



Dúplica

H. COMISIÓN ARBITRAL “ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”

MARCELO CHANDÍA PEÑA, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, por el **Fisco de Chile - Ministerio de Obras Públicas** (en adelante, el “**MOP**”), en autos arbitrales caratulados “*Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. con Ministerio de Obras Públicas*”, **rol N° 005-2023**, a la H. Comisión Arbitral respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de las Normas de Procedimiento, vengo en evacuar la dúplica, ampliando y adicionando lo expuesto en la contestación, y reiterando en este acto, todo lo ya expuesto en la contestación de la demanda, solicitando que la demanda sea rechazada íntegramente, por las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer.

I. SÍNTESIS DE LA RÉPLICA

La Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. (en adelante, la “Concesionaria”), deja en evidencia en su réplica, que ha promovido este juicio para cuestionar nuevamente materias que exceden el objeto de un juicio de impugnación de multas, y que son propias de procedimientos de otra naturaleza según consagra la normativa que regula el sistema de concesiones.

Como consta en los escritos de discusión previos, los incumplimientos de la Concesionaria dicen relación con la mantención y conservación del sistema de iluminación ubicado en la mediana de la Cuesta El Pampino. Al igual que en la proceso arbitral seguido bajo el Rol N° 003-2023 ante esta misma H. Comisión Arbitral, la tesis argumental de la Concesionaria, ha sido alegar la inexistencia de dicha obligación, cuestión que no es efectiva, según expusimos en nuestro escrito de contestación y reiteramos a continuación.

II. LAS ALEGACIONES DE LA CONCESIONARIA NO DESVIRTÚAN SU OBLIGACIÓN DE MANTENER LAS OBRAS DE ILUMINACIÓN PREEXISTENTES INCLUIDAS EN EL ÁREA DE CONCESIÓN

Conforme a lo explicado detalladamente en nuestra contestación de la demanda (apartados II letra B y III, letra C, punto a), la Concesionaria se encuentra obligada a mantener las obras de iluminación preexistentes incluidas en el área de concesión.

En su demanda, reiterado en el escrito de réplica, la Concesionaria ha postulado una tesis de una supuesta inexistencia de la obligación de instalar o conservar el sistema de iluminación en el sector denominado “Cuesta El Pampino”.

Dicha tesis no resulta admisible y debe ser desestimada de plano, por cuanto es contraria a las expresas disposiciones de los artículos 1.3, 1.8.7, 2.1, 2.3.1.17, 2.3.1.13.1, y 2.4.3.6 de las Bases de Licitación.

El MOP entregó a la Concesionaria la infraestructura preexistente que se encontraba “en la faja vial del eje de la Ruta 16, comprendida en los siguientes sectores: Entre fin del *by pass* Humberstone (Dm 5.000 aprox.) y entre inicio de la variante FF.CC-Tubería A.P. (Dm 12.200 aprox.) y entre el fin de la variante FF.CC-Tubería A.P. (Dm 14.300 aprox.) y la Rotonda Pampino, en el Dm 47.000 aprox.”

Al respecto, el artículo 1.8.7, precisa lo siguiente:

1.8.7 Infraestructura Preexistente que se Entrega al Concesionario²³

El MOP entregará al Concesionario la infraestructura preexistente que se encuentre en la faja vial del eje de las rutas. Tanto en estas fajas como en los terrenos que sean expropiados en conformidad con lo indicado en el artículo 1.8.8 de las presentes Bases de Licitación, el Concesionario deberá ejecutar las obras necesarias para materializar la doble calzada tanto en la Ruta 1 como en la Ruta 16.

La Sociedad Concesionaria recibirá la Infraestructura Preexistente en el estado en que se encuentre en el momento de la entrega del terreno y será responsabilidad de la misma, mantener los niveles, exigencias y estándares exigidos en los documentos que conforman el Contrato de Concesión, a su entero cargo y costo.

