

## DÚPLICA

### SEÑOR PRESIDENTE H. COMISIÓN ARBITRAL “CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”

**PABLO MUÑOZ AGURTO**, Abogado, en representación del **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS**, en autos arbitrales del Contrato de Concesión de la Obra Pública Fiscal “CONCESIÓN ALTERNATIVAS DE ACCESO A IQUIQUE”, causa rol N° 001-2016, al Señor Presidente de la H. Comisión Arbitral, con respeto digo:

De conformidad al traslado conferido por resolución de 28 de junio de 2016 y a las disposiciones del artículo 21 de las Normas de Funcionamiento de esta H. Comisión, ratificando expresamente los argumentos de hecho y de derecho expuestos en nuestra contestación de la demanda, vengo en evacuar el trámite de la dúplica.

H. Comisión, rechazamos absolutamente las afirmaciones realizadas por la Sociedad Concesionaria en su escrito de réplica, en donde realiza un análisis parcial de nuestra contestación y formula una serie de alegaciones bajo supuestos erróneos, que no aportan nuevos antecedentes respecto de sus pretensiones. La Concesionaria solo se ha limitado a reiterar los argumentos expuestos en su demanda, reformulando algunos pasajes para intentar dar sustento a sus peticiones, según veremos a continuación:

**1).- LA SOCIEDAD CONCESIONARIA INSISTE ERRADAMENTE EN UNA APLICACIÓN DESVINCULADA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE LA HIPÓTESIS DE COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 19 DE LA LEY DE CONCESIONES.**

La Sociedad Concesionaria no se hace cargo del análisis realizado en nuestra contestación respecto de las normas legales, reglamentarias y disposiciones de las Bases de Licitación que determinan su responsabilidad en esta materia, insistiendo erradamente en una **aplicación desvinculada del presente Contrato de Concesión** de la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Al referirse a nuestro argumento relacionado a la distribución de riesgos, la contraria afirma que este se encuentra planteado en un absurdo jurídico y material, atribuyendo a

nuestra parte un errado análisis por, en su concepto, determinar de quien es el riesgo sin considerar toda la normativa aplicable, especialmente *“aquella que regula específicamente la hipótesis de compensación en caso de situaciones imprevistas”*.

La presente alegación nos causa sorpresa, pues como señalamos detalladamente en nuestra contestación **es la Concesionaria quien ha omitido todo análisis de la normativa legal, reglamentaria y disposiciones de las Bases de Licitación aplicables en este caso, centrando sus pretensiones en un análisis aislado y desvinculado del presente Contrato de las disposiciones del inciso primero del artículo 19 de la LCOP**, omitiendo toda mención a que: (i) las Bases de Licitación desde un principio contenían la obligación de elaborar los proyectos de ingeniería de detalle debiendo cumplir con la normativa vigente, especialmente respecto del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización del Tránsito; (ii) la concesionaria estaba obligada a conocer en su integridad las Bases de Licitación y aceptó que no podía alegar ignorancia, desconocimiento o falta de información sobre ellas; (iii) Debía recabar y contar con toda la información complementaria necesaria; (IV) tuvo la posibilidad de hacer las consultas pertinentes a objeto de precisar el sentido y alcance de la norma contractual; (V) Declaró bajo juramento aceptar expresamente las obligaciones que le impone la Ley de Concesiones, su Reglamento, demás normativa aplicable al Contrato de Concesión.

En el mismo sentido, **se aprecia claramente la profunda contradicción que presentan sus argumentaciones**, por una parte, en el cuerpo de la demanda (páginas 18 y 19) reconoce de manera explícita que es su obligación elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir con la normativa vigente y que esta obligación nace de las Bases de Licitación, es decir, aparece con claridad que la Concesionaria previó el eventual cambio normativo que ahora reclama y que figuraba de manera expresa en las Bases de Licitación esta probabilidad; y por otra, alega en su escrito de réplica que nuestra parte no consideró toda la normativa aplicable especialmente *“aquella que regula específicamente la hipótesis de compensación en caso de situaciones imprevistas”* (El subrayado es nuestro), existe una evidente contradicción en sus alegaciones.

