

FORMULA OBSERVACIONES A LA PRUEBA

SEÑOR PRESIDENTE COMISION ARBITRAL CONCESIÓN VIAL RUTAS DEL LOA

MATIAS DANERI BASCUÑAN, abogado, en representación de la **“SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSE RUTAS DEL LOA S.A.”**, sociedad del giro de su denominación, en los autos arbitrales sobre sobre Multas, causa Rol 002-003--2016, seguido ante esta H. Comisión, al Sr. Presidente decimos:

Que encontrándome dentro del plazo consignado en artículo 25 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral¹, vengo en formular observaciones a la prueba rendida por las partes, solicitando sean consideradas por la H. Comisión Arbitral al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento y resolución.

1. La **“Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.”**, en los meses de septiembre² y octubre³ del año 2015, interpuso sendos reclamos impugnando las multas aplicadas por el Ministerio de Obras Públicas en el marco del Contrato **“Concesión Vial Rutas del Loa “**.

En el primero de ellos, Rol 002-2015, se reclamaron las siguientes Resoluciones de la Dirección General de Obras Públicas que aplicaron

¹ Con fecha 11 de octubre pasado se notificó a la Sociedad Concesionaria la certificación practicada por el Sr. Secretario de la Comisión que constató que el término probatorio se encontraba vencido. De conformidad con la norma transcrita, a partir de esa notificación comienza a correr el plazo de 10 días para formular observaciones a la prueba.

² 24 de septiembre de 2015

³ 19 de octubre de 2015.

multas a la Sociedad Concesionaria por incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción.

Resolución DGOP	Fecha Resolución
5304	30.12.14
98 ⁴	14.01.15
390	28.01.15

En el segundo reclamo, Rol 003-2015, se impugnaron las siguientes Resoluciones de la Dirección General de Obras Públicas.

Resolución DGOP	Fecha Resolución
1683	14.04.15
1685	14.04.15
2694	19.06.15
2695	19.06.15
2696	19.06.15
2697	19.06.15
2698	19.06.15
2812	30.06.15
3004	13.07.15
3005	13.07.15
3006	13.07.15
3012	13.07.15
3014	13.07.15

⁴ Rectifica Resolución DGOP N° 5304 de fecha 30.12.14.

3015	13.07.15
3201	28.07.15
3550	19.08.15
3552	19.08.15
3554	19.08.15
3822	03.09.15

Por Resolución de fecha 15 de enero de 2015, la H. Comisión Arbitral, accediendo a una solicitud de esta parte, decretó la acumulación de ambas causas bajo el Rol 002-003-2015⁵.

2. La Sociedad Concesionaria en sus escritos de Reclamación ha solicitado se declare la improcedencia de las resoluciones impugnadas y, por consiguiente, se ordene al Ministerio de Obras Públicas dejarlas sin efecto. En subsidio de lo anterior, y para el caso de que esa H. Comisión no acoja tal pretensión, se solicitó una rebaja en el número de días considerados para el cálculo de las mismas, todo lo anterior en base a las consideraciones de hecho y derecho expuestas en sus escritos y que en términos generales se detallan a continuación:

- La Sociedad Concesionaria fundó su Reclamación en que, por hechos no imputables a su responsabilidad, dilación injustificada en la adjudicación del contrato de concesión, se vio imposibilitada de cumplir en tiempo y forma sus obligaciones derivadas de la referida

⁵“Al Otrosí: Al Otrosí: Atendido que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 92 y sgts. Del Código de Procedimiento Civil, aplicables supletoriamente en esta causa, esto es, que la acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa, como se pide, acumúlense estos autos a la causa ROL N°002-2015 de este Tribunal. Role como Rol 002-003 Acumuladas”.

convención. En efecto, señala que entre la recepción de las Ofertas Técnicas y Económicas en el proceso de licitación respectivo y el perfeccionamiento del Contrato de Concesión transcurrieron 508 días, plazo que supera en más de un 100% los tiempos promedios incurridos por la Administración para este tipo de actuación. Dicha alegación, tal como se expondrá más adelante, se encuentra acreditada en autos.