La infraestructura preexistente que se entregará a la Sociedad Concesionaria corresponde a la faja vial del eje de la Ruta 1, comprendida en los siguientes sectores: Entre la Base Aérea Los Cóndores (Dm 378.400 aprox.) y el acceso sur a Los Verdes (Dm 387.500 aprox.) y entre el acceso norte a los Verdes (Dm 391.800 aprox.) y el sector de Bajo Molle (Dm 406.100 aprox.), y la faja vial del eje de la Ruta 16, comprendida en los siguientes sectores: Entre en fin del *by pass* Humberstone (Dm 5.000 aprox.) y entre inicio de la variante FF.CC – Tubería A.P. (Dm 12.200 aprox.) y entre el fin de la variante FF.CC – Tubería A.P. (Dm 14.300 aprox.) y la Rotonda El Pampino, en el Dm 47.000 aprox. Las referencias de kilometrajes de las presentes Bases de Licitación corresponden a los que se desprenden de los Anteproyectos y Estudios Referenciales entregados por el MOP.

Luego, el artículo 2.1 de las Bases de Licitación al referirse a la descripción de las obras del contrato en materia de conservación, especifica lo siguiente:

De igual modo, el proyecto considera la conservación y mantenimiento de la Ruta 1 y de la Ruta 16 en los sectores y longitudes definidos en la Tabla N° 1 de las presentes Bases de Licitación durante todo el periodo que dure la Concesión, tanto de las obras nuevas a ejecutar por la Sociedad Concesionaria como de las pre-existentes que se indican en el artículo 1.8.7 de las presentes Bases de Licitación.

La Tabla N°1: “Rutas de Acceso a Iquique” del artículo 1.3. de las Bases de Licitación,

describe el proyecto, **incorporando expresamente la Rotonda El Pampino.**

Tabla N° 1: Rutas de Acceso a Iquique				
Ruta	Comunas	Descripción	Dm. Inicio	Dm. Fin
Ruta 1	Iquique	Abarca el sector comprendido entre el Aeropuerto Diego Aracena, 1.200 m al sur de éste, y el sector de Bajo Molle. Longitud aprox. de 31,4 km.	374.700	406.100
<u>Ruta 16</u>	Pozo Almonte - Alto Hospicio - Iquique	Abarca el sector comprendido entre la intersección Ruta 5/Variante Humberstone <u>hasta la Rotonda El Pampino</u> . Longitud aprox. de 47 km.	0	47.000

Desde el momento de la entrega del terreno 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 materia de iluminación, el artículo 2.4.3.6 de las Bases impone como obligación para la Concesionaria la de proveer y mantener en buen estado todos los elementos que sean parte de la iluminación del área de concesión como: Postaciones, luminarias, circuitos eléctricos, tableros de distribución y conexión de alumbrado, entre otros, debiendo el concesionario velar porque todo el sistema de iluminación de las obras de la Concesión y sus elementos asociados, estén en buen estado durante todo el período de concesión. Adicionalmente, se señala 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.

Para entender el alcance de la obligación de conservación de las obras que recae sobre la Sociedad Concesionaria, es indispensable recordar el marco jurídico que constituye su fundamento.

El uso de la infraestructura concesionada y los servicios que prestará el Concesionario respectivo al operar esta infraestructura, se encuentran circunscritos a la Etapa de Explotación u Operación de la concesión. Conforme al artículo 54 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la etapa de explotación comenzará con la puesta en servicio provisoria de las obras, indicando dicha norma reglamentaria los aspectos que comprende la etapa de explotación: Prestación de los servicios para los que fue construida

la obra, conservación de la obra, cobro de tarifas, ejecución de obras que deban construirse en esa etapa, uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales en los que se desarrolle la obra en concesión.

El régimen jurídico que impera en la etapa de explotación u operación de la concesión, se encuentra previsto en el artículo 23 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y el artículo 54 de su Reglamento. El referido artículo 23, establece dos obligaciones principales para el Concesionario en la etapa de explotación, a saber:

- a) Deber de conservar las obras en condiciones normales de utilización. Esta obligación consiste en que el Concesionario debe conservar las obras de acuerdo a estándares determinados previstos en las Bases de Licitación del contrato de concesión de que se trate, y se traduce en el deber de presentar un Programa de Conservación de las Obras que considere dichos estándares, fijando una política de conservación y su justificación técnica junto a un cronograma de las actividades de conservación de las obras; y,
- b) La continuidad de la prestación del servicio. Esta obligación comprende: (a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación; y, (b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio.

