

1	
	MNG/4656-2017/HBV

2	ENIO	PRINCIPAL:	CONTESTA	DEMANDA	ADDITOAL
2	ENLO	PRINCIPAL:	CONTESTA	DEMANDA	AKBIIKAL

3 PRIMER OTROSI: ACREDITA PERSONERIA

4 SEGUNDO OTROSI: SE TENGA PRESENTE.-

SEÑOR PRESIDENTE COMISIÓN ARBITRAL "AEROPUERTO INTERNACIONAL ARTURO MERINO BENITEZ DE SANTIAGO"

RUTH ISRAEL LOPEZ, Abogada Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, en representación del Ministerio de Obras Públicas, ambos domiciliados en calle Agustinas número 1687, comuna y ciudad de Santiago, en causa sobre reclamación de multas, causa rol N° 3-2017, al Señor Presidente de la Comisión Arbitral de la Concesión de Obra Pública denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", respetuosamente digo:

Que encontrándome dentro del plazo otorgado, vengo en evacuar el traslado conferido, contestando la demanda de fecha 22 de septiembre de 2017, presentada por la **Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A**. (en adelante la Concesionaria o SC), concesionaria de la obra pública fiscal denominada "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago", mediante la cual busca impugnar la Resolución DGOP (Exenta) N° 3119 de 11 de agosto de 2017, la cual solicito sea rechazada en todas sus partes con expresa condena en costas, por carecer de sustento fáctico y jurídico, según se verá.



La SC funda su pretensión en equivocadas premisas que controvertimos en su totalidad, las que se resumen en las siguientes: i. Que las multas son improcedentes; ii. Injustificadas; iii. Desproporcionadas; iv. Cuantiosas y confiscatorias; v. Finalmente, suma la antigua y en desuso alegación de prescripción fundada en el *ius puniendi* del Estado, a la que dedica prácticamente la mitad de su demanda.

1.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA

En ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 29 de la Ley de Concesiones, 47 y 48 de su Reglamento, con estricta sujeción a lo dispuesto en los artículo 1.8.5.1 sobre "Tipos de Infracciones y Multas" y artículo 1.8.5.2 sobre "Procedimiento y Pago de las Multas", y letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8, todos de las Bases de Licitación (en adelante BALI), el Director General de Obras Públicas, dictó la Resolución DGOP (Exenta) Nº3119 de 11 de agosto de 2017, que impuso 119 multas de 60 UTM, cada una, por los siguientes motivos y circunstancias:

1. Por el incumplimiento del plazo para la renovación y pago de la **póliza de**Catástrofe, al incurrir en 59 días y 1 fracción de día de atraso, a partir del

02 de agosto y hasta el 30 de septiembre de 2016, ambas fechas
inclusive. Importe total de las Multas: 60 UTM.

2. Por el incumplimiento del plazo para la renovación y pago de la póliza de responsabilidad civil, al incurrir en 58 días y 1 fracción de día de atraso, a partir del 03 de agosto y hasta el 30 de septiembre de 2016, ambas fechas inclusive. Importe total de las multas 60 UTM.

2.- OBLIGACIONES CONTRACTUALES INCUMPLIDAS POR SC



La letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8, ambos de las BALI sobre "Seguro de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros" y "Seguro de Catástrofe" establecen idénticas obligaciones para la SC las cuales son **expresas**, **claras**, **precisas y** no admiten convenientes interpretaciones, las que consisten en:

❖ Obligación letra c) párrafo 4° articulo 1.8.7 de las BALI. "Las pólizas de Responsabilidad Civil por Daños a Terceros podrán contratarse en forma anual o en periodos mayores, debiendo acreditar su renovación y el pago de la misma mediante la entrega de los antecedentes respectivos a más tardar 60 (sesenta) días antes de la expiración de las anteriores".

♦ Obligación letra c) párrafo 4° articulo 1.8.8 de las BALI. "Las pólizas de Seguro por Catástrofe podrán contratarse en forma anual o en periodos mayores, debiendo acreditar su renovación y el pago de la misma mediante la entrega de los antecedentes respectivos a más tardar 60 (sesenta) días antes de la expiración de las anteriores"

❖ Respecto de la responsabilidad. Los párrafos citados señalan que el incumplimiento de los plazos señalados, "hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.5.1 de la presentes Bases de Licitación."

Así las cosas, las cláusulas del contrato establecen de forma expresa, clara y precisa las obligaciones de la SC, cuya infracción conforme a los mismos párrafos del artículo trae como consecuencia la correspondiente responsabilidad de conformidad a lo establecido en el artículo 1.8.7, 1.8.8 y 1.8.5.1 de las BALI.

I. PROCEDENCIA Y LEGALIDAD DE LAS MULTAS

Las multas impuestas resultan procedente, en atención a que se fundan en un hecho pacifico, cierto y objetivo, esto es, que la SC no cumplió con acreditar



la renovación y pago de las pólizas de Responsabilidad Civil y seguro por catástrofe a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas, de acuerdo con la letra c) párrafos 4° de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, habiendo tenido tiempo suficiente para cumplir su obligación.

Las multas se ajustan estrictamente al principio de legalidad, en atención al texto expreso de las BALI, su imposición se encuentra prevista en las normas legales, reglamentarias y contractuales señaladas y que en su oportunidad el licitante, hoy SC declaró conocer y aceptó cumplir.

Son legales, porque el Inspector Fiscal está obligado a imponer las multas definidas expresamente en el contrato, considerando el artículo 21 de la ley de concesiones de obras públicas y su relación con el artículo 1546 del Código Civil, normas que imponen al MOP el respeto irrestricto al principio de buena fe y el de probidad administrativa, esa es la conducta que se espera del MOP, la cual no debe generar sorpresa.

En efecto, el artículo 1546 del Código Civil establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Pero ¿qué es buena fe en el contrato administrativo?, básicamente consiste en comportarse de la manera definida en el contrato, esto es, que el MOP imponga multas cada vez que la SC no despliegue el comportamiento que el derecho espera de ella, en el caso de autos, la SC debió cumplir a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas con acreditar la renovación y pago de las mismas, eso es comportarse de buena fe, todo lo demás es poesía.

La administración determinó la estructura de las sanciones, la cual fue aceptada por el licitante hoy SC, estableciéndose como cláusula por todos conocidas, la sanción por entregar fuera de plazo las citadas pólizas. Entonces, hay lugar a la multa toda vez que la SC entregó fuera de plazo las pólizas.



Así las cosas, las multas son legales por existir norma expresa que sanciona el comportamiento negligente de la SC, y porque cada una de ellas ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos en la ley, el reglamento y el contrato, razón por la cual además de ser legales se encuentran ajustadas a derecho.

II.- Proporcionalidad en la aplicación de la multa.

En ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 29¹ de la Ley de Concesiones y 47 de su Reglamento, con estricta sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.8.5.1 de las BALI "Tipos de infracciones y Multas", el Director General de Obras Públicas mediante la Resolución Exenta DGOP Nº 3119 de 11 de agosto de 2017, aprobó e impuso a la SC 119 multas de 60 UTM cada una, las cuales se encuentran contenidas expresamente en la "Tabla N°2 Infracciones y multas a la Sociedad Concesionaria" del citado artículo 1.8.5.1, donde además se establece el artículo de las BALI incumplido, en el caso de autos la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8, donde se definen además montos, tipos de infracción y los criterios de aplicación, todos lo que son y fueron conocidos con antelación por el concesionario incluso desde la etapa licitatoria.

Ahora bien, las multas son justas y proporcionales² en atención a que se encuentran dentro del rango establecido previamente y conocido por la SC y por tanto el monto aplicado no resulta arbitrario. Pues bien, objetivamente las multas impuestas se encuentran dentro de los rangos establecidos en la señalada Tabla N°2 sobre infracciones y multas, es un hecho que no admite interpretación, toda vez que las multas fueron de 60 UTM cada una, encontrándose dentro del rango de 40 a 60 UTM.

