

## RÉPLICA

### H. COMISIÓN ARBITRAL

#### CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE

Carolina Palma Rivero, abogada, por **SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL DESIERTO S.A.**, en autos seguidos en contra del Ministerio de Obras Públicas, rol A-005-2023, a la H. Comisión Arbitral con respeto digo:

Que encontrándome dentro del plazo vengo en evacuar el trámite de la réplica, conferida a esta parte por resolución de 24 de enero de 2023, notificada el mismo día, reiterando todos y cada uno de los fundamentos de hecho, de derecho, de justicia y equidad contenidos la demanda arbitral y solicitando desde ya el rechazo de las alegaciones formuladas por el MOP en la contestación a la demanda, considerando lo siguiente:

#### I. SOBRE LA OBLIGACIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y CONSERVACIÓN DEL SISTEMA DE ILUMINACIÓN DURANTE LA ETAPA DE EXPLOTACIÓN

1. El MOP sostiene que la Concesionaria tiene la obligación de hacerse cargo de la mantención, reparación y rehabilitación de toda obra preexistente en la faja fiscal comprendida en la Ruta 16, Humberstone-Rotonda El Pampino. En efecto, en el §24 indica que

*“La Sociedad Concesionaria deberá, a su vez, mantener la iluminación en todos los sectores y lugares indicados en el Artículo 2.3.1.13.1 de las presentes Bases de Licitación y de la concesión. Se indica expresamente que el consumo de electricidad, tanto de las obras de iluminación que construya el Concesionario como de las preexistentes incluidas en el área de concesión, serán de cargo, costo y responsabilidad de la Sociedad Concesionaria”.* Luego, en el §25 indica que *“La Concesionaria debe cumplir con esta obligación porque las luminarias son parte de la infraestructura preexistente, ya que la normativa de Bases la obliga a mantener en buen estado todos los elementos que sean parte de la iluminación del área de concesión, esto es, los nuevos como los preexistentes, debiendo recambiar las lámparas de todas las luminarias al cumplirse su vida útil y recambiar cualquier otro elemento de iluminación en caso de falla”*, y más adelante, en el §28, establece que *“la obligación de conservación y mantención de las obras preexistentes que conforme a las Bases de Licitación son de exclusiva responsabilidad de la misma Concesionaria (...)”.*

2. Como se puede apreciar, el MOP al igual que la Concesionaria entiende que la obligación de conservación y mantenimiento del sistema de iluminación comprende la infraestructura preexistente (sectores enumerados en la Tabla N°38 del art. 2.3.1.13.1) y las que construya el Concesionario. Sin embargo, yerra al considerar que el sistema de iluminación de Cuesta el Pampino corresponde a infraestructura preexistente.

3. Sobre el particular, en el §32 de nuestra demanda hicimos presente que

*“(…) las luminarias en dicho sector fueron instaladas por terceros contratados por la Dirección de Vialidad con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión. Por ello no existe una obligación en orden a conservar y mantener las señaladas luminarias”. Por esta razón, el sistema de iluminación de la Ruta 16, Humberstone-Rotonda El Pampino no puede ser considerado como infraestructura preexistente como pretende el MOP.*

4. Lo anterior resulta particularmente relevante, toda vez que el MOP no hizo mención alguna al hecho de que las luminarias del referido sector fueron instaladas por terceros por orden de la Dirección de Vialidad con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión. A este respecto, el MOP omitió dar cuenta de todas las cartas enviadas por esta Concesionaria por las que señalamos que los elementos de iluminación fueron instalados por terceros con posterioridad a la presentación de la oferta a la licitación. Asimismo, desconoce que, por años, tanto en la Etapa de Construcción como en la Explotación, la Inspección Fiscal reconoció con su actuar que las luminarias de la Cuesta El Pampino no formaban parte de la infraestructura preexistente entregada a la Concesionaria, ni eran parte del área de concesión.
5. Por otro lado, y relacionado con lo anterior, en el §156 de su contestación, el MOP indica que

*“(…) no vemos cabida en este caso a la aplicación del principio de interpretación de los contratos civiles de la aplicación práctica del contrato. Cabe recordar que el contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal es una especie de contrato administrativo, regido por normas de derecho público (Art. 21 Ley de Concesiones), y por lo tanto de interpretación restringida”.*

