

EVACUA TRASLADO

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:

Que por este acto, vengo en evacuar el traslado conferido a nuestra parte por resolución dictada por la H. Comisión Arbitral con fecha 8 de noviembre de 2016, respecto de la reposición de la resolución que recibió la causa a prueba deducida por la parte demandante, solicitando desde ya su rechazo por las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación expongo:

1.- ANÁLISIS PELIMINAR

H. Comisión, considerando lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, para una adecuada resolución de los recursos de reposición deducidos respecto del auto de prueba, rolantes a fojas 277 y siguientes en el caso de la Sociedad Concesionaria, y a fojas 282 y siguientes en el caso del Ministerio de Obras Públicas, resulta necesario recordar las peticiones y principales argumentos presentados por las partes en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla.

La SC en su demanda, de 31 de marzo de 2016, solicita expresamente a la H. Comisión Arbitral, que acogiendo sus pretensiones declare: **1)** Que la Sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S. A. le asiste el derecho de ser compensada en los términos dispuestos en el artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas; **2)** Que se Condene al Ministerio de Obras Públicas a pagar la suma de UF 300.034,71 neto de IVA a título de mayores costos de construcción; y al monto de UF 17.965,2 anuales, a título de aumento de valor en los costos asociados al mantenimiento y conservación de la concesión; **3)** En subsidio, que el monto que debe pagar el MOP a la sociedad Concesionaria Rutas del Desierto S.A. corresponde a los montos recomendados compensar por el H. Panel Técnico; **4)** En subsidio, que la compensación se calcule bajo el mecanismo de valorización establecido en los

artículos 1.12.3.3.2 y 1.12.3.3.3 de las Bases de Licitación, esto es, de acuerdo a los precios unitarios contenidos en el Anexo N° 4 de las BALI, y aquellos convenidos entre las partes según consta en Oficio Ord. N° 1626 RDD 0917 de la Inspección Fiscal del MOP, o bien los montos que la H. Comisión Arbitral disponga como ajustados a derecho y al mérito del proceso; **5)** En subsidio de todo lo anterior, que se condene al ministerio de Obras Públicas a compensar a la sociedad Concesionaria por los mayores costos de construcción, mantenimiento y conservación de la concesión, acorde al mérito del proceso.

El Ministerio de Obras Públicas en su contestación, de 10 de mayo de 2016, solicitó a la H. Comisión rechazar la demanda en toda sus partes, por cuanto: **1)** El contrato de concesión y la normativa que lo rigen atribuyen a la Sociedad Concesionaria el riesgo y responsabilidad del cambio normativo alegado; **2)** El Ministerio de Obras Públicas no ha suscrito ningún acuerdo, ni ha modificado las características de las obras y servicios contratados en materia de señalización y seguridad vial; **3)** En caso de estimarse aplicable la hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones, no se verifica el cumplimiento copulativo de los requisitos de procedencia de esta hipótesis de compensación; **4)** El Panel Técnico erró su cálculo, toda vez que validó y estimó como ciertos los valores, cálculos aritméticos y metros lineales, presentados por la Concesionaria; **5)** Sin perjuicio que las situaciones alegadas son de entero riesgo y responsabilidad de la SC, se señaló que existe una errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales por parte de la Sociedad Concesionaria.

En la réplica evacuada por la Concesionaria con fecha 9 de junio de 2016, la demandante se refiere a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda señalando: **1)** De acuerdo al particular análisis de la demandada, la Sociedad Concesionaria sería responsable de los riesgos en virtud de lo que dispone la normativa, pero excluyendo del análisis de la misma normativa al artículo 19 de la Ley de Concesiones. De esta forma, el craso error se encuentra al determinar de quién es el riesgo sin considerar toda la normativa aplicable, y especialmente aquella que regula específicamente la hipótesis de compensación en caso de situaciones imprevistas. Del tenor de sus dichos, la contraria le atribuye el carácter de norma especial a las disposiciones inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones; **2)** La demandada, sin desconocer la existencia de un reconocimiento por parte del Inspector Fiscal del MOP respecto a los costos adicionales ocasionados por la dictación y entrada en vigencia de normativa posterior a la adjudicación de la licitación, le resta validez a dicho reconocimiento, atendida la formalización de un acto administrativo posterior; **3)** Reitera los argumentos expuestos en su demanda

respecto al supuesto cumplimiento de los requisitos copulativos exigidos por la hipótesis de compensación prevista en el inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones, intentando rebatir los argumentos expuestos en la contestación respecto a la no concurrencia de estos requisitos; **4)** Realizó algunos comentarios respecto a nuestro análisis de la Recomendación previamente emitida por el Panel Técnico de Concesiones en este conflicto; **5)** Realizó algunos comentarios respecto a nuestras conclusiones relativas a la errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales; y **6)** Se refiere genéricamente respecto a la improcedencia de interés que alega nuestra parte.