Es preciso aclarar, que en nuestro análisis no se ha omitido la consideración de la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la LCOP **como erradamente sostiene la demandante**, muy por el contrario, se ha analizado el tenor de su contenido y requisitos de procedencia, en relación a la demás normativa aplicable y disposiciones de las Bases de Licitación, **concluyéndose que en el presente caso NO RESULTA APLICABLE**. Recordemos que el inciso primero del artículo 19 en comentario

dispone en lo pertinente: *“El concesionario podrá solicitar compensación en caso de acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique, sólo cuando, copulativamente, cumpla los siguientes requisitos...”*, es decir, para la aplicación de esta hipótesis se requiere estar en presencia de un acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que **así lo justifique** y que **concurran copulativamente los requisitos** que la norma exige, en los hechos no se verifica ninguna de estas circunstancias.

Las actualizaciones del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización de Tránsito utilizadas por la Concesionaria como sustento de sus pretensiones, **no pueden considerarse** como actos sobrevinientes de autoridad con potestad pública **que justifiquen** la hipótesis de compensación alegada, **por cuanto su ocurrencia es frecuente y fue una probabilidad contemplada en las Bases de Licitación** al establecer en su artículo 2.2.1 la obligación contractual de elaborar los Proyectos de Ingeniería de Detalle debiendo cumplir, entre otros factores, con la **NORMATIVA VIGENTE**. Se debe precisar que **la elaboración de los Proyectos de Ingeniería de Detalle concluye con su total aprobación por parte del Inspector Fiscal, lo que ocurrió en este caso con mucha posterioridad a la actualización de los referidos manuales**. En el mismo sentido, las Bases de Licitación han establecido claramente el deber de **cumplimiento del ordenamiento jurídico** -artículo 1.7.8.1- y la **responsabilidad de la Sociedad Concesionaria** -artículo 1.7.8.2- en el presente contrato, y aunque parezca obvio, dichas Bases reiteran que es responsabilidad del concesionario el **“cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión”**, y según ya lo hemos mencionado, **es una obligación del contrato elaborar los proyectos de ingeniería de detalle debiendo cumplir con la normativa vigente**.

H. Comisión, en este punto es preciso recordar que el Sistema de Concesiones presupone que el Licitante en su Oferta considere **todos los aspectos técnicos y económicos de la licitación respectiva, así como los riesgos que implica la construcción de la obra y su impacto en los costos y utilidades esperadas**, riesgos dentro de los cuales **se deben considerar las actualizaciones del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización de Tránsito** que nos ocupan en este caso, más aun si estas actualizaciones fueron una probabilidad expresamente considerada en las Bases de Licitación, circunstancia reconocida por la Concesionaria en su demanda según lo ya expuesto.

En materia de riesgo por cambio normativo, las Comisiones Arbitrales y Tribunales

Superiores se han pronunciado en el siguiente sentido:

- **FALLO DE LA COMISIÓN ARBITRAL AMÉRICO VESPUCIO SUR. RUTA 78 - AV. GRECIA**, de 24 de enero de 2011, integrada por los señores Alejandro Jadresic, Carlos Peña y Enrique Alcalde, **rechazó la demanda de mayores costos por cambios en la normativa** intentado por la Sociedad Concesionaria, en consideración a los siguientes argumentos:

Que para que el riesgo de cambio de normativa fuera de cargo del MOP se requeriría que la administración hubiera ofrecido, de manera explícita, mantener las reglas entonces vigentes en forma análoga a lo que ocurre con un contrato ley en que la administración se compromete a no alterar las reglas relativas a la actividad a que se refiere el contrato.

Que una cláusula tal no existe ni en las bases de licitación ni en el contrato de concesión. Por el contrario, las bases de licitación establecen explícitamente que “El Concesionario deberá cumplir con todas las leyes, decretos y reglamentos de la República de Chile vigentes a la fecha de la firma del Contrato, que se relacionan con la materia y con todos aquellos que se dicten durante su vigencia. De igual manera, deberá pagar todos los derechos, impuestos, tasas, contribuciones y otros gravámenes y cualesquiera otros desembolsos que fueran necesarios para la construcción de las obras y su explotación”. (1.7.7.1).