- En subsidio de lo anterior, y para el evento poco probable que la H. Comisión Arbitral no acogiera esa alegación, la Sociedad Concesionaria señala que, por una causa no imputable a su responsabilidad, dilación de la Administración en solicitar la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, se ha visto afectada de manera grave y cuantiosa en su patrimonio. En efecto, señala que entre el día del incumplimiento grave⁶ y la fecha de la presentación del Ministerio Obras Públicas a la H. Comisión Arbitral de la solicitud de la declaración de incumplimiento grave⁷, transcurrieron 238 días, sin que exista ninguna justificación sobre el particular. Dicha alegación, al igual que en el caso anterior, se encuentra acreditada en autos.
- Las multas están estipuladas en el contrato por una conducta determinada y corresponden a un incumplimiento por parte de la Sociedad Concesionaria de una obligación, y se cursan por día de atraso en dicho cumplimiento. Una vez que el Ministerio de Obras Públicas notifica formalmente a la Sociedad Concesionaria que ha incurrido en

⁶ 27 de junio de 2014.

⁷ 23 de marzo de 2015.

incumplimiento grave a sus obligaciones debiese instar por la extinción del contrato, por lo que las multas carecen de causa, vulnerándose por esta vía el principio *nos bis in ídem*.

- El monto de las multas aplicadas es recaudatorio y resulta evidentemente desproporcionado.
3. Tratándose de la Causa Rol 002-2015, el Ministerio de Obras Públicas, a través del Consejo de Defensa del Estado, con fecha 27 de octubre de 2015 contestó el Reclamo de la Sociedad Concesionaria, aduciendo básicamente las siguientes defensas:
- Las multas cursadas se fundan en lo establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y su Reglamento, y lo dispuesto en las respectivas Bases de Licitación.
 - La Sociedad Concesionaria ha reconocido explícitamente su incumplimiento en el plazo de entrega de la Garantía de Construcción, hecho que genera las multas que se reclaman.
 - La Sociedad Concesionaria funda su pretensión en la imposibilidad de haber logrado el financiamiento bancario necesario para constituir las garantías establecidas en las Bases de Licitación, hecho que no puede considerarse un eximente de responsabilidad, una condición que suspenda el cumplimiento de la obligación de entregar la garantía de construcción, además, que no tiene incidencia en la infracción contractual de la demandante.
 - Por último, pese a señalar que la demandante restringió la competencia de la H. Comisión a la declaración de improcedencia de

las Resoluciones DGOP que impusieron las multas por incumplimiento en el plazo de entrega de la garantía de construcción, igualmente solicita no acoger la excepción de “Alteración del Equilibrio Económico del Contrato”, toda vez que no se trata de una obligación garantizada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Ninguna de las alegaciones contenidas en la contestación del Ministerio de Obras Públicas se hace cargo del tema de fondo reclamado por esta Sociedad Concesionaria, esto es, las dilaciones en que incurrió el Estado de Chile en la adjudicación de la obra pública fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa” y en el posterior desarrollo y ejecución del respectivo contrato de concesión, y sus consecuencias directas en las multas que se reclaman.

En su escrito de duplica el Ministerio de Obras Públicas señala en términos generales que no habría existido dilación o tardanza por parte del Estado de Chile en la adjudicación del contrato y la aplicación de las multas. Respecto del primer punto -adjudicación del contrato- señala que no existe una tardanza ya que ello “implica una calificación del plazo que requiere una fecha desde la cual contabilizarse, y que en el caso de autos no existió, ni tampoco que existe un plazo promedio de adjudicación en las propuestas públicas de esta especie, ya que las propuestas técnicas y económicas de cada contrato tiene su característica y por ende dificultad distinta. En suma, no hay aceptación de tardanza ni demora alguna por parte del MOP en la adjudicación del contrato a la demandante”. En materia de multas señala que éstas requieren de una tramitación interna

en el MOP, “todo lo cual requiere de un tiempo para cursarla, sin que exista ni en la ley ni en el contrato ni tampoco en las BALI un plazo perentorio para el MOP para hacerlo”.