En concordancia con el artículo 23 de la Ley de Concesiones, el artículo 60 de su Reglamento establece la obligación de vigilancia del Concesionario, que corresponde a la vigilancia de los inmuebles que se ocupen en la concesión, lo que incluye cercarlos cuando se le entregan, vigilarlos y mantenerlos libres de ocupantes. Luego, el artículo 61 del Reglamento establece que el Concesionario está obligado a prestarlo ininterrumpidamente y de forma indiscriminada, es decir, debe prestarlo sin interrupciones, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor, y sin discriminación de ninguna especie a los usuarios, siempre que éstos cumplan con las condiciones del servicio y con el pago de las tarifas autorizadas en el contrato de concesión.

Conforme a lo expuesto, la Concesionaria no sólo debe cumplir con esta obligación porque

las luminarias sean 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, sino que también porque ella es la responsable de la continuidad del servicio y de que este se preste en condiciones seguras para los usuarios.

El argumento expuesto por la Concesionaria relativo a que estas luminarias no formarían parte de los sistemas de iluminación del contrato ni de los proyectos aprobados, es irrelevante dado que no se está exigiendo a la Concesionaria que efectúe su mantención como parte de este sistema, sino que se le instruyó la mantención de estas luminarias como parte de la infraestructura preexistente que se le entregó y como parte de la iluminación del área de concesión conforme a lo dispuesto en el artículo 2.4.3.6 de las Bases, estando obligada en consecuencia, a la mantención de estas luminarias. Es más, la Concesionaria ha reconocido que las luminarias objeto de análisis se encuentran dentro del área de la concesión, pero para intentar ocultar la efectividad de su incumplimiento alega la existencia de supuestos costos adicionales con relación a dichas luminarias cuestión que constituye una discusión distinta y que no desvirtúa el alcance de sus obligaciones, conforme a la normativa contractual reseñada, ni la efectividad de su incumplimiento.

En cuanto al supuesto error de nuestra parte y falta de coherencia, por haber señalado en la contestación de la demanda: *“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 (Artículo 21 Ley de Concesiones), y por lo tanto de interpretación restringida”*, señalamos expresamente que no existe tal error y falta de coherencia.

Para sustentar esta alegación, la contraria señaló en su réplica: *“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 artículo 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 punto 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 punto 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 (...). 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.” (Subrayado añadido)

Rechazamos nuevamente toda alegación de la contraria relacionada a la “*aplicación práctica*” que las partes supuestamente hicieron del contrato, esta afirmación tiene su fundamento en el artículo 1564 inciso 3° del Código Civil, norma que no tiene aplicación preferente respecto de las demás reglas de interpretación establecidas en el Código Civil y que además tiene una aplicación restringida, en la especie, por expresa disposición del artículo 21 de la Ley de Concesiones.

En efecto, la Concesionaria pretende convencer a esta H. Comisión, que habría una supuesta aplicación práctica del contrato, lo que no es cierto, toda vez que conforme a lo señalado en el escrito de contestación, esta parte ha expresado que existen suficientes cláusulas en el contrato de concesión que definen clara y precisamente la obligación de mantener las obras de iluminación preexistentes incluidas en el área de concesión.

Lo cierto, es que la supuesta “*aplicación práctica*” del contrato, no tiene preferencia respecto de las demás reglas establecidas conforme al artículo 1560 y siguientes del Código Civil. Al respecto, un fallo de la Excma. Corte Suprema¹ dispuso que “*No es del caso buscar la aplicación práctica que las partes dieron al contrato si se le interpretó conforme a las reglas preferentes que la misma ley señala.*”

Cabe recordar que el artículo 21 de la Ley de Concesiones dispone que la Sociedad Concesionaria cumple sus funciones incorporadas al contrato con arreglo a las normas de derecho público, en especial en lo referente a las relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre el régimen de construcción y explotación de las obras, cobro de tarifas, reajustes y contraprestaciones con el Fisco, lo que conforma el régimen económico del contrato, debiendo además cumplir con las normas que regulan la actividad dada en concesión.