Que desoír la regla precedente -que formaba parte de las bases de licitación- importaría alterar ex post y de manera grave las bases de la competencia, lesionando severamente a quienes compitieron en su momento por la licitación. Si, una vez celebrado el contrato, pudiese desoírse una regla explícita como la anterior, se atentaría contra el mecanismo de la licitación en su conjunto, el principio de estricta sujeción a las bases y el trato igualitario entre los oferentes.

Que, por lo mismo, este tribunal rechazó la pretensión de la Sociedad Concesionaria tendiente a que le indemnizen los mayores costos en que hubiere incurrido como consecuencia del cambio de normativa.

- **FALLO DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO**, de 31 de julio de 2014, **RoI N°56-2014**, acogió un recurso de queja interpuesto por el Fisco-MOP, en contra de la sentencia de la H. Comisión Arbitral, integrada por los Señores Claudio Illanes Ríos, Jorge Quiroz Contreras y Emilio Pfeffer Urquiaga, **dejando sin**

**efecto la sentencia dictada por dicha Comisión, rechazando, en su lugar la demanda deducida** por Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del Fisco de Chile, con costas.

Dicho fallo de la I. Corte de Apelaciones, resolvió que la expresión "cualquier otra causa" utilizada por el artículo 22 de la Ley de Concesiones, no excluye ningún riesgo, a saber:

*"En su literalidad no origina duda alguna en cuanto que es comprensiva de cualquier hecho o circunstancia que acontezca, de manera que, prescindiendo de lo que origina el uno o la otra, las consecuencias siempre importarán un riesgo que debe asumir la concesionaria. Considerando los términos tan amplios de esta norma, no es posible divisar de qué manera pudiera fijársele límites y qué hechos pudieran no estar comprendidos por ella".*

Se hace presente que este fallo fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 05 de noviembre de 2014, Rol N° 22.387-2014.

De los antecedentes expuestos, resulta evidente que las actualizaciones del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización de Tránsito alegados y la compensación cuyo pago se pretende, corresponden a situaciones que se enmarcan dentro los riesgos que la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación han puesto de cargo de la Sociedad Concesionaria, y respecto de los cuales es improcedente la aplicación de la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones.

**2).- En materia de señalización y seguridad vial no se han verificado los mecanismos que la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación establecen para modificar las características de las obras y servicios contratados, por lo que no existe reconocimiento alguno por parte del Ministerio de Obras Públicas de las pretensiones de la demandante.**

Contrariamente a lo señalado por la Concesionaria en el número 2 de su escrito de réplica, no basta una comunicación de quien cumpla la función de Inspector Fiscal del contrato de concesión para entender cumplidos los mecanismos que la Ley de Concesiones, su Reglamento y las Bases de Licitación establecen para modificar las características de las obras y servicios contratados. Bajo ningún respecto se puede

estimar que esta comunicación, implica un reconocimiento por parte del Ministerio de Obras Públicas de las pretensiones que la demandante formula en el presente libelo.

La contraria hace una referencia genérica a una comunicación del Inspector Fiscal y pretende atribuirle la calidad de "reconocimiento expreso de la autoridad" de sus pretensiones. Sin embargo, **no entrega mayores antecedentes respecto del contenido específico de dicha comunicación, ni señala en base a que normativa legal y contractual le atribuye la calidad que alega.**

La Concesionaria describe genéricamente algunas de las funciones del Inspector Fiscal y menciona el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Concesiones para tratar de dar sustento a sus argumentaciones, pero omite toda mención o análisis del artículo 39 de dicho cuerpo normativo que lleva por título "FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL INSPECTOR FISCAL EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN". En esta última norma **no existe disposición alguna que atribuya al Inspector Fiscal la facultad de realizar en representación del Ministerio de Obras Públicas el reconocimiento que alega la demandante**, solo se considera en su letra h) la posibilidad de "*Proponer al Director respectivo compensaciones o realización de obras adicionales en la forma indicada en el artículo 68 del presente reglamento*".

Las alegaciones de la Concesionaria en este acápite, se limitan a mencionar una sola comunicación del Inspector Fiscal descontextualizando el proceso de aprobación de los proyectos de señalización y seguridad vial. Convenientemente **omite una serie de correspondencia relativa a este proceso de aprobación, mediante la cual el Inspector Fiscal formuló observaciones y le solicitó cumplir la normativa vigente en la elaboración de dichos proyectos**, de acuerdo a las disposiciones de las Bases de Licitación.

