

213

Angelo Zamur

De: Javier Gonzalez
Enviado el: martes, 15 de mayo de 2018 22:28
Para: 'Angelo Zamur'
CC: fdomeyko@domeykoycia.cl
Asunto: presenta escrito mediante el cual se evacúa el trámite de la réplica en la reclamación que se sigue ante la H. Comisión Arbitral de la Obra denominada "Autopista Concepción Cabrero"
Datos adjuntos: Réplica15.05.2018.pdf

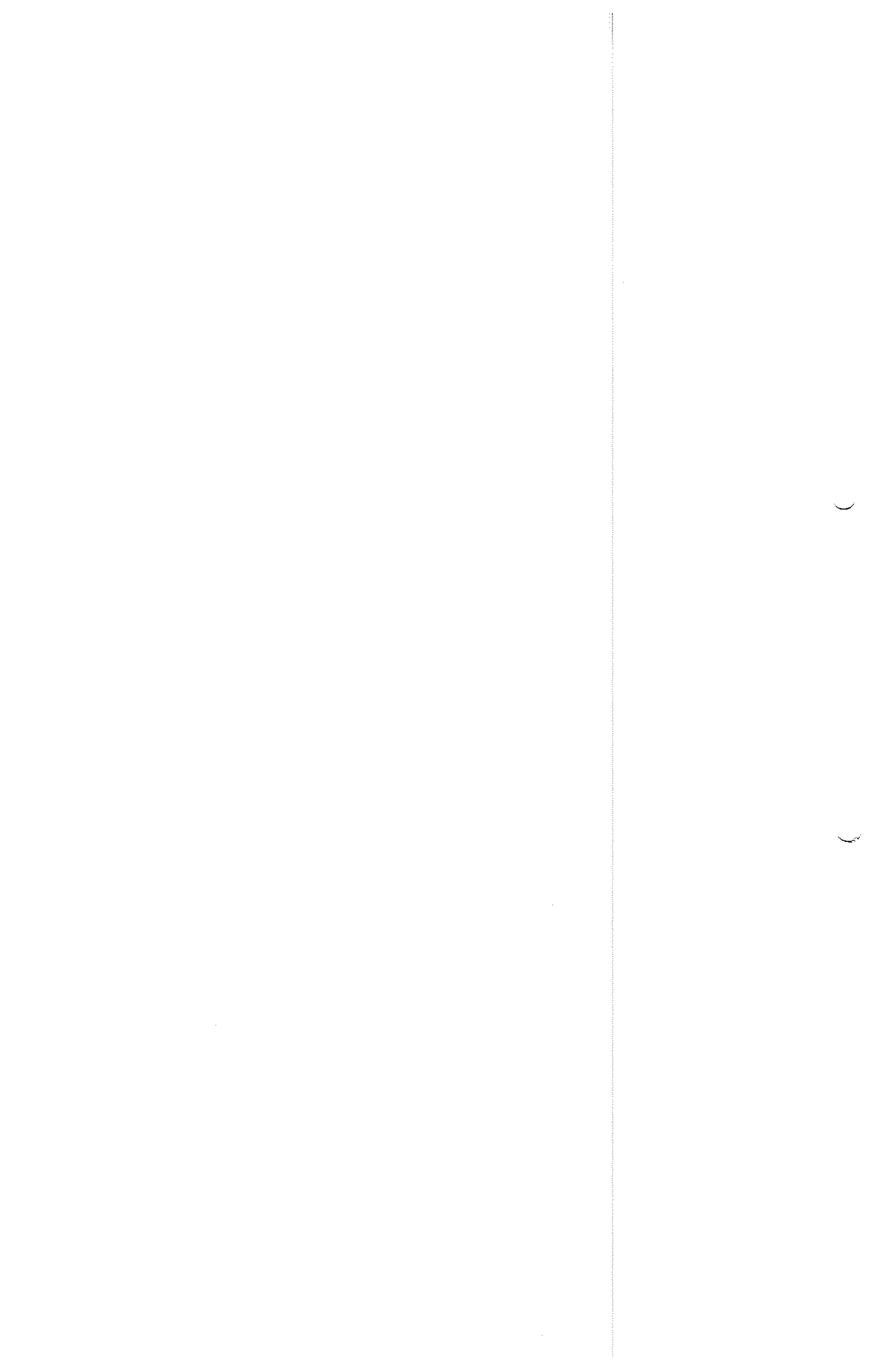
Estimado Angelo, conforme a lo establecido en el artículo 11 de las Normas de Funcionamiento y Procedimiento, remito escrito mediante el cual esta parte evacúa el trámite de la réplica cuyo plazo vence el día de hoy. Mañana antes de las 12:00 horas, te llevaré el ejemplar material del escrito, con las respectivas copias para la Comisión y para la Contraria.

