Concesionaria, de su entero cargo y riesgo, por cierto que el valor presente neto de dichos costos no será igual a cero y tampoco podrá considerarse como factor que altere el régimen económico del contrato.

NO EXISTE UNA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO

La alegación de la Sociedad Concesionaria de una alteración del equilibrio económico y financiero del Contrato por parte del MOP no es efectiva, porque el contrato de concesión es un contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que **se adjudica en condiciones de incertidumbre relativa para ambas partes.**

Tanto el MOP asume un riesgo al licitarlos, como la Sociedad Concesionaria asume otro riesgo al participar en la licitación, riesgo éste último que se refleja en el precio que ofreció en competencia con otros licitantes.

Ni en la Ley de Concesiones ni en el Contrato de Concesión se alude a alguna obligación especial, de alguna de las partes de garantizarle a la otra un equilibrio económico ni una rentabilidad asegurada en este tipo de relaciones contractuales.

La hipotética obligación de garantizarle a la Sociedad Concesionaria un equilibrio económico o una rentabilidad asegurada, requeriría o una regla explícita de garantía o una regla especial de lesión, lo que resulta incompatible con el mecanismo de licitaciones, que tiene por objeto promover la competencia entre los distintos postores interesados en la celebración del contrato, asegurar un precio óptimo, para finalmente asignar el derecho a explotar la obra a quien ofrezca el menor costo para satisfacer el interés público comprometido.

El Estado tiene el deber de garantizar el bien común, pero el Estado no tiene ninguna obligación, explícita o implícita, de garantizar ingresos a los particulares, puesto que su existencia importaría transferir rentas a éstos.

De hecho H. Comisión, nuestros Tribunales Superiores ya se han pronunciado más de una vez a este respecto. Por ello, frente a la intención de la demandante de ser compensada a fin de restablecer un supuesto equilibrio económico-financiero del contrato de concesión de obra pública, debemos citar el fallo de 22 de mayo de 2009 de la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que conociendo del recurso de queja N° 4188-2008 en contra de los árbitros de la Concesión" Ruta 5, tramo Río Bueno-Puerto Montt", se pronunció respecto al supuesto desequilibrio económico del contrato.

A continuación transcribimos parte del considerando 12° de la sentencia, que establece los criterios en este asunto alegado por nuestra contraparte. Lo subrayado es nuestro:

Considerando 12º: "*Que, como segundo capítulo de la queja, se alude a un concepto mencionado en el motivo previo, así como en otros pasajes de esta sentencia. Se trata de la supuesta alteración del equilibrio económico del contrato, que sería el principio fundante de las concesiones de obras públicas. Tal como la misma queja lo afirma, el derecho vigente en la República no contempla la exigencia de mantener un supuesto equilibrio patrimonial entre las prestaciones de las partes, que vaya aparejado a los contratos de concesión adjudicados en licitación.*

... el segundo capítulo de la queja también es efectivo puesto que no solo no existe el referido principio, sino que cuando se plantea una licitación de esta naturaleza, siendo obviamente comprensible que los participantes en ella esperarán obtener una ganancia al adjudicarse el contrato de concesión, no pueden pretender tener asegurado el nivel de lucro que cada una de ellas se fije de manera arbitraria, y que con posterioridad intente imponerla a la contraparte, bajo la forma de una pretendida restauración de un supuesto equilibrio económico alterado.

Ello, por lo demás, es lo que se condice con el sistema económico de mercado imperante en la República, y es el lógico camino que, se reitera, sigue cualquier actor económico enfrentado a competencia en un mismo rubro del quehacer económico, sin que se advierta la razón por la que en el presente caso no puede ser así y el Estado deba hacerse cargo de supuestas pérdidas reclamadas, subsidiando las simples pretensiones económicas de una determinada empresa, como ocurre en el caso de autos"

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos señalar que, en la especie, no se ha alterado el equilibrio ni la conmutatividad del contrato de concesión.

De este modo, tampoco concurre este requisito en el caso en comento, por lo que procede su rechazo.

CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA RECOMENDACIÓN DEL PANEL TÉCNICO DE CONCESIONES

Con fecha 9 de octubre de 2015, el Panel Técnico de Concesiones se pronunció sobre las peticiones de la Sociedad Concesionaria y emitió su recomendación para resolver la discrepancia que versó sobre los supuestos mayores costos en que habría incurrido la Sociedad Concesionaria, como consecuencia de la exigencia del Inspector Fiscal de la normativa vigente, al momento de presentar de su proyecto de ingeniería.