¹ Artículo 29° de la ley de concesiones

[&]quot;Corresponderá a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra. En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis"
² El párrafo primero del artículo 1.8.5.2 dice que son proporcionales si se considera el monto a aplicar de la multa y la acción u omisión que se sanciona, dentro de los rangos de la tabla.



Entonces, resulta falsa la premisa de la SC en orden a que la DGOP al aprobar e imponer las multas con un "incremento en un 50% de la sanción de multa" actuó en forma arbitraria, por cuanto el incremento se hizo en atención a que el DGOP actuó dentro del rango, aumentarlo en forma indiscriminada atentaría en contra de uno de los principios de la contratación administrativa, el de estricta sujeción a las bases, lo que en la especie no ocurrió, la multa se impuso dentro del rango por todos conocido.

Conforme al artículo 1.8.5.2 de las BALI, el DGOP consideró fundamentalmente para efectos de imponer las multas "la acumulación de multas durante la vigencia del contrato", hecho objetivo que no admite interpretación atendida otras infracciones del concesionario, y considerando además que nos encontramos frente a 119 días de incumplimiento a la obligación de acreditar la renovación y pago de las pólizas de Responsabilidad Civil y seguro por catástrofe y más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas, de acuerdo con la letra c) párrafos 4° de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI. Tal incumplimiento, sólo puede calificarse de reiterado y negligente.

Así las cosas, no cabe duda alguna, que las multas se encuentran suficientemente descritas en las BALI y que cada una de ellas ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la validez de las mismas, razón por la que son totalmente proporcionales al incumplimiento de la demandante y ajustadas a derecho.

Desde el punto de vista del Derecho Sancionatorio, la sanción es, y no puede ser otra, sino que aquella prevista en la fuente normativa que, en este caso es el contrato administrativo (BALI).

³ Página 19 de la demanda



III.- LA CONDUCTA NEGLIGENTE DE LA SC

La falta de cumplimiento perfecto y oportuno de las obligaciones que exige el contrato, el cual conforme al artículo 1545 del Código Civil es ley para la partes, y tal norma resulta en el caso de autos certera, genera precisamente la aplicación de estas multas, toda vez que las obligaciones contenidas en la concesión que se otorgó existen sólo en el pliego de condiciones establecidas en el contrato.

En efecto, no es un hecho discutido que la SC presentó las pólizas de Responsabilidad Civil y seguro por catástrofe, dentro del plazo de 60 días, y no como obliga el contrato, **a más tardar, 60 días antes** de la expiración de las anteriores pólizas. Tampoco resulta discutido que la obligación y su sanción se encuentra en el texto expreso de las BALI.

Miembros de esta comisión, la SC trata por todos los medios de desconocer la obligación de entregar las pólizas, a más tardar, 60 días antes de la expiración, habida consideración que no es cierto el argumento de la SC en orden a que en el Ord. AMB 1114/16⁴ el IF expresara "comportamientos que permitían concluir la intención del Inspector Fiscal de revisar de forma previa los borradores de pólizas".

Lo cierto es que, el Ordinario N°1114 de 19 de agosto de 2016, que la SC cita y acompaña como fundamento de su pretensión, no pudo en caso alguno inducirla a error toda vez que expresamente comunicó las obligaciones de la SC, según se aprecia a continuación:

"Esta Inspección Fiscal tiene a bien remitir a Usted, proyectos de pólizas de seguro de catástrofe y de responsabilidad civil enviados por la Sociedad Concesionaria al Director General de Obras Públicas, a través de carta NP-ADM-NC-JC-2016-787. Lo anterior, en cuanto a los Seguros de Responsabilidad Civil por daños a terceros y Catástrofe para la Etapa de Explotación de la Concesión,

⁴ Página 3 de la demanda arbitral



específicamente numerales 1.8.7 letra c) y 1.8.8 letra e), donde se estipula que las pólizas "podrán contratarse en forma anual o en períodos mayores, debiendo acreditar su renovación y el pago de la misma mediante la entrega de los antecedentes respectivos a más tardar 60 (sesenta) días antes de la expiración de las anteriores. El incumplimiento del plazo señalado, hará incurrir a la Sociedad Concesionaria en la multa que se establezca según el artículo 1.8.5.1 de las presentes Bases de Licitación".

Con relación a lo anterior, esta Inspección Fiscal tiene a bien consultar a Usted, si con la entrega de proyectos de pólizas, la Sociedad Concesionaria da cumplimiento a lo establecido en los numerales mencionados. De acuerdo al artículo 1.8.18 N°4 "Efectuar las correcciones requeridas por el MOP a las propuestas de pólizas de seguro para las Etapas de Construcción y de Explotación, y contratar las pólizas de seguro conforme al texto aprobado por el MOP con la anticipación debida para poder entregarlas al MOP en los plazos previstos en los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las presentes Bases de Licitación".

Esta Inspección Fiscal considera que esta disposición sólo es aplicable para el período de transición, el cual expiró el 30 de septiembre de 2015 y no resulta procedente a la renovación de las pólizas entregadas con fecha 02 de agosto de 2016."

Otro argumento que deja en evidencia la conducta negligente del concesionario, es el reconocimiento implícito de su obligación que hace en la página 3 de la demanda, conforme al cual abiertamente señala que "El 02 de agosto de 2016, sesenta días antes del vencimiento de las pólizas de responsabilidad civil y de catástrofe contratadas al momento de la PSP1, conforme lo norman los artículos 1.8.7 letra c) y 1.8.8 letra c) de las BAL1..." Lo cierto, es que la SC dejó pasar el plazo para acreditar la renovación y pago de las pólizas, el cual fue a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores pólizas, siendo ella la única responsable de tal comportamiento.



Por último, es necesario hacer presente que, en el marco del proceso de renovación de las pólizas de seguros para la etapa de explotación, correspondientes al año 2017- 2018, la SC presentó las pólizas originales conforme lo exigen las BALI, desplegando en consecuencia el comportamiento que exige el contrato para cumplir con la prestación definida por las partes.

Así las cosas, la SC negligentemente no cumplió la prestación definida en los precisos términos contenidos en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, en consecuencia la conducta de la SC no corresponde a la definida en las Bases, lo que acarrea la correspondiente responsabilidad por su inobservancia, conforme a lo expresamente señalado en el contrato de concesión que se adjudicó.

IV.- LAS OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN, NO FUERON MODIFICADAS.

Ningún oficio, carta o declaración de intención del IF, que por lo demás no existen, hacen referencia a una supuesta modificación de la obligación de acreditar la renovación y pago de las pólizas, a más tardar 60 días antes de la expiración de las anteriores. Toda alegación de la SC respecto a esto, no es cierta. Pues, no es la forma de modificar las obligaciones contenidas en el contrato administrativo de concesión de obra pública, bien lo sabe nuestra contraparte que en la industria de las concesiones es considerada como parte sofisticada.

Ahora bien, los órganos del Estado, el MOP, actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro del ámbito de su competencia y en la forma que prescribe la ley. En consecuencia, la Administración no puede quedar vinculada sino por actos administrativos sancionados por funcionarios competentes. En el caso de autos, el supuesto acto administrativo que la SC atribuye erradamente el efecto de modificar el contrato no es más que una comunicación del IF en donde le indicó a la SC que está cometiendo un error



en la aplicación de las disposiciones de las BALI (Ord.1114/2016), no cumpliendo en consecuencia con los requisitos de aquellos actos que expresamente señala la ley, que producen el efecto de modificar las obligaciones contractuales. Entonces, no existió modificación, es más, no hubo siquiera intención de modificar el contrato. Lo que hubo fue un espejismo por ella creado con la pretensión de justificar el cumplimiento tardío de sus obligaciones.

En efecto, cabe recordar el artículo 7 de la Constitución Política de la República, que precisa "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley." Añade que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

El artículo 2 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, prescribe que "los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico…"

El artículo 3 de la Ley 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en perfecta concordancia con el principio constitucional del artículo 7 de la Constitución Política, expresa en su inciso primero que "Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos".