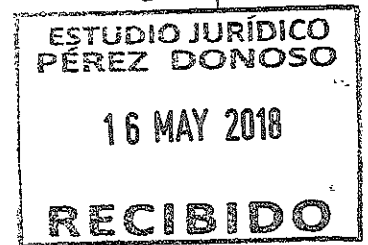
Saludos

Javier González G.

 **DOMEYKO & CIA.**
A B O G A D O S

Cerro el Plomo 5931 Of. 1707
Las Condes, Santiago, Chile
+56 2 2276 8300
+56 9 7766 4335
www.domeykoycia.cl





10:57

RÉPLICA

SEÑOR PRESIDENTE

**HONORABLE COMISIÓN ARBITRAL OBRA PÚBLICA
"CONCESIÓN AUTOPISTA CONCEPCIÓN-CABRERO"**

Javier González García, en representación de "**SOCIEDAD CONCESIONARIA VALLES DEL BÍO BÍO S.A.**", en estos autos arbitrales sobre reclamación de multas impuestas a nuestra representada por el DGOP, al señor Presidente de la Comisión Arbitral, respetuosamente digo:

Que a continuación vengo en evacuar el trámite de la réplica, siguiendo el mismo orden argumental del escrito de contestación de la demanda de la defensa fiscal.

I.

Se sostiene que la Concesionaria incumplió el plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de la Totalidad de la Obra

La defensa fiscal pretende hacernos creer que cualquier atraso en el plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria sería de exclusiva responsabilidad de la Sociedad Concesionaria, bajo el supuesto que *"es ella la única responsable del cumplimiento cabal, íntegro y oportuno del Contrato de Concesión, de la correcta ejecución de los proyectos y de las obras"*.

Sin embargo, dicha pretensión no se ajusta al estatuto jurídico aplicable al Contrato de Concesión en materia de retraso en el cumplimiento de plazos durante la fase de construcción, según el cual cuando dicho retraso fuere imputable al Fisco (MOP), el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, conforme a lo establecido en el numeral 3.- del artículo 22° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, numeral 3.- del artículo 52° del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y, específicamente en el numeral 1.9.2.11 de las Bases de Licitación respectivas.

En la especie, y según dan cuenta los antecedentes acompañados por esta parte en la demanda de autos, las 18 multas de 450 UTM cada una, que han sido impuestas a mi representada mediante la Resolución DGOP (Exenta) N° 712, materia de la reclamación de autos, no resultan procedentes toda vez que los 18 días atrasos en la dictación de la

Resolución que autorizó la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras son imputables a hechos y actuaciones del MOP.