Ejemplo de estas comunicaciones del Inspector Fiscal que resulta oportuno e importante mencionar, son el Ordinario N° 499 RDD 246 -28/08/2012- por el cual se formulan observaciones a los proyectos de señalización y seguridad vial en revisión y se remite Memorando N° 273 de Jefe Unidad de Ingeniería CCOP, en el cual se señala expresamente:

*"En general, nos parecen adecuadas las respuestas de la Sociedad Concesionaria a las distintas observaciones formuladas al Proyecto de Señalización y Seguridad Vial, Jun-*

2012, Revisión A, **salvo lo que dice relación con la aplicación de los manuales versión 2012, constituye una modificación de contrato.**

Al respecto, debemos indicar que las Bases de Licitación en su artículo 2.2.1, establecen que la Sociedad Concesionaria en la elaboración de los Proyectos de Ingeniería de Detalle, deberán cumplir los estándares técnicos contenidos en las Bases Técnicas y en los Estudios Referenciales, **así como en la normativa vigente...** (Énfasis añadido)

Otro ejemplo es el Ordinario N° 599 RDD 316 -03/10/2012- mediante el cual el Inspector Fiscal da respuesta a la Carta GG-IF-0387-12 de la Concesionaria, informando normativa aplicable a los proyectos de señalización y seguridad vial de acuerdo a las disposiciones de las Bases de Licitación, en los siguientes términos:

*“En relación a su carta Carta GG-IF-0387-12, en la cual plantea la necesidad de definir la normativa que aplica para el desarrollo de los Proyectos de Ingeniería de Detalle de señalización y Seguridad Vial, señalo a Ud. que en virtud de lo establecido en las Bases de Licitación art. 2.2.1 Normas de Diseño, la Sociedad Concesionaria debe aplicar la normativa vigente al momento de desarrollo de estos considerando sus actualizaciones.*

*En razón de lo anterior, no existe causal alguna que exima de esta obligación a la Sociedad Concesionaria, tanto para el desarrollo de los Proyectos de Señalización y Seguridad Vial como de otra especialidad, **y por lo tanto, tampoco corresponde una compensación económica.**”* (Énfasis añadido)

Finalmente, en este punto la demandante en nota a pie de página propone revisar el artículo 1.12.3.1 de las Bases de Licitación que lleva por título “Nuevas Inversiones Exigidas por el Estado”, sin embargo, no se vislumbra la relación de esta norma con sus alegaciones, toda vez que **en ella se dispone que la facultad de exigir la modificación de las obras y servicios y de dictar Resoluciones con estos fines** -que deberán contar con el Visto Bueno del Ministro de Obras Públicas y del Ministro de Hacienda- **corresponde al Director General de Obras Públicas.** En concordancia con lo anterior, en el inciso octavo del mencionado artículo 1.12.3.1 de las BALI dispone:

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

En mérito de lo expuesto, no resultan efectivos el reconocimiento expreso de la autoridad y la infracción de variados principios de derecho, como los de buena fe, seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima, enriquecimiento sin causa, alegados por la demandante.

**3).- Para la aplicación de la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la Ley de Concesiones se requiere estar en presencia de un acto sobreviniente de autoridad con potestad pública que así lo justifique y que concurren copulativamente los requisitos que la norma exige, en el presente caso no se verifica ninguna de estas circunstancias.**

Según lo reiteradamente señalado, las actualizaciones del Manual de Carreteras y del Manual de Señalización de Tránsito utilizadas por la Concesionaria como sustento de sus pretensiones, no pueden considerarse como actos sobrevinientes de autoridad con potestad pública que justifiquen la hipótesis de compensación alegada, por cuanto su ocurrencia es frecuente y fue una probabilidad contemplada en las Bases de Licitación.

Sin perjuicio de lo expuesto en nuestra contestación de la demanda y en el número 1 de esta presentación, aclararemos las erradas alegaciones formuladas por la contraria en su escrito de réplica, respecto a la concurrencia copulativa de los requisitos que esta hipótesis exige.

**En cuanto al primer requisito**, la contraria insiste en realizar un análisis aislado de esta norma, fuera del contexto y disposiciones del presente contrato de concesión.