En el escrito de duplica el Ministerio de Obras Públicas no hace ninguna mención a la dilación en el retraso en la presentación de la solicitud de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria a la H. Comisión Arbitral, limitándose a señalar frente a la interrogante del doble beneficio para el Estado frente a la aplicación de multas y declaración de incumplimiento grave que “ambas sanciones estaban en las BALI, y por tanto formaron parte del contrato que libremente la demandada suscribió, y el MOP está obligado a cursarlas”, reconociendo de esta manera en forma explícita una vulneración al principio *non bis in idem*.

Por último, señala el Ministerio de Obras Públicas que la Oferta debe ser seria y completa, esto es, que todo contratante al momento de efectuarla debe contar con los medios necesarios para asumir sus responsabilidades si acaso dicha oferta es aceptada. Sobre el particular nos limitamos a señalar que la oferta presentada por la Sociedad Concesionaria fue evaluada por el Ministerio de Obras Públicas, el cual estimó que cumplía con todos los requisitos exigidos en las Bases de Licitación, razón por la cual termina adjudicando el contrato de concesión.

4. En lo que respecta a la causa Rol N°003-2015, la H. Comisión Arbitral por Resolución de fecha 23 de diciembre de 2015, resolvió lo siguiente: “**Con respecto al escrito de contestación de la demanda:** Con el mérito de la

resolución anterior⁸, y haciendo efectivo el apercibimiento oportunamente notificado a la parte demandada, téngase por no presentado escrito del Consejo de Defensa del Estado, con el que evacuó, en lo principal, la contestación de la demanda, y en el primer otrosí, la petición de acumulación de autos deducida por la parte reclamante. En cuanto a las petacones contenidas en los otrosíes, segundo, tercero y cuarto de dicho escrito, que no se proveen por la razón expuesta, deberán ser renovadas ante esta Comisión Arbitral en escrito separado” (las negrillas constan en la respectiva Resolución).

Como era de esperar, dada la resolución antes transcrita, el Consejo de Defensa del Estado pretende por la vía de la duplica suplir su falta de contestación de la demanda, situación que debe ser desechada por la H. Comisión Arbitral por improcedente⁹.

5. Con el mérito de estos antecedentes, la H. Comisión Arbitral, con fecha de 10 de mayo de 2015 recibió la causa a prueba fijando los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Dicha Resolución fue repuesta por el Consejo de Defensa del Estado con fecha 17 de mayo de 2016, dictándose en definitiva el Auto de Prueba con fecha 12 de julio de 2016.

⁸ Resolución de 23.12.15: “Con respecto al escrito con el cual Consejo de Defensa del Estado acompañó el resumen ejecutivo: No ha lugar a tener por cumplido lo ordenado, atendido que el resumen ejecutivo fue acompañado a los autos una vez vencido el plazo fatal de cinco días conferido a la parte reclamada, según consta de la certificación del señor Secretario Abogado que rola a fojas 196”

⁹ Código de Procedimiento Civil. Art. 312 (302). “En los escritos de réplica y dúplica podrán las partes ampliar, adicionar o modificar las acciones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación, pero sin que puedan alterar las que sean objeto principal del pleito”.

En términos generales el Auto de Prueba dictado por la H. Comisión Arbitral discurre sobre: (i) efectividad que son improcedentes las Resoluciones DGOP que aplicaron las multas recurridas; (ii) si los incumplimientos que motivaron las respectivas resoluciones se produjeron y en que consistieron; (iii) número de días computados para aplicar cada multa y su monto; y (iv) hechos y circunstancias específicas que constituirían la improcedencia de la dictación de las resoluciones reclamadas.