En efecto, durante el procedimiento de obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras existieron un conjunto de situaciones de exclusiva responsabilidad del MOP que incidieron directamente en el retraso de la obtención de la referida autorización, entre las cuales se encuentran las siguientes: (i) el atraso del Inspector Fiscal en 41 días en la evacuación del informe de correcta ejecución de las obras; (ii) el segundo nombramiento de la Comisión por parte del DGOP, con el afán de generarse más plazo; (iii) la existencia de observaciones absolutamente extemporáneas por parte de la Dirección de Vialidad (Departamento de Pesaje y Departamento de Seguridad Vial); (iv) la existencia de observaciones del Inspector Fiscal al sistema de Back Office del sistema de telepeaje, que no fueron consignadas por la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria de las Obras y que fueron comunicadas a la Sociedad Concesionaria incluso con posterioridad a la fecha en que dicha Comisión comprobó la correcta ejecución de las obras y, peor aún, después que el plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria se encontraba vencido; (v) el atraso en la ejecución de algunas obras producto de la liberación tardía de la zona por parte de la Dirección de Vialidad, lo que fue expresamente constatado por la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria, razón por la cual dicha Comisión otorgó un plazo de 7 días para su terminación, pero que no se tradujo en un aumento del plazo máximo del hito, como en estricto rigor lo establece la normativa aplicable; y, (vi) que con prescindencia de las consideraciones anteriores, igualmente el MOP había adoptado la decisión de no autorizar la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras mientras no estuviese tramitado el Acto Administrativo que autorizó la sustitución de obras, (facultad que el MOP sólo puede ejercer durante la fase de construcción) lo que sucedió recién el 17 de agosto de 2018, esto es, 17 días después del vencimiento del plazo máximo fijado para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras.

Se sostiene que la tesis de la demandante se funda en el desconocimiento de sus obligaciones en el presente contrato de concesión, así como en un análisis descontextualizado de las actuaciones verificadas en el proceso de autorización de la PSP.

La defensa fiscal afirma que mi representada desconoce una de sus principales obligaciones contractuales, constituida por la completa y correcta ejecución de las obras, cuyo cumplimiento es condición sine qua non para solicitar y dar curso al proceso de obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras. Fundamenta

dicha afirmación en la existencia de observaciones pendientes a las obras durante el procedimiento de obtención de la Puesta en Servicio Provisoria.

Sin embargo, el desconocimiento de la normativa aplicable es precisamente del MOP y de la defensa fiscal, toda vez que conforme a lo establecido en el numeral 1.10.1 de las Bases de Licitación, es perfectamente posible incluso que se otorgue la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras existiendo observaciones de carácter menor, en la medida que no se afecte el funcionamiento y seguridad del servicio.

Resulta evidente y de toda lógica que la ejecución de una obra vial de más de 100 kilómetros de longitud, con un sinnúmero de elementos viales y obras que la componen, pueda tener observaciones que no impliquen la carencia de obras ni que afecten el funcionamiento ni la seguridad del servicio que debe prestar la Sociedad Concesionaria, calificación que en todo caso la norma en cuestión deja entregada a la propia Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria de la Obra.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reiterar que, en el caso de marras, mi representada inició el procedimiento para la obtención de la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra, mediante carta GG IF 5307/16, de fecha 27 de abril de 2016, a través de la cual se le solicitó al Inspector Fiscal un informe que acredite la ejecución de la totalidad de las obras, el cual, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1.10.1 de las Bases de Licitación, debió ser evacuado dentro del plazo máximo de 15 días, el que venció el día 11 de mayo de 2016, sin embargo, el informe respectivo fue evacuado recién el día 21 de junio de 2016, con más de un mes de retraso. Incluso más, precisemos que la existencia de observaciones, a las que se refiere la defensa fiscal, fueron recién informadas por el Inspector Fiscal a la Sociedad Concesionaria mediante Oficio Ord. N° 595, el 31 de mayo de 2016 (aquellas efectuadas por el Laboratorio de Calibración de Pesaje D.V. y Departamento de Pesaje de la Dirección de Vialidad) y mediante Oficio Ord. N° 609, el 2 de junio de 2016, (las emitidas por el Departamento de Seguridad Vial), en ambos casos una vez vencido el plazo para la evacuación del informe.

Posteriormente, y conforme al procedimiento establecido al efecto en las Bases de Licitación, fue la propia Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria de la Obra quién consignó un listado de observaciones, las que fueron completamente subsanadas por la Sociedad Concesionaria dentro del plazo otorgado al efecto y, en todo caso, antes del vencimiento del plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra.