De este modo, la Sociedad Concesionaria en las consideraciones preliminares de su presentación ante el Panel señaló que "*se deja constancia que la discrepancia que se somete al conocimiento de este Honorable Panel dice relación con la validación técnica y económica de costos adicionales soportados por la Sociedad Concesionaria con ocasión de los cambios normativos que entraron en vigencia y que fueron dictaminados y exigidos por la autoridad con posterioridad a la adjudicación de la licitación de la concesión, en*

contraposición a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos con anterioridad la adjudicación del Contrato de Concesión..."

De esta manera, **la discrepancia caratulada D01-2015-03 quedó enmarcada en la validación técnico-económica de los supuestos costos adicionales habría soportado la Sociedad Concesionaria**, en virtud de las actualizaciones del Manual de Carreteras elaborado por la Dirección de Vialidad del MOP (Resolución Exenta N° 1411 del 16 de marzo de 2012) y del Manual de Señalización de Tránsito dictado por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (Decreto N° 78 de fecha 3 de abril de 2012).

El Panel Técnico, **respecto de la petición principal de la sociedad concesionaria, determinó que debe ser desestimada porque solamente existe un borrador de Decreto Supremo, sin que se hayan cumplido las formalidades contempladas en el artículo 19 inciso final de la Ley de Concesiones**, esto es "*mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministro de obras públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda*". Asimismo, señaló que "*no corresponde a este Panel revisar ni determinar si las expectativas que la Sociedad Concesionaria sostiene en razón del Ord. 1626 RDD 0917 de 26 de septiembre de 2013 constituyen derechos o base de éstos.*"

Del mismo modo, el Panel sostuvo que "*En virtud de las disposiciones de las Bali reproducidas y de los antecedentes de este proceso de licitación en particular, resulta claro que para todos los licitantes, el momento de elaboración de la ingeniería no se debió entender como la presentación de las ofertas técnicas de las partes.*

De las disposiciones antes citadas ***se concluye necesariamente que el concesionario está obligado a elaborar el proyecto de ingeniería definitivo según el Manual de Carreteras vigente al momento de elaborar el mismo.***" (Énfasis añadido)

El Panel Técnico, además realizó un análisis respecto de la procedencia de cada uno de los requisitos del artículo 19 de la Ley de Concesiones, **lo que implica a todas luces un análisis de carácter jurídico que excede la validación técnico-económica sometida a su conocimiento.**

Al momento de analizar la diferencia de costos producida por el **cambio normativo del Manual de Carreteras**, el Panel señaló como criterio, que **si hay más de una solución que cumpla con los requerimientos normativos para determinar una eventual compensación, solamente se debe considerar la opción de menor costo.** Agrega a modo de ejemplo: "*para el caso que deban licitarse nuevas obras durante la fase de operación, el ganador de la licitación será quien ofrezca el menor precio que cumpla las condiciones técnicas de las bases*". De esta manera, si la Sociedad Concesionaria toma una decisión diferente, será parte de una decisión comercial y deberá asumir los mayores costos. Lo cual resulta totalmente armónico con el funcionamiento de las concesiones y la función del Inspector Fiscal, quien debe velar por que se cumplan los

estándares mínimos fijados en el proyecto de ingeniería, y por tanto no podría sino aprobar aquellas mejoras que el concesionario decida incorporar al contrato.

En relación a la diferencia de costos producida por el **cambio normativo del Manual de Señalización de Tránsito**, concluye que la aplicación de las normas técnicas no permite obtener diseños alternativos que modifiquen sus costos. De esta manera, el Panel Técnico se limitó a verificar los cálculos realizados por la Sociedad Concesionaria, arribando a la suma de UF 24.880,61, más un costo de mantenimiento de UF 2.077,22 anuales, que en valor presente durante 20 años de operación equivalen a UF 20.668,58.

En consecuencia, el Panel recomendó respecto de los costos adicionales por el cambio normativo: "*Que se compense a la SC Rutas del Desierto S.A. con el valor de UF 229.325,83 establecido en la Tabla 5, o aquel valor que resulte de realizar el procedimiento de valorización de las obras adicionales establecidos en el punto 9.3 de esta Recomendación aplicado a los proyectos AS Built que sean aprobados de acuerdo a lo que establece el punto 1.9.2.12 de las Bases de Licitación, cifra que deberá ser actualizada conforme lo señalado en el punto 9.5*".