En seguida, el artículo 3 de la Ley 19.880, en el inciso segundo, define el concepto de "acto administrativo". Señala: "Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los



órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública".

Continúa el artículo 3 de la Ley 19.880, en el inciso tercero: "Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones"

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia. Las resoluciones son actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Pues bien, el acto que en concepto de la SC tendrían el efecto de modificar el contrato estableciendo plazos distintos a los expresamente dispuestos en la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI, no tiene el carácter vinculante que la SC le atribuye, por dos razones: (a) **No es el acto administrativo prescrito para tal efecto**, puesto que no tienen la forma de decreto supremo ni de resolución y, (b) no ha sido extendido por funcionario competente. En consecuencia, atendida las dos razones señaladas, el Ordinario N°1114 de 11 de agosto de 2016, no podía modificar el contrato, además de considerar que esa supuesta modificación excedería principios de la contratación administrativa, como el de estricta sujeción a las bases e igualdad de los oferentes, entre otros principios básicos.

Teniendo presente lo expuesto, y que la concesión se rige por lo establecido en la Ley de Concesiones, su Reglamento, Bases de Licitación y demás normativa aplicables, es que resulta del todo improcedente que la SC pretenda hacer valer en juicio, en calidad de acto administrativo suficiente y decisorio, aquel oficio ordinario 1114/2016, el cual tuvo por objeto comunicar que: "Esta Inspección Fiscal considera que esta disposición sólo es aplicable para el período de transición, el cual expiró el 30 de septiembre de 2015 y no resulta



procedente a la renovación de las pólizas entregadas con fecha 02 de agosto de 2016."

Continuando con el análisis, el artículo 21 de la ley de concesiones establece que la SC está obligada a cumplir sus funciones "...incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra..."

La Ley de Concesiones en relación con su Reglamento, definió cuales actos obligan a la administración —Decreto Supremo o Resolución— y por tanto, quienes son las personas capaces de modificar conductas vinculantes para la Administración: i. Director General de Obras Públicas, ii. Ministro de Obras Públicas, y iii. Ministro de Hacienda, no encontrándose entre ellos el IF.

Entonces, la SC equivoca totalmente su razonamiento, toda vez que ni la Ley de Concesiones, su Reglamento, las BALI, ni otras leyes disponen que dentro de las funciones del IF del contrato, se encuentre la de dictar actos administrativos capaces de modificar el contenido del contrato. De este modo, el IF no está facultado para modificar el contrato, según se aprecia de las funciones contenidas en el artículo 39 y 40 del Reglamento de la Ley.

El artículo 38º del Reglamento dispone que toda comunicación y relación entre el concesionario y este Ministerio se canalice a través de él, sin perjuicio de las instancias de apelación establecidas en esa Ley de Concesiones, en dicho Reglamento o en las bases de licitación.

El artículo 39 y 40 del mismo Reglamento le asignan al Inspector Fiscal la función de fiscalizar el desarrollo del contrato durante la etapa de construcción y explotación y le otorga, con ese objeto, determinadas funciones y atribuciones⁵.

_

⁵"a)Entregar a la DGOP los reportes que esta Dirección solicite relativos a la gestión de la Concesión;



1

3

Pesa entonces sobre el IF la importante función de defender el interés de toda la sociedad, en la correcta ejecución del contrato, y de prevenir y corregir cualquier abuso o incumplimiento por parte de la SC en esta etapa.

4 5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

El autor Claudio Moraga Klenner⁶, planteó que "no es al Inspector Fiscal a quien se le otorga explícitamente la atribución de interpretar unilateralmente y con fuerza vinculante el contrato administrativo, puesto que ni la ley ni el reglamento del ramo así lo establecen, entonces, su pronunciamiento interpretativo es bastante precario..."

Como se podrá apreciar, entre las facultades del IF, no se encuentra la de dictar actos administrativos que modifiquen el contrato, por lo que de arrogarse tal facultad, el IF incurre en infracción al Principio de Legalidad, constitucionalmente reconocido, cuyo postulado matriz básico es que sólo puede hacerse aquello que la ley expresamente le autoriza. En caso alguno el IF puede alterar el contrato. No tiene facultades para hacerlo y como menciona en su texto C. Moraga su pronunciamiento es bastante precario. En consecuencia, el IF no modificó el contrato.

18 19

b)Realizar los análisis pertinentes de los antecedentes que debe entregar a la Sociedad Concesionaria;

c)Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la conservación de las obras;

d)Fiscalizar el cumplimiento del plan de trabajo;

e)Fiscalizar el cumplimiento de las normas técnicas sobre la operación de las obras;

f)Fiscalizar el cumplimiento del reglamento de servicio de la obra;

g)Fiscalizar el cumplimiento del cobro de tarifas;

h)Fiscalizar el cumplimiento de las condiciones económicas de la licitación;

i)Proponer la aplicación de multa;

j) Fiscalizar y velar por el cumplimiento de los aspectos jurídicos, contables, administrativos y, en general, de cualesquiera otros que emanen de los documentos de contrato;

k)Todas las que correspondan al inspector fiscal de la etapa de construcción relacionadas con la ingeniería de los proyectos y la construcción cuando se realicen obras durante la fase de explotación;

I)Fiscalizar el cumplimiento de las exigencias ambientales del proyecto;

m)Dictar órdenes e instrucciones para el cumplimiento del contrato de concesión;

n) Cualesquiera otra establecidas por las bases de licitación".

⁶ Moraga Klenner Claudio, "Contratación Administrativa", Editorial Jurídica de Chile, año 2011, página 208 y sgte.



Por otra parte, la ley y el reglamento expresamente contemplan procedimientos para modificar el contrato de concesión de obra pública fiscal, lo cual, <u>en el caso de autos no se verificó</u>.

Al respecto, la Ley de Concesiones de obras públicas sólo ha previsto dos mecanismos para la modificación del Contrato de Concesión, uno de iniciativa exclusiva de esta parte –MOP- y el otro, que requiere del mutuo acuerdo entre las partes. De este modo, ese oficio ordinario, que en su concepto tenía la suficiencia de modificar el contrato no se encuentra dentro de estas dos hipótesis, según se desarrollará a continuación.

No existe modificación unilateral de contrato

En efecto, en el artículo 19 de la Ley de Concesiones faculta al Ministerio de Obras Públicas para modificar unilateralmente, <u>por razones de interés público debidamente fundadas</u>, las características de la Obra y servicios contratados, caso en el cual se deberá consensuar con el Concesionario una compensación para indemnizarle los perjuicios que pudiesen generarse por tal modificación.

Por su parte, el artículo 69 del Reglamento de concesiones detalla el procedimiento a seguir para la modificación de las obras y servicios por interés público, estableciendo en el N°7: "Las modificaciones de las obras y servicios así como de las condiciones económicas del contrato de concesión, se harán mediante decreto supremo fundado, expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda."

En el caso de autos, como se ha dicho reiteradamente, simplemente no existe tal acto administrativo modificatorio del contrato.

No existe Convenio Complementario



Esta segunda modalidad de modificación del Contrato de Concesión, artículo 20 de la ley de concesiones, consiste en la suscripción de un convenio complementario, que podrá ser generado por iniciativa del Estado o a solicitud del Concesionario, pudiendo también contemplar un mecanismo de se regirá por lo dispuesto en los incisos sexto y séptimo del artículo 19 de la misma ley.

En este caso, a diferencia de lo previsto en el artículo 19, se requiere de la concurrencia de la voluntad de ambas partes en la suscripción del acuerdo, respecto de la modificación, ampliación o mejoramiento del contrato, y de las compensaciones que procedan.

Por su parte, el artículo 70 del reglamento de concesiones detalla el procedimiento a seguir para la modificación a las obras por acuerdo entre los contratantes, estableciendo en el N°4: "La aprobación del respectivo convenio complementario se hará previo informe de la respectiva Dirección, mediante decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas, que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda." En el caso de autos, tampoco existe tal acto administrativo.