Las únicas observaciones que no fueron subsanadas dentro del plazo máximo para la Puesta en Servicio fueron aquellas relativas al sistema de telepeaje, las que fueron

comunicadas extemporáneamente por el Inspector Fiscal el día 2 de agosto de 2016, esto es, después del vencimiento del plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras y al margen del procedimiento establecido al efecto en el literal c) del numeral 1.10.1 de las Bases de Licitación. Incluso más, éstas últimas observaciones fueron subsanadas completamente el día 10 de agosto de 2016, aunque inexplicablemente la Puesta en Servicio Provisoria fue autorizada recién 8 días después.

II.

Se sostiene que la tesis de la contraria se funda en una errada invocación del Derecho

Nuevamente la defensa fiscal demuestra una absoluta ignorancia en materia de la regulación aplicable al Contrato de Concesión, particularmente, durante la fase de construcción, al sostener que las normas del artículo 22 N° 3 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas; el artículo 52 N° 3 de su Reglamento y el numeral 1.9.2.11 de las BALI no tendrían aplicación en la especie, toda vez que los incumplimientos del MOP se referirían a plazos establecidos en las BALI para "trámites específicos" y no de plazos de construcción.

En primer término, debemos hacer presente a esta H. Comisión Arbitral, que la etapa de construcción del Contrato de Concesión termina precisamente con la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras y, en consecuencia, el plazo máximo para ello, incluidos los plazos establecidos en el procedimiento destinado para la obtención de dicha Puesta en Servicio Provisoria, constituye un plazo que se rige conforme a dicho régimen jurídico regulado en las disposiciones señaladas, no existiendo fundamento normativo alguno para sostener lo contrario.

En dicho sentido, existen numerosas obligaciones que el contrato de concesión establece para el MOP durante la fase de construcción, muchas de ellas de procedimiento, cuyo cumplimiento tardío deviene precisamente en un retraso de la Sociedad Concesionaria en el cumplimiento de los plazos parciales o del total y, en consecuencia, tienen plena aplicación las disposiciones señaladas, que constituyen parte del régimen jurídico aplicable durante dicha etapa. A modo de ejemplo, cabe hacer referencia a la obligación del MOP de hacer entrega oportuna de los terrenos expropiados, o a la obligación del Inspector Fiscal de aprobar los proyectos de ingeniería dentro de los plazos establecidos al efecto en las Bases de Licitación y, por cierto, el cumplimiento oportuno de las actuaciones que al MOP le corresponden en el marco del procedimiento establecido en el numeral 1.10.1 de las BALI, materia de la presente causa.

A mayor abundamiento, existe numerosa jurisprudencia de las Comisiones Arbitrales que han reconocido el derecho del concesionario no sólo al aumento de plazo por igual período del entorpecimiento sino que además han condenado al MOP a compensar los perjuicios por concepto de sobrecostos incurridos a consecuencia del retraso del MOP.

En este mismo orden de consideraciones, cabe hacer referencia a la recomendación de fecha 17 de enero de 2018, mediante la cual el Panel Técnico de Concesiones se pronunció respecto de la discrepancia D07-2017-2, presentada por mi representada, y entre cuyas conclusiones señaló:

- *Que han existido atrasos imputables al Fisco por concepto de entrega de terrenos expropiados y aprobación de proyectos de ingeniería, correspondiente a 391 días*
- *Que de acuerdo con el Artículo 22 N°3 de la Ley de Concesiones corresponde compensar a la SC, por un monto que asciende a UF 212.967,46 (doscientas doce mil novecientas sesenta y siete coma cuarenta y seis Unidades de Fomento)."*

III.

Se sostiene que no es efectivo que las actuaciones alegadas en la demanda sean de responsabilidad del MOP

En este acápite de la contestación de la demanda, la defensa fiscal si bien declara que los incumplimientos de plazos del Inspector Fiscal y del DGOP no serían efectivos, lo cierto es que se limita a relatar los mismos hechos descritos por esta parte en la reclamación, pero en ningún momento desvirtúa nuestras alegaciones.