Esta afirmación del MOP no solo es errada, sino que además deja en evidencia la falta de coherencia de sus planteamientos. En efecto, por un lado, incluso si diéramos por cierto que el contrato debe ser interpretado de forma restringida -lo que por cierto rechazamos-, de ello no se sigue que se deba impedir aplicar una de las reglas legales de interpretación de contratos, a saber, el art. 1564 inciso 3° del Código Civil, más todavía si en el Derecho Público no existe otra disposición que lo reemplace. Por otro lado, el mismo MOP en el §176 de su contestación señala que

*“Conforme al principio de especialidad regulado en los artículos 4 y 13 del Código Civil, no es posible aplicar las reglas del Código Penal (...)”, y posteriormente en el §179 sostiene “Si se estimase que las reglas especiales que regulan el contrato y las multas, no contemplan un plazo de prescripción especial para determinar el plazo de prescripción aplicable, **se debe recurrir al derecho general, común y supletorio, que corresponde al Código Civil (...)**”.*  
(énfasis agregado)

Por tanto, pareciera ser que a juicio del MOP el Código Civil es aplicable a los contratos administrativos únicamente cuando sirve de base para sus alegaciones, pero no cuando sus disposiciones son utilizadas para evidenciar la falta de su cumplimiento por parte de dicha entidad.

## II. SOBRE LOS ACTOS PROPIOS

6. El MOP, en el §157 de su contestación sostiene que

*“las actuaciones (sic) del Inspector Fiscal se vieron motivadas por la negativa sistemática de la Sociedad Concesionaria en orden a cumplir las obligaciones que le impone el contrato, Por lo anterior, negamos absolutamente que el Inspector Fiscal haya incurrido en una vulneración de sus conductas pasadas”.*

Este argumento se limita a justificar los actos del Inspector Fiscal con posterioridad al año 2014, año en que mediante LDO Folio N° 210, de fecha 25 de mayo de 2015, instruyó por primera vez a la Concesionaria reponer el sistema de iluminación de la Cuesta El Pampino. Sin embargo, durante los años previos, el Inspector Fiscal jamás se pronunció en tal sentido, por el contrario, había avanzado junto con esta Concesionaria en negociaciones precisamente para declarar la exclusión del tramo de la Cuesta El Pampino del Contrato de Concesión, según consta en el oficio Oficio ORD N° 1626 RDD 0917, de 26 de septiembre de 2013<sup>1</sup>, y así evitar problemas de interpretación del contrato.

7. A mayor abundamiento, en etapa de construcción, cuando se desarrollaron los proyectos y se ejecutaron todas las obras de iluminación requeridas por las BALI, todos los proyectos fueron aprobados por el MOP y entregados en su versión *as built*, sin que se formularan reparos por la Inspección Fiscal por la no inclusión de iluminación de dicho sector.
8. Asimismo, durante la etapa de explotación, los Planes y Programas de Conservación emitidos por la Concesionaria y que han sido actualizados sistemáticamente año a año no han contemplado labores de mantenimiento de iluminación en el sector de Cuesta El Pampino. No obstante, todos ellos han sido aprobados por la Inspección Fiscal sin observaciones.
9. Por último, téngase en especial consideración el hecho de que en 2018 fue la misma Inspección Fiscal quien requirió a la Concesionaria definir los montos de inversión en ingeniería y obra, así como costos de conservación y confección de Términos de Referencia (TDR) para una serie de “Obras Adicionales” a incorporar al Contrato de Concesión, dentro de las cuales se encontraban precisamente las luminarias del Sector Cuesta El Pampino.

## III. SOBRE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

10. En el §158, el MOP indica que la invocación del principio de confianza legítima debe ser rechazada, pues a su entender

*“los campos más característicos en que el principio recibe aplicación tienen por constante la situación de un individuo frente a los poderes de acción unilateral del Estado: El ciudadano frente a los poderes normativos de modificación del ordenamiento (legal, reglamentario, o*

---

<sup>1</sup> Acompañado en el N° 46 del Segundo Otrosí de la demanda arbitral.