Finalmente, considerando que nos encontramos frente a un contrato bilateral y que la redacción de la letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI impone dos obligaciones al concesionario de cumplimiento oportuno de lo ahí dispuesto, y en ningún caso una facultad para modificar unilateralmente el contrato, como en los hechos ocurrió, no resultan admisibles los argumentos presentados. Así las cosas, la SC no acreditó la renovación y pago de las pólizas de seguro de Responsabilidad Civil y Seguro de Catástrofe, a más tardar, 60 días antes de la expiración, incumpliendo con lo dispuesto en los artículos de las BALI citados precedentemente.



V.- NO ES APLICABLE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 87 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONCESIONES

Conforme al artículo 1° transitorio de la Ley N°20.410, las modificaciones de esa ley se aplican a las concesiones cuyas Ofertas se hayan presentado con posterioridad a su entrada en vigencia. Pues bien, el contrato de concesión "Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago" fue resultado de un proceso de licitación muy posterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.410, por lo que le son aplicables las disposiciones del texto actualizado.

Entonces, la concesión se rige por la ley vigente al momento de perfeccionarse el contrato de concesión, en particular, por los artículos 29 y 30 del texto actualizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas que fijó el DS MOP 900 de 1996, normas que disponen:

a) Artículo 29: "En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis."

b) Artículo 30. "En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Arbitral a que se refiere el artículo 36 bis, estará facultada para:

1.- Declarar suspendida temporalmente la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el artículo 26°, y

 2.- Solicitar la declaración de extinción de la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el artículo 27°."

Pues bien, la ley 20.410 de 20 de enero de 2010 sustituyó el texto del artículo 29 y eliminó el número 1 del artículo 30, pasando los antiguos números 2 y 3 a ser 1 y 2, respectivamente. De esta forma, el legislador eliminó cualquier referencia en la Ley de Concesiones, relacionada a la antigua exigencia de



solicitar autorización previa a la Comisión Conciliadora para imponer multas sobre 500 UTM. Tal eliminación se encuentra en armonía con la modificación relativa a la supresión de la Comisión Conciliadora, ante quien debía pedirse la autorización y la creación del Panel Técnico de Concesiones de Obras Públicas.

Así las cosas, la norma que la SC solicita se aplique, ES UNA NORMA DEROGADA.

No obstante lo dicho, la SC argumenta en su demanda que, el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Concesiones es aplicable al contrato, en atención a que no fue enmendado ni derogado. Tal afirmación la rechazó categóricamente en consideración a lo expuesto y a que la disposición reglamentaria no puede sobrevivir a las derogadas normas legales que le dan justificación a su fundamento.

En efecto, el Reglamento posee un valor jurídico subordinado a la Ley de Concesiones⁷. Ello implica que la citada norma reglamentaria del artículo 87, está sometida jerárquicamente a la Ley, cuya regulación derogó. Entonces, no puede la SC pretender que se aplique el artículo 87 del reglamento, toda vez que el Reglamento no puede dar vida una norma legal, en otras palabras, no es posible aplicar una norma legal derogada, como tampoco el reglamento podría derogar o modificar el contenido de normas con rango legal, es más, esta últimas tienen la fuerza para derogar el Reglamento, pero no a la inversa.

En el mismo sentido el profesor Luis Cordero señala que el reglamento constituye una potestad normativa secundaria, es decir que "...de la manera en que está distribuido el poder normativo en la Constitución y el cual se le reconoce también a la Administración, mediante el Reglamento, la existencia de este

_

⁷ En el mismo sentido el "Diccionario Constitucional Chileno" se refiere a la potestad reglamentaria como la "Facultad constitucional del Presidente de la República para normar, con alcance general o particular, materias que no son propias del dominio legal o para ejecutar lo dispuesto en un precepto legal." Cuadernos del Tribunal Constitucional. Número 55, año 2014. Página 427.



último sólo se explica en una función de subordinado frente a la ley, en la medida que para el sistema constitucional la ley sigue siendo la fuente primaria del sistema. En efecto, la única manera de comprender la potestad de ejecución y la autónoma es por oposición al rol de la ley en su primacía formal (jerarquía), material (invulnerabilidad), objetiva (materias a regular) y directiva (contenido de los reglamentos). Esto supone el ejercicio de esta potestad sometida completamente a su contenido normativo final y a la distribución material, en que no puede sobrepasar ni innovar en los contenidos de la ley, lo que es evidente porque para el reglamento la ley y su contenido son un espacio invulnerable, cualquiera sea la denominación de la potestad que se ejerce."8

Cabe recordar el artículo 4° transitorio del Reglamento de la Ley de Concesiones que establece "Los contratos de concesión resultantes de procesos de licitación cuyas ofertas se hayan presentado con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.410, como aquellos cuyos concesionarios opten por su aplicación conforme a los incisos primero y segundo del artículo primero transitorio de la citada ley, se regirán por las normas contenidas en los Títulos I al XV del presente Reglamento, en cuanto no fueren contrarias a dicha ley ni al Título XVI del Reglamento."

Sobre este punto habrá que señalar que el artículo 87 del Reglamento sólo tiene aplicación para efectos de lo dispuesto en el artículo 1° transitorio de la Ley de Concesiones, es decir, para aquellos concesionarios cuyas ofertas son anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 20.410, y que opten dentro de cierto plazo por la aplicación de las normas de esta última. Lo cierto, es que ningún concesionario antiguo opto por el nuevo régimen, y que un mayor análisis sobre la materia resulta inútil en atención a que esta SC no tiene ese derecho.

⁸ Luis Cordero Vega. "Lecciones de Derecho Administrativo". Editorial Legal Publishing. Edición 2015



Admitir la tesis de la SC implicaría, revivir en los hechos los artículos 29 y 30 de la Ley de Concesiones no modificada, lo que nos convertiría en legisladores, toda vez que el conocimiento de la autorización además debe ser resuelto por la inexistente Comisión Conciliadora, la cual desarrollaba un trámite conciliatorio previo, obligatorio y reglado señalado en el artículo 36 de la Ley, que hoy no se encuentra vigente, siendo aplicable en la especie el artículo 36 bis del texto modificado. Con todo, la pretensión de la SC NUNCA tendrá lugar puesto que le es aplicable el artículo 36 bis y en ningún caso el artículo 36 de la antigua Ley de Concesiones que consideraba la Comisión Conciliadora como instancia resolutoria de conflictos.

Lo cierto, es que la SC plantea una situación absurda. Partiendo de la base que a esta SC se le aplica lo dispuesto en el artículo 36 bis vigente al verificarse el proceso licitatorio y no el artículo 36 de la antigua ley, que conforme a esta última norma la autorización sólo podría pedirse a una Comisión Conciliadora que no existe. Entonces, siguiendo la lógica de la SC la autorización únicamente podría solicitarse a la Comisión Arbitral, lo que en ningún caso podría suceder por una razón muy simple la competencia que tenía la comisión para conocer de esas materias fue derogada junto con la comisión misma.

Finalmente, la SC comete un profundo error al señalar que la "Comisión Conciliadora, ahora Comisión Arbitral para nuestra concesión"9. Tal afirmación sólo evidencia el profundo desconocimiento del sistema de resolución de controversias establecido para los contratos de concesión de obra pública, toda vez que la comisión arbitral no reemplazó a la antigua comisión conciliadora, esta última dejo de existir, la norma que habilitaba su existencia fue reemplaza por el actual artículo 36 que regula al Panel Técnico de Concesiones. Las Comisiones Arbitrales siempre han existido.

⁹ Página 19 de la demanda arbitral



Así las cosas, esta concesión se rige por lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la ley de concesiones modificada y su relación circunstanciada con el articulado del Reglamento, tomando en especial consideración lo dispuesto en su artículo 4° transitorio que dispuso que este contrato de concesión es resultante del proceso de licitación cuya Ofertas fueron presentadas por el licitantes con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.410, por lo que se rige por las normas contenidas en los Títulos I al XV del Reglamento, sólo en la medida que no fueren contrarias a la Ley de Concesiones modificada, ni al Título XVI del Reglamento.