En efecto, y con relación a la extemporaneidad de las observaciones formuladas a las obras por el Inspector Fiscal mediante sus Ordinarios N° 595 y N° 609, de 31 de mayo de 2016 y 02 de junio de 2016, respectivamente, la defensa fiscal no se hace cargo del por qué dichas observaciones no fueron informadas oportunamente dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del informe de correcta ejecución de las obras presentada por mi representada, que disponía dicho Inspector Fiscal conforme a lo establecido en el literal a) del numeral 1.10.1 de las Bases de Licitación.

Por otra parte, la defensa fiscal reitera el error de fáctico de la Resolución del DGOP (Exenta) N° 712, de afirmar que el procedimiento del numeral 1.10.1 de las BALI se llevó a cabo en 65 días, en circunstancias que el tiempo de duración efectivo fue de 115 días, si se considera que dicho procedimiento se inició el día 27 de abril de 2016 -lo que ha sido reconocido por la contraria en la contestación de la demanda- y culminó el día

18 de agosto de 2016. Asimismo, es preciso señalar que la Sociedad Concesionaria inició el procedimiento con 97 días de anticipación a la fecha del vencimiento del plazo máximo para la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras. Es conveniente reiterar que en la contestación de la demanda la defensa fiscal reconoció que la sociedad concesionaria inició el procedimiento del numeral 1.10.1 de las BALI el 27 de abril de 2016, circunstancia que no fue considerada en la Resolución DGOP (Exenta) N° 712, que aplicó las multas a mi representada materia de la presente causa.

Lo propio sucede con las observaciones relativas al sistema de cobro mediante la modalidad de telepeaje, las que fueron informadas a la Sociedad Concesionaria con fecha 2 de agosto de 2016, habiendo vencido el plazo máximo para la obtención de la PSP con fecha 31 de julio de 2016.

Asimismo, cabe señalar que en este punto la contraria no logra advertir que conforme al procedimiento establecido en el numeral 1.10.1 de las BALI y, específicamente en su literal c), una vez designada la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria, dicha Comisión tiene un plazo de 30 días para comprobar la correcta ejecución de las obras, quién en un plazo máximo de 15 días contados desde el término de la inspección dejará constancia de su análisis mediante un Acta y recomendará al DGOP la aceptación o rechazo de las obras.

En la especie, la Comisión realizó la inspección los días 21 y 22 de julio de 2016 y comprobó la correcta ejecución de las obras. Sin perjuicio de ello, consignó algunas observaciones menores que debían ser abordadas en forma previa al otorgamiento de la Puesta en Servicio Provisoria, otorgando un plazo al efecto de 7 días a la Sociedad Concesionaria para subsanar dichas observaciones y mandató al propio Inspector Fiscal para su verificación y posterior informe.

Luego, con fecha 29 de julio de 2016, el Inspector Fiscal evacuó el Informe de Verificación de Levantamiento de Observaciones consignadas en el Acta Comisión Puesta en Servicio Provisoria de Obras, en el cual constató que cada una de las observaciones fueron subsanadas oportunamente por la Sociedad Concesionaria.

En dicho sentido, y conforme a la regulación señalada, no cabe duda que la oportunidad para efectuar observaciones era en el marco del procedimiento establecido en el referido literal c) y que el órgano competente para efectuarlas era la Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria y no a través del Inspector Fiscal. A mayor abundamiento, la propia norma señala que será la Comisión la que solicitará al inspector Fiscal los informes que estime pertinentes acerca de la construcción de las obras.

Adicionalmente, cabe señalar que la defensa fiscal le resta absoluta importancia al atraso de la Dirección de Vialidad constatado por la propia Comisión de Autorización de Puesta en Servicio Provisoria, señalando la contestación de la demanda que **“no tiene relevancia para la presente controversia”**. Sobre el particular, es importante hacer presente a VS. que en el Acta de Inspección levantada al efecto por la Comisión señalada se dejó constancia que en el sector Dm 65.700 (Ex plaza de pesaje sur) aún faltaba la pavimentación de 400 metros de calzada sur y la correspondiente calle de servicio sur, consignándose al efecto que dichas obras se atrasaron producto de la reciente liberación de la zona por parte de la Dirección de Vialidad, razón por la cual otorgó un plazo de 7 días a la Sociedad Concesionaria para concluir las.