En la duplica evacuada por el Ministerio de Obras Públicas con fecha 14 de julio de 2016, nos referimos a los argumentos expuestos en la réplica, señalando: 1) Se expresó nuestra sorpresa por los argumentos expuestos en la réplica, 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 atención a la normativa legal y contractual aplicable a este caso, se concluye claramente que respecto de las situaciones alegadas tiene plena aplicación la regla general en materia de riesgos durante la fase de construcción de un Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal, es decir, "Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa" (Artículo 22 N° 2 LCOP). En este orden de cosas, la hipótesis de compensación prevista en el inciso primero del artículo 19 de la LCOP tiene el carácter de excepcional, toda vez que altera la regla general en materia de riesgos, siendo únicamente procedente en el caso de no estar prevista la situación en el contrato de concesión y cumpliéndose sus requisitos copulativos de procedencia; **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. La contraria hace una referencia genérica al Ord. N° 1626 RDD 0917 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, 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; **3)** 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 ello, se aclaró las erradas alegaciones formuladas por la contraria en su escrito de réplica, respecto a la concurrencia copulativa de los requisitos que esta hipótesis exige; **4)** Hicimos 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; **5)** La contraria para intentar controvertir nuestras argumentaciones respecto a la errónea determinación de la existencia y valor de los eventuales costos adicionales, 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; **6)** Las alegaciones de la demandante no desvirtúan la improcedencia del pago de los intereses demandados.

H. Comisión, según lo expuesto precedentemente, existe controversia entre las partes en torno a los siguientes puntos:

- 1)** Si el contrato de concesión y la normativa que lo rigen atribuyen a la Sociedad Concesionaria el riesgo y responsabilidad del cambio normativo alegado.

- 2) Si en el presente caso tiene aplicación la hipótesis prevista en el inciso 1° del artículo 19 de la Ley de Concesiones, y si se verifica el cumplimiento copulativo de los requisitos de procedencia de esta hipótesis de compensación.
- 3) Si en materia de señalización y seguridad vial 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.
- 4) La determinación de eventuales diferencias de costos por la actualización del Manual de Carreteras y Manual de Señalización del Tránsito contenidas en sus ediciones 2012.

2.- EN CUANTO A LA MODIFICACIÓN DEL PUNTO DE PRUEBA N° 4, N° 5 Y ELIMINACIÓN DEL PUNTO DE PRUEBA N° 7

H. Comisión, en sus respectivos escritos de reposición ambas partes hemos señalado respecto de los puntos de prueba N° 4 y N° 5, que en el presente juicio no se ha discutido respecto a modificaciones al contrato de concesión adjudicado, ni a la existencia de alguna obligación de la Sociedad Concesionaria en orden a informar al MOP respecto a supuestos mayores costos. Sin perjuicio de ello, y considerando que ambos puntos se refieren a eventuales diferencias de costos por la actualización del Manual de Carreteras y Manual de Señalización del Tránsito contenidas en sus ediciones 2012, solicitamos rechazar la solicitud de la contraria en orden a mantener ambos puntos con las modificaciones que solicita, acogiendo nuestra solicitud de sustituirlo por un solo punto que considere: *“Singularización de los cambios incorporados por la actualización normativa en materia de señalización y seguridad vial -“Manual de Carreteras y Manual de Señalización del Tránsito”-, alcances y eventuales efectos económicos de dichas actualizaciones, tanto en la etapa de construcción como de explotación de la concesión.”*

Del mismo modo, negamos tajantemente la expresión contenida en el número 2 del escrito de reposición de la demandante, que al referirse al punto de prueba N° 5 señala: *“Aún más, la parte demanda no ha controvertido el reconocimiento del Inspector Fiscal respecto a la existencia y monto de los costos adicionales materia de esta causa, sino que exclusivamente, ha negado el término de la formalización total del acto administrativo posterior por medio del cual ellos se pagarían”*. De lo expuesto en el número anterior y en nuestro escrito de duplica, queda de manifiesto que lo expresado por la contraria no es efectivo, habiendo señalado nuestra parte a este

respecto: “La contraria hace una referencia genérica al Ord. N° 1626 RDD 0917 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, 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.”

Finalmente, respecto del punto N° 7 ambas partes han solicitado su eliminación.

3.- EN CUANTO A LA MODIFICACIÓN DEL PUNTO DE PRUEBA N° 6

La mantención de este punto de prueba y la modificación solicitada por la Sociedad Concesionaria, resultan contrarias a la normativa legal y contractual aplicable a la materia. En efecto, no existe norma legal, ni contractual, alguna que trate o regule acuerdos entre “*personeros del MOP y el Concesionario*”.

Según lo reiteradamente sostenido por esta parte, los acuerdos relativos al contrato de concesión se deben suscribir entre el Ministerio de Obras Públicas y la Sociedad Concesionaria, en la forma prevista en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en su Reglamento.

En mérito de lo expuesto, solicitamos a la H. Comisión rechazar la solicitud de la contraria en este punto y eliminar el punto de prueba número 6.

POR TANTO,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA H. COMISIÓN ARBITRAL SOLICITO, se sirva tener por evacuado el traslado conferido.



Pablo Muñoz Agurto
ABOGADO