Por último, y para el evento de no acogerse el planteamiento que precede, a continuación brevemente solicito se desestime la alegación de la SC por las siguientes consideraciones:

Ahora bien, la obligación del MOP de obtener la aprobación previa y favorable de la inexistente Comisión Conciliadora se encuentra establecida en el antiguo Nº 1 del artículo 30 de la Ley de Concesiones, que disponía: "imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan, cuando éstas fueren iguales o superiores a 500 unidades tributarias mensuales" (Énfasis añadido).

Del tenor literal de la norma transcrita se desprende que para determinar si procede o no la obtención del pronunciamiento para la aplicación de una determinada multa, se debe estar a la cuantía que las BALI establezcan, que en la especie asciende a 7.140 UTM.

En el mismo sentido, el antiguo artículo 29 del decreto N° 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, prescribe que en caso de incumplimiento por parte del Concesionario de sus obligaciones, la respectiva Dirección "podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias



mensuales", norma de la cual se colige que en caso de que en las respectivas bases administrativas se haya fijado una multa inferior a dicha cuantía, el DGOP se encuentra facultado para aplicarlas directamente sin necesidad de pronunciamiento previo favorable de la Comisión Conciliadora en los términos requeridos en el N° 1 del artículo 30 del citado cuerpo normativo, el que sólo es necesario en caso de que se impongan aquellas iguales o superiores a dicho monto.

Por su parte, el artículo 1.8.5.1 de las BALI, tipifica las multas contractuales considerando cuatro elementos: el artículo de las BALI incumplido, rango de monto multa (UTM), el tipo de infracción y, el criterio de aplicación, en este caso, conforme al artículo incumplido 1.8.7 letra c) y 1.8.8 letra c), se dio expreso cumplimiento, como se aprecia a continuación:

"Tabla N°2 Infracciones y Multas a la Sociedad Concesionaria

a) Durante la Etapa de Construcción

rtículo Bases de Licitación	ango de Monto Multa (UTM)	Tipo de Infracción	riterio plicación	tros
1 .8.7 letra c) y 1.8.8 letra c)	0-60	Incumplimiento del plazo para acreditar la renovación y el pago de pólizas a que se refiere cada artículo	or cada día	



En efecto, si bien la cantidad total a pagar por concepto de multas, considerando la cuantía fijada en las BALI es de 7.140 UTM por el período de infracción verificado por el Inspector Fiscal ascendente a 59 días y fracción de día para la póliza de catástrofe; y 58 días y fracción de día para la de Responsabilidad Civil, en total la sanción es por 117 días y 2 fracciones de día por no acreditar la renovación y pago de las pólizas. Ello no implica que el DGOP debía acudir a la Comisión Conciliadora para obtener su pronunciamiento favorable al respecto, toda vez que sólo se requiere en caso de multas que sean iguales o superiores a 500 UTM, lo que no sucedió en la especie, toda vez que la multa aplicada fue de 60 UTM por cada día, es decir, muy por debajo de la derogada exigencia.

Tanto es así que en el resuelvo N°4 de la Resolución DGOP (exenta) N° 3119 de 2017, se dejó expresa constancia de "que atendida la nueva redacción del artículo 30 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, modificado por la Ley N°20.410, en ningún caso se requiere del pronunciamiento favorable de la Comisión para la imposición de una multa.".

Ratifica nuestra interpretación la circunstancia de que las infracciones contempladas en la Tabla N°2 contenida en el citado artículo 1.8.5.1, sean sancionadas con multas de diversos montos según la gravedad de la conducta y con diversos criterios de aplicación, a saber, por cada día, cada vez, por cada hora o fracción de hora, entre otras. Contrariamente a lo afirmado por la Concesionaria, el número de días de incumplimiento no constituye elemento a considerar para establecer la obligación de obtener pronunciamiento previo favorable de la Comisión. Es la gravedad de la conducta la que determina el monto de la sanción.

A mayor abundamiento, en la misma Tabla se asigna una multa de 3.000 a 3.500 UTM, a la infracción consistente en "Entrega de información requerida con datos o antecedentes notoriamente no fidedignos en aquellos casos en que dichos datos o antecedentes alteren o modifiquen cualquiera de las condiciones económicas del contrato de concesión", cuyo criterio de aplicación es



"Cada vez". Lo anterior, resulta de suma relevancia en atención a que no sólo
presenta un criterio de aplicación diverso sino que también excede las 500 UTM.
Como este ejemplo existen varios en la misma Tabla.

Entonces, lo planteado por la SC-lleva al absurdo de obligar al MOP, a obtener el pronunciamiento favorable de esa inexistente Comisión cuando deba aplicar cualquier multa, a través de la reiteración de los incumplimientos alcance la sumatoria de las sanciones, las 500 UTM.

La posición de esta parte ha sido confirmada por la Contraloría General de la República en su dictamen 31.910, de 1999, en que expresa: "Ahora bien, como puede advertirse de los preceptos indicados se infiere que las multas están referidas a aquéllas "impuestas" conforme lo determinan las bases y el Reglamento respectivo, término que implica poner cargo, obligación, imputar, y por ende, se refiere al monto de las sanciones consignadas en las bases y aplicadas a cada contrato en particular según las escala que allí se prevé..."

Del mismo modo, la jurisprudencia arbitral lo ha sostenido reiteradamente. A continuación algunos ejemplos:

1. Sentencia arbitral de **04 de abril de 2017** de la Comisión Arbitral Concesión Ruta 5, Norte, Tramo Vallenar-Caldera, en causa sobre reclamación de multas cursadas por incumplimiento del plazo para la reposición de los sistemas de iluminación, cuya sumatoria alcanzo 2.900 UTM (29 días, 100 UTM por cada día), resolvió en su considerando trigésimo octavo: "Que a diferencia de lo sostenido por la demandante, esta Comisión Arbitral considera que las multas impuestas por el MOP no constituyen una sola, ascendente a un total de 2.900 UTM, sino que corresponden a 29 multas distintas de 100 UTM cada una. En efecto, aunque el supuesto de la infracción sea el mismo en todos los casos, al omitir la reposición de los elementos del sistema de iluminación durante 29



días sucesivos, pueden distinguirse el mismo número de incumplimientos a la obligación de la Sociedad Concesionaria, que dan lugar a igual cantidad de multas."

2. Sentencia arbitral de fecha 13 de octubre de 2010 de la comisión arbitral concesión ruta 5, tramo Santiago-Los Vilos, en causa sobre reclamación de multas cursadas por incumplimiento de los índices exigidos para la resistencia al resbalamiento en pavimentos de hormigón y asfalto, cuya sumatoria alcanzo 30.200 UTM, resolvió que: "Dado que se trata de 151 multas de 200 UTM cada una, no era procedente la autorización previa de la comisión conciliadora para la aplicación de las multas superiores a 500 UTM, como lo exige el artículo 30 de la Ley de Concesiones."

3. Sentencia arbitral del **12 de septiembre de 2003** de la Comisión Arbitral de la concesión "Ruta 5, tramo Santiago- Talca y Acceso Sur a Santiago", en causa sobre reclamación de multas cuya sumatoria alcanzó 540 UTM concluyó que "esta Comisión debe señalar que no comparte el criterio de la Sociedad Concesionaria en cuanto la DGOP no ha podido imponer la multa de que se trata, por superar las 500 UTM, sin la autorización de la Comisión Conciliadora. Que la multa, en este caso se aplica por cada día de atraso. En consecuencia, no se trata de un solo hecho, sino de tantos hechos como han sido los días de atraso..."