Como se dijo, esta supuesta “*aplicación práctica*” del contrato, -expresión unilateralmente

¹ “*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*”. Editorial Jurídica de Chile. Tomo V. Edición 1997, N°11, página 436.

usada por la Concesionaria,- no es posible de utilizar, toda vez que la demandante debió considerar primero que, conforme al principio de especialidad, debe aplicar con preferencia, las normas establecidas en la Ley de Concesiones, su Reglamento, las Bases de Licitación, entre otros, todos antecedentes que conforman el contrato de concesión, y solo después de ello, recurrir a la utilización de las normas de interpretación contenidas en el Código Civil, usándose como último recurso, esta supuesta aplicación práctica del contrato que las partes deben realizar de común acuerdo, o una con la autorización de la otra.

En el mismo sentido, Jorge Bermúdez Soto² plantea, en lo pertinente, que: *“Los Contratos administrativos se rigen por normas y principios de derecho público. En primer término, el contrato administrativo se rige por la ley”* (Subrayado añadido)

Luego agrega: *“El contrato de concesión de obra pública se encuentra en la Ley de Concesiones, DFL del MOP N°900 del año 1996, cuya última modificación fue efectuada por la Ley N°20410 de 20 de enero de 2010, y su reglamento, el DS N°956 de 1999 MOP.”*

Continúa su análisis señalando en el párrafo del acápite: *“Sin perjuicio de lo anterior, en los contratos administrativos también rigen, como parte de su marco normativo, las Bases administrativas que elabore la administración para el contrato de que se trate, estando las partes obligadas a ceñirse a ellas. Así, por ejemplo, el artículo 3° N°4 del reglamento de la Ley de Concesiones, dispone que las “Bases de la Licitación son el conjunto de normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por el Ministerio de Obras Públicas con el que hace el llamado a licitación y que forman parte del contrato de concesión.”*

H. Comisión, ha quedado establecido, sin lugar a dudas, que al contrato de concesión de obras públicas se le aplican, primero: las normas y principios del derecho administrativo, el cual forma parte del derecho público; segundo: las normas contenidas en los documentos del contrato; Y en tercer lugar: las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, salvo la regla del inciso 3° del artículo 1564 del mismo cuerpo legal, que corresponde a la aplicación práctica que las partes hayan hecho, regla que solo será aplicable una vez utilizadas las demás.

Ahora bien, es necesario señalar que la alegada *“aplicación práctica”* a que hace referencia

² Jorge Bermúdez Soto, “Derecho Administrativo General”, editorial Thomson Reuter-La Ley, año 2014, páginas 245 y 246

la Concesionaria, no es más que el cumplimiento que realiza el MOP de las cláusulas establecidas en el contrato de concesión. Sobre el particular, habrá que recordar que los actos de la administración se rigen por el “*Principio de Legalidad*” conforme al cual “*Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.*”³

En este contexto, el saber jurídico establece una máxima sobre la materia, “*en Derecho público solo es posible hacer aquello expresamente permitido*”, que en ciencia jurídica actual corresponde al Principio de Legalidad al cual se ciñen las actuaciones del Ministerio. En la especie, es un derecho y un deber del MOP exigir el cumplimiento de las obligaciones de conservación de las obras de iluminación preexistentes incluidas en el área de concesión. La obligación de la Concesionaria es clara y precisa y no necesita interpretarse.

Así las cosas, no corresponde utilizar el concepto “*aplicación práctica*” del contrato señalado por la Concesionaria, toda vez que conforme a lo expresamente dispuesto por el contrato de concesión, el Inspector Fiscal exigió sistemáticamente y no eximió al Concesionario de cumplir su obligación de conservar las obras de iluminación preexistentes.