Si bien es cierto, la Sociedad Concesionaria alcanzó a terminar dichas labores dentro del plazo otorgado al efecto por la Comisión y dentro del plazo máximo establecido para la Puesta en Servicio Provisoria, no es menos cierto que se trató de un entorpecimiento exclusivamente imputable al MOP, y en cuanto tal, por aplicación del numeral 3 del artículo 22° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas; del numeral 3 del artículo 52° del Reglamento y del numeral 1.9.2.11 de las BALI, mi representada tiene el derecho a un aumento igual al período del entorpecimiento, sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

Por su parte, cabe precisar, que dichas disposiciones no establecen un plazo para alegar dicho entorpecimiento cuando se trata de hechos imputables al Fisco o al MOP, a diferencia del aumento de plazo por fuerza mayor o caso fortuito, a que se refieren el numeral 2° del artículo 52° del Reglamento y el inciso primero del numeral 1.9.2.11 de las BALI. Esta aclaración es necesaria debido a que, una vez más, la defensa fiscal nos sorprende con una evidente manifestación del desconocimiento de dicha regulación, toda vez que señala que la Sociedad Concesionaria no habría alegado dicha circunstancia de manera oportuna.

Finalmente, y con relación a nuestro alegato relativo a que la verdadera razón del MOP para no autorizar la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra ni al 31 de julio de 2016 (época en que el Inspector Fiscal constató el estricto cumplimiento de la Sociedad Concesionaria a todos los requisitos exigidos al efecto) ni al 10 de agosto de 2016 (época en que el Inspector Fiscal certificó que mi representada había subsanado satisfactoriamente las observaciones extemporáneas del sistema de telepeaje), radicó en la tardía decisión del MOP de sustituir obras durante la etapa de construcción, la defensa fiscal, una vez más, no se hace cargo de ello, ni lo desvirtúa, sino que simplemente se limita a rechazar dicha alegación y a señalar **que “la contraria pretende vincular los procesos de autorización de la PSP y de sustitución de obras”**.

Lo cierto es que consta de los antecedentes de hecho expuestos en la demanda y de la propia Resolución que aplicó las multas materia de la presente reclamación, que mediante Oficio Ord. N° 920, de fecha 10 de agosto de 2016, el Inspector Fiscal comunicó al Director General de Obras Públicas que se han cumplido todos los requisitos que permiten recomendar la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras de la obra pública fiscal denominada "Concesión Autopista Concepción - Cabrero". Asimismo, consta que la autorización de la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras fue otorgada por el DGOP el día 18 de agosto de 2016, mediante la dictación de la Resolución DGOP N° 2962 (Exenta), de igual fecha.

La defensa fiscal no fue capaz de responder la pregunta relativa al por qué se demoró 8 días el MOP en el otorgamiento de la autorización en cuestión, si es que no había ningún trámite pendiente de la Sociedad Concesionaria, particularmente, si dicho período sería luego contabilizado para las multas diarias a razón de 450 UTM por cada día de atraso. La razón de ello no es

La respuesta a dicha pregunta, que duda cabe, es que se encontraba pendiente la tramitación del Decreto MOP N° 568, en virtud del cual dicho Ministerio decidió sustituir obras, facultad que, como se sabe, sólo es posible ejercer durante la etapa de construcción. En dicho sentido, es evidente que si el DGOP hubiere autorizado la Puesta en Servicio Provisoria de las Obras, la sustitución de obras en cuestión no podría haber prosperado, circunstancia que, por cierto no resulta imputable a la Sociedad Concesionaria.

POR TANTO,

A US. PIDO, tener por evacuado el trámite de la réplica.

**Javier Ignacio
González
García** Firmado digitalmente
por Javier Ignacio
González García
Fecha: 2018.05.15
22:20:21 -04'00'