6. El Ministerio de Obras Públicas, para los efectos de acreditar los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos fijados por la H. Comisión Arbitral, se valió de Prueba Testimonial y Documental.

En materia de Testigos concurrieron a declarar el Sr. Jose Manuel Rivera Bobadilla, Jefe de la Asesoría a la Inspección Fiscal, y la Sra. Alicia Márquez Gómez, Ingeniero Civil, quien presto servicios en la Asesoría de la Inspección Fiscal. El Inspector Fiscal del Contrato de Concesión Sr. Ricardo Vergara Aguirre si bien fue presentado por el Ministerio de Obras Públicas en su respectiva lista, finalmente no concurrió a declarar desechándose en definitiva el entorpecimiento alegado por dicha Secretaria de Estado sobre el particular.

Las declaraciones de ambos testigos fueron bastante genéricas e imprecisas, no aportando mucho en la acreditación de los hechos, basta señalar a este respecto que la declaración del Sr. Rivera, quien deponía respecto de los 10 puntos de prueba, está contenida en 10 líneas, sin

considerar las repreguntas ni contra-interrogaciones efectuadas por las partes.

En materia documental, el Ministerio de Obras Públicas acompañó para cada una de las multas reclamadas, en términos generales, la siguiente documentación: (i) Anotación en el Libro de Obra pertinente; (ii) Propuesta de Multa del Inspector Fiscal al Director General de Obras Públicas y (iii) Resolución de la Dirección General de Obras que aplicó la sanción o multa.

No existe ninguna prueba rendida por el Ministerio de Obras Públicas en orden a justificar, o en su defecto al menos a explicar, las causas de las dilaciones en que incurrió dicha Secretaria de Estado tanto en la adjudicación del contrato de concesión como en la presentación a la H. Comisión Arbitral de la solicitud de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.

7. Por su parte, la Sociedad Concesionaria se valió de Prueba Instrumental y sendos Informe en Derecho elaborados por connotados abogados y académicos de la plaza, para los efectos, por una parte, de acreditar los hechos alegados, y por otra, de fundamentar su posición jurídica.

I.- PRUEBA DOCUMENTAL

En materia de Prueba Documental la Sociedad Concesionaria acompañó los siguientes antecedentes, todos los cual no fueron objetados por el Ministerio de Obras Públicas.

- **Copia del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N°249, de fecha 27 de agosto de 2013, que “Adjudica Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obras Pública Fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”.**

Dentro de los vistos del referido Decreto Supremo se enuncian todas los antecedentes y actuaciones efectuadas por el Ministerio de Obras Públicas en el marco del proceso de licitación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa”.

Sin que la presente enunciación sea taxativa, se mencionan los siguientes antecedentes y actuaciones del Ministerio de Obras Públicas en el marco del referido proceso de licitación, todas las cuales se dan por acreditadas:

- a) “Acta de Recepción de Ofertas y Apertura de Ofertas Técnicas” de la licitación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” de fecha 6 de diciembre de 2012.
- b) “Acta de Evaluación de Ofertas Técnicas” de la licitación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” de fecha 20 de diciembre de 2012.
- c) “Acta de Apertura de Ofertas Económicas” de la licitación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” de fecha 22 de diciembre de 2012.
- d) “Acta de Evaluación de Ofertas Económicas” de la licitación de la obra pública fiscal “Concesión Vial Rutas del Loa” de fecha 4 de enero de 2013.

e) “Acta de Adjudicación de la Obra Pública Fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa” a ejecutar por el Sistema de Concesiones” de fecha 8 de febrero de 2013.

De los antecedentes antes señalados se colige inequívocamente que el análisis y estudio de las Ofertas Técnicas y Económicas presentadas por el Licitante Adjudicatario, efectuado por el Ministerio de Obras Públicas a través de las respectivas Comisiones de Evaluación, **concluyó el día 4 de enero de 2013**, con cual queda acreditado que las características y dificultad de este proyecto, en materia de adjudicación, no constituye una alegación que justifique la dilación en que incurrió la Administración.