**En cuanto a la imprevisibilidad** del acto al tiempo de su adjudicación, la Concesionaria no se hace cargo de los argumentos expuestos en nuestra contestación respecto de las especiales características que presenta el Manual de Carreteras como instrumento en permanente actualización, los mecanismos de difusión que la Dirección de Vialidad contempla para ello y el carácter de experto que presentan las Concesionarias en las materias propias de la concesión, **circunstancias que descartarían el carácter de imprevisible que la norma exige**, solo se limita a realizar afirmaciones genéricas para intentar representar una supuesta imposibilidad de anticipar estas actualizaciones, dando ejemplos que llevan la discusión al absurdo.



A continuación cita algunas conclusiones del Panel Técnico de Concesiones, que claramente **se refieren a materias jurídicas ajenas a la consideración técnica y económica que les fue encomendada y que desconocen lo resuelto por las Comisiones Arbitrales y Tribunales Superiores en materia de riegos por cambio normativo.** Dichas conclusiones omiten todo análisis a la constante actualización de que es objeto el Manual de Carreteras para adecuar a los estándares vigentes las distintas áreas técnicas a que es aplicable, a los mecanismo de difusión existentes, y a la información que les fue proporcionada por los encargados del Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad, en cuanto a las constantes consultas que se les realizan por distintas personas e instituciones respecto a las modificaciones del Manual que se encuentran en proceso y a la disponibilidad en la entrega de dicha información. Por tratarse de procesos en permanente desarrollo, la entrega de información de igual forma es permanente.

La demandante agrega una serie de alegaciones para intentar representar supuestas deficiencias en la entrega de información por parte del MOP en el proceso licitatorio, falta de eficiencia, eficacia y coordinación de las reparticiones internas de este Ministerio y cita aisladamente el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Concesiones, señalando que dicho artículo establece que las consultas son dirigidas y contestadas a todos los licitantes por el Director General de Obras Públicas o la Dirección licitante, mediante el proceso de consultas y aclaraciones normado y regulado por el propio reglamento, no imponiendo obligación alguna a los licitantes de recabar información adicional en sus organismos dependientes, alegaciones que no resultan verosímiles al tenor de las disposiciones del contrato de concesión.

Pese a las alegaciones de la demandante, lo cierto es que el **artículo 1.5** de las Bases de Licitación dispuso que es ***“obligatorio que los Licitantes o Grupos Licitantes realicen el estudio exhaustivo de todos los documentos entregados por el MOP indicados en 1.4.1, 1.4.3 y 1.4.5, todos artículos de las presentes Bases de Licitación. Además, deberán contar con toda la información complementaria necesaria que se deba obtener en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes, para la preparación de su oferta, como también los permisos que correspondan de forma de lograr una exacta apreciación de las características de las obras, sus dificultades, normativas aplicables y costos asociados...”***, y que ***“En virtud de lo anterior, el Adjudicatario o Concesionario, según corresponda, no podrá aducir ignorancia, desconocimiento o falta de información acerca de las condiciones necesarias para***

*construir, reparar y explotar, según corresponda, las obras y servicios objeto de la concesión, una vez presentada su Oferta Técnica” (Énfasis añadido).*

El referido artículo no realiza distinción alguna en cuanto al deber de la Concesionaria de contar y obtener toda la información necesaria en terreno o de las instituciones pertinentes, lo que se encuentra en armonía con las disposiciones del artículo 18 del Reglamento de la Ley de Concesiones, que no establece restricción alguna en esta materia.

Por su parte el **artículo 2.2.1, Normas de Diseño**, dispuso que *“Los Proyectos de Ingeniería de Detalle que debe confeccionar la Sociedad Concesionaria deberán cumplir los estándares técnicos contenidos en estas Bases Técnicas y en los Estudios Referenciales, **así como también en la normativa vigente**, los Instructivos de los Departamentos de Gestión Vial, de Estudios Viales, de Puentes, y de Seguridad Vial de la Dirección de Vialidad, debiendo considerar entre otros, los siguientes documentos”* y que el *“Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP, versión Marzo 2008, **incluidas todas sus actualizaciones al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo. Volumen 2 al 9. ... Manual de Señalización de Tránsito del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Específicamente, Cap. 1 “Introducción”, Cap. 2 “Señales Verticales” (Agosto 2000), Cap. 3 “Demarcaciones” (Enero 2001), Cap. 4 “Semáforos” (Junio 1989), Cap. 5 “Señalización Transitoria y Medidas de Seguridad para Trabajos en la Vía (Enero 2003), Cap. 6 “Facilidades Explícitas para Peatones y Ciclistas” (Febrero 2004) y sus modificaciones o nuevas versiones en especial Cap. 4, 7, 8 y 9.”*** (Énfasis añadido).