*en forma de otros instrumentos de derecho comunitario) o frente a los poderes de revisión (por causa de ilegalidad o de simple oportunidad o conveniencia) de actos administrativos. A la inversa, el principio de la confianza legítima no presta utilidad alguna en presencia de actos jurídicos dotados de efecto vinculante como son los contratos, lo que tiene evidente repercusión en el derecho público de contratos: si las partes están unidas por un contrato, su fuerza vinculante no depende de la invocación de la confianza legítima, sino que de las condiciones que el derecho prevé para la obligatoriedad del contrato". (énfasis agregado)*

11. Como se ve, a juicio del MOP, el principio de confianza jurídica implica la protección del individuo frente a los poderes de acción unilateral del Estado, pero ello no se haría extensible al ámbito contractual, incluso cuando se trate de contratos suscritos con el Estado.
12. No compartimos la posición del MOP. La doctrina ha sido clara en indicar que el principio de confianza legítima implica el amparo del particular frente a la administración pública, lo que alcanza incluso a los contratos administrativos, pues la relación jurídica entre los contratantes no se encuentra en un plano de igualdad. En estos términos lo ha expresado el profesor y ex Contralor General de la República don Jorge Bermúdez:

*"En una relación entre privados, este marco institucional y reglamentario viene dado por las reglas contractuales, sean del contrato mismo o las supletorias, las que garantizan el cumplimiento de las obligaciones. Ello es natural, toda vez que en la relación jurídica privada las partes se encuentran en una situación de igualdad jurídica y desprovistos de poderes de autotutela. En cambio, la relación existente entre el ciudadano y la Administración del Estado opera de otra forma, incluso en materia contractual. El instrumento jurídico relacional por excelencia es el acto administrativo, el cual se define desde luego como decisión de aplicación del ordenamiento jurídico que cuenta con imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, esto es, unilateral. En consecuencia, el ciudadano debe contar, de algún modo, con herramientas que le permitan hacer frente a los poderes unilaterales de la Administración Pública"<sup>2</sup>. (énfasis agregado)*

13. Así las cosas, la confianza legítima en los actos de la Administración se postula como un límite al actuar de la Administración incluso en el ámbito contractual, debiendo esta mantener una actuación coherente, encontrándose vinculada con sus propios precedentes, sin que le resulte invalidar o desconocer sus propios actos anteriores.

#### IV. SOBRE LA BUENA FE

14. Respecto al principio de buena fe invocado por esta parte en la Reclamación, el MOP, en el §160 de su presentación, arguye que

---

<sup>2</sup> Jorge Bermúdez Soto "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria", Disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000200004](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004)

*“(…) lo que el MOP ha perseguido es el cumplimiento del contrato de concesión y que la Concesionaria dé integro cumplimiento a las obligaciones previstas en los artículos 2.3.1.13.1 y artículo 2.4.3.6 de las Bases de Licitación. La buena fe no impone a las partes el deber a renunciar a sus legítimos derechos para amparar los incumplimientos de la contraria”.*

15. Sobre el particular, hacemos presente que la infracción al principio de buena fe planteada por esta Concesionaria dice relación con el cambio de conducta del MOP respecto al sistema de iluminación de Cuesta El Pampino, no con la finalidad perseguida por el MOP al exigir en los últimos años la reposición de las luminarias. En efecto, como se expuso más arriba, tanto en la Etapa de Construcción como en la de Explotación, la Inspección Fiscal reconoció con su actuar que las luminarias de la Cuesta El Pampino no formaban parte de la infraestructura preexistente entregada ni eran parte del área de concesión, para años más tarde desconocer cambiar de opinión y exigir la reposición y mantención del sistema de iluminación y proceder a proponer multas a la Concesionaria de manera abusiva por supuestos incumplimientos con el claro fin de compelerla a hacerse cargo de una obligación que en realidad no existe.
16. El desconocimiento por parte del MOP tanto de lo acordado por las partes en el Contrato de Concesión, como del actuar del Inspector Fiscal, vulnera la buena fe, pues este principio impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente desde el inicio de la relación contractual, hasta momentos ulteriores a su término, incluso.