- **Copia de la Publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación N°249, de fecha 27 de agosto de 2013, que “Adjudica Contrato de Concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la Obras Pública Fiscal denominada “Concesión Vial Rutas del Loa”. Tal como consta en la copia que se adjunta se trata del Diario Oficial N°40.843, de fecha 28 de abril de 2014.**

Teniendo en consideración la fecha del “Acta de Recepción de Ofertas y Apertura de Ofertas Técnicas” -6 de diciembre de 2012- el período que medio entre la referida fecha y la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación **fue de 508 días**, plazo que supera en **más de un 200%** los tiempos utilizados por el Ministerio de Obras Públicas para este tipo de actuaciones.

Dado lo anteriormente expuesto, y documentación acompañada, se encuentra acreditado en autos lo señalado por esta parte en orden a que el plazo que transcurrió entre la Recepción de Ofertas y la publicación en el Diario Oficial del respectivo Decreto Supremo de Adjudicación **fue de 508 días**.

Con el sólo objeto de poner en contexto esta situación, si hacemos el ejercicio de aplicar el **plazo de 508 días** a un procedimiento de licitación cuya fecha de entrega de ofertas sea hoy (25.10.16), tendremos que la adjudicación de ese contrato sería en **17.03.18**, con la agravante que en este caso particular ese plazo era absolutamente desconocido para el Licitante Adjudicatario.

- **Copia de las Publicaciones en el Diario Oficial los Decretos Supremos de Adjudicación que se detallan en la tabla siguiente, todos los cuales no fueron objetados por el Ministerio de Obras Públicas.**

TABLA CON DECRETOS SUPREMOS ADJUDICACIÓN ACOMPAÑADOS

CONTRATO	NUMERO DS MOP ADJUDICACION	FECHA DS MOP ADJUDICACIÓN	FECHA PUBLICACIÓN DS DE ADJUDICACIÓN DIARIO OFICIAL
"Aeropuerto Presidente Carlos Ibañez del Campo de Punta Arenas"	282	10.11.09	13.01.10

“Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2”	119	02.02.10	17.04.10
“Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”	136	15.02.10	05.05.10
“Concesión Vial Autopistas de la Región de Antofagasta”	137	15.02.10	07.04.10
“Aeropuerto El Loa de Calama (R)”	20	21.01.11	17.03.11
“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	224	06.06.11	03.09.11
“Alternativas de Acceso a Iquique”	225	06.06.11	03.09.11
“Concesión Autopista Concepción – Cabrero”	226	07.06.11	03.09.11
“Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta (R)”	317	14.10.11	18.11.11
“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	98	26.01.12	03.04.12
“Aeropuerto Diego Aracena de Iquique, I Región de Tarapacá (R)”	237	26.07.12	22.10.12
“Aeródromo La Florida de La Serena, IV Región de Coquimbo (R)”	290	21.09.12	12.12.12
“Hospital de Antofagasta”	141	26.02.13	21.06.13

“Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo”	151	06.03.13	31.05.13
--	-----	----------	----------

**TABLA CON LA INFORMACION CONTENIDA EN LOS DECRETOS SUPREMOS DE
ADJUDICACIÓN ACOMPAÑADOS**

CONTRATO	FECHA ACTA DE RECEPCIÓN DE OFERTAS Y APERTURA DE OFERTAS TÉCNICAS	FECHA ACTA DE APERTURA DE OFERTAS ECONÓMICAS	FECHA ACTA DE ADJUDICACIÓN
“Aeropuerto Presidente Carlos Ibañez del Campo de Punta Arenas”	23.07.09	14.08.09	15.10.09
“Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2”	23.12.09	14.01.10	22.01.10
“Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”	04.11.09	02.12.09	13.01.10
“Concesión Vial Autopistas de la Región de Antofagasta”	31.12.09	26.01.10	02.02.10
“Aeropuerto El Loa de Calama (R)”	14.10.10	11.11.10	29.12.10