Por último, y en relación a la aplicación de las normas de derecho privado, esta parte no rechaza su aplicación como régimen supletorio, es decir, en caso de ausencia de una norma que regule determinada materia, cuyo no es caso, en razón a que existen cláusulas del contrato que establecen expresamente la obligación de la Concesionaria. En este sentido la jurisprudencia de las Comisiones Arbitrales⁴ ha sostenido “*Cuadragésimo quinto: Que en materia de contratos de concesión, en ausencia de una norma especial de derecho administrativo que regule la materia, reciben aplicación como régimen supletorio las normas de derecho común.*”

En el mismo sentido, el profesor Vergara Blanco⁵ señala que: “*El estudio de la dicotomía público-privado es un imperativo actual en el derecho administrativo chileno, en especial*

3 Artículo 2°, Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

4 Sentencia de 04 de abril de 2017, pronunciada por la Comisión Arbitral del contrato de concesión Ruta 5 Norte tramo Vallenar Caldera, integrada por los jueces Enrique Barros Bourie, Enrique Alcalde U y Francisco Pfeffer U.

⁵ Alejandro Vergara Blanco, (2014): “*La suma división iuris público-privado y la integración normativa en materias administrativas y civiles*”. Artículo disponible en: <http://vergarablanca.cl/2014-la-suma-divisio-iuris-publico-privado-la-integracion-normativa-materias-administrativas-civiles/>

por la necesidad interpretativa y de integración normativa que se origina con el mandato legislativo –contenido en los artículos 21 de la Ley de Concesiones de obras Públicas (DFL 164 1991=DS900 1996) y 1º de la Ley de contratación administrativa (n.º 19.886 2003)– de integrar los vacíos de la legislación administrativa aplicando supletoriamente, en primer lugar, las normas de “derecho público”, y en seguida las normas de “derecho privado” (Énfasis añadido)

Cabe precisar, que las normas de interpretación del Código Civil no pueden ser aplicadas sin que se realice una integración jurídica, es decir, debe existir un grado de coherencia en la señalada integración, no es posible incorporar normas de derecho privado al régimen público sin realizar los ajustes necesarios, como lo pretende la Concesionaria. De este modo, las señaladas reglas de interpretación del Código Civil -aplicación práctica del contrato-, no pueden ser utilizadas, sin que sean ajustadas a los principios rectores de la contratación administrativa, entre ellos el “*Principio de legalidad y ley del contrato*”⁶.

En el mismo sentido, el profesor Vergara⁷ sostiene: “*Así, la bipolaridad público/privada opera como una barrera lógica, de coherencia, a la supletoriedad, como técnica de integración normativa. Es problemático pretender integrar normas de diferente naturaleza sin ajuste alguno, lo que ha de realizarse sólo por el legislador o por el juez, mediante un mecanismo no normativo: los principios jurídicos que fluyen de los sendos sectores bipolares.*”

III. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E IMPROCEDENCIA DEL DENOMINADO EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Como ya hemos señalado, la obligación de la concesionaria de la mantención y conservación del sistema de iluminación ubicado en la mediana de la cuesta el pampino, entre los dm. 44.700 al 47.000, de la ruta 16, se encuentra incumplida, y como consecuencia, ha determinado la aplicación de las sanciones contenidas en el contrato.

Ahora bien, la afirmación de la Concesionaria en relación a que la aplicación de estas multas importarían un enriquecimiento sin causa y una supuesta garantía genérica de equilibrio económico financiero del contrato, es absolutamente improcedente.

Tal como hemos venido señalando, entre las obligaciones adquiridas por la Concesionaria

⁶ Jorge Bermúdez Soto, “*Derecho Administrativo General*”, editorial Thomson Reuter-La Ley, año 2014, páginas 249

⁷ Alejandro Vergara Blanco. “*El derecho Administrativo como Sistema Autónomo – El Mito del Código Civil Como Derecho Común*”. Editorial Legal Publishing. Año 2010, página 44

en el marco del contrato de concesión, se encuentran las obligaciones de conservación y mantenimiento de la infraestructura preexistente, por consiguiente, las luminarias instaladas a lo largo del sector de la Cuesta El Pampino, el cual se encuentra definido dentro del área de concesión, corresponden a infraestructura de carácter preexistente, y por ende, son objeto de conservación y mantenimiento por la Concesionaria.