Con todo lo anterior, el Panel Técnico erró su cálculo, toda vez que validó y estimó como ciertos los valores, cálculos aritméticos y metros lineales, presentados por la Concesionaria, sobre los cuales determinó un monto a compensar en perjuicio de esta parte.

III.- ERRONEA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA Y VALOR DE LOS EVENTUALES COSTOS ADICIONALES

Reiteramos a la H. Comisión Arbitral que las situaciones alegadas son de entero riesgo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, sin perjuicio de ello resulta necesario aclarar que existe una errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales por parte de la Sociedad Concesionaria, error que según lo mencionado anteriormente también se reflejó en la labor desarrollada por el Panel Técnico de Concesiones. La Sociedad Concesionaria en su demanda se limita a expresar cuadros que reflejan precios y cantidades de obras para los denominados "proyecto 2010" y "proyecto 2012" o "Normativa 2010" y "Normativa 2012", sin aclarar los criterios aplicados para determinar esas cantidades de obras por cada normativa y de qué manera ha realizado su comparación. Esta errónea determinación se debe a la inobservancia de las circunstancias que paso a exponer.

El Manual de Carreteras Vol. N° 6 de Seguridad Vial para las versiones del 2010 y 2012, **contiene las mismas exigencias para la colocación de sistemas de contención en los cortes, por lo que las cantidades de metros lineales a considerar para barreras de contención en sectores de corte debieran ser iguales para ambos casos**, por ende su costo adicional es cero.

Las partidas que son afectadas por el cambio en los estándares técnicos son dos, las barreras de contención, afectadas por la actualización del Manual de Carreteras vol. 6 y la señalización informativa, afectada por la actualización del Manual de Señalización de Tránsito.

ACTUALIZACIÓN DEL MANUAL DE CARRETERAS

La actualización del Manual de Carreteras vol. 6 Seguridad Vial, incorporó cambios en el procedimiento de determinación de los niveles de contención (en adelante NC) de las barreras, y también modificó los criterios de instalación de barreras frente a los taludes de corte.

Sin embargo, para el caso en particular de los cortes ejecutados en la Ruta 16, y dado que estos cortes presentan taludes con afloramientos rocosos y no homogéneos, tanto el manual de carreteras del año 2010 como el 2012 establecen que en dichos cortes se deben instalar barreras de contención.

A continuación se desarrollan cada uno de los cambios introducidos por la actualización y sus efectos en cada una de las rutas:

A. NIVEL DE CONTENCIÓN DE BARRERAS QUE INCIDEN EN LA VALORIZACIÓN DE LOS METROS LINEALES.

En el Manual de Carreteras (en adelante MC) año 2012, se modificó el procedimiento para la determinación de las zonas de riesgo, con el que se determina el nivel de contención requerido de las barreras. Esta modificación implicó que en la Ruta 16, en el tramo desde el Dm 0.000 – 34.217, se debió cambiar las barreras por unas de mayor NC que las determinadas con normativa 2010. En efecto, fue necesario aumentar de un NC "MEDIO" a "MEDIO ALTO" en las zonas de riesgo Normal, y aumentar de NC "ALTO" a "MUY ALTO" en las zonas de riesgo Alto. **En la Ruta 1 y en el tramo de la Ruta 16 entre el Dm 34.217 y el 47.000, no se produjeron aumentos del nivel de contención**, dado que con ambas versiones del Manual de Carreteras evaluadas se obtienen los mismos NC.

A continuación se indican los NC, tanto para la Ruta 1 como para la Ruta 16, obtenidos con ambas versiones del Manual de Carreteras vol. 6:

		Niveles de contención (NC)	
TRAMOS	Zonas de riesgo	MC-V6 ver. 2010	MC-V6 ver. 2012
Ruta 1: Salida Iquique - Sector Los Verde	*Normal*	MEDIO	MEDIO
	Alto	MEDIO ALTO	MEDIO ALTO
Ruta 1: Sector Los Verdes - Aeropuerto	*Normal*	MEDIO	MEDIO
	Alto	MEDIO ALTO	MEDIO ALTO
Ruta 16: Humberstone - Bif. Ruta A-616 (Dm 0.000 - 34.217)	*Normal*	MEDIO	MEDIO ALTO
	Alto	ALTO	MUY ALTO
Ruta 16: Bif. Ruta A-616 - Alto Hospicio (Dm 34.217 - 47.000)	*Normal*	MEDIO ALTO	MEDIO ALTO
	Alto	MUY ALTO	MUY ALTO