Es claro el contenido de la obligación que esta disposición de las Bases impone al Concesionario, siendo su responsabilidad considerar el riesgo de este eventual cambio normativo al momento de presentar su postulación.

Como última argumento de este punto, se señala un supuesto olvido de nuestra parte respecto de la pregunta realizada durante la ronda de preguntas y respuestas en el proceso de licitación, y que el MOP habría optado por no responderla, **lo que resulta absolutamente falso**. En su relato, la Concesionaria señala: *“En efecto, en la Circular Aclaratoria N° 7, de fecha 14 de diciembre de 2010, consta la respuesta a la consulta 41 relacionada a qué es lo que se entendía como máximo de actualización al Manual de Carreteras. Al efecto el Director General de Obras Públicas respondió remitiéndose al artículo 2.2.1 de las BALI, que citan expresamente a la versión de marzo de 2008 del*

*Manual de Carreteras.*” En base a lo expuesto, la contraria concluye que la remisión que realiza la autoridad al responder la consulta se entiende en el sentido que se bastaba por sí misma y que sería plausible comprender que la autoridad no tenía conocimiento de la futura entrada en vigencia de la nueva normativa o que omitió comunicarlo, y que en caso contrario, según su entender, se estaría ante un evidente caso de mala fe contractual.

El demandante **no aclara si fue su parte la que formuló la pregunta que analiza, nuevamente omite todo análisis de la normativa legal y contractual aplicable a la materia**, especialmente de aquella que dice relación con su obligación de contar con toda la información complementaria necesaria que se deba obtener en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes para la preparación de su oferta, **y hace una referencia parcial de la respuesta comentada y de la norma citada en ella**, intentando representar una falsa realidad de los hechos.

Según lo recordamos recientemente, respecto del Manual de Carreteras el artículo 2.2.1 de las BALI dispone: “*Manual de Carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP, versión Marzo 2008, incluidas todas sus actualizaciones al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo. Volumen 2 al 9.*” (Énfasis añadido), y la respuesta a la pregunta 41 contenida en la Circular Aclaratoria N° 7, es del siguiente tenor: “*Respuesta: Remítase a lo establecido en el artículo 2.2.1 de las Base de Licitación, en el cual se indica que para los proyectos de Ingeniería de Detalle que deba confeccionar la Sociedad Concesionaria se deberá considerar el Manual de carreteras de la Dirección de Vialidad del MOP, versión marzo de 2008, incluidas todas sus actualizaciones al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo. Volumen 2 al 9.*” (Énfasis añadido).

Como vemos, tanto las disposiciones del artículo 2.2.1 de las BALI, como el tenor de la respuesta a la pregunta 41 contenida en la Circular Aclaratoria N° 7, incluyen el texto “*incluidas todas sus actualizaciones al momento de realizar el proyecto de ingeniería definitivo. Volumen 2 al 9.*”, **que la Concesionaria omite en su argumentación**, prescindiendo de esta importante información e ignorando su obligación de contar con toda la información complementaria necesaria que se deba obtener en el lugar de ejecución de la obra o de las instituciones pertinentes para la preparación de su oferta, al momento de formular sus erradas conclusiones.

**En cuanto al tercer requisito**, que no constituya una norma legal o administrativa dictada con efectos generales, que exceda del ámbito de la industria de la concesión.

La demandante en este punto realiza una serie de supuestas aclaraciones y alega supuestas confusiones de nuestra parte, pero nuevamente sin analizar en su contexto la normativa y disposiciones de las BALI aplicables.