## V. SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA GARANTÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

17. Con relación al enriquecimiento sin causa y al equilibrio económico del contrato, el MOP sostiene en el §163 que

*“La Concesionaria apela a una supuesta garantía genérica, haciendo alusión al enriquecimiento sin causa y al equilibrio económico del contrato. En primer término, negamos que el debido cumplimiento de las obligaciones de conservación por parte de la Concesionaria implique un supuesto enriquecimiento sin causa para el MOP. Por otra parte, garantía (sic) genérica del equilibrio económico del contrato aludida, tendría la supuesta capacidad de preservar en el contrato administrativo la naturaleza conmutativa del contrato. Esto es incorrecto. Cabe precisar que en el derecho chileno, no existe la obligación genérica por parte del Estado de mantener el equilibrio económico y financiero de una concesión. La garantía genérica a la que se apela en la demanda no cuenta con respaldo legal, esto es, no existe fuente de dicha supuesta obligación general para esta parte”.*

18. Se puede observar que la respuesta del MOP omite el supuesto base de la reclamación presentada por esta Concesionaria, a saber, que la supuesta obligación de la Concesionaria de conservar y mantener el sistema de iluminación de Cuesta El Pampino no se encuentra contenida en las BALI ni en ningún otro documento que forme parte del contrato de

concesión, por lo que malamente puede entenderse que, al ejecutarlas, se cumple con unas obligaciones contractuales que, en realidad, no están pactadas.

19. Por ello, de seguirse la interpretación del MOP en el sentido de que le correspondería a la Concesionaria hacerse cargo de la conservación y mantenimiento del sistema de iluminación de la Cuesta El Pampino, se configuraría evidentemente un enriquecimiento sin causa en favor del MOP a costa de la Concesionaria.
20. Tal como ha señalado esta parte desde el inicio, la obligación de conservar y mantener el sistema de iluminación de Cuesta El Pampino no se encuentra contenida en las BALI ni en ningún otro documento que forme parte del contrato de concesión. Por ello, su ejecución implica la realización de una obra y/o servicio adicional, no contemplada en las BALI y al no compensarse debidamente genera un detrimento patrimonial en perjuicio de la Concesionaria que no se encuentra en la obligación jurídica de soportar.
21. Además, se debe considerar que cuando la DGC decide aplicar a la Concesionaria reiteradas multas en cantidades elevadas y sin fundamento jurídico, le ha generado un perjuicio que asciende a la suma de 1.700 UTM. En este sentido, cabe hacer presente, que previamente la DGC ya había aplicado a esta Concesionaria 38 multas de 100 UTM cada una por el mismo concepto (es decir, un total de 3.800 UTM), las cuales fueron reclamadas ante esa H. Comisión en el mes de noviembre del año 2023. Por tanto, considerando las multas totales aplicadas, el perjuicio ocasionado a la Concesionaria asciende a un total de 5.500 UTM, pues en definitiva todas responden a único y mismo concepto.
22. Por último, en cuanto al equilibrio económico financiero del contrato, el MOP yerra al desconocer su aplicación. Este principio constituye una regla fundamental en todo contrato administrativo y su aplicación cobra especial interés y relevancia en los contratos de concesiones de obras públicas que se desarrollan a largo plazo y donde la ecuación debe mantenerse durante toda su extensión, tendiendo a su restablecimiento en los casos que se haya producido una alteración significativa del mismo.

En este sentido, la doctrina ha reconocido que se debe considerar la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato como una garantía del contratante frente a las potestades exorbitantes que detenta la Administración pública<sup>3</sup>. A mayor abundamiento, el contrato de concesión de obra pública se caracteriza por ser bilateral, oneroso y conmutativo, conforme a la clasificación de los contratos establecida en el Código Civil. Pues bien, todo contrato bilateral y conmutativo se estructura sobre la base de una ecuación económica y financiera, en virtud de la cual la equivalencia de las prestaciones debe mantenerse durante la ejecución del contrato.

23. Por consiguiente, cuando esta Concesionaria invoca el equilibrio económico de los contratos, no se remite a una “especie de garantía genérica”, sino a un principio consagrado en el Código Civil y, por tanto, aplicable a los contratos de concesión de obra pública por sus propias características.

---

<sup>3</sup> Jorge Bermúdez Soto Derecho Administrativo General, Santiago 2014, p.235.