“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	26.10.10	23.11.10	21.03.11
“Alternativas de Acceso a Iquique”	29.12.10	19.01.11	21.02.11
“Concesión Autopista Concepción – Cabrero”	27.12.10	17.01.11	25.02.11
“Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta (R)”	28.07.11	25.08.11	13.09.11
“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	13.12.11	20.12.11	6.01.12
“Aeropuerto Diego Aracena de Iquique, I Región de Tarapacá (R)”	25.05.12	15.06.12	06.07.12
“Aeródromo La Florida de La Serena, IV Región de Coquimbo (R)”	28.06.12	19.07.12	21.08.12
“Hospital de Antofagasta”	01.10.12	19.10.12	23.11.12
“Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo”	19.10.12	26.10.12	23.11.12

TABLA CON INFORMACIÓN DE NÚMERO DE DIAS ENTRE FECHA DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OFERTAS Y APERTURA DE OFERTAS TÉCNICAS Y FECHA DE PUBLICACIÓN EN DIARIO OFICIAL DEL RESPECTIVO DECRETO SUPREMO DE ADJUDICACIÓN

CONTRATO	NÚMERO DE DIAS ENTRE FECHA DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE OFERTAS Y APERTURA DE OFERTAS TÉCNICAS Y FECHA DE
-----------------	--

	PUBLICACIÓN EN DIARIO OFICIAL DEL RESPECTIVO DECRETO SUPREMO DE ADJUDICACIÓN
“Aeropuerto Presidente Carlos Ibañez del Campo de Punta Arenas”	174
“Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria Grupo 2”	115
“Centro Metropolitano de Vehículos Retirados de Circulación”	182
“Concesión Vial Autopistas de la Región de Antofagasta”	97
“Aeropuerto El Loa de Calama (R)”	154
“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	312
“Alternativas de Acceso a Iquique”	248
“Concesión Autopista Concepción – Cabrero”	250
“Aeropuerto Cerro Moreno de Antofagasta (R)”	113
“Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: La Serena-Vallenar”	112
“Aeropuerto Diego Aracena de Iquique, I Región de Tarapacá (R)”	150
“Aeródromo La Florida de La Serena, IV Región de Coquimbo (R)”	167
“Hospital de Antofagasta”	263
“Concesión para el Mejoramiento y Conservación de la Ruta 43 de la Región de Coquimbo”	224

PLAZO PROMEDIO	183
----------------	-----

De acuerdo a las Tablas antes expuestas, cuya información se encuentra contenida en los antecedentes aportados por esta Sociedad Concesionaria y no fueron objetados por el Ministerio de Obras Públicas, el tiempo promedio utilizado por dicha Secretaria de Estado para adjudicar un contrato de concesión (entiéndase adjudicación como publicación en el Diario Oficial) en los años 2009, 2010, 2011 y 2012 fue **de 183 días contados desde la presentación de las Ofertas.**

Si consideramos que en el caso de la especie el tiempo utilizado por el Ministerio de Obras Públicas para adjudicar el contrato fue de 508 días, tenemos que este plazo excedió **en más de un 200%** el tiempo promedio de los 2009, 2010, 2011 y 2012, sin que exista ninguna causa que lo justifique.

El Ministerio de Obras Públicas ha pretendido buscar justificación para esta dilación en las características y dificultad del proyecto, situación que no se condice con los hechos. Tal como se señaló precedentemente, el día 4 de enero de 2013 había concluido el análisis y estudio de las Ofertas Técnicas y Económicas presentadas por el Licitante Adjudicatario, y el día 8 de febrero de 2013, en un tiempo menor al promedio para este tipo de actuaciones, dicha Secretaria de Estado, con el V°B° del Ministerio de Hacienda, había emitido el Acta de Adjudicación correspondiente.