Debido a que los criterios de instalación de barreras en ambas normativas son similares, **no hay diferencia en la cantidad total de barreras, sólo se pueden producir diferencias de costo debido al aumento de NC**, situación únicamente presente en la Ruta 16: Humberstone – Bif. Ruta A-616 (Dm 0.000 – 34.217).

B. INSTALACIÓN DE BARRERAS

Una de los aspectos que se modificó en el MC-V6 2012, fue el criterio de disposición de barreras frente a los taludes de corte, eliminando la excepción indicada en el numeral 6.502.503(2) del MC-V6 2010, en donde se señalaba lo siguiente:

"*Excepcionalmente, en sectores de corte con taludes más verticales, como por ejemplo, 1:2 o 1:1,5 (V:H), etc., donde se presente una geometría homogénea, no será necesaria la instalación de barreras de contención, salvo que dentro de la zona despejada se presenten obstáculos, afloramientos rocosos o cualquier otra irregularidad que pueda transformarse en un punto duro factible de ser impactado por un vehículo*".

La Concesionaria envió al Inspector Fiscal la carta GG-IF-1250-13 de 11.07.13, solicitando un pronunciamiento oficial respecto de la instalación de barreras metálicas en los taludes de corte, a fin de poder establecer el criterio oficial de instalación, de modo de no instalarlas en lugares que no se requerían, aumentando innecesariamente el valor del contrato. Se envió el ORD. N°1264 OTR 029 de 10.06.13 al Jefe del Departamento de Seguridad Vial – Dirección de Vialidad, quien respondió con el ORD. N°119 de 25.06.13, señalando que los criterios para instalar barreras son similares a los indicados en el MC-V6 del 2010, indicados en el párrafo anterior. Se le informó de esto a la Concesionaria mediante el ORD N°1397 RDD 780 de 18.07.13, quienes señalaron que para poder aplicar, esta aclaración debe ser parte de los estándares técnicos vigente, en este caso del Manual de Carreteras vol. 6, desconociendo lo indicado por el Departamento de Seguridad Vial.

Teniendo claro que el criterio de instalación de barreras frente a taludes de corte, es el mismo para un proyecto desarrollado con normativa 2010 y otro desarrollado con normativa 2012, no se generan diferencias en la cantidad de barreras y no se altera la longitud de estas, se instalará la misma cantidad de barreras y en los mismos lugares, solo se produce un aumento en el Nivel de Contención, NC "Medio" a "Medio Alto" en las zonas de riesgo normal y NC "Alto" a "Muy Alto" en las zonas de riesgo alto. Lo anterior aplica para ambas Rutas.

C. BARRERAS ADICIONALES

De acuerdo a lo indicado con anterioridad, en la **Ruta 1** no se produjeron diferencias en el nivel de contención ni en los criterios de instalación de barreras frente a los taludes de corte, por lo que no corresponde la determinación de costos adicionales. De los

antecedentes expuestos en su demanda, se desprende que con normativa 2012 la Sociedad Concesionaria erróneamente considera 6.572 metros adicionales de barrera.

En conclusión, en el caso de la Ruta 1 al emplear la versión del año 2012 no se producen diferencias respecto de la versión del año 2010.

Del mismo modo y de acuerdo a lo indicado previamente, en la **Ruta 16 tramo Dm 0.000 – 34.217**, se produjo diferencia en el nivel de contención pero no en los criterios de instalación de barreras frente a los taludes de corte, por lo que solo corresponde la determinación de costos adicionales por aumento de nivel de contención. Como los criterios de instalación son similares en ambas versiones, la cantidad de barreras instaladas debe ser la misma. De los antecedentes expuestos en su demanda, se desprende que con normativa 2012 la Sociedad Concesionaria considera 6.086 metros más de barrera, lo cual no es correcto por lo antes señalado.