4. Sentencia arbitral del **14 de agosto de 2002** de la Comisión Arbitral de la concesión "Ruta 5, tramo Santiago- Los Vilos", en causa sobre impugnación de multas por señalización cuya sumatoria alcanzó 3.440 UTM resolvió que "En opinión de esta Comisión no correspondía al Ministerio de Obras Públicas solicitar la autorización previa de la Comisión Conciliadora para aplicar las multas reclamadas en autos, toda vez que el monto de cada una de ellas, de acuerdo a lo estipulado en las respectivas Bases de



Licitación, era inferior a 500 UTM, no procediendo en consecuencia aplicar lo estipulado en el artículo 30 de la Ley de Concesiones"

Así las cosas, de lo anterior sólo cabe concluir que la pretensión de la SC relativa a la supuesta obligación de contar con la autorización previa de la Comisión Conciliadora, carece de todo sustento, toda vez que se ha tratado de la imposición de 119 multas distintas por un valor de 60 UTM cada una, resultando innecesario el pronunciamiento previo favorable de esa inexistente Comisión Conciliadora.

VI- LAS MULTAS NO ESTAN PRESCRITAS. IMPROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN ALEGADA

DEMANDANTE.

La presente litis se enmarca y debe ser resuelta dentro de las normas de la responsabilidad contractual, específicamente, de la responsabilidad contractual especial propia de los contratos de concesión de obra pública, que se rigen subsidiariamente por las normas del Código Civil.

Consecuente con ello, debo indicar, como primer argumento para rechazar la tesis de la demandante que, en este caso no estamos en presencia del *ius puniendi* estatal, y por lo tanto, no deben aplicarse reglas de la prescripción penal de las faltas a las multas que le impuso la autoridad por los incumplimientos en que incurrió la SC, en razón de que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 2497 del Código Civil, conforme a la cual "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y contra del Estado..." norma que se encuentra incorporada en las BALI y es parte integrante de la ley del contrato 10, en virtud de

-

POR

¹⁰ Artículo 1.7.7.1 de las BALI: "El concesionario deberá cumplir con todas leyes, decretos y reglamentos de la República de Chile vigentes a la fecha de perfeccionamiento del contrato...", entre ellas el Código Civil. Norma que debe ser relacionada con el artículo 1.545 del Código Civil: "Todo contrato legalmente"



la cual es aplicable, en la especie, el estatuto jurídico de la responsabilidad contractual.

En efecto, en la especie, al celebrar el contrato, la demandante aceptó las BALI incorporadas en él, y con ello, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, se sujetó voluntariamente al pago de multas establecidas en ellas - artículo 1.8.5.1, "Tipos de Infracciones y Multas" para el caso de no ejecutarlas o de retardarlas, que es precisamente la situación ocurrida en autos, en que la demandante incumplió su obligación de renovación y pago de las pólizas de catástrofe y responsabilidad civil, dentro del plazo expresamente establecido en los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las BALI.

Por su parte, el DGOP en uso de sus facultades aplicó las multas convenidas en el artículo 1.8.5.1, ya citado; en este caso, por infracción de la demandante a la obligación que asumió en la también referida letra c) de los artículos 1.8.7 y 1.8.8 de las mismas Bases.

Queda claro entonces que las multas de autos fueron impuestas por el DGOP a la demandante, no en ejercicio del ius puniendi estatal, sino, en aplicación de los mencionados artículos del contrato, mediante los cuales las partes convinieron sanciones y la aplicación de multas en caso de incumplimientos contractuales. Por consiguiente, ninguna aplicación puede tener aquí la prescripción penal de las faltas, por cuanto nos encontramos en una relación contractual, similar a la del derecho civil, y no la facultad sancionatoria unilateral del Estado frente al particular, como es el caso, por ejemplo, de las multas por infracción de tránsito.

En el mismo sentido el profesor Hernán Corral Talciani señala que, "el contrato de concesión de obra pública es primeramente un contrato y, por consecuencia, le son aplicables como derecho común y general las reglas del libro

celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".



IV del Código Civil, en relación a la obligatoriedad, incumplimiento y responsabilidad de las partes por sus deberes contractuales."11

Así también, la jurisprudencia arbitral ha resuelto que "Asimismo, la comisión estima que la disposición contenida en el inciso 1° del artículo 21 del DFL 900, que prevé que las relaciones de la Concesionaria con el Ministerio de Obras Publicas se regirán por normas de orden público, no obsta a la aplicación de las normas de prescripción contenidas en el Título XLII del libro IV del Código Civil, al manifestar este último en su artículo 2497, que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado." (Énfasis añadido)

Refuerza el planteamiento un reciente fallo arbitral el cual en similares términos razono "Las multas que puede imponer la DGOP ente el incumplimiento de las obligaciones de un contrato de concesión no se encuentran sujetas a regla especial de prescripción. A falta de regla especial, las obligaciones con fuente legal o contractual se rigen por la regla general de prescripción en materia de obligaciones civiles, esto es, la establecida en el artículo 2514 del Código Civil. Para las acciones ordinarias, el tiempo de prescripción es de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible (código civil, artículo 2515)."13

La Contraloría General de la República, en dos recientes y conocidos Dictámenes¹⁴ concluyó a propósito de las multas impuestas por la JUNAEB a un particular con el que contrató servicios de entrega de raciones de alimentos y otro

¹¹ Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, N°21. "La prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de incumplimiento de contratos de concesiones". Edición 2011. Página 63.

¹² Sentencia definitiva de 20 de abril de 2012, considerando sexto. Comisión Arbitral del contrato de concesión "Aeropuerto Diego Aracena de Iquique"

¹³ Sentencia definitiva de 04 de abril de 2017, considerando cuadragésimo sexto. Comisión Arbitral del contrato "Concesión Ruta 5 Norte. Tramo: Vallenar-Caldera", integrada por los señores Enrique Barros Bourie, Francisco Pfeffer Urquiaga y Enrique Alcalde Undurraga.

 $^{^{14}}$ CGR. Dictamen N°004508N13, de 22 de enero de 2013 y Dictamen N°065446N13 de 10 de octubre del mismo año,



de la CENABAST por el incumplimiento de un contrato de suministro que: "...la prescripción de la acción y de la multa establecidas en la bases de la licitación y en el contrato de adquisición del aludido fármaco, le son aplicables las disposiciones del Título XLII 'De la Prescripción', del Libro Cuarto 'De las Obligaciones en General y de los Contratos', del Código Civil."

Adicionalmente a lo dicho, y que resulta suficiente para descartar la alegación de la demandante de que en este caso estamos en presencia del *ius puniendi* estatal, debo sostener, que, aun cuando se tratara del ejercicio de esta potestad, tampoco corresponde acoger la tesis de la demandante de la prescripción que el Código Penal dispone para las faltas, por las razones que indico a continuación.

La demandante aduce que al momento de dictarse la Resolución 3119/2017 de 11 de agosto de 2017, que le impuso las multas, el DGOP habría estado inhibido legalmente para hacerlo, toda vez que la acción sancionatoria administrativa se habría encontrado prescrita a esa fecha, por haber transcurrido más de 6 meses desde que acontecieron los hechos que las motivaron.

Funda lo anterior en la aplicación del plazo de prescripción de 6 meses establecido para las faltas penales, argumentación que carece de todo sustento jurídico.

En primer término, debe considerarse que el régimen sancionatorio de concesiones está establecido en los artículos 29 y 36 bis de la Ley de Concesiones; en los artículos 47 y 48 de su Reglamento, y en las propias BALI.

Es así que la Ley de Concesiones, en su Capítulo VIII "De la inspección y vigilancia de la Administración", artículo 29, establece claramente la facultada del MOP para inspeccionar y vigilar el cumplimiento de la concesión y también para



sancionar los incumplimientos en que incurra la concesionaria, durante las fases de construcción y explotación de la obra, cuyo es precisamente el caso.¹⁵

3

1

2

Por su parte, los artículos 47 y 48 del Reglamento de la Ley de Concesiones, reiteran la facultad del DGOP para imponer las sanciones y multas establecidas en las BALI¹⁶.