Respecto del enriquecimiento sin causa, cabe precisar que en el numeral 19 de su presentación, la Concesionaria indica que *“de seguirse la interpretación sostenida por el 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”*.

En efecto, dicha afirmación de la Concesionaria acerca del supuesto enriquecimiento del Estado importaría tener que remitirnos al ámbito de la responsabilidad extracontractual, por cuanto el enriquecimiento sin causa es una institución perteneciente a dicho ámbito, tornándose su argumento en un contrasentido, ya que es un hecho no controvertido entre las partes la existencia de un contrato de concesión.

De este modo, siendo una acción que se interpone al margen del contrato de concesión, corresponderá su conocimiento a los Juzgados de Letras en lo Civil, atendido el tenor literal del artículo 36 bis de la Ley de Concesiones.

A mayor abundamiento, en un sistema económico fundado en la libre competencia existe un constante intercambio de bienes y servicios y con él un habitual enriquecimiento de unos patrimonios a costa de otros que, correlativamente, resultan empobrecidos. Si este enriquecimiento tiene justificación jurídica es lícito y no existe enriquecimiento sin causa. Debido a lo anterior, sólo cuando una atribución patrimonial carece de causa justificada en derecho el que la ha recibido debe restituirla.

El contrato es justa causa de una atribución patrimonial y excluye la aplicación directa del principio del enriquecimiento sin causa⁸. En este sentido, se han pronunciado autores nacionales, como por ejemplo, René Abeliuk, quien ha dicho que no tiene lugar el

⁸ Decimos que excluye la aplicación directa, porque en hipótesis específicas establecidas de forma expresa en la ley, junto con acciones emanadas de un contrato coexisten restituciones que tienen su fundamento en el enriquecimiento sin causa, como por ejemplo las restituciones que surgen en virtud de la declaración de nulidad de un contrato, que son compatibles junto con la indemnización de perjuicios.

enriquecimiento sin causa *“si existe entre las partes una relación patrimonial, ya sea derivada de un contrato, de un hecho ilícito o de la mera ley”*⁹.

Asimismo, Enrique Barros ha sostenido que *“El contrato y el enriquecimiento injustificado son fuentes de las obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. El contrato justifica el enriquecimiento, porque es causa suficiente para que el acreedor lo obtenga. La doctrina moderna entiende al contrato como un instrumento de distribución de riesgos jurídicos, creando de este modo los incentivos económicos, conexos a hacerse cargo de los resultados, de modo que las ganancias que haga una parte en razón de un contrato ventajoso son legítimas, aunque tengan por contrapartida pérdidas para la contraparte. Por lo mismo, la parte empobrecida carece de fundamento para demandar invocando el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar al momento de contratar. Todo ello es sin perjuicio de que la lógica económica del contrato sea que ambas partes se enriquezcan en razón de haber obtenido lo que recíprocamente se prometen”*¹⁰.

A la misma conclusión se llega en el derecho comparado. La doctrina española autorizada ha negado la acción de enriquecimiento cuando existe contrato señalando: *“por lo que respecta a los contratos, hay que subrayar que la existencia de un contrato válido excluye la acción (...)”*¹¹.

A una solución similar llega el sistema anglosajón, a propósito del “Derecho de restituciones” (*Law of Restitution*), cuyo objeto de estudio coincide con el del enriquecimiento sin causa.¹² En efecto, se concluye que el demandante no puede acudir al Derecho de restituciones para quedar en mejor situación que la que le ofrece el derecho de contratos, es decir, el enriquecimiento sin causa no debería convertirse en una vía para burlar las reglas del derecho de contratos¹³.

Adicionalmente, reiteramos que en el derecho chileno, no existe la obligación genérica por parte del Estado de mantener el equilibrio económico y financiero de una concesión.

9 ABELIUK, René. Las Obligaciones. 6ª ed. Thomson Reuters. Santiago, 2014, T. I, p. 230.

10 BARROS, Enrique. Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. p. 32. En: Derecho de daños. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.