- **La Sociedad Concesionaria presentó copia de las siguientes Resoluciones: Resolución DGOP N°5304, de fecha 30 de diciembre de 2014; Resolución DGOP N°98, de fecha 14 de enero de 2015; Resolución DGOP N° 390, de fecha 28 de enero de 2015; Resolución DGOP N°1685, de fecha 14 de abril de 2015; Resolución DGOP N°2812, de fecha 30 de junio de 2015; Resolución DGOP N°3014, de fecha 13 de julio de 2015 y Resolución DGOP N°3201, de fecha 28 de julio de 2015.**

La documentación antes señalada, la cual también fue acompañada por el Ministerio de Obras Públicas como parte de su prueba documental, acredita que el plazo para la entrega de la Garantía de Construcción vencía **el día 27 de julio de 2014**¹⁰.

Del mismo modo, la documentación acompañada acredita que la Sociedad Concesionaria no dio cumplimiento a su obligación de entrega de la Garantía de Construcción¹¹ en los plazos definidos en el Contrato de Concesión.

¹⁰ Considerando Séptimo de la Resolución DGOP N° 5304: “Que el artículo 1.8.1.1 “Garantía de Construcción”, establece que la concesionaria deberá entregar la garantía de construcción para cada uno de los sectores definidos en el artículo 1.3 de las Bases, dentro del plazo de 90 días contados desde el inicio del plazo de la concesión y de la etapa de construcción, señalado en el artículo 1.7.5 de las Bases. Por su parte, cabe hacer presente que el artículo 1.7.5 de las Bases dispone que el inicio del plazo de la concesión se contará a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación, lo que ocurrió el 28 de abril de 2014, por tanto, **el plazo para entrega de la boleta de garantía de construcción vencía el 27 de julio de 2014**” (la negrilla es nuestra).

¹¹ Considerando Octavo de la Resolución DGOP N° 5304: “Que se encuentra acreditado, con los antecedentes aportados a esta Dirección General, que la Sociedad Concesionaria no dio cumplimiento a su obligación de entregar la garantía de construcción dentro del plazo establecido en el artículo 1.8.1.1.de las Bases, habiendo certificado el Inspector Fiscal por oficio Ord. N°0072 DGOP 005/2014, que al 20 de octubre de 2014, la concesionaria aun no daba cumplimiento a esta obligación, por lo que corresponde imponer una multa a la sociedad concesionaria por cada día de incumplimiento de esta obligación que a la fecha asciende a un total de 85 días de incumplimiento”.

Vale decir, el hecho por el cual se termina declarando el incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria y la extinción de la concesión se verificó el **día 27 de julio de 2014**, no obstante lo cual el Ministerio de Obras Públicas presentó la solicitud de dicha declaración a la H. Comisión Arbitral el día **23 de marzo de 2015**, esto es, **270 días de ocurrido hecho**, aplicando multas durante todo el tiempo intermedio. Es decir, nos multa por su propia demora.

¿Cuál sería la razón o fundamento por el cual la Sociedad Concesionaria debe soportar los efectos y costos de esta inactividad del Ministerio de Obras Públicas que se traducen en multas que sólo por concepto de retraso en la entrega de garantía de construcción ascienden **a la suma de 45.250¹² UTM?**

- **Copia del ORD. N°1187 de fecha 26 de septiembre de 2015, del Director General de Obras Públicas y carta de la “Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A.” al Director General de Obras Públicas, de fecha 30 de octubre de 2014, donde responde el requerimiento efectuado por dicha Autoridad, mediante ORD. 1187.**

Por los documentos antes señalados, los cuales reiteramos no fueron objetados por el Ministerio de Obras Públicas, se encuentra acreditado que:

¹² Al mes de octubre de 2016 equivale en pesos a \$2.081.454.750

- a) El Ministerio de Obras Públicas notificó a la Sociedad Concesionaria, mediante carta de fecha 27 de septiembre de 2014, *“que se ha configurado la causal de incumplimiento grave del contrato consagrado en el numeral 1.11.2.3 letra f)”*, razón por la cual la Sociedad Concesionaria debía remitir al Director General de Obras Públicas un informe que contuviera las medidas que se implementarían para subsanar la falta señalada, todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.11.2.3.1 de las Bases de Licitación y al artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- b) Que la Sociedad Concesionaria, con fecha 30 de octubre de 2014, dentro del plazo fijado por la Administración, responde el requerimiento efectuado por el Ministerio de Obras Públicas mediante ORD. 1187, señalando las medidas que pretendía implementar para poder llevar adelante la ejecución del Contrato de Concesión.