El NC de la Ruta 16 tramo Dm 0.000 – 34.217 **aumentó de Medio a Medio Alto para zonas de riesgo Normal, y de Alto a Muy Alto en zonas de riesgo Alto**. Para el caso de las barreras instaladas en la mediana, con la versión 2012 de MC-V6, correspondía considerar barreras NC Medio Alto, sin embargo, la SC consideró barreras de NC Muy Alto, generando un costo adicional.

De acuerdo a un principio fundamental de la legislación de concesiones chilena, y tal como lo sostuvo el Panel Técnico en su recomendación, debemos considerar que en el caso de existir dos o más opciones que satisfacen la normativa solo es necesario compensar los costos asociados a la opción de menor costo que satisface los requerimientos normativos, por lo tanto, corresponde valorizar las barreras en mediana considerando las barreras metálicas NC Medio Alto contenidas en el Anexo 4 de las Bases de Licitación. Situación similar ocurre con las barreras Metálicas Laterales de NC Medio, dado que para la valorización, la Sociedad Concesionaria consideró la alternativa de mayor costo.

En conclusión, en el caso de la Ruta 16 (0+000 – 34+217) dado que la valorización de la diferencia de costo se debe realizar con barreras que cumplan con el NC de la ruta y considerando la opción de menor costo, es claro que la determinación de la Concesionaria es errónea.

Del mismo modo, en la **Ruta 16 tramo Dm 34.217 – 47.000** no se produjeron diferencias en el nivel de contención ni en los criterios de instalación de barreras frente a los taludes de corte, por lo que no corresponde la determinación de costos adicionales.

En conclusión, en el caso de la Ruta 16 (34+217 – 47+000) al emplear la versión del año 2012 no se producen diferencias respecto de la versión del año 2010.

ACTUALIZACION DEL MANUAL DE SEÑALIZACION DE TRANSITO

La señalización de transito en definitiva fue diagramada con la normativa vigente al momento de desarrollar la ingeniería de detalle, aplicando el Manual de Señalización del año 2012. La diferencia principal, que afecta el costo de las señales informativas, es la necesidad de incorporar los Roles y/o Escudos de las rutas que se informan, lo que produce un aumento de la superficie de algunos tipos de señales y la disminución en otros. En ciertos casos, este aumento de superficie acarrea también el cambio del sistema de montaje.

El cambio normativo de las señales afectó a ambas rutas de la obra.

La determinación efectuada por la Sociedad Concesionaria en este punto, al igual que en el sistema de contención no aplica de manera adecuada la actualización del Manual de Señalización del Tránsito, arrojando una mayor diferencia de costos adicionales, situación que se ve agravada por el alto precio unitario (nuevo) indicado en su estimación respecto de las señales verticales de gran tamaño.

En mérito de lo expuesto, manifestamos nuestro más absoluto rechazo respecto de la determinación de costos adicionales presentada por la Sociedad Concesionaria en su demanda.

IV MANIFIESTA ABSOLUTO RECHAZO RESPECTO DE CADA UNA DE LAS PETICIONES FORMULADAS EN LA DEMANDA

En consideración a los fundamentos expuestos en esta contestación, manifestamos nuestro más absoluto rechazo respecto de cada una de las peticiones formuladas en la demanda, por cuanto:

- ✓ El contrato de concesión y la normativa que lo rigen atribuyen a la Sociedad Concesionaria el riesgo y responsabilidad del cambio normativo alegado.
- ✓ El Ministerio de Obras Públicas no ha suscrito ningún acuerdo, ni ha modificado las características de las obras y servicios contratados en materia de señalización y seguridad vial.
- ✓ No se verifica el cumplimiento copulativo de los requisitos de procedencia de la hipótesis de compensación prevista en el inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones.
- ✓ El Panel Técnico erró su cálculo, toda vez que validó y estimó como ciertos los valores, cálculos aritméticos y metros lineales, presentados por la Concesionaria.
- ✓ Se presenta una errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales por parte de la Sociedad Concesionaria, error que se reflejó en la labor desarrollada por el Panel Técnico de Concesiones.

V IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE LOS INTERESES DEMANDADOS

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

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

El interés solicitado en el número 6 de la parte petitoria de la demanda es absolutamente improcedente (tasa real anual de 5,3%), ya que se funda en los supuestos acuerdos que el Concesionario utiliza como fundamento de gran parte de su demanda. Sin embargo, según lo expuesto con anterioridad estos acuerdos no llegaron a existir.

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

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

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

POR TANTO,

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

Pablo Muñ. gurto
ABOGADO