11 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 9na ed. 5ª reimpresión. Tecnos. Madrid, 2005, vol. II. p. 527.

12 Así BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: Enriquecimiento Injusto Comparado: Una Aproximación al Derecho Inglés de Restituciones. En: Anuario de Derecho Civil, T. LXXI, fasc. 1. Madrid, 2018, p. 21.

13 VIRGO, Graham: The Principles of the Law of Restitution. 3ra ed. Oxford University Press. Oxford, 2015, p. 133 y siguientes.

Finalmente, jurisprudencia nacional reciente ha descartado la aplicación del enriquecimiento sin causa cuando existe un contrato entre las partes. En este sentido, en una sentencia de 16 de abril de 2020, el 11° Juzgado Civil de Santiago rechazó una demanda de enriquecimiento sin causa, justamente porque existía un contrato entre las partes, al respecto señaló:

“(...) El supuesto base del enriquecimiento injusto, tal como ya se señaló, es que el desplazamiento patrimonial carezca de fundamento; y en el caso de autos ello no sucede, pues lo que en realidad está exigiendo Aquavant S.A. es el cumplimiento forzado o a lo menos en su fase indemnizatoria del contrato de 27 de marzo de 2008; de otro modo no se explica que lo pedido sea justamente lo pactado a título de comisión.

Es decir, el contrato referido es la causa de lo pedido, lo que destruye la esencia de la acción de enriquecimiento injusto; y suma a ello el que ha sido ejercida sin haberse intentado las vinculadas a otros remedios contractuales, lo que colisiona con el carácter subsidiario de la misma (...).”¹⁴

De la jurisprudencia y doctrina citadas, queda en evidencia que no existe manifestación alguna de enriquecimiento sin causa a favor de esta parte y en desmedro de la Concesionaria, razón por la cual, dicha alegación debe ser rechazada por improcedente.

IV. ERRÓNEA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Tal como sostenemos en la contestación, la aplicación del principio de confianza legítima debe ser rechazada, por los motivos que expondremos a continuación.

En primer lugar, el ámbito de aplicación de este principio no comprende la contratación administrativa, siendo errónea la interpretación y aplicación de la confianza legítima que intenta sustentar la Concesionaria.

En su escrito de réplica, la Concesionaria citando al profesor Bermúdez, sólo recalca la parte que le favorece, esto es, que la confianza legítima es un mecanismo de protección frente al Estado respecto de actos unilaterales de la administración, omitiendo en su énfasis que: i/ entre el Estado y la Concesionaria existe una relación contractual, y que no es el mismo caso que se presenta entre la Administración y un ciudadano, en que no existe este vínculo previo; ii/ Que la Concesionaria no es un ciudadano desamparado ante la administración,

14 Aquavant S.A. con Orandina VI SpA y otros. 11° Juzgado Civil de Santiago, 16 de abril de 2020, rol C-22.178-2015, Considerando 15°.

sino uno contratante con una vasta experiencia nacional e internacional en contratos de construcción, operación y concesiones de obra pública en general, iii/ que la Concesionaria como parte del contrato, conoció su contenido, lo que incluye las sanciones asociadas al incumplimiento de la obligación que ahora intenta eludir.

El marco contractual existente entre el Estado y la Concesionaria, contempla todos los mecanismos necesarios para que la Concesionaria haga frente al cumplimiento de sus obligaciones, y pueda conocer con anterioridad las sanciones frente a los incumplimientos. En tal sentido, no corresponde recurrir a principios generales orientados a la protección de ciudadanos que no tienen un vínculo contractual.

De lo anterior, concluimos que, justamente, la aplicación del principio de confianza legítima, protege al ciudadano frente a actos jurídicos unilaterales de la Administración, evento ante el que requiere mecanismos para reparar su confianza dañada.