No debemos olvidar que en nuestro país, la Industria de la Concesión es aquella que se dedica a la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del Decreto Supremo MOP N° 294 de 1985, y que su actividad principalmente es regulada por el Decreto Supremo MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 de 1991, denominado Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En este contexto, el Manual de Carreteras y el Manual de Señalización de Tránsito **son utilizados como normas técnicas en todo tipo de actividades relacionadas con la edificación vial, no solo en caminos concesionados**, por lo tanto sus disposiciones exceden el ámbito de la industria de la concesión.

Del mismo modo, es oportuno observar que no resulta clara la relación del ejemplo que menciona la contraria, con el análisis del requisito que nos ocupa. Se señala que ante dos contratos de obra pública adjudicados en la misma época, uno por el sistema de concesiones y otro por el tradicional, un cambio normativo posterior a tales adjudicaciones sólo afecta al primero, aun cuando ambos son parte del concepto de "industria de obra pública". La Concesionaria pese a relacionar este ejemplo con algunas de las conclusiones del Panel Técnico que tampoco aclaran esta relación, no profundiza en sus afirmaciones.

Al respecto podemos señalar, que **el efecto que menciona la contraria no se produce por el cambio normativo en sí mismo, sino que por las obligaciones que el Concesionario ha adquirido en virtud del contrato de concesión**, obligaciones establecidas en atención a las especiales características de este tipo de contratos que los diferencian del contrato de obra pública tradicional. En este caso las actualizaciones del Manual de Carreteras y el Manual de Señalización de Tránsito **tienen efectos generales y su aplicación al presente contrato está determinada por las obligaciones contenidas en él** y que fueron aceptadas por el concesionario al participar en el proceso licitatorio, adjudicarse y suscribir el contrato.

**En cuanto a la alteración del régimen** económico del contrato, en este punto la demandante reitera los argumentos expuestos en su demanda sin aportar mayores antecedentes.

Como ha sido la tónica general de sus alegaciones, la Concesionaria realiza un análisis de este requisito sin considerar en su contexto la normativa y disposiciones de las Bases de Licitación.

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

En caso de costos provenientes del cumplimiento de obligaciones válidamente contraídas por la Sociedad Concesionaria, de su entero cargo y riesgo, por cierto que el valor presente neto de dichos costos no será igual a cero y tampoco podrá considerarse como factor que altere el régimen económico del contrato, **situación por la cual las alegaciones de la contraria no tienen cabida en este caso.**

#### **4).- La recomendación del Panel Técnico no es vinculante para las partes.**

La Concesionaria en el número cuatro de su réplica, formula una serie de afirmaciones genéricas para intentar restar mérito a las consideraciones que hemos realizado en nuestra contestación respecto a la Recomendación del Panel Técnico de Concesiones, omitiendo toda mención a las conclusiones de dicha Recomendación que no le son favorables.

Hacemos presente a la H. Comisión, que de conformidad al número 5 del artículo 108 del Reglamento de la Ley de Concesiones, la recomendación del Panel Técnico **no es vinculante para las partes**, por lo que el Ministerio de Obras Públicas en base a los antecedentes expuestos en la contestación de la demanda y en esta presentación, tiene el legítimo derecho a manifestar su desacuerdo con la Recomendación emitida.

Este desacuerdo se manifiesta, entre otros aspectos, en la circunstancia que el Panel Técnico realizó un análisis respecto de la procedencia de cada uno de los requisitos del artículo 19 de la Ley de Concesiones, **lo que implica a todas luces un análisis de carácter jurídico que excede la validación técnico-económica sometida a su conocimiento.**

Además, estando pendiente la resolución del recurso de aclaración deducido por la Sociedad Concesionaria respecto de la Recomendación emitida por el Panel, la División de Construcción de la Coordinación de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas evacuó un Informe Técnico de los Proyectos de Seguridad Vial en Rutas 1 y 16, que analizó las conclusiones del Panel y **en una correcta estimación de las diferencias que se producen por la aplicación de los Manuales de Carreteras y Señalización del Tránsito versiones 2012, utilizando el mismo esquema de cálculo que el Panel concluye que la diferencia total solo asciende a UF 57.427,78, que se desglosa de la siguiente manera:**