7 8

9

10

11

5

6

Debe considerarse que este régimen sancionatorio no establece ningún mecanismo que le permita al concesionario infractor eludir las sanciones y multas que le haya impuesto el DGOP, como no sea, únicamente, el derecho que el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones le confiere para reclamar de su aplicación, ante la Comisión Arbitral, nada más.

12 13

Y su artículo 48 establece;

¹⁵ Dice expresamente el art culo 29 de la Ley de Concesiones:

[&]quot;Corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra. En caso de incumplimiento, el Ministerio podrá imponer al concesionario las sanciones y multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, sin perjuicio del derecho del concesionario para recurrir a los mecanismos a que se refiere el artículo 36 bis."

¹⁶ Dice el artículo 47:

[&]quot;Infracciones y Sanciones.

^{1.-} El incumplimiento o infracción, por parte del concesionario, de cualquiera de las obligaciones del contrato de concesión, será causal de sanciones y multas.

^{2.-} El concesionario no estará exento de responsabilidad ni aun en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con terceras personas."

[&]quot;Procedimiento y Pago de las Multas.

^{1.-} Cuando el concesionario no cumpla sus obligaciones o incurra en alguna de las infracciones establecidas en las bases de licitación, el inspector fiscal propondrá al Director respectivo la multa que corresponda. Una vez aprobada ésta, el inspector fiscal notificará por escrito al concesionario de:

a) Tipo de infracción en que ha incurrido;

b) Características de la infracción, tales como el número de días de incumplimiento de la obligación a la fecha de la notificación, u otros elementos señalados en las bases de licitación;

c) Monto de la multa.

^{2.-} Las multas o sanciones aplicadas por el MOP deberán ser pagadas por el concesionario dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación por escrito. Si el concesionario no diere cumplimiento a la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el MOP hará efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan.

^{3.-} La expresión notificación por escrito, comprende entre otras, anotaciones en el libro de obras, carta certificada, telegrama, o cualquier otro medio que permita dejar constancia fehaciente de la notificación."



Las BALI tampoco contemplan ningún plazo que limite las facultades del DGOP para inspeccionar, vigilar, y sancionar, durante toda la vigencia del contrato de concesión.

En definitiva, ni la Ley de Concesiones su Reglamento, ni las BALI, establecen, en forma alguna, ningún plazo dentro del cual el DGOP pueda o deba ejercer sus facultades para inspeccionar y vigilar el cumplimiento del contrato y para imponer sanciones y multas en caso de incumplimiento; ni tampoco considera ningún hecho o circunstancia en que pierda esas facultades o deba entenderse que ha renunciado a ellas; ambas facultades se extienden y las puede ejercer durante toda la vigencia de la concesión, incondicionalmente, y sin plazos ni restricciones de ninguna especie.

En segundo lugar, es completamente errada la tesis de la demandante de que a la acción sancionadora de la Administración se le puedan aplicar las normas de prescripción que el Código Penal establece para las faltas, y a que se refieren sus artículos 93, 94 y 95¹⁷.

Desde luego, debo hacer presente que ni la Ley de Concesiones, ni su Reglamento, ni las BALI, establecen ninguna forma particular o especial de extinción de la responsabilidad del concesionario infractor que ha sido sancionado o multado mediante un determinado acto administrativo del DGOP, como es la prescripción de la acción sancionadora. Esto no existe.

En seguida, debe considerarse que el artículo 20 del propio Código Penal estatuye que 'No se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su

¹⁷ El artículo 93 dispone que "La responsabilidad penal se extingue" - entre otras causales - "6°. Por la prescripción de la acción penal". El artículo 94 establece que "La acción penal prescribe:... Respecto de las faltas, en seis meses". Y el artículo 95, señala que "El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito".



jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas"¹⁸. Es decir, el propio Código Penal excluye de su ámbito de aplicación a las multas administrativas, cuyo

es justamente el caso de autos.

La debida comprensión de esta norma general no deja lugar a dudas de que las multas que impone la autoridad administrativa no constituyen penas penales; y que la intención o espíritu del legislador penal, claramente manifestados en ella misma, ha sido el de excluirlas del ámbito de aplicación propio de las normas que conforman el Derecho Penal en su conjunto.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la multa de autos fue aplicada por el DGOP en ejercicio de una facultad conferida en normas legales, reglamentarias y contractuales del derecho público administrativo, y no del penal. Y, por consiguiente, ante la ausencia de normas especiales del régimen sancionatorio de las concesiones de obras públicas sobre materias particulares no reguladas por él, debe recurrirse, subsidiariamente, a las normas generales del Derecho Administrativo, y en caso alguno al Derecho Penal.

Estas norma generales están contenidas en la Ley N° 19.880 que establece las normas Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado", cuyo artículo 1, inciso 1°, dispone expresamente que, "En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria" 19; y, en su artículo 2°, que sus disposiciones son - entre otros órganos - "aplicables a los ministerios".

¹⁸ Dice este artículo 20: "No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas".

¹⁹ En el mismo sentido los Dictámenes N° 15.492/2008, 49.333/2007 y 39.348/2007, todos los cuales se refieren a la preeminencia de la espacialidad, en el caso que nos ocupa, el contrato de concesión, el cual no reguló el instituto de la prescripción.



Pues bien, este último cuerpo legal no contempla ninguna norma general que le fije un plazo a los órganos de la Administración del Estado para ejercer su Potestad Sancionadora, ni alguna sanción o apercibimiento para el caso de que no la ejerzan dentro de él; ni tampoco contempla causales de extinción de la responsabilidad de los administrados como sería la prescripción de la acción sancionadora.

En cambio, sí considera dicho cuerpo legal, en sus artículos 3° y 51, normas que refuerzan el carácter imperativo de los actos de la Administración del Estado.

En primer término, su artículo 3°, inciso final, confiere a los actos administrativos una "presunción de legalidad', salvo únicamente que exista "una orden de sus suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía lo jurisdiccional", situaciones ambas que no concurren en la especie.²⁰

De acuerdo con esta presunción, la Resolución del DGOP que impuso la multa, debe tenérsela por jurídicamente bien dictada, irreprochable, tanto en su oportunidad, como también en su contenido y demás aspectos y elementos constitutivos, pues estas fueron impuestas con estricta sujeción a las BALI y normativa que rige al contrato de concesión de obra pública, que fue conocida y aceptada por el licitante que después fue la sociedad concesionaria y ahora demandante.

En segundo lugar, su artículo 51 establece que los actos administrativos "causan inmediata ejecutoriedad", salvo únicamente que "una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior",

.

²⁰ "Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional."



situaciones de excepción ambas que tampoco concurren en la especie; y también establece esta norma que "las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación"²¹.

Por consiguiente, la Resolución del DGOP que impuso la multa de autos: a) ha sido bien dictada en cuanto a su oportunidad y contenido, b) ha causado ejecutoriedad en forma inmediata desde su dictación el 11 de agosto de 2017; y c) ha producido todos sus efectos desde que le fue notificada a la demandante el día 17 de agosto de 2017.

Estos efectos de legalidad y ejecutoriedad, propios de todo acto administrativo, dispuestos expresamente por la citada Ley N° 19.880, descartan toda posibilidad de hacer valer la prescripción de la acción sancionadora estatal, por no estar establecida en ella como causal de extinción de la responsabilidad del infractor y además por ser esta pretendida extinción abiertamente incompatible con aquellos efectos.

La demandante, no obstante, acude indebidamente a las normas del derecho penal, corpus jurídico de última ratio que efectivamente regula el ius puniendi estatal, pero en un ámbito y dimensión diversos del administrativo, y con el cual no se confunde.

Es efectivo que el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal tienen origen común en el ius puniendi único del Estado; son ambos expresión de una misma soberanía estatal; pero no lo es deducir de ello que ese poder se rige sólo o prioritariamente por el Derecho Penal, o que el poder sancionatorio administrativo es parte integrante del poder sancionatorio penal, o que le estaría de algún modo subordinado; tal deducción, creencia o razonamiento

²¹ "Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general."



equivale a negarle al Derecho Administrativo su autonomía e igualdad jerárquica con el Derecho Penal.