## VI. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

24. Respecto a la prescripción de 6 meses alegada por esta parte, el MOP sostiene en el §167 que

*“Las multas discutidas corresponden a un derecho contractual en favor del MOP para asegurar que la Concesionaria prestará un buen servicio a los usuarios y que de no hacerlo será sancionada. Por su parte, es obligación de la Concesionaria pagar las multas exigibles cuando ha incumplido una obligación que también emana del mismo contrato, no existiendo falta penal, ni sanción administrativa, ni siendo la ley de fondo aplicable el derecho penal.”*. A mayor abundamiento, el MOP sostiene en el §170 que *“El Contrato de Concesión se caracteriza, entre otras cosas, por ser bilateral, generando para los contratantes derechos y obligaciones recíprocas, vinculándose en un plazo de horizontalidad (...)”*.

25. Lo cierto es que en la contratación administrativa, los contratantes se encuentran lejos de estar en un plano de horizontalidad. La doctrina ha connotado que

*“(...) parece cuestionable que la Administración no ejerza una potestad que constituya manifestación de ius puniendi estatal, si se tiene presente que se está aplicando una multa en virtud de la potestad sancionadora que se le atribuye a la Administración como una más de las distintas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo y que se ejerce como consecuencia de la comisión de un hecho antijurídico en el contexto de una relación de Derecho Público”<sup>4</sup>.*

En este contexto, el art. 21 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas establece en lo pertinente que

*“El concesionario cumplirá las funciones incorporadas al contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato”*.

26. Así las cosas, la imposición de sanciones por parte del MOP se encuentra lejos de ser efectuada en un plano de horizontalidad, sino que es propia de la ejecución del *ius puniendi* del Estado. Domingo Hernández expresa respecto de la potestad sancionatoria en la Ley de Concesiones de Obras Públicas:

---

<sup>4</sup> José Luis Lara y Luis Eugenio García - Huidobro Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886: visión crítica de una asentada jurisprudencia administrativa, en Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (Coord), Thompson Reuters, Santiago 2014, p.406.

*“(…) como la L.C.O. P<sup>5</sup> no consulta un plazo en que prescriba la potestad sancionadora de la Administración, es menester completar el vacío por remisión a alguna normativa supletoria. Si asumimos que estamos en presencia de una contravención o infracción administrativa, esta regulación supletoria sería el Código Penal, como derecho común sancionador, expresado en el “ius puniendi” estatal.*

*En ese marco se sitúa la jurisprudencia mayoritaria, tanto constitucional cuando judicial y administrativa, que discurre que la potestad disciplinaria que forma parte de la potestad sancionatoria del Estado, en cuanto manifestación del ius puniendi general, se sujeta a sus mismos principios, entre los cuales la prescripción de la sanción, establecida en el Derecho Penal. Fundan su reflexión en los artículos 21, 501, y 94 del Código Penal para concluir que el plazo de prescripción de la sanción sería de 6 meses, desde el día de perpetrada la contravención”.*

Como se entiende el plazo de prescripción de las multas que aplique el MOP es de 6 meses.

#### IV SOBRE EL DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

27. Respecto a nuestra alegación de que se habría provocado el decaimiento de todos los procedimientos administrativos sancionatorios, el MOP sostiene en el §186 de su contestación que

*“no procede aplicar el plazo de 6 meses contenido en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 en este juicio, porque las multas objeto del mismo están reguladas de forma especial en la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación”.*

28. En cuanto a lo señalado por el MOP, el profesor *Jaime Arancibia* afirma que

*“...la caducidad o decaimiento administrativo puede ser predicado respecto de una relación de fuente legal sustantiva o procedimental, o de las situaciones jurídicas activas (derecho, acción, facultad o poder) o pasivas (obligación) que emanan de ella, incluso en el caso de los mal llamados contratos administrativos”<sup>6</sup>.*

29. Como se puede apreciar, ciertamente el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador tiene cabida en materia de contratación administrativa, como expresamente ha sido reconocido por la doctrina.

POR TANTO,

---

<sup>5</sup> Ley de Concesiones de Obras Públicas.

<sup>6</sup> *Jaime Arancibia Mattar* Caducidad o decaimiento administrativo por prescripción, preclusión o resolución, en Revista Jurídica Digital Uandes. Vol. 5, Num. 1 (2021), p. 105. Disponible en <https://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/113>



**SÍRVASE SEÑOR PRESIDENTE:** tener por evacuado el trámite de réplica y dar curso progresivo a los autos.