<b>TABLA 6</b>		<b>Cambio de Normativas: Obras Adicionales de Mínimo Costo</b>		
<b>Concepto</b>	<b>Ruta</b>	<b>IMPORTE (UF)</b>		
		Normativa 2010	Normativa 2012	Obras Adicionales Costo Mínimo
<b>Sistemas de Contención</b>	Ruta A 1	159.297,58	159.297,58	0,00
	Ruta A16 (0-34)	138.808,20	202.709,04	73.900,84
	Ruta A16 (34-47)	50.357,74	50.357,74	0,00
	<b>Sub Total Inversión Sistema de Contención (UF)</b>			<b>73.900,84</b>
	<b>Sub Total Conservación Sistemas de Contención (UF)**</b>			<b>-47.848,41</b>
<b>Señalización Vertical</b>	Ruta A 1	6.031,74	9.661,57	3.629,83
	Ruta A16 (0-34)	4.167,04	8.215,51	4.048,47
	Ruta A16 (34-47)	1.122,49	4.150,97	3.028,48
	<b>Sub Total Inversión Señalización Vertical (UF)</b>			<b>10.706,77</b>
	<b>Sub Total Conservación Señalización Vertical (UF)**</b>			<b>20.668,58</b>
<b>Total (UF) obras por Cambio de Normativas</b>				<b>57.427,78</b>

Nota\*\*: Se utilizan los valores de conservación calculados por el H. Panel Técnico

El mencionado informe fue remitido a la División Jurídica de la Coordinación de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, mediante Memorándum N° 433 de 11 de noviembre de 2015, y su contenido fue puesto en conocimiento del Panel Técnico en

presentación de fecha 13 de noviembre de 2015, no siendo considerado atendido el estado de tramitación de la Discrepancia promovida.

En conclusión, el desacuerdo manifestado por esta parte respecto de la Recomendación emitida tiene suficiente fundamento, correspondiendo a esta instancia jurisdiccional resolver la controversia existente entre las partes de acuerdo al mérito del proceso.

**5).- Las alegaciones de la contraria entorno a la errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales argumentada por nuestra parte, carece de todo fundamento.**

La contraria para intentar controvertir nuestras argumentaciones en esta materia, realiza un relato, que en algunos pasajes se torna un tanto confuso, en el que pretende deslindar la responsabilidad de algunas situaciones en el Inspector Fiscal y entregar algunas supuestas soluciones técnicas, pero sin dar mayor razón de sus dichos.

Al respecto, es necesario realizar algunas precisiones:

- Lo que se requiere en el presente proceso, es que **se determine claramente una comparación de cubicaciones, en base a proyectos de seguridad vial y señalización con el mismo nivel de ingeniería de detalle**, utilizando las versiones de los manuales de los años 2010 y 2012.

- En cuanto a los cortes, la versión 2012 del Manual de Carreteras **no introdujo diferencias** para los criterios de instalación de los sistemas de contención, por lo tanto, no se requieren barreras adicionales.

- La Sociedad Concesionaria **es la responsable de ejecutar el proyecto de acuerdo a la normativa** y pudo realizar perfectamente las labores necesarias para cambiar la condición en los cortes, a fin de eliminar puntos de riesgo.

- Los planos as-built (mal denominados por la Concesionaria como "proyectos as-built"), sirven para constatar lo realmente construido, **pero no para validar costo de obras**. El proyecto que apruebe el IF es el que contiene las condiciones mínimas exigidas y es el que se debe considerar para evaluaciones económicas. En los planos as-built

perfectamente pueden existir obras adicionales que la Concesionaria pudo haber construido a su entero costo, por sobre el mínimo exigido.

- En cuanto a las barreras en la mediana, se reitera que **existe una solución técnica de menor costo que la barrera de hormigón utilizada por la Concesionaria.** El tipo de barrera utilizada por la Concesionaria, claramente aumenta la diferencia de costos al aplicar versiones de los manuales de los años 2010 y 2012.


En mérito de lo expuesto, es evidente que existe una errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales.

**6).- Las alegaciones de la demandante no desvirtúan la improcedencia del pago de los intereses demandados.**

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

**POR TANTO,**

**RUEGO A LA H. COMISIÓN ARBITRAL,** tener por evacuado el trámite de la dúplica.



**Pablo Muñoz Agurto**  
**ABOGADO**