Por ello, consideramos evidente que, tratándose de un contrato entre una Concesionaria y la Administración, no es posible y carece de toda lógica la generación de una confianza legítima respecto de la fiscalización e imposición de multas en el marco de un contrato de concesión. Esto, ya que este marco normativo se negoció y consensuó entre ambas partes, por lo que el no ejercicio de la potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Dirección General de Concesiones no puede servir de fundamento para generar una expectativa que favorezca el incumplimiento de obligaciones previstas por la contraparte en las Bases de Licitación.

En conclusión, la aplicación del principio de confianza legítima es improcedente en tres órdenes de cosas:

- (1) Tratándose de una relación contractual, las reglas del juego vienen determinadas previamente por ambas partes, y la confianza en su conservación se sustenta en el *pacta sunt servanda*.
- (2) El acto administrativo reclamado consiste en la imposición de multas, cuya determinación fue establecida con anticipación en las Bases de Licitación.
- (3) La contraparte no corresponde a un mero ciudadano particular perjudicado en sus expectativas por un cambio de criterio de la Administración, sino más bien la contraparte de una relación contractual en la que ambas consensuaron las reglas del juego.

Por todo lo anterior, consideramos que la aplicación de este principio debe ser rechazada. A mayor abundamiento, nos encontramos ante un contrato administrativo legal y válidamente celebrado entre las partes, en el cual el acto jurídico reclamado fue expresamente establecido, y su impugnación no cabe por la protección del mencionado principio, sino por otras vías, pues:

*“La protección de la confianza no entra en juego cuando el contrato es válido o cuando el acto administrativo es legal. En esos casos, si se produce un incumplimiento contractual o si se quiere remover el acto, hay que atender a los efectos de incumplimiento del contrato o, en su caso, exigir una indemnización por la revocación del beneficio obtenido”.*¹⁵

Finalmente, el principio de confianza legítima, no puede servir para amparar el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Concesionaria, y las sanciones que se convinieron ante su infracción, y por otro lado, el Inspector Fiscal tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de estas obligaciones y proponer las multas cuando correspondiere.

No se configura o no puede generarse una confianza legítima en que la administración no ejercerá una facultad o un deber cuya existencia fue previamente prevista por ambas partes, y menos utilizarse para justificar un incumplimiento.

V. EL MOP HA OBRADO DE BUENA FE

El MOP ha actuado de buena fe en todo momento, sin embargo la Concesionaria, al decir en sus escritos de discusión que esta parte ha incumplido el principio de buena fe, está diciendo implícitamente que ha actuado de mala fe, y por lo tanto, por aplicación de las normas en materia probatoria, deberá probar sus dichos, en atención a que la buena fe se presume.

Lo anterior no podrá realizarse por cuanto el MOP ha actuado de buena fe en todo momento. Tal como se mencionó en la contestación de la demanda, mediante la aplicación de multas el MOP ha buscado que la Concesionaria dé integro cumplimiento a las obligaciones previstas en los artículos 2.3.1.13.1 y 2.4.3.6 de las Bases de Licitación, ajustándose en todo momento, a las Bases de Licitación.

Así, no puede afirmarse que el MOP haya actuado de mala fe al exigir las obligaciones de

¹⁵ SILVIA Díez, El precedente administrativo, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 384.

conservación del sistema de iluminación. Menos aún se puede decir que las multas se han aplicado de forma abusiva, puesto que ellas siguen lo estipulado en el Artículo 1.8.11 letra c) Tabla N°7 de las Bases de Licitación.

Además, reiteramos lo señalado en la contestación de la demanda respecto de que la buena fe exige cumplir con las obligaciones emanadas de la naturaleza de la obligación, las cuales emanan para ambos contratantes, quienes tienen que velar por el interés general y por cumplir con la finalidad del contrato.

Por último, en cuanto a **prescripción** y el **decaimiento del procedimiento sancionatorio**, reiteramos y damos por reproducido, para todos los efectos, todo lo expuesto en nuestra contestación.

Por tanto, en mérito de ello,

A LA H. COMISIÓN ARBITRAL RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por evacuada la dúplica y considerar lo expuesto para rechazar, en definitiva, los argumentos de la réplica y de la demanda en todas sus partes, con expresa condena en costas.

GAMA/5141-2023/HBV