A partir de estos documentos queda de manifiesto, y acreditado en autos, que el Ministerio de Obras Públicas debía: (i) solicitar la declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria, y por ende la extinción de la Concesión; (ii) otorgar un plazo para implementar las medidas propuestas por la Sociedad Concesionaria, bajo la supervisión del Inspector Fiscal.

Se encuentra acreditado en autos que el Ministerio de Obras Públicas no ejerció ninguna de las actuaciones antes señaladas, manteniendo su inactividad en esta materia hasta el día **23 de marzo de 2015**, esto es, **144**

días después, fecha en la cual recién solicita a la H. Comisión Arbitral la solicitud de declaración de incumplimiento grave de las obligaciones de la Sociedad Concesionaria.

Al igual que en el punto anterior valdría la pena preguntarse ¿Cuál sería la razón o fundamento por el cual la Sociedad Concesionaria debe soportar los efectos y costos de esta inactividad del Ministerio de Obras Públicas?

Asimismo queda acreditado que entre el día del incumplimiento grave y la fecha de la presentación del Ministerio Obras Públicas a la H. Comisión Arbitral de la solicitud de la declaración de incumplimiento grave, y aún más hasta la sentencia de la H. Comisión que lo resolvió, no existe ya la razón o causa que justifica las multas contractuales aplicadas, que dicen relación con el atraso en el cumplimiento de obligaciones contractuales de un contrato de concesión que debe terminar por incumplimiento grave.

II.- INFORMES EN DERECHO

La Sociedad Concesionaria acompañó dos Informes en Derecho que avalan su posición desde un punto de vista del derecho. El primero de ellos, denominado **“Procedencia de la Reclamación Planteada por la Sociedad Concesionaria SanJose Rutas del Loa S.A”**, elaborado por el profesor de derecho constitucional Sr. Miguel Ángel Fernández González y la profesora de Derecho Administrativo Sandra Ponce de León Salucci, en tanto el segundo, denominado, **“Posibilidad Jurídica de que el Ministerio de Obras Públicas aplique sanciones múltiples a una Sociedad Concesionaria por la concurrencia de un solo hecho tipificado en la Ley y en las Bases de**

Licitación; El caso en que la conducta imputada al particular es consecuencia de la excesiva dilación del propio Órgano Administrativo que Sanciona; Negligencia de la Administración y Fuerza mayor en la Conducta Sancionada al Concesionario de Obras Pública; Reclamación de Multas ante la Honorable Comisión Arbitral: “Concesionaria SanJose S.A. con Ministerio de Obras Públicas”, elaborado por el Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Administrativo Sr. Alejandro Vergara Blanco.

En ambos Informes se concluye, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio de Obras Públicas, que la autoridad administrativa, de acuerdo a nuestro Ordenamiento Jurídico, no tiene libertad absoluta para determinar los plazos en que debe ejercer sus actuaciones o emitir sus decisiones, toda vez que no estamos frente a potestades discrecionales del Estado. La vulneración de esta regla permite sostener que la Administración actuó al margen de los principios que orientan el ejercicio de sus atribuciones, esto son, juridicidad, eficiencia y eficacia, prohibición de la arbitrariedad o racionalidad, obligación de fundamentación de las decisiones, proporcionalidad, congruencia y publicidad.

POR TANTO: en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en el artículo 25 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento de la Comisión Arbitral, y demás disposiciones que sean pertinentes.

A LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITO: Tener por evacuado en tiempo y forma el trámite de observaciones a la prueba.