Ahora bien, lo cierto es que el *ius puniendi* estatal, que emana de una misma soberanía estatal, se manifiesta en dos ámbitos y a través de dos ramas del derecho público distintas, como las mencionadas, las que se hallan jerárquicamente en situación de igualdad entre ellas, y subordinadas por igual sólo a la Carta Fundamental; ramas del derecho público que son distintas porque tienen objetos y fines diversos, y por ello, principios y reglas también diversas, de manera tal que no hay completa identidad entre uno y otra rama; que presentan especificidades propias y aun opuestas.

Más exactamente, desde esta perspectiva, lo único que tienen en común el *ius puniendi* administrativo y el *ius puniendi* penal, en tanto manifestaciones de una misma soberanía estatal, son los principios y normas que la Constitución Política del Estado establece en general para todo el derecho público, entre los cuales no se cuenta ninguno que ordene subordinar aquél a éste, y mucho menos ignorar y preterir las disposiciones legales administrativas que he mencionado.

Entre uno y otro derecho hay, como digo, diferencias bien claras, determinadas por sus diversos objetos y fines, que se expresa entre otros aspectos en los distintos propósitos que persiguen las sanciones pecuniarias como es la multa. Tal diferenciación entre la multa penal - de naturaleza personal, represiva aflictiva o retributiva - y la multa administrativa - de naturaleza eminentemente patrimonial, preventiva y disuasiva, se revela claramente en el artículo 49 del Código Penal, que permite la sustitución de la multa penal por vía de reclusión y apremio en caso de no pagarse aquella, posibilidad que no ocurre con la multa administrativa.



Una de las más importantes diferencias entre las sanciones penales y las administrativas que la demandante desatiende - radica en que estas últimas se rigen, justamente, por el principio de la "inmediata exigibilidad", esto es, que los actos administrativos producen sus efectos jurídicos, es decir, son exigibles, ejecutivos y ejecutables²², desde su dictación, pues gozan de una "presunción de legalidad", según lo dispuesto expresamente por el ya citado inciso 3° de la Ley N° 19.880, lo que no acontece con las sentencias judiciales penales que imponen multas desde que no existe a su respecto una norma legal semejante.

Pues bien, esta autonomía se manifiesta, puntualmente, en que las resoluciones o decretos de la Administración que imponen multas administrativas, a diferencia de las sentencias de los la que imponen penas penales, son exigibles, o sea, adquieren ejecutoriedad, en momentos diversos: aquellas, inmediatamente desde que se dicta y notifican al sancionado; éstas, desde que se cumplen los plazos para interponer recursos sin que se hayan deducido, o bien, desde que se desestiman por sentencia ejecutoriada los que hayan sido interpuestos.

Finalmente, debo señalar que, aún en el hipotético caso de que se aplicaren aquí las normas del Código Penal sobre prescripción de las faltas, las multas tampoco se encontrarían prescritas, por cuanto también son aplicables las reglas sobre interrupción de la prescripción, de este modo existen suficientes actuaciones desde el día 02 de agosto de 2016 en adelante, las cuales impiden el cumplimiento del plazo de 6 meses que alega.

Efectivamente, existen cartas, oficios y descargos, todos de distintas fechas; y el propio procedimiento de aplicación de las multas de autos establecido en el artículo 48 del Reglamento de la Ley de Concesiones y en el artículo 1.8.5.1 de las BALI, se inició con la notificación por escrito a la demandante de la fracción detectada, siguiendo luego con la propuesta de multa del IF, la aprobación y

²² En razón del principio de inmediata exigibilidad la SC pagó las multas antes de presentar la demanda arbitral



aplicación de la sanción por el DGOP, y finalmente, con la notificación a la demandante del correspondiente acto administrativo.

Ahora bien, las multas impuestas sancionan incumplimientos al contrato por la demandante ocurridos entre el 02 de agosto y el 30 de septiembre de 2016.

Dicha infracción fue notificada a la SC por el IF mediante anotación en el Libro de Obras, Folio N°38 de 08 de febrero de 2017. Luego, el mismo IF procedió, mediante Oficio Ord. Nº 404, de fecha 20 de marzo de 2017, a proponer al DGOP la aplicación de 119 multas por infracción a la letra c) del artículo 1.8.7 y1.8.8 de las BALI.

Así las cosas, existen suficientes actuaciones que interrumpen el plazo de 6 meses, razón por la cual resulta de todas formas irrelevante para los efectos de la prescripción alegada, la fecha en que el DGOP dictó Resolución que aprobó e impuso las multas.

Por todas las razones expuestas corresponde que esa Comisión Arbitral rechace la demanda de autos en todas sus partes, con expresa condena al pago de las costas y gastos de la causa.

17

18

23

24

25

26

27

28

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

POR TANTO,

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ARBITRAL PIDO, se sirva tener 19 por contestada en tiempo y forma la demanda de fecha 22 de septiembre de 2017, 20 presentada por la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., y en definitiva, 21 rechazarla en todas sus partes con costas. 22

PRIMER OTROSÍ: Sírvase H. Comisión tener presente que he sido designada Abogada Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado por Resolución TRA 45/142/2017 de fecha 28 de agosto de 2017, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de septiembre de 2017 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del DFL Nº1 de Hacienda del año 1993, represento al Fisco de Chile en

la presente causa, y que acompaño en este acto.



- SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase H. Comisión, tener presente que, sin perjuicio de mi
- facultad legal para representar al Fisco de Chile, y de conformidad a lo previsto a
- 3 los artículos 24 y 42 del D.F.L. N°1 de 1993 de Hacienda, en mi calidad de
- 4 abogada habilitada asumo personalmente el patrocinio en esta causa,
- 5 reservándome el poder, fijando como domicilio el de calle Agustinas Nº 1687,
- 6 comuna de Santiago, y como correo electrónico: notificaciones.arbitrajes@cde.cl.





30 AGO 2017

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

NOMBRA TITULAR.

RESOLUCIÓN TRA Nº 45/142/2017

RM REGIÓN METROPOLITANA, 28/08/2017

VISTOS: Ley N° 18.834, D.F.L. N° 1, de

1993, del Ministerio de Hacienda, L 18.575 Especifica,

CONSIDERANDO:

- 1.- La Resolución Nº 165, de 01 de septiembre de 2004, que nombró a doña Ernestina Ruth Israel López como profesional, grado 4º de la EUS, de este Servicio.
- 1.- La Resolución Exenta TRA Nº 45/49/2017, de 07 de julio de 2017, por la que se aceptó la renuncia voluntaria de doña Irma Soto Rodríguez, al cargo de Abogado Procurador Fiscal de Santiago, a contar del 1 de agosto de 2017.
- 2.- Que doña Ernestina Ruth Israel López conservará el cargo de profesional, grado 4º de la EUS, de este Servicio, en calidad de titular.

RESUELVO:

NÓMBRASE A:

a) ERNESTINA RUTH ISRAEL LOPEZ, RUN Nº 9772243-9, en el cargo de ABOGADO PROCURADOR FISCAL DE SANTIAGO, grado 2º ESCALA UNICA DE SUELDOS, de la Planta de DIRECTIVOS, con jornada de 44 horas semanales, a contar del 1 de septiembre de 2017.

Esta persona no deberá rendir caución.

Asume sus funciones el 1 de septiembre de 2017.

Impútese el gasto que corresponda al Subtítulo 21-01-001, del presupuesto del servicio CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO, del año presupuestario vigente.

MARIA EUGENIA MANAUD TAPIA, E=memanaud@vtr.net

172.30.20.137

28/08/2017

Página 1/2











ANÓTESE, TÓMESE RAZÓN NOTIFIQUESE 2017

TOMADO DE RAZÓN

MARIA EUGENIA MANAUD TAPIA,E=memanaud@vtr.net



172:30:20:137 28/08/2017 Página 